



15.075 Bundesgesetz über Tabakprodukte
Sitzung SGK-S vom 5. November 2020

Bericht 12:

Verfassungsmässigkeit des Gesetzesentwurfs des Ständerats im Bereich der Werbe- und Marketingeinschränkungen

Dieser Bericht wurde vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) verfasst.

1. Hintergrund

Im Jahr 2015 hat der Bundesrat dem Parlament einen ersten Entwurf des Tabakproduktegesetzes vorgelegt, der zahlreiche Werbeeinschränkungen für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten enthielt. Dieser Entwurf umfasste auch gewisse Einschränkungen der Verkaufsförderung und des Sponsorings. Diese Version erfüllte die Voraussetzungen für eine Ratifizierung des Rahmenübereinkommens der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (FCTC).

Da das Parlament die Werbeeinschränkungen als zu umfangreich erachtete, überwies es den Entwurf an den Bundesrat zurück mit dem Auftrag, keine Werbeeinschränkungen vorzusehen, die nicht bereits im geltenden Recht enthalten sind. Nach dieser Rückweisung wurde dem Parlament im November 2018 der zweite Entwurf des Tabakproduktegesetzes vorgelegt, der ausschliesslich ein Verbot von Werbung enthielt, die sich speziell an Minderjährige richtet.

Im September 2019 änderte der Ständerat diesen Entwurf ab, um eine Ratifizierung des FCTC zu ermöglichen. Er beschloss, die Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen auszubauen, indem er die folgenden Massnahmen hinzufügte, um die Mindestanforderungen in Artikel 13 Absatz 4 FCTC zu erfüllen:

- ein Verbot von Werbung:
 - a) wenn sie mit preisvergleichenden Angaben oder mit Versprechen von Geschenken oder anderen Vergünstigungen betrieben wird,
 - b) in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet;
- ein Verbot der Verkaufsförderung in Form:
 - a) einer unentgeltlichen Abgabe von Tabakprodukten,
 - b) einer Abgabe von Geschenken oder Preisen;
- ein Verbot des Sponsorings:
 - a) von Veranstaltungen in der Schweiz, die internationalen Charakter haben,
 - b) von Veranstaltungen und Tätigkeiten, die von Bund, Kantonen und Gemeinden organisiert werden;
- ein Warnhinweis bei Sponsoring.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Version des Ständerats weniger weit geht als der erste Gesetzesentwurf von 2015 und kein vollständiges Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringverbot vorsieht. Die Werbeeinschränkungen sind ziemlich weit gefasst, doch sie lassen den Herstellern und Händlern immer noch viel Spielraum, um für ihre Produkte zu

werben, beispielsweise in den Verkaufsstellen. Sie können teilweise auch Massnahmen zur Verkaufsförderung umsetzen, beispielsweise mit Ständen an Festivals. Weiterhin erlaubt ist auch das Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz, die keinen internationalen Charakter haben. Die meisten Veranstaltungen in der Schweiz sind somit von dieser Einschränkung nicht betroffen (z. B. das Paleo Festival, das Gurtenfestival und verschiedene nationale Sportanlässe).

2. Vorbemerkungen

Bei der Erarbeitung des Entwurfs von 2015 hat das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) jede Massnahme sorgfältig auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft. Im Rahmen der Vorarbeiten für diesen Entwurf wurde die Verfassungsmässigkeit der Werbeeinschränkungen nicht bestritten, obwohl er über die Mindestanforderungen im FCTC hinausging (Art. 13 Abs. 4 FCTC). So gingen beispielsweise sowohl das Verbot von Aussenwerbung als auch das Verbot von Kinowerbung über die Mindestanforderungen hinaus.

Nach der Veröffentlichung des Rechtsgutachtens von Prof. Urs Saxer und Rechtsanwältin Claudia Holck vom 7. August 2019 zur Verfassungsmässigkeit der Mindestanforderungen im FCTC übermittelte das BAG seine Stellungnahme zu diesem Rechtsgutachten dem Präsidenten der SGK-S, Joachim Eder. In der ersten Sitzung des Ständerats vom 17. September 2019 ging dieser auf die wichtigsten Punkte ein, die das BAG festgehalten hatte (vgl. AB 2019 S 739). Die Verfasser des Rechtsgutachtens waren zum Schluss gekommen, die vorgesehenen Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen seien verfassungswidrig, weil sie fälschlicherweise davon ausgegangen waren, es handle sich um ein vollständiges Werbeverbot. Das BAG hatte die Verfassungsmässigkeit der Mindestanforderungen im FCTC vorgängig bereits geprüft und war zum Schluss gelangt, dass diese aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig sind.

3. Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen

Allgemeines

Die Bundesverfassung (BV) enthält insbesondere die Leitlinien unserer Rechtsordnung und legt die staatlich geschützten Grundrechte fest. Gemäss Artikel 35 BV müssen die in den Artikeln 7 bis 34 BV aufgeführten Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen, und der Staat ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

Einige der von der Bundesverfassung garantierten Grundrechte könnten den Verpflichtungen entgegenstehen, die sich aus den Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen ergeben. Dabei handelt es sich insbesondere um die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).

Die Grundrechte gelten jedoch nicht absolut und können unter bestimmten Voraussetzungen, die in Artikel 36 BV festgehalten sind, eingeschränkt werden. Solche Einschränkungen müssen in jedem Fall auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Schwerwiegende Einschränkungen müssen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein (Abs. 1). Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Abs. 2). Ausserdem muss jede

Einschränkung von Grundrechten verhältnismässig sein (Abs. 3), und sie darf den Kerngehalt der Grundrechte nicht antasten (Abs. 4).

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist in Artikel 27 BV verankert. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten beeinträchtigen die freie Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit in diesen beiden Bereichen.

Darüber hinaus haben Bund und Kantone gemäss Artikel 94 Absatz 3 BV für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft zu sorgen.

Einschränkungen dieses Grundsatzes sind unter den Voraussetzungen von Artikel 36 BV möglich. Die im Gesetzesentwurf des Ständerats vom September 2019 vorgesehenen Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen sind in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten. Die erste Voraussetzung – das Bestehen einer *gesetzlichen Grundlage* – ist somit erfüllt (Abs. 1).

Insbesondere polizeilich motivierte Einschränkungen, mit denen die Öffentlichkeit vor bestimmten Beeinträchtigungen (beispielsweise des Lebens, der Sicherheit, der Gesundheit oder der Ruhe) geschützt werden soll, entsprechen unter Umständen einem öffentlichen Interesse, das mit einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit verbunden sein kann¹. Der Schutz der Gesundheit entspricht eindeutig einem *öffentlichen Interesse*, das von erheblicher Bedeutung ist und Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigt (Abs. 2). Dies wurde von der Rechtsprechung mehrfach bestätigt, beispielsweise im Zusammenhang mit den Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Passivrauchen². Hinsichtlich der Werbung hat die Rechtsprechung bestätigt, dass deren Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt³.

Bei jeder Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen (Abs. 3). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels (I) geeignet und (II) erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung (III) als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann.

(I) Bezüglich der Eignung einer Massnahme kommt dem Gesetzgeber ein grosser Gestaltungsspielraum zu. Es ist wissenschaftlich ausreichend dargelegt, dass Tabakwerbung das Rauchen bei Jugendlichen fördert und den Tabakkonsum erhöht. Die Tabakwerbung untergräbt zudem die Bemühungen der Prävention, indem Personen, die mit dem Rauchen aufhören möchten, wieder rückfällig werden. Mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 FCTC⁴ ist in der Weltgemeinschaft anerkannt, dass ein Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings den Konsum von Tabakerzeugnissen vermindert. 182 Staaten haben sich der WHO-Konvention und damit dieser Sichtweise angeschlossen.

¹ BGE 113 Ia 38; 118 Ia 175

² BGE 136 I 17; 136 I 29

³ BGE 123 I 201; 128 I 295

⁴ www.who.int/fctc/en/

(II) Das Mittel muss zudem erforderlich sein, d.h. es darf kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Verfügung stehen. Es handelt sich nicht um ein vollständiges Werbeverbot, sondern es werden nur bestimmte, sehr sichtbare Werbemöglichkeiten (Zeitungen, Zeitschriften, Internet, TV) eingeschränkt. Der Tabakindustrie verbleiben diverse andere Möglichkeiten, ihre Produkte in einem begrenzten Rahmen anzupreisen (z. B. in den Verkaufsstelle, Versand von E-Mails an Erwachsene). Ein Verbot für Tabakwerbung in den Printmedien, in Radio und Fernsehen sowie im Internet sind Schlüsselmaßnahmen, um den verfolgten Zweck «Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugend» zu erreichen. Zudem gilt es als erwiesen, dass die heute geltenden, wenigen Verbote geringe Auswirkungen auf das Rauchverhalten haben.

(III) Die vorgesehenen Werbeverbote sind auch angemessen: Es ist eine Güterabwägung zwischen den betroffenen Grundrechten und den verfolgten öffentlichen Interessen vorzunehmen. Dabei hat der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere von Kindern und Jugendlichen, Vorrang vor den kommerziellen Interessen, ein Produkt zu bewerben. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei Tabakprodukten und elektronischen Zigaretten um besonders gesundheitsschädliche Produkte handelt.

Somit wird bei der Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit durch die vom Ständerat vorgeschlagenen Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen.

Der Kerngehalt der Grundrechte darf durch keinerlei Einschränkung angetastet werden (Abs. 4). Was die Wirtschaftsfreiheit betrifft, könnte dieser Kerngehalt beeinträchtigt werden, wenn eine staatliche Massnahme elementare Aspekte der freien Berufswahl verletzen würde. Ein vollständiges Verbot einer Tätigkeit, beispielsweise des Handels mit Tabakprodukten, wäre inakzeptabel, weil es den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit antasten würde.

Zu den Voraussetzungen nach Artikel 36 BV kommt im Bereich der Wirtschaftsfreiheit eine spezifische Voraussetzung hinzu: die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen. Dabei geht es um die Verpflichtung des Staates, die Gleichheit zwischen direkten Konkurrenten zu wahren. Dieses Erfordernis wird auch durch Artikel 8 BV gewährleistet, doch geht noch weiter und verlangt ernsthafte und besonders wichtige Gründe, um eine unterschiedliche Behandlung von direkten Konkurrenten zu rechtfertigen⁵. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Hersteller von Tabakprodukten sind folglich direkte Konkurrenten, was auch auf Händler von Tabakprodukten zutrifft. Hingegen sind ein Hersteller und ein Händler von Tabakprodukten keine direkten Konkurrenten. Da die vorgeschlagenen Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen für alle Akteure in den Bereichen Tabakprodukte und elektronische Zigaretten gelten, wird dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität Rechnung getragen.

Die vom Ständerat vorgeschlagenen Werbe- und Marketingeinschränkungen erfüllen die Voraussetzungen von Artikel 36 BV; sie sind nicht verfassungswidrig.

Einschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit

Die Meinungs- und Informationsfreiheit wird in Artikel 16 BV garantiert, in dem Folgendes festgelegt ist: "Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu

⁵ BGE 121 I 129

äussern und zu verbreiten.“ Zusammen mit der Medienfreiheit, auf die weiter unten eingegangen wird, und weiteren Freiheiten wie der Versammlungsfreiheit und der Vereinsfreiheit gehört die Meinungs- und Informationsfreiheit zu den sogenannten “Kommunikationsfreiheiten“.

Werbe- und Marketingeinschränkungen für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten betreffen insbesondere die Informationsfreiheit: Die betroffenen Wirtschaftsakteure können die Informationen, die sie der Öffentlichkeit und den Konsumentinnen und Konsumenten zur Kenntnis bringen möchten, nicht nach ihren Vorstellungen ausdrücken und verbreiten, weder in Bezug auf den Inhalt noch hinsichtlich des Orts oder des Informationsträgers.

Was diese Freiheiten betrifft, sind ebenfalls Einschränkungen unter den Voraussetzungen von Artikel 36 BV denkbar. In Bezug auf die notwendigen Voraussetzungen – *gesetzliche Grundlage* (Abs. 1), *öffentliches Interesse* (Abs. 2) und *Verhältnismässigkeit* (Abs. 3) – wird auf die obigen Ausführungen zur Wirtschaftsfreiheit verwiesen, die auch für die Meinungs- und Informationsfreiheit gelten.

Zum Verhältnismässigkeitsprinzip ist Folgendes hinzuzufügen. Da Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring in der Version des Ständerats nicht vollständig verboten sind und überdies den Bereichen Tabakprodukte und elektronische Zigaretten auch andere Kommunikationskanäle zur Verfügung stehen, um die Öffentlichkeit und die Konsumentinnen und Konsumenten zu informieren, scheint das Verhältnismässigkeitsprinzip Einschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit, wie sie vom Ständerat vorgeschlagen werden, nicht entgegenzustehen. So können die Öffentlichkeit und die Konsumentinnen und Konsumenten beispielsweise in Fachgeschäften, auf den Websites der betreffenden Unternehmen oder mittels Hinweisblättern informiert werden, die den Produkten beigelegt werden. Ausserdem besteht weiterhin die Möglichkeit für Plakatwerbung, Werbung in den Verkaufsstellen, Kinowerbung sowie Werbung, die sich direkt an Erwachsene richtet (Flyer, Mailings).

Das Recht auf eine eigene Meinung ist absolut und bildet den unantastbaren Kerngehalt der Meinungs- und Informationsfreiheit. Konkret darf dieses Recht nicht beeinträchtigt werden.

Auch hier sind die Voraussetzungen von Artikel 36 BV erfüllt, und die vorgesehenen Einschränkungen sind im Hinblick auf die Bundesverfassung zulässig.

Einschränkungen der Medienfreiheit

Die Medienfreiheit ist in Artikel 17 BV verankert, in dem Folgendes festgehalten ist: "Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist gewährleistet."

Mit einem Werbeverbot für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten "in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet" (vgl. Fahne) schlägt der Ständerat eine Gesetzesfassung vor, die überdies die Medienfreiheit beeinträchtigt. Beim ursprünglichen Entwurf des Bundesrates vom 30. November 2018 war dies nicht der Fall⁶. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Medienfreiheit bereits durch das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006⁷ eingeschränkt wird, das Tabakwerbung in Radio und Fernsehen verbietet, ohne dass dies in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit ein Problem darstellt.

⁶ BBl 2019 919

⁷ SR 784.40

Was die Voraussetzungen – *gesetzliche Grundlage*, *öffentliches Interesse* und *Verhältnismässigkeit* – nach Artikel 36 BV betrifft, wird auch hier auf die obigen Ausführungen unter dem Titel Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit verwiesen.

Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit kann das angestrebte Ziel, d. h. ein besserer Gesundheitsschutz für die Bevölkerung, insbesondere für Jugendliche, mit dem vom Ständerat vorgeschlagenen Werbeverbot in den Printmedien und im Internet erreicht werden. Es stellt sich die Frage, ob ein Werbeverbot in den Printmedien zusätzlich zum bestehenden Werbeverbot in Radio und Fernsehen zulässig ist. Da Jugendliche im Internet sehr aktiv sind, besteht hingegen keine weniger restriktive Einschränkung, die im Hinblick auf die gleiche Wirksamkeit in Betracht gezogen werden könnte. Zudem sind in der Version des Ständerats Ausnahmen für Publikationen ausländischer Printmedien, die nicht in erster Linie für den Schweizer Markt bestimmt sind, sowie für Werbung vorgesehen, die sich ausschliesslich an Fachleute der Branche richtet. Das Verbot gilt somit nicht absolut. Aus diesen Gründen wird die Verhältnismässigkeit gewahrt.

Der Kerngehalt der Medienfreiheit könnte durch eine allgemeine Zensur angetastet werden, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft. Auch die Einschränkungen der Medienfreiheit entsprechen den Voraussetzungen nach Artikel 36 BV und stellen in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit kein Problem dar.

4. Fazit

Es ist das gleiche Fazit zu ziehen wie beim Entwurf von 2015 und bei der Stellungnahme zum Rechtsgutachten von Prof. Urs Saxer:

Die zusätzlichen Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringeinschränkungen für Tabakprodukte und elektronische Zigaretten im Gesetzesentwurf des Ständerats beeinträchtigen die Wirtschaftsfreiheit, die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Medienfreiheit. Es handelt sich jedoch um wirksame Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere von Jugendlichen, und es gibt keine weniger restriktiven Massnahmen, mit denen das gleiche Ziel erreicht werden könnte. Ausserdem sind die vorgesehenen Einschränkungen zwar verhältnismässig weit gefasst, doch es handelt sich keineswegs um absolute Verbote. Folglich tragen sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung, und sie scheinen in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit keine Probleme aufzuwerfen.

Quellen:

AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Genève 2003
BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017,
KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018
WALDMANN/BELSER/EPINEY, Basler Kommentar der Bundesverfassung, Basel 2015
REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel, 2011
UHLMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 27 BV
VALLENDER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 27 BV