

KURZGUTACHTEN

An: KS/CS Kommunikation Schweiz

Von: Prof. Dr. Urs Saxer, LL.M. | MLaw Franziska Tredoux

Datum: 21. Mai 2024
saxer@steinlex.ch

In Sachen: Umsetzung der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung»

Betreffend: Teilrevision des Tabakproduktegesetzes: Beurteilung der Verfassungskonformität ausgewählter Bestimmungen gemäss dem Entwurf des Bundesrates, der vom Ständerat am 21. September 2023 beschlossenen Fassung sowie der von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates am 18. Januar 2024 vorgeschlagenen Fassung

Executive Summary

Die Verfassungsgebung auf dem Weg der Volksinitiative ist ein stark politisch geprägter Prozess. Dies ist bei der Auslegung von entsprechenden Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu beachten, dass der Wortlaut von Initiativtexten oft weniger auf Einheitlichkeit und Konsistenz mit der Rechtsordnung bedacht als vielmehr auf eine volksnahe Darstellung ausgerichtet ist, denn schliesslich soll die Volksinitiative mehrheitsfähig sein.

Bei der Verfassungsinterpretation ist dies zu beachten. Sie ist einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet. Daher ist eine Auslegung, welche dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext keine Rechnung trägt und ausschliesslich den Willen der Initianten in den Vordergrund stellt, unzulässig, sofern sich die entsprechende Bestimmung nicht selber den Vorrang gegenüber anderen Verfassungsnormen zuweist.

Es wäre daher verfehlt, die Umsetzung einer Volksinitiative als blosser Ausführung eines Befehls des Souveräns verstehen zu wollen. Vielmehr liegt es am Gesetzgeber, im Rahmen der Konkretisierung der Verfassungsaufträge den Gesamtkontext zu berücksichtigen und eine harmonisierende Umsetzung zu finden. Diesen Anforderungen werden zahlreiche bundesrätliche Revisionsvorschläge des Tabakproduktegesetzes nicht gerecht. Demgegenüber zeugen ausgewählte Bestimmungen gemäss der Fassung des Ständerats

sowie der Kommission des Nationalrats von einer harmonisierenden Umsetzung und sind entsprechend als verfassungskonform zu beurteilen.

Konkret ist:

- die in Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 in der Fassung des Bundesrates vorgenommene Ergänzung «Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring» nicht verfassungskonform;
- Art. 18 Abs. 1 lit. a in der Fassung der SGK-N verfassungskonform;
- Art. 18 Abs. 1 lit. e in der Fassung des Ständerats verfassungskonform;
- Art. 19 Abs. 1 lit. c in der Fassung des Ständerats, d.h. die Beibehaltung des bisherigen Rechts, verfassungskonform;
- Art. 20 Abs. 1 lit. b in der Fassung des Ständerats verfassungskonform.

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage / Fragestellung	3
II. Tragweite der verfassungsrechtlichen Werbebeschränkung	4
A. Vorbemerkungen / Verfassungsauslegung	4
B. Zur Auslegung von Art. 118 Abs. 2 lit. b Teilsatz 2 BV	5
III. Beantwortung der gestellten Fragen	7
A. Beinhaltet bzw. umfasst der Begriff «Werbung» auch die Begriffe «Verkaufsförderung» und «Sponsoring»?	7
B. Sind folgende vom Bundesrat, Ständerat bzw. der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagene Bestimmungen verfassungskonform?	8
1. Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 in der Fassung des Bundesrates	8
2. Art. 18 Abs. 1 lit. a in der Fassung der SGK-N	9
3. Art. 18 Abs. 1 lit. e in der Fassung des Ständerats	10
4. Art. 19 Abs. 1 lit. c in der Fassung des Ständerates	10
5. Art. 20 Abs. 1 lit. b in der Fassung des Ständerates	11
IV. Fazit	11

I. Ausgangslage / Fragestellung

- 1 Am 1. Oktober 2021 verabschiedete das Parlament das Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz [TabPG, BBl 2021 2327]). In Kraft gesetzt wurde es noch nicht.
- 2 Am 13. Februar 2022 wurde die Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung» von Volk und Ständen angenommen.¹ Die Initiative hatte zur Folge, dass unter anderem Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung (BV, SR 101) wie folgt ergänzt wurde (vgl. Ergänzungen hervorgehoben):
 - Art. 118 Schutz der Gesundheit
 - 1 Der Bund trifft im Rahmen seiner Zuständigkeit Massnahmen zum Schutz der Gesundheit.
 - 2 Er erlässt Vorschriften über:
 - b. die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren; **er verbietet namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht;**
- 3 Das Tabakproduktegesetz wurde daraufhin einer Teilrevision unterzogen. Am 24. Mai 2023 hat der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Tabakproduktegesetzes an das Parlament verabschiedet (vgl. BBl 2023 1478 und BBl 2023 1479). Die am 21. September 2023 vom Ständerat angenommene Fassung weicht teilweise vom Entwurf des Bundesrates ab. Der Nationalrat lehnte den Entwurf am 29. Februar 2024 ab, was einem Nichteintreten gleichkommt. Deshalb befasst sich derzeit erneut die Kommission des Ständerates mit der Vorlage.²
- 4 Mit dem vorliegenden Kurzgutachten sollen ausgewählte Bestimmungen des Entwurfs des Bundesrates zum teilrevidierten Tabakproduktegesetz bzw. der Fassung des Ständerates sowie der vorberatenden Kommission des Nationalrates auf ihre Verfassungskonformität hin untersucht werden.

¹ URL: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20220213/volksinitiative-ja-zum-schutz-der-kinder-und-jugendlichen-vor-tabakwerbung.html> (zuletzt besucht am: 5. März 2024).

² Amtliches Bulletin, Ständerat, Herbstsession 2023, 23.049; Amtliches Bulletin, Nationalrat, Frühjahrssession 2024, 23.049.

II. Tragweite der verfassungsrechtlichen Werbebeschränkung

A. Vorbemerkungen / Verfassungsauslegung

- 5 Zunächst ist der infolge der Volksinitiative geänderte Art. 118 Abs. 2 lit. b BV bzw. dessen Tragweite näher zu analysieren. Hierbei ist an die Funktion der Verfassung zu erinnern:
- 6 Die Verfassung bildet den Beginn des Rechts in der Politik und nicht das Ende des politischen Prozesses und schon gar nicht das Ende der Rechtserzeugung. Es ist Sache des Gesetzgebers, Verfassungsaufträge zu konkretisieren und in operable Vorschriften umzugliessen. Die Zuschaltung des parlamentarischen Prozesses hat nicht zuletzt den Sinn, die direkte Verfassungsdemokratie vor Übereilung zu schützen.³ Die Steuerungsfunktion des Gesetzgebers bei der Verfassungskonkretisierung ist für das Funktionieren der schweizerischen Verfassungsordnung daher elementar und gewissermassen systemische Grundvoraussetzung dafür, dass die Möglichkeit der Stimmbevölkerung, im nach geltendem Recht liberalen Ausmass verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge überhaupt zu schaffen, erhalten bleibt.⁴
- 7 Welches Verständnis einer Verfassungsänderung zugrunde liegt, ist durch Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung zu ermitteln. Dabei orientieren sich Praxis und Lehre im Wesentlichen an den für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen geltenden Grundsätzen. Demnach ist der Sinn einer Rechtsnorm ausgehend von ihrem Wortlaut (grammatikalisches Element) und unter Berücksichtigung des Zwecks (teleologisches Element), der Materialien und des im Zeitpunkt der Verfassungsgebung vorherrschenden Verständnisses (historisches Element) sowie ihres inneren Aufbaus und Zusammenhangs mit dem übrigen Recht (systematisches Element) zu ermitteln.⁵
- 8 Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Verfassungsgebung – insbesondere auf dem Wege der Volksinitiative – ein stark politisch geprägter Prozess ist.⁶ Daraus ergeben sich verschiedene Besonderheiten: Namentlich ist bei der grammatikalischen Auslegung zu beachten, dass der Wortlaut von Volksinitiativen oft weniger auf Einheitlichkeit und Konsistenz mit der Rechtsordnung bedacht als vielmehr auf eine volksnahe Darstellung ausgerichtet ist. Sodann scheidet eine subjektiv-historische Auslegung von vornherein aus, da es unmöglich ist festzustellen, wie der Verfassungsgeber eine bestimmte Vorlage interpretiert hat.⁷ Auch auf das Verständnis der Initiantinnen und Initianten ist nach

³ TSCHANNEN, Mehr Volk, weniger Staat: Direkt anwendbare Verfassungsinitiativen im Bund, in: Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, 2015, 131 ff., S. 137.

⁴ GRÜNINGER, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Diss. 2023, Rz. 653.

⁵ WALDMANN, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, in: LEGES 2015/3, 521 ff., S. 523.

⁶ Vgl. GRÜNINGER, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Diss. 2023, Rz. 146, 199

⁷ WALDMANN, a.a.O., S. 524.

Doktrin und Praxis nicht abzustellen.⁸ Vielmehr ist das allgemeine Verständnis des Initiativtexts massgebend, wie es sich für die Stimmberechtigten im Vorfeld der Abstimmung insgesamt aufgrund der Materialien und Stellungnahmen der Behörden, der Begründung und Argumente der Initianten sowie der Ausführungen der Initiativgegner präsentierte. Dabei haben die Meinungsäusserungen genügend klar und homogen zu sein, um den Meinungsbildungsprozess der Stimmbürgerschaft beeinflussen zu können.⁹ Beim systematischen Element ist zu bedenken, dass der Verfassungsinitiativtext in der Regel nicht auf die übrigen Teile der Verfassung abgestimmt ist, sondern von punktuellen Interessen geprägt sind. Allfällige Normwidersprüche sind mittels einer wertenden Abwägung aufzulösen. Im Rahmen des pragmatischen Methodenpluralismus dürfte der Handhabung der verschiedenen Auslegungselemente mit Blick auf ein rationales und praktikables Ergebnis gerade bei Verfassungsinitiativen eine besondere Bedeutung zukommen.¹⁰

- 9 So hält auch das Bundesgericht klar fest, dass die Verfassungsinterpretation einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet ist. Eine Auslegung, die dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext keine Rechnung trägt und ausschliesslich den Willen der Initianten in den Vordergrund stellt, ist unzulässig, sofern sich die entsprechende Bestimmung nicht selber den Vorrang zu anderen betroffenen Verfassungsvorgaben zuweist. Dass eine Verfassungsbestimmung absolut gelten und im Einzelfall keiner Abwägung mit anderen Interessen zugänglich sein soll, ist nicht leichthin anzunehmen (BGE 139 I 16 E. 4.2.2). Es wäre daher verfehlt, die Umsetzung einer Volksinitiative auf die blosser Ausführung eines Befehls des Souveräns reduzieren zu wollen.¹¹ Vielmehr ist es verfassungsrechtlich Sache des Gesetzgebers, Verfassungsaufträge zu konkretisieren. Die Zuschaltung des in der Verfassung vorgesehenen parlamentarischen Gesetzgebungsprozederes bildet gerade die Voraussetzung dafür, dass am Ende allgemein annehmbare Regelungen gelingen: Regelungen, welche auch jenen Problemen Rechnung tragen, welche bei der Verfassungsgebung nicht bedacht oder sogar übergangen wurden. Daher hat es nichts Undemokratisches an sich, wenn Bundesrat und Bundesversammlung auf ihrer verfassungsmässigen Organkompetenz bestehen, (selbst harte) Vorgaben eines Verfassungssatzes – auch einer Volksinitiative – in den Gesamtkontext der Verfassung zu stellen und nach Möglichkeiten einer harmonisierenden Umsetzung zu suchen.¹²

B. Zur Auslegung von Art. 118 Abs. 2 lit. b Teilsatz 2 BV

- 10 Gemäss Art. 118 Abs. 2 lit. b BV soll der Bund «jede Art von Werbung für Tabakprodukte», «die Kinder und Jugendliche erreicht», verbieten. Dies kann auf

⁸ WALDMANN, a.a.O., S. 524; BGE 139 II 243 E. 8.

⁹ WALDMANN, a.a.O., S. 525.

¹⁰ WALDMANN, a.a.O., S. 525.

¹¹ Vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 526.

¹² TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage, 2021, § 4 N 152.

verschiedene Weise verstanden werden. Einerseits kann Werbung eng als kommunikatives Marketinginstrument zur Absatzförderung von Produkten und Dienstleistungen, andererseits in einem weiten Sinne verstanden werden und z.B. das nicht produkte- oder dienstleistungsbezogene Sponsoring mitumfassen. Der Wortlaut ist diesbezüglich unklar. Das gilt auch für die Formulierung «Kinder und Jugendliche erreicht». Gemäss Duden hat «erreichen» unterschiedliche Bedeutungen, so insbesondere «zu jemanden, etwas hinzukommen, gelangen» oder «mit jemandem, etwas in Verbindung treten».¹³ Das kann auf unterschiedliche Art und Weise geschehen. Mithin ist die Bestimmung in hohem Mass auslegungsbedürftig.

- 11 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Gemäss diesem soll jede Art von Werbung für Tabakprodukte verboten werden. Stützt man sich auf den Wortlaut, so wäre nur Werbung im Sinne kommunikativer Verkaufsförderungsmassnahmen für Tabakprodukte untersagt. Dies würde wohl bedeuten, dass z.B. das nicht produktebezogene Sponsoring vom Verbot nicht erfasst wird, ebenso Werbung von Tabakunternehmen für Produkte, die keine Tabakprodukte sind wie z.B. T-Shirts. Eine teleologische Auslegung hat indes zu beachten, dass Sinn und Zweck der Bestimmung ist, Kinder und Jugendliche vor den schädlichen Auswirkungen des Tabakkonsums zu schützen.¹⁴ Die ratio legis legt es daher nahe, den in Art. 118 Abs. 2 lit. b Teilsatz 2 BV verwendeten Begriff der «Werbung» in einem weiteren Sinne zu verstehen. Dies hat gleichermassen auch für die Formulierung «Kinder und Jugendliche erreicht» zu gelten. Das entstehungsgeschichtliche Element spricht ebenfalls für eine weite Auslegung. So führt der Bundesrat in seinen Erläuterungen im Abstimmungsbüchlein zur Volksabstimmung vom 13. Februar 2022 unter dem Titel «Einschränkungen der Tabakwerbung» sowohl verschiedene Arten von Werbung als auch die Abgabe von Gratismustern und das Sponsoring auf. Darüber hinaus hält er fest, dass aufgrund des mit der Initiative angestrebten weitreichenden Werbeverbots Tabakwerbung nur noch in jenen wenigen Bereichen zulässig wäre, in denen Jugendliche keinen Zugang hätten, und dass «das von der Initiative geforderte generelle Sponsoringverbot» für gewisse Veranstaltungen zu Einbussen bei den Einnahmen führen könnte.¹⁵ Diese sehr weite Interpretation ist allerdings vom Wortlaut nicht gedeckt.
- 12 Was ergibt sich bei Berücksichtigung des systematischen Elements? Hier ist in Anlehnung an die Ausführungen in Rz. 8 darauf hinzuweisen, dass die übrigen Teile der Verfassung nicht unberücksichtigt bleiben können, sondern die neue Norm darauf abzustimmen bzw. damit in Einklang zu bringen ist. Ein weitgreifendes Verbot für Tabakwerbung, wie es das bisherige Auslegungsergebnis nahelegt, steht

¹³ URL: <https://www.duden.de/rechtschreibung/erreichen> (zuletzt abgerufen am 7. März 2024).

¹⁴ Vgl. Abstimmungsbüchlein zur Volksabstimmung vom 13. Februar 2022, S. 30 und 32.

¹⁵ Abstimmungsbüchlein zur Volksabstimmung vom 13. Februar 2022, S. 28 und 32. Vgl. ferner die Ausführungen der Initianten, wonach die Ergänzung von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV die gesetzlichen Bestimmungen zur Einschränkung der Werbung, der Verkaufsförderung sowie des Sponsorings betrifft (abrufbar unter: https://www.kinderohneTabak.ch/media/files/2022/01/VI_KinderohneTabak_Umsetzungsvorschlag_D_qS5uLbz.pdf [zuletzt besucht am 7. März 2024]).

hierbei in klarem Widerspruch zu der in Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV geschützten Wirtschaftsfreiheit. Zwar gilt diese nicht schrankenlos, sondern kann gestützt auf Art. 36 i.V.m. Art. 94 BV eingeschränkt werden. Dies gilt auch für den Schutz der Gesundheit, insb. von Kindern und Jugendlichen. Die neu in Art. 118 Abs. 2 lit. b BV eingefügte Regelung vermag indes keinen Anspruch auf Vorrang oder gar Durchbrechung der bereits bestehenden Verfassungsnormen zu beanspruchen. Hier ist somit ganz klar der Gesetzgeber gefordert im Sinne der in Rz. 6 erwähnten Steuerungsfunktion einzugreifen und eine abgestimmte Lösung zu finden, dies im Sinne einer gesetzgeberischen Herstellung praktischer Konkordanz potentiell kollidierender Verfassungsnormen. Dabei kommt der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV) grosse Bedeutung zu. Dies bedeutet insbesondere, dass gestützt auf die neue Verfassungsnorm nicht jede Form von Verkaufsförderung und Sponsoring verboten werden kann.

- 13 Gesamthaft führt damit die Anwendung der verschiedenen Interpretationsmethoden (Verständnis gemäss dem Wortlaut, teleologische Interpretation, systematische Interpretation, entstehungsgeschichtliche Interpretation) zu keinem eindeutigen Resultat. Es fällt allenfalls auf, dass eine Kluft besteht zwischen dem Wortlaut und der Interpretation gestützt auf andere Elemente, insb. das teleologische und entstehungsgeschichtliche. Nun geht es vorliegend ja vor allem um die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung. Hier ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber bei Volksinitiativen eine erhebliche Freiheit bei der legislativen Umsetzung neuer Verfassungsnormen in Anspruch nimmt. Angesichts des oben erwähnten Umsetzungsspielraums, wonach der Gesetzgeber eine auf Volksinitiative beruhende Verfassungsnorm in den Gesamtkontext der Verfassung zu stellen und harmonisierend auszulegen hat (vgl. Rz. 9), und den nicht eindeutigen Befunden, wie die neue Verfassungsnorm zu interpretieren ist, kann schon vorweg festgehalten werden, dass es Einiges braucht, bis eine Umsetzung verfassungswidrig ist. Dies gilt es bei der Würdigung der nachfolgenden Beantwortung der gestellten Fragen zu beachten.

III. Beantwortung der gestellten Fragen

A. Beinhaltet bzw. umfasst der Begriff «Werbung» auch die Begriffe «Verkaufsförderung» und «Sponsoring»?

- 14 Wird diese Frage auf den in der Bundesverfassung (Art. 118 Abs. 2 lit. b BV) verwendeten Begriff «Werbung» bezogen, so kann diese Frage möglicherweise bejaht werden (vgl. Rz. 10 ff. vorstehend).
- 15 Losgelöst von der Auslegung der genannten Verfassungsbestimmung ist die Frage unseres Erachtens zu verneinen.¹⁶ Diese Begriffe sind nicht deckungsgleich. In

Anlehnung an die entsprechenden Begriffe im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) stellt Werbung eine öffentliche *Äusserung* dar, welche die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren und Dienstleistungen zum Zweck hat (vgl. Art. 2 lit. k RTVG), während beim Sponsoring durch die *Beteiligung* an der direkten oder indirekten Finanzierung die eigene Marke gefördert werden soll (vgl. Art. 2 lit. o RTVG). Auch in Art. 3 lit. g TabPG wird unter dem Sponsoring «jede Art von *Unterstützung* einer Tätigkeit, einer Veranstaltung oder von Personen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, um den Konsum von Tabakprodukten und elektronischen Zigaretten sowie den Kauf von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, zu fördern», verstanden (Hervorhebung hinzugefügt).¹⁷ Sponsoring kann somit Werbung möglicherweise unterstützen, stellt selber aber keine Werbung dar.

16 Bei der Verkaufsförderung hat der Bundesgesetzgeber hingegen die Abgabe von Gratismustern vor Augen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c TabV und Art. 19 TabPG¹⁸).

17 Auch der Bundesrat geht nicht davon aus, dass der Begriff «Werbung» die Begriffe «Verkaufsförderung» und «Sponsoring» umfasst, was sich implizit aus der Botschaft zur Teilrevision des Tabakproduktegesetzes ergibt. Darin wird nämlich festgehalten, dass durch die Ergänzung des Einleitungssatzes von Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 TabPG verhindert werden solle, dass Hersteller und Verkäufer von Tabakprodukten und E-Zigaretten anhand von «Hinweisen auf Verkaufsförderung und auf Sponsoring Werbung betreiben» könnten.¹⁹ Diese Ergänzung würde keinen Sinn ergeben, wenn auch das Sponsoring und die Verkaufsförderung als von «Werbung» mitumfasst verstanden würden.

18 Allerdings gerät bei dieser Formulierung in Vergessenheit, worum es bei «Werbung» eigentlich geht, nämlich darum, den Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren und Dienstleistungen zu fördern. Inwiefern ein blosser Hinweis auf Sponsoring, z.B. über die Platzierung von Logos, und auf Verkaufsförderung diesem Zwecke dienen soll und damit «Werbung» darstellt, ist nicht ersichtlich und überspannt den Bogen bei Weitem.

B. Sind folgende vom Bundesrat, Ständerat bzw. der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagene Bestimmungen verfassungskonform?

1. Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 in der Fassung des Bundesrates

19 In der bundesrätlichen Fassung zum teilrevidierten TabPG wird Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 dahingehend ergänzt, dass nicht nur Werbung, sondern auch «Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring» für Tabakprodukte, für elektronische

¹⁷ BBI 2021 2327.

¹⁸ BBI 2021 2337.

¹⁹ BBI 2023 1478, S. 25.

Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, verboten sind. Die gleiche Formulierung findet sich auch in Art. 18 Abs. 1 lit. b der bundesrätlichen Fassung.²⁰

- 20 Aus der Botschaft geht wie bereits erwähnt hervor, dass durch diese Ergänzung verhindert werden solle, dass Hersteller und Verkäufer von Tabakprodukten und E-Zigaretten anhand von Hinweisen auf Verkaufsförderung und auf Sponsoring Werbung betreiben können. Dies wird damit begründet, dass Inserate mit entsprechenden Hinweisen dazu beitragen, die Sichtbarkeit der Produkte und Unternehmen zu erhöhen, da Hinweise auf Sponsoring häufig über die Platzierung von Logos, sei es eines Unternehmens, eines Produktes oder einer Marke, die zum Zweck der Verkaufsförderung von Tabakprodukten oder E-Zigaretten erstellt worden sei, erfolge.²¹
- 21 Mit dieser Auffassung wird nicht nur der Begriff «Werbung» übermässig ausgedehnt (vgl. Rz. 18 hiervor). Vielmehr lässt diese Formulierung eine harmonisierende Umsetzung, wie sie der Gesetzgeber vornehmen soll, gänzlich vermissen. Das Verbot, das Logo eines Unternehmens zu platzieren, greift massiv in die Wirtschaftsfreiheit ein. So wäre es z.B. nicht mehr möglich, dass eine Unternehmung mittels Darstellung des Unternehmenslogos bzw. Firmennamens kundtut, eine Kunstausstellung oder eine Sensibilisierungskampagne für die Bekämpfung von Littering bei Zigaretten als Sponsor mitzutragen. Ein derart weitreichender Eingriff ist nicht verfassungskonform.

2. Art. 18 Abs. 1 lit. a in der Fassung der SGK-N

- 22 Diese Fassung zielt darauf ab, dass Werbung in Presseerzeugnissen nicht nur im ausländischen, sondern auch im inländischen Markt weiterhin möglich sein soll, jedoch unter der Voraussetzung, dass die Publikationen mehrheitlich über Abonnemente verkauft werden, deren Leserschaft zu mindestens 95% aus Erwachsenen besteht.²² Diese Bestimmung stellt ein valables Beispiel für die in Rz. 12 vorstehend beschriebene, durch den Gesetzgeber vorzunehmende Harmonisierung dar. Mit diesem Vorschlag wird nicht nur der auf gleicher Ebene stehenden Wirtschaftsfreiheit, sondern auch der Achtung der in Art. 13 BV geregelten Privatsphäre Rechnung getragen. Es ist nur schwer verständlich, weshalb Erwachsene keine Presseerzeugnisse mit Tabakwerbung mehr konsumieren können, nur weil potenziell die Möglichkeit besteht, dass Minderjährige diese Presseerzeugnisse einsehen könnten. Ein derart weitgehender Eingriff in die Privatsphäre lässt sich auch mit dem sehr wohl im öffentlichen Interesse liegenden Ziel, Minderjährige vom Tabakkonsum abzuhalten, kaum rechtfertigen.

²⁰ BBI 2021 2337; BBI 2023 1479.

²¹ BBI 2023 1478 S. 25.

²² Vgl. 23.049s Fahne Frühjahrssession 2024 Nationalrat, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2023/20230049/N2%20D.pdf> (zuletzt besucht am 7. März 2024).

- 23 Vor diesem Hintergrund erweist sich die im Titel erwähnte Fassung von Art. 18 Abs. 1 lit. a als verfassungskonform.

3. Art. 18 Abs. 1 lit. e in der Fassung des Ständerats

- 24 Der Ständerat hat beschlossen, Art. 18 Abs. 1 lit. e des Entwurfs des Bundesrates, wonach Werbung sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring für Tabakprodukte, für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, verboten sind an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, mit der Formulierung «es sei denn, geeignete Massnahmen stellen sicher, dass die Werbung für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist» zu ergänzen.

- 25 Es stellt sich die Frage, ob dieser Zusatz verfassungskonform ist. Das Ziel der Volksabstimmung bestand darin, Kinder und Jugendliche vor Werbung für Tabakprodukte zu schützen, mithin dafür zu sorgen, dass Werbung Kinder und Jugendliche nicht *erreicht* (vgl. Art. 118 Abs. 2 lit. b BV und Rz. 10 ff.). Wenn nun also gemäss der vom Ständerat vorgeschlagenen Fassung mit geeigneten Massnahmen sichergestellt ist, dass die Werbung für Minderjährige an öffentlich zugänglichen Orten, wie z.B. Festivals, weder sichtbar noch zugänglich ist, ist der Verfassung damit Genüge getan, ist doch sichergestellt, dass die Werbung nicht zu Kindern und Jugendlichen gelangt, mithin diese nicht erreicht.

- 26 Es ist nicht ersichtlich, weshalb Werbung an von Minderjährigen zugänglichen öffentlichen Orten absolut verboten sein soll. Eine solche Auffassung schiesst über den Verfassungstext hinaus, ist zur Erreichung des mit der Volksinitiative verfolgten Zwecks mithin nicht erforderlich, und lässt zudem die übrigen, gleichrangigen Verfassungsbestimmungen, namentlich die Wirtschaftsfreiheit gänzlich unbeachtet. Die vom Ständerat vorgesehene Fassung stellt die Verfassungsnorm demgegenüber in den Gesamtkontext der Verfassung und legt diese harmonisierend aus, so wie dies vom Gesetzgeber bei der Umsetzung von Volksinitiativen erwartet werden darf. Somit erweist sich die vom Ständerat vorgeschlagene Fassung u.E. als verfassungskonform.

4. Art. 19 Abs. 1 lit. c in der Fassung des Ständerates

- 27 Der Ständerat hat sich dafür ausgesprochen, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Bestimmung, wonach ein Verkaufsverbot von Tabakprodukten, von elektronischen Zigaretten und von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, durch mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, gestrichen werden solle.²³

²³ Vgl. FN 22.

28 Dem ist nur schon aus systematischen Gründen beizupflichten: Art. 19 regelt die Einschränkungen der Verkaufsförderung. In Abs. 1 lit. c dieses Artikels hat der Bundesrat jedoch das Verbot einer gewissen Art des Verkaufs vorgesehen. Der Verkauf an sich stellt jedoch keine Verkaufsförderung dar, weshalb der Ständerat diese Bestimmung zu Recht gestrichen hat. Abgesehen davon schießt ein Verkaufsverbot offensichtlich über das mit der Volksinitiative beabsichtigte Werbeverbot hinaus und findet dementsprechend in Art. 118 Abs. 1 lit. b BV keine Stütze. Die vom Ständerat vorgenommene Streichung ist somit verfassungskonform.

5. Art. 20 Abs. 1 lit. b in der Fassung des Ständerates

29 Der Ständerat hat die vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung, wonach Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz untersagt ist, wenn diese von Minderjährigen besucht werden können, dahingehend ergänzt, dass dies nicht gelte, wenn geeignete Massnahmen sicherstellen, dass die Werbung vor Ort für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist.²⁴

30 Diese Bestimmung erweist sich u.E. klar als verfassungskonform. Gemäss dem Verfassungstext soll die Werbung Minderjährige nicht erreichen. Dies ist mit der vom Ständerat vorgeschlagenen Formulierung erfüllt. Der mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung einhergehende Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ist weder notwendig noch durch den Verfassungstext indiziert (vgl. hierzu auch Rz. 24 ff. vorstehend).

IV. Fazit

31 Auch wenn eine Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung ein relativ weit gehendes Verständnis des Werbeverbots für Tabakprodukte zulässt, darf dies nicht dazu führen, dass andere geltenden Verfassungsbestimmungen, namentlich die Wirtschaftsfreiheit und die Achtung der Privatsphäre, nicht mehr beachtet werden. Vielmehr ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, die neue Verfassungsnorm so umzusetzen, dass bestehende Normwidersprüche beseitigt und nicht aufrechterhalten bleiben oder gar neue geschaffen werden. Dabei hat der Gesetzgeber einen erheblichen Spielraum. Die durch andere Verfassungsbestimmungen gesetzten Grenzen sind indes zu beachten. Dem entsprechen zahlreiche vom Bundesrat vorgeschlagene Bestimmungen nicht.

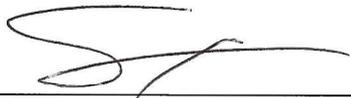
Auf der anderen Seite erweisen sich die untersuchten Bestimmungen gemäss der vom Ständerat sowie der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagenen Fassung als verfassungskonform.

²⁴ Vgl. FN 22.

Zusammengefasst ist:

- die in Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 in der Fassung des Bundesrates vorgenommene Ergänzung «Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring» nicht verfassungskonform;
- Art. 18 Abs. 1 lit. a in der Fassung der SGK-N verfassungskonform;
- Art. 18 Abs. 1 lit. e in der Fassung des Ständerats verfassungskonform;
- Art. 19 Abs. 1 lit. c in der Fassung des Ständerats verfassungskonform;
- Art. 20 Abs. 1 lit. b in der Fassung des Ständerats verfassungskonform.

* * *



Prof. Dr. Urs Saxer, LL.M.



MLaw Franziska Tredoux