



**P.P.** CH-3003 Berne

BJ; bj-pre

POST CH AG

Versand per E-Mail an:

[Fabian.Dalbert@parl.admin.ch](mailto:Fabian.Dalbert@parl.admin.ch)

Zuhanden der  
Kommission für soziale Sicherheit und  
Gesundheit

Aktenzeichen: 683-492/43

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: bj-pre

**Bern, 09. Oktober 2024**

## **Schriftliche Stellungnahme des BJ zum Gutachten von Prof. Saxer vom 21. Mai 2024**

### **Sehr geehrte Nationalrätinnen und Nationalräte**

Im Rahmen der Prüfung durch die SGK-N des Entwurfs zur Teilrevision des Tabakproduktegesetzes (TabPG; SR 818.32), die durch die Annahme der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)» nötig wurde, unterbreiten wir Ihnen gemäss Ihrer Anfrage vom 19. September 2024 unsere Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Urs Saxer vom 21. Mai 2024 zur Frage der Verfassungsmässigkeit einzelner Artikel der Vorlage (Art. 18 Abs. 1 und 2, Art. 18 Abs. 1 Bst. a und e, Art. 19 Abs. 1 Bst. c und Art. 20 Abs. 1 Bst. b).<sup>1</sup>

Zwecks Beurteilung der Vereinbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen mit dem neuen Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV haben wir wie der Gutachter die Verfassungsnorm anhand des vom Bundesgericht entwickelten Methodenpluralismus (wörtliche, teleologische, historische und systematische Auslegung) interpretiert, wonach im Einzelfall zu beurteilen ist, welche Methode (oder Methodenkombination) am besten geeignet ist, um den Sinn der Verfassungsbestimmung zu ermitteln. Nach Abschluss dieser Analyse kommen wir zum Schluss, dass der Sinn von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV eindeutig ist.

---

<sup>1</sup> [https://ks-cs.ch/wp-content/uploads/2024/10/Kurzugutachten\\_Prof.-Dr.-Urs-Saxer\\_21.05.2024.pdf](https://ks-cs.ch/wp-content/uploads/2024/10/Kurzugutachten_Prof.-Dr.-Urs-Saxer_21.05.2024.pdf)



## **I. Auslegung von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV**

Gemäss Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV bekämpft der Bund stark verbreitete und für den Menschen besonders gefährliche Krankheiten. Nach der Annahme der Initiative wurde die Bestimmung mit folgendem Wortlaut zum Gesundheitsschutz ergänzt:

*«Er [der Bund] verbietet namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht».*

Der Gutachter vertritt die Meinung, dass der Wortlaut von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV unklar sei, da einerseits der Begriff der «Werbung» und andererseits die Formulierung, die «*Kinder und Jugendliche erreicht*» auf verschiedene Arten verstanden werden könnten (Rz. 11).

Entgegen der wörtlichen Auslegung des Gutachters stellen wir fest, dass die Formulierung dieses Verbots sehr weit gefasst ist. Einerseits ist von «*jeder Art von Werbung*» und nicht nur von «Werbung» im engeren Sinne die Rede, wodurch der Wortlaut dieser Bestimmung auf eine weite Auslegung dieses Begriffs hinweist. Diese Formulierung nimmt eindeutig Bezug darauf, dass es verschiedene Formen der Werbung geben kann, die auch das Sponsoring einschliessen. Dieser Begriff umfasst letztlich sämtliche Massnahmen, die werbewirksam und somit darauf ausgerichtet sind, eine Marke bekannt zu machen oder die Öffentlichkeit zum Kauf eines Produkts oder zur Nutzung einer Dienstleistung zu bewegen. Die Bestimmung zielt andererseits auf Werbung ab, die Minderjährige «*erreicht*», und nicht auf jene, die sie im Speziellen anspricht. Es genügt daher, dass Minderjährige die Werbung wahrnehmen können. Daraus folgt, dass die Formulierung dieser Bestimmung klar und der Wortlaut eng auszulegen ist, weshalb der Ausschluss bestimmter werbewirksamer Massnahmen mit dem Wortlaut nicht vereinbar wäre.

Die systematische Auslegung ergibt, dass die neue Verfassungsnorm in Artikel 118 BV eingefügt wurde, der den Gesundheitsschutz und insbesondere die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren zum Gegenstand hat (Abs. 2 Bst. b). Gemäss dieser Bestimmung muss der Bund die erforderlichen Massnahmen ergreifen, um die Gesundheit von Minderjährigen zu schützen und somit den Konsum von gesundheitsgefährdenden Tabakprodukten verhindern. Diese Auslegung lässt daher auf ein weitreichendes Verbot jeglicher Werbung, die Minderjährige erreicht, schliessen.

Bei seiner Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung (Rz. 12) stellt der Gutachter einen Widerspruch zwischen der neuen Verfassungsbestimmung und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fest. Da es sich dabei um ein Grundrecht handelt, sind wir der Auffassung, dass diese Frage nicht im Rahmen der systematischen Auslegung, sondern gesondert geprüft werden sollte (vgl. Ziff. II «Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit» unten).

Hinsichtlich des entstehungsgeschichtlichen und teleologischen Kontexts kommen wir zum gleichen Schluss wie der Gutachter (Rz. 11), nämlich dass er eine weite Interpretation der Verfassungsbestimmung nahe legt. Wir weisen darauf hin, dass die Initiative Teil eines bereits laufenden Gesetzgebungsprozesses ist und eindeutig weiter gehen wollte als die 2018 vom Bundesrat vorgelegte Botschaft und der indirekte Gegenvorschlag (TabPG 2021). Diese Auslegung bestätigt die wörtliche Interpretation.

**Nach Abschluss der Auslegung der Verfassungsnorm mithilfe des Methodenpluralismus stellen wir fest, dass der Sinn von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV eindeutig ist und sich auf alle möglichen Formen von Werbung bezieht, die von Kindern und Jugendlichen wahrgenommen werden können.**

## **II. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit**

Bei seiner Analyse (Rz. 12) stellt der Gutachter einen Widerspruch zwischen der neuen Verfassungsbestimmung und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fest. Seine Ansicht, wonach Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV eingeschränkt werden sollte, um einen Konflikt mit der Wirtschaftsfreiheit zu vermeiden, teilen wir nicht. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert zwar die freie Ausübung einer wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit, die namentlich das Recht auf kommerzielle Werbung beinhaltet. Die Wirtschaftsfreiheit ist aber nicht absolut und kann sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesebene eingeschränkt werden, sofern die Einschränkungen in Anbetracht des angestrebten öffentlichen Interesses und des Schutzes der betroffenen Grundrechte ausgewogen und verhältnismässig sind (Martenet, Commentaire romand, ad Art. 27 BV, N 48 ff.).

In BGE 128 I 295 E. 5 befand das Bundesgericht, dass das vom Kanton Genf erlassene Werbeverbot (Verbot von Tabak- und Alkoholwerbung auf öffentlichem Grund und auf Privatgrund, der vom öffentlichen Grund aus einsehbar ist, sowie in öffentlichen Gebäuden oder Orten, die im Eigentum des Staates oder der Gemeinden stehen) den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit der Tabakunternehmen nicht beeinträchtigt, da es deren Möglichkeit, ihre Produkte der Öffentlichkeit bekannt zu machen, nur in sehr begrenztem Masse und deren Vermarktung nicht verhindert.

In dem vom Gutachter auszugsweise zitierten BGE 139 I 16, E. 4.2.2 (Rz. 9) weist das Bundesgericht zudem darauf hin, dass es möglich ist, dass eine Verfassungsbestimmung absolut gilt und eine im Hinblick auf die Grundrechte erforderliche Interessensabwägung umfasst.

Die entsprechende vollständige Passage lautet wie folgt:

*Dass eine Verfassungsbestimmung absolut gelten und im Einzelfall keiner Abwägung mit anderen Interessen zugänglich sein soll, ist zwar nicht ausgeschlossen (BGE 138 II 281 E. 6.2, mit Hinweisen); es kann sogar sein, dass der neue Verfassungstext bei gegenläufigen Grundrechtsinteressen die erforderliche Güterabwägung selber vornimmt und zum Ausdruck bringt, dass das eine Grundrecht dem anderen vorgeht und dieses im Konfliktfall verdrängt (BGE 128 I 63 E. 5). Dies ist aber nicht leichthin anzunehmen, erst recht nicht, wenn eine Verfassungsnorm in Widerspruch zu grundrechtlichen Ansprüchen gerät, welche in für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten garantiert sind (dazu E. 5). [JdT 2013 I 167, E. 4.2.2]*

Im vorliegenden Fall ergibt sich das öffentliche Interesse an solchen Einschränkungen aus dem Schutz der Gesundheit von Minderjährigen und dem Verfassungsauftrag von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV, der zum Ziel hat, den Gebrauch von Gegenständen, die eine Gefahr für die Gesundheit darstellen können, zu regeln und weit verbreitete oder besonders gefährliche Krankheiten zu bekämpfen. Die Wirtschaftsfreiheit der Tabakproduktelieferanten wird durch die ihnen auferlegten Werbebeschränkungen berührt, die von der Branche bislang entwickelten Wirtschaftsmodelle hingegen sind als solche nicht geschützt. Der Kerngehalt dieser Freiheit ist durch die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit somit nicht betroffen.

Wie aus den verschiedenen Auslegungsmethoden hervorgeht, hat der Verfassungsgeber mit der Annahme einer neuen eindeutigen Bestimmung zum Schutz der Gesundheit von Minderjährigen eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vorgesehen. Da der Verfassungsgeber die Interessenabwägung bereits vorgenommen hat, ist der bundesrätliche Entwurf, der in die neue Verfassungsbestimmung einfliesst, verfassungskonform.

### **III. Grenzen der «harmonisierenden» Auslegung**

Im Rahmen seiner Analyse greift der Gutachter in der Folge auf die «harmonisierende» Auslegung zurück und nimmt eine Interessenabwägung vor (Rz. 13), da seiner Meinung nach die so genannten «klassischen» Auslegungsmethoden zu keinem eindeutigen Ergebnis führten. Zum einen bestreiten wir, dass die verschiedenen Auslegungen voneinander abweichen (vgl. Ziff. I oben), und zum anderen, dass sich eine «harmonisierende» Interpretation aufdrängt.

Es sei darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht schon einmal eine absolute Auslegung vorgenommen hat und zwar von Artikel 78 Absatz 5 BV, wonach «Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung geschützt sind [und] darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden dürfen. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen» (BGE 138 II 281 E. 6.2). Ebenso ist grundsätzlich unbestritten, dass eine «harmonisierende» Auslegung von Artikel 72 Absatz 3 BV, wonach «[d]er Bau von Minaretten verboten ist», unmöglich ist.

Vorliegend laufen die wörtliche, systematische, historische und teleologische Auslegung auf den gleichen Sinn hinaus. Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV hat daher eine absolute Tragweite und bietet keinen Raum für eine Interessenabwägung mit anderen Verfassungsnormen. Die «harmonisierende» Auslegung ist folglich für die Interpretation dieser Bestimmung ungeeignet.

### **IV. Fragen an den Gutachter**

#### **A. Begriff der «Werbung», der «Verkaufsförderung» und des «Sponsorings»**

Bezüglich der ersten Frage (A) verweisen wir auf die Ausführungen in Ziffer I («Auslegung von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV»). Entgegen der Meinung des Gutachters kommen wir zum Schluss, dass die Auslegung der Verfassungsnorm keinen Raum für Zweifel lässt und daher die Verkaufsförderung, z. B. in Form von Rabatten oder der Abgabe von Gratismustern an Minderjährige, und das Sponsoring von öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, die von Minderjährigen besucht werden, eine Art der Werbung darstellen, die gemäss Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV verboten ist.

Dass der Begriff der «Werbung» in einem anderen Erlass, namentlich im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40), anders definiert ist, schliesst eine andere Auslegung dieses Begriffs keineswegs aus, zumal es sich vorliegend um eine höherrangige Verfassungsbestimmung handelt.

## **B. Konformität der vom Bundesrat, dem Ständerat bzw. dem Nationalrat vorgeschlagenen Bestimmungen**

1. Artikel 18 Absatz 1 und 2 in der Fassung des Bundesrates (Zusatz «sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring»)

Der Gutachter argumentiert, dass der Bundesrat selbst davon ausgegangen sei, dass Hinweise auf Verkaufsförderung und Sponsoring im Begriff der «Werbung» nicht enthalten sind, da sie erst zu einem späteren Zeitpunkt hinzugefügt wurden. Es handelt sich dabei jedoch lediglich um eine Präzisierung, die der Bundesrat angesichts der Diskussionen über die Auslegung des Begriffs der «Werbung» anlässlich der parlamentarischen Beratung vorgenommen hat. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass die Begriffe der Verkaufsförderung und des Sponsoring von der Werbung ausgeschlossen sind. Verkaufsförderungs- und Sponsoringinserate tragen nämlich dazu bei, Tabakprodukte in der Öffentlichkeit und insbesondere bei den Minderjährigen sichtbar zu machen. Selbst ohne diesen Zusatz hätten die Hinweise auf Verkaufsförderung und Sponsoring unter den Begriff der Werbung subsumiert werden sollen.

Wie bereits erwähnt, besteht kein Grund für eine «harmonisierende» Auslegung und eine Relativierung der Tragweite von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV. Hinzu kommt, dass diese Verfassungsbestimmung zwar eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vorsieht, diese jedoch nicht den unantastbaren Kerngehalt berührt und in Anbetracht des öffentlichen Interesses am Schutz der Gesundheit von Minderjährigen gerechtfertigt und verhältnismässig ist.

Folglich ist der Ausschluss von Werbung in Form von Verkaufsförderungs- und Sponsoringhinweisen nicht mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar.

2. Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a in der Fassung der SGK-N (Ausnahme vom Werbeverbot in Presseerzeugnissen)

Der Gutachter nimmt auch hier eine «harmonisierende» Auslegung vor und kommt zum Schluss, dass ein Werbeverbot in Presseerzeugnissen unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit und der persönlichen Freiheit nicht gerechtfertigt sei.

Diese Ausnahme läuft auf ein Werbeverbot ausschliesslich in Publikationen hinaus, die sich speziell an Jugendliche und Kinder richten, und ist nicht mit der Auslegung von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar. Die Initiative hat gerade den Unterschied aufgezeigt zwischen Werbung, die sich direkt an Minderjährige richtet (deren Verbot in den Entwürfen von 2015 und 2021 vorgesehen war), und jener, die Minderjährige erreicht, ohne speziell an sie gerichtet zu sein. Diese Ausnahme steht im Widerspruch zu Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV, der klar besagt, dass Werbung Minderjährige nicht erreichen darf. Die Einschränkung der Leserschaft (95% Erwachsene) oder der Ausschluss der Frontseiten stellen kein geeignetes Mittel dar, um den Zugang von Minderjährigen zu solcher Werbung wirksam zu verhindern.

Wie bereits erwähnt, besteht kein Grund für eine «harmonisierende» Auslegung und die Relativierung der Tragweite von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV.

3. Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe e in der Fassung des Ständerats (Werbung an von Minderjährigen besuchten Orten)

Der Gutachter vertritt die Meinung, dass Werbung an Orten, die von Minderjährigen besucht werden können, erlaubt sein sollte, wenn geeignete Massnahmen sicherstellen, dass die Werbung für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist.

Diese Schlussfolgerung teilen wir. Wenn gewährleistet ist, dass Minderjährige nicht mit Werbung in öffentlichen Räumen konfrontiert werden, kann eine solche Bestimmung mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar sein. Wir empfehlen jedoch eher die Fassung der SGK-N, die anstelle von «geeigneten Massnahmen» vorsieht, dass «sicherzustellen» ist, dass die Werbung für Minderjährige weder sichtbar noch zugänglich ist. Dieser Formulierung bezeichnet das angestrebte Ergebnis und hilft, Unsicherheiten in Bezug auf die Eignung der Massnahmen zu vermeiden.

4. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c in der Fassung des Ständerats (mobiles Verkaufspersonal an von Minderjährigen besuchten Orten)

Der Gutachter ist der Ansicht, dass Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c ein Verbot einer Verkaufsförm einföhre, was über die Verfassungsbestimmung hinausschiesse.

Es geht jedoch nicht darum, den Verkauf von Tabakprodukten zu regulieren, sondern jegliche Art der Werbung zu verbieten, wozu auch der Verkauf durch mobiles Verkaufspersonal zählt. Hauptzweck solcher Aktionen ist nämlich nicht der Verkauf von Produkten, sondern deren Bewerbung, d. h. die Marke im öffentlichen Raum sichtbar zu machen und neue Kunden anzuziehen. Die Präsenz von mobilem Verkaufspersonal und der dabei hergestellte direkte Kontakt mit Personen, sowohl Erwachsenen als auch Minderjährigen, stellen daher eine Form der Werbung dar, die Minderjährige erreichen kann. Der Zweck der Verfassungsbestimmung kann deshalb nur durch das Verbot von mobilem Verkaufspersonal an von Minderjährigen besuchten öffentlichen Orten erreicht werden. Folglich ist diese Fassung nicht mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar.

5. Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b in der Fassung des Ständerats (Einschränkung des Sponsorings an von Minderjährigen besuchten Orten)

Der Gutachter ist der Auffassung, dass diese Bestimmung verfassungskonform sei, sofern die Werbung keine Minderjährigen erreicht. Die Frage stellt sich jedoch, ob das blosse Vorhandensein eines von Tabakunternehmen gesponserten Standplatzes, beispielsweise auf einem Festivalgelände, eine Art indirekter Werbung darstellt, die junge Teilnehmende einer solchen Veranstaltung erreichen könnte. Eine solche Wirkung ist nicht auszuschliessen, da ein solcher Stand üblicherweise das Interesse des Publikums und somit der Jugendlichen weckt. Wenn dieser Werbeeffect jedoch als gering beurteilt wird, könnte eine solche Ausnahme mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar sein, sofern sichergestellt ist, dass bei der Bewerbung der Veranstaltung und vor Ort keine Werbung für Minderjährige sichtbar ist (vom NR angenommene Fassung).

Beurteilung der Gesetzesbestimmungen (Zusammenfassung):

1. Artikel 18 Absätze 1 und 2 in der Fassung des Bundesrates (Zusatz «sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring»): Diese Bestimmung ist vereinbar mit Artikel 118 Absatz 1 Buchstabe b BV.
2. Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a in der Fassung der SGK-N (Ausnahme vom Werbeverbot in Presseerzeugnissen): Diese Ausnahme ist nicht vereinbar mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV.
3. Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe e in der Fassung des Ständerats (Werbung an von Minderjährigen besuchten Orten): Diese Bestimmung kann mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar sein.
4. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c in der Fassung des Ständerats (mobiles Verkaufspersonal an von Minderjährigen besuchten Orten): Diese Bestimmung ist nicht vereinbar mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV.
5. Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b in der Fassung des Ständerats (Einschränkung des Sponsorings an von Minderjährigen besuchten Orten): Wenn der Werbeeffect als gering beurteilt wird, könnte eine solche Ausnahme mit Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b BV vereinbar sein, sofern sichergestellt ist, dass bei der Bewerbung der Veranstaltung und vor Ort keine Werbung für Minderjährige sichtbar ist.

Freundlichen Grüsse

Bundesamt für Justiz BJ

Miriam Sahlfeld  
Chefin Fachbereich

\* Dieses Dokument wurde aus publikationstechnischen Gründen nach dem Versand an die Kommission erneut unterschrieben.