



23.049 s Tabakproduktegesetz (TabPG). Teilrevision
Sitzung SGK-N vom 18. Januar 2024

Auftrag der Kommission an die Verwaltung vom 16. November 2023

Bericht Nr. 6: Verfassungskonformität der Anpassungen des Ständerats

Mit dem vorliegenden Bericht wird gemäss Auftrag der SGK-N vom 16. November 2023 erörtert, inwiefern die vom Ständerat in der Herbstsession 2023 eingefügten Anpassungen der Revisionsvorlage für das Tabakproduktegesetz in Bezug auf die Tabakwerbung verfassungskonform sind.

Dieser Bericht wurde vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) verfasst und anschliessend mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) konsolidiert.

Inhaltsverzeichnis

1. Verfassungsauftrag betreffend die Umsetzung der Volksinitiative «Kinder ohne Tabakwerbung»
2. Mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten (Art. 19 Abs. 1 Bst. c TabPG)
3. Verkaufsförderung von Zigarren und Zigarillos (Art. 19 Abs. 2 Bst. b TabPG)
4. Werbung an Orten, an denen sich Minderjährige aufhalten, und Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz (Art. 18 Abs. 1 Bst. e und 20 Abs. 1 Bst b TabPG)
5. Fazit

1. Verfassungsauftrag betreffend die Umsetzung der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung»

Mit der Annahme der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung» am 13. Februar 2022 wurden folgende Bestimmungen in der Bundesverfassung (BV) ergänzt:

Art. 41 Abs. 1 Bst. g

¹ Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

- g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden sowie ihre Gesundheit gefördert wird.

Art. 118 Abs. 2 Bst. b

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;

Die neuen Verfassungsbestimmungen sehen vor, dass Bund und Kantone die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen fördern (Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV), und dass sämtliche Tabakwerbung, die Kinder und Jugendliche erreicht, verboten wird (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV). Der Verfassungsauftrag

beinhaltet demnach zwei Aspekte: zum einen verlangt Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe g BV von Bund und Kantonen im Sinne eines Handlungsauftrags, dass sie sich für die Förderung der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen einsetzen. Dieser Aspekt ist generell umzusetzen und ist nicht nur auf den Tabakbereich beschränkt (vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung»¹). Zum anderen sind Bund und Kantone in der Pflicht, den Gesetzgebungsauftrag von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV umzusetzen und dabei auch die Einhaltung der neuen verfassungsrechtlichen Vorgabe zu kontrollieren, damit Kinder und Jugendliche effektiv nicht mehr mit Tabakwerbung erreicht werden. Der Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmungen ist deutlich und klar.

Mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV wurde die Bestimmung der Bundesverfassung zum Schutz der Gesundheit, die den Bund zur Erlassung von Vorschriften zur Bekämpfung von bösartigen Krankheiten ermächtigt, durch einen zweiten Satz ergänzt. Dieser verlangt, dass der Bund Vorschriften im Bereich der Tabakwerbung erlässt und namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte verbietet, die Kinder und Jugendliche erreicht (Gesetzgebungsauftrag). Die Bestimmung umfasst sowohl Tabakprodukte wie auch elektronische Zigaretten. Das Adverb «namentlich» verdeutlicht somit einen Handlungsspielraum für allfällige weitere Massnahmen als das Werbeverbot (vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Kinder und Jugendlichen ohne Tabakwerbung»²). Mit der Formulierung «jede Art von Werbung» wird auf die Werbung im weitesten Sinn gezielt; so sind auch die Verkaufsförderung oder das Sponsoring für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreichen, erfasst. Damit ist vor allem die Verkaufsförderung mit Rabatten, die Gratisabgabe an Minderjährige oder das Sponsoring von öffentlichen oder privaten Anlässen, die für Minderjährige zugänglich sind, durch die Tabakindustrie gemeint. Werbung, die auf Erwachsene abzielt und Minderjährige nicht erreicht, bleibt in der Perspektive der neuen Verfassungsbestimmung zum Kinder- und Jugendschutz hingegen zulässig.

2. Mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten (Art. 19 Abs. 1 Bst. c TabPG)

Streichung:

c. der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können.

Der Ständerat hat am 21. September 2023 entschieden, den vom Bundesrat vorgeschlagenen Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c TabPG zu streichen. Die gestrichene Bestimmung sah als Einschränkung der Verkaufsförderung vor, dass der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, verboten ist. Dabei handelt es sich um Verkaufspersonal, das, in der Regel ausgestattet mit Accessoires in den Farben oder im Design einer Produktmarke, Passantinnen und Passanten oder die Kundschaft einer öffentlichen Einrichtung direkt anspricht. Infolge der Streichung durch den Ständerat soll der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten, an denen sich auch Minderjährige aufhalten können, weiterhin erlaubt sein.

Beim Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal handelt es sich um eine Form von Werbung. Zwar ist der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal primär auf die Förderung des Verkaufs von Tabakprodukten gerichtet, jedoch zielt diese Art des Verkaufs ebenso auf die Vermarktung und Bekanntmachung einer Tabakmarke ab (Promotion), was wiederum als Werbung zu qualifizieren ist. Allein schon die Präsenz des mobilen Verkaufspersonals und ihr Auftreten in den Farben oder mit dem Logo der Tabakproduktehersteller kann von Minderjährigen wahrgenommen werden und sie dadurch erreichen. Dies unabhängig davon, ob die Minderjährigen aktiv angesprochen werden, da sie sich am gleichen Ort aufhalten. Der direkte Kontakt mit den potenziellen Kunden ist darauf ausgerichtet, diese von dem vermarkteten Produkt zu überzeugen und so künftige Kunden zu

¹ BBI 2020 7049

² BBI 2020 7061

akquirieren. Daher fällt die Verkaufsförderung durch mobiles Verkaufspersonal unter den Begriff der Werbung.

Die Verfassungsbestimmung sieht vor, dass *jede Art von Werbung von Tabakprodukten, die Minderjährige erreicht*, verboten werden soll. Folglich fällt nach Auffassung der Verwaltung auch der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten unter dieses Werbeverbot.

Fazit: Die Streichung dieser Bestimmung ist demgemäss nicht verfassungskonform.

3. Verkaufsförderung für Zigarren und Zigarillos (Art. 19 Abs. 2 Bst. b TabPG)

Streichen (= gemäss geltendem Recht):

b. direkte, persönlich ausgeführte Verkaufsförderung für Zigarren und Zigarillos mittels Degustationen und Kundenpromotionen an Orten, zu denen Minderjährige keinen Zugang haben.

Ebenfalls entschied der Ständerat, die Bestimmung von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b TabPG so anzupassen, dass die direkte, persönlich ausgeführte Verkaufsförderung für Zigarren und Zigarillos mittels Degustation und Kundenpromotion weiterhin auch an Orten möglich ist, an denen sich Kinder und Jugendliche aufhalten (Streichung des Endes des Art. 19 Abs. 2 Bst. b und somit zurück zur ursprünglichen Version des TabPG 2021).

Ausgehend vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV gilt auch für die Produktkategorie der Zigarren und Zigarillos das Verbot von jeglicher Art von Werbung, die Minderjährige erreichen kann. Es ist unbestritten, dass Verkaufspromotionen und Degustationen für Tabakprodukte (inkl. Zigarren und Zigarillos) eine auffällige und gut sichtbare Form der Tabakwerbung darstellt. Solange Minderjährige an denselben Orten zugegen sind, an denen diese Form der Werbung stattfindet, werden sie diese wahrnehmen. Selbst wenn die eigentlichen Promotionsaktivitäten nur gegenüber Erwachsenen stattfinden, wird durch das direkte Ansprechen von Personen und einer allfälligen Ausweiskontrolle auf jeden Fall ein Kontakt zu potenziellen Kunden (Werbeeffect) hergestellt. Damit ist der Hauptzweck der Promotion bereits erreicht, indem die Marke und das Produkt gegenüber Erwachsenen, aber auch gegenüber – den die Promotionsaktivitäten beobachtenden - Kindern und Jugendlichen bekannt gemacht werden. Dies lässt sich nur dann vermeiden, wenn diese Form der Tabakwerbung nur an Orten stattfinden, wo Kinder und Jugendliche keinen Zugang haben und demnach diese Form der Werbung nicht sehen können.

Fazit: Die Streichung dieser Bestimmung ist demgemäss nicht verfassungskonform.

4. Werbung an Orten, an denen sich Minderjährige aufhalten und Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz (Art. 18 Abs. 1 Bst. e und 20 Abs. 1 Bst. b TabPG)

Ergänzung von Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe e und Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b (Unterstrichen)

Art. 18 Einschränkungen der Werbung

¹ Werbung sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring für Tabakprodukte, für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, sind verboten:

e) an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, es sei denn geeignete Massnahmen stellen sicher, dass die Werbung für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist.

Art. 20 Einschränkungen des Sponsoring

¹ Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz ist untersagt, wenn diese:

b. von Minderjährigen besucht werden können, es sei denn geeignete Massnahmen stellen sicher, dass die Werbung vor Ort für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist.

a) Werbung (Art. 18 Abs. 1 Bst. e TabPG)

Der vom Ständerat beschlossene Zusatz in Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe e zielt in Abweichung vom Vorschlag des Bundesrats darauf ab, in Räumen, die von Minderjährigen nicht besucht werden können, Werbung zuzulassen. Jedoch muss gewährleistet werden, dass die Werbung für Minderjährige weder zugänglich noch sichtbar ist.

Daraus folgt, dass **die vom Ständerat eingefügte Ausnahme mit der neuen Verfassungsbestimmung unter folgenden Voraussetzungen verfassungskonform erscheint:**

- Die Werbung ist ausserhalb des betreffenden Raums nicht sichtbar (kein Logo, keine Gestaltung in den Unternehmensfarben etc.)
- Eine Einlasskontrolle ggfs. mit Ausweiskontrolle muss gewährleisten, dass der Zutritt zu diesen geschlossenen Räumen nur für Erwachsene erlaubt ist.

Um zu gewährleisten, dass diese Vorgaben aus dem Gesetzestext hinreichend klar hervorgehen, schlägt die Verwaltung eine neue Formulierung vor, die den Begriff "angemessene Massnahmen" durch die Bezeichnung "Sicherstellung" ersetzt. Die vom Ständerat vorgeschlagene Formulierung dürfte in der Vollzugspraxis zu zahlreichen Diskussionen über die Angemessenheit der Massnahmen und die Möglichkeit, ob diese in casu eingefordert werden können, führen. Die Hauptbedingung für diese Ausnahme muss sich deshalb direkt auf die Garantie beziehen, wonach die Werbung für Minderjährige im Ergebnis weder sichtbar noch zugänglich ist.

Formulierungsvorschlag der Verwaltung:

Art. 18 Einschränkungen der Werbung

¹ Werbung sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring für Tabakprodukte, für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, sind verboten:

e) an öffentlich zugänglichen Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, es sei denn es ist sichergestellt, dass die Werbung für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist»

b) Sponsoring (Art. 20 Abs. 1 Bst. b TabPG)

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Bestimmung betreffend Sponsoring von Veranstaltungen sieht vor, dass jegliches Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz untersagt ist, wenn diese von Minderjährigen besucht werden können. Im Abstimmungsbüchlein des Bundesrates zur Volksinitiative wurde diesbezüglich - in pauschaler Weise - vermerkt, dass das Sponsoring mit der Volksinitiative verboten wird, wenn der Anlass für Jugendliche zugänglich ist. Der Ständerat entschied sich, dieses Verbot abzuschwächen, indem er eine Ausnahme einführte, die das Sponsoring von Veranstaltungen, die Minderjährigen zugänglich sind, erlaubt, wenn geeignete Massnahmen sicherstellen, dass die Werbung vor Ort für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist.

Durch ein Sponsoring streben die Unternehmen der Tabakindustrie direkte oder indirekte kommunikative Ziele für das Unternehmen und dessen Produkte an. Dadurch soll der Bekanntheitsgrad einer Marke oder eines Unternehmens erhöht werden, um den Konsum von Tabakprodukten zu steigern. Dies ist als eine Form von Werbung zu qualifizieren. In der Regel basiert ein Sponsoring auf der Gegenseitigkeit von Leistungen: Der Gesponsorte wird bei einem Vorhaben unterstützt, während der Sponsor durch seinen sichtbaren oder zumindest den betreffenden Zielgruppen kommunizierten Auftritt profitieren möchte. Sponsoring bedeutet im Allgemeinen, dass ein Unternehmen der Tabakindustrie auf einer Webseite, in Broschüren, auf Bändchen oder ähnlichem als Sponsor einer Veranstaltung sichtbar ist.

Das Interesse der Industrie, eine Veranstaltung zu sponsern, beschränkt sich jedoch nicht auf die Sichtbarkeit der Marke vor Ort oder auf Flyern und Plakaten. Auch ohne sich an Minderjährige zu

wenden, hat sie zum einen die Möglichkeit, ihre erwachsenen Kundinnen und Kunden zum Beispiel per E-Mail zu informieren und Einladungen für die gesponserte Veranstaltung zu verschicken, an der auf erwachsene Personen beschränkte und im Lichte von Artikel 18 TabPG konforme Werbeaktionen vor Ort stattfinden. Andererseits erhält sie als Gegenleistung für ihre finanzielle Beteiligung einen oftmals privilegierten Standort und/oder Vorzugsleistungen (geräumig und komfortable Location, freier Blick auf die Konzertbühne, Gratisgetränke, Treffen mit Künstlern usw.), was grundsätzlich für alle Veranstaltungsbesuchenden attraktiv ist, da die Vorzüge teilweise von aussen sichtbar sind (z.B. der gute Standort) und die Mund-zu-Mund-Propaganda das Interesse erhöht. Dieses Gesamtpaket hat insofern einen *indirekten Werbeeffect* zur Folge, der auch Minderjährige, die an dem gesponserten Anlass (z. B. Festival) teilnehmen, erreicht. Nach Auffassung des BJ fällt aber auch die indirekte Werbung aufgrund des weiten Wortlauts in den Anwendungsbereich von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV. So führt hierzu auch die Botschaft des BR aus: "Jede Form der Werbung ist weit auszulegen und umfasst auch die Verkaufsförderung und das Sponsoring". Auch die Definition von Sponsoring in Art. 3 Bst. g des im Oktober 2021 vom Parlament verabschiedeten TabPG erwähnt die « direkte oder indirekte Wirkung, um den Konsum von Tabakprodukten und elektronischen Zigaretten [...] zu fördern ».

Fazit: Die vom Ständerat in Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b eingefügte Ausnahme zum Sponsoringverbot erweist sich dementsprechend als nicht verfassungskonform.

Wird der oben beschriebene **indirekte Werbeeffect** schliesslich verneint und in der Folge an der Ausnahme des Sponsoringverbots gemäss Ständerat festgehalten werden, müssten **sämtliche Voraussetzungen** in Bezug auf die Werbung gemäss Artikel 18 **auf jeden Fall erfüllt sein** (Werbung ausserhalb des Raumes nicht sichtbar, Einlasskontrollen, keine Angabe des Sponsors auf Flyern, etc.).

Da der Vorschlag des Ständerats lediglich auf einen Aspekt der Einschränkungen von Artikel 18 TabPG verweist (Einschränkungen der Werbung vor Ort), müsste nach Auffassung der Verwaltung ein genereller Verweis auf den Artikel 18 in den Gesetzestext aufgenommen werden. Damit können allfällige Missverständnisse mit Bezug auf die Gültigkeit der Werbeeinschränkungen auch im Kontext des Sponsoring vermieden werden.

5. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten:

- Die Anpassungen des Ständerats in Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c TabPG (betreffend mobiles Verkaufspersonal an öffentlich zugänglichen Orten), in Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b TabPG (betreffend Verkaufsförderung für Zigarren und Zigarillos) und in Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b TabPG (betreffend Sponsoring von Veranstaltungen) sind nach Auffassung der Verwaltung nicht verfassungskonform.
- Die Anpassung des Ständerats in Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe e TabPG (betreffend Werbung an öffentlich zugänglichen Orten) ist nach Auffassung der Verwaltung mit den Vorgaben in Artikel 118 BV vereinbar. Bei der Umsetzung der Bestimmung sind jedoch gewisse Voraussetzungen zu beachten (Werbung ausserhalb des Raumes nicht sichtbar, Einlasskontrollen, etc.).

Um die Einhaltung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben einhalten zu können, schlägt die Verwaltung die oben erwähnte Formulierungsanpassung vor.