

GUTACHTEN

An: Schweizerischer Gewerbeverband (SGV) und Allianz der Wirtschaft betreffend eine massvolle Präventionspolitik (AWMP)

Von: Rechtsanwalt Prof. Dr. Urs Saxer LL.M. und Rechtsanwältin MLaw Claudia Holck

Datum: 7. August 2019
GutachtenSGVFinal.docx US/FMA

In Sachen: WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC)

Betreffend: Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der innerstaatlichen Umsetzung von in der FCTC vorgesehenen Massnahmen (insb. weitgehende Werbe- und Verkaufsförderungsverbote für Tabakwaren)

EXECUTIVE SUMMARY

Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC in Art. 13 Abs. 2 FCTC verlangt, stellt keine verhältnismässige Massnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie zum Schutz der Jugend im Besonderen dar. Selbst wenn die Eignung eines Werbe- und Vermarktungsverbots zum Schutz der öffentlichen Gesundheit bejaht wird – obwohl Studien bestehen, welche das Gegenteil belegen – ist das in Art. 13 Abs. 2 FCTC vorgesehene generelle Werbe- und Vermarktungsverbot zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit nicht erforderlich. Es gibt mildere Massnahmen, die im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Gesundheits- und Jugendschutzes genauso effektiv sind, wie z.B. die in Art. 13 Abs. 4 FCTC aufgelisteten Massnahmen („Mindestanforderungen“).

Zudem ist ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot aufgrund von dessen Eingriffsintensität der betroffenen Tabakindustrie auch nicht zumutbar. Entsprechend verletzt ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit und stellt damit einen nicht zulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar.

Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es in Art. 13 Abs. 2 FCTC vorgesehen ist, stellt zudem einen ungerechtfertigten Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie, die Informationsfreiheit der

Konsumenten von Tabakwaren und die Medienfreiheit der Werbeindustrie dar, wenn sich letztere zur Verbreitung der produzierten Werbung medialer Mittel bedient. Ansonsten ist auch mit Blick auf die Werbeindustrie subsidiär die Meinungsäusserungsfreiheit verletzt. Denn ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot lässt sich auch hier im Lichte der Verhältnismässigkeit nicht rechtfertigen und ist somit verfassungswidrig.

Damit wäre die Schweiz als FCTC-Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung und ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage, ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot im nationalen Recht vorzusehen. Aufgrund des ausdrücklichen Verfassungsvorbehalts in Art. 13 FCTC ist die Schweiz dazu freilich auch nicht verpflichtet. Das FCTC sieht nämlich konkret vor, dass eine Vertragspartei, die aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage ist ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot zu erlassen, immerhin alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring einzuschränken hat (Art. 13 Abs. 3 FCTC). Als Mindestanforderungen legt das FCTC, wiederum unter Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Vertragspartei, in Art. 13 Abs. 4 FCTC folgende Massnahmen fest:

- ein Verbot von jeglicher Tabakwerbung, Verkaufsförderungsmassnahmen und Sponsoring, die mit Mitteln für ein Tabakerzeugnis werben, die falsch, irreführend, täuschend oder geeignet sind, einen falschen Eindruck über dessen Eigenschaften, gesundheitliche Auswirkungen, Gefahren oder Emissionen zu erwecken;
- die Pflicht zur Verbindung von Tabakwerbung, Verkaufsförderungsmassnahmen und Sponsoring mit gesundheitsrelevanten Hinweisen, geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen;
- eine Einschränkung von unmittelbaren oder mittelbaren Anreizsystemen zur Steigerung der Absatzzahlen;
- eine Pflicht zur Bekanntgabe der Ausgaben seitens der Tabakindustrie für noch nicht verbotene Werbung, Verkaufsförderung sowie Sponsoring;
- ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren oder, falls ein solches aufgrund der Verfassung oder der verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht möglich ist, die Einschränkung der Tabakwerbung, der Massnahmen zur Verkaufsförderung sowie des Sponsoring in Rundfunk, Fernsehen, Printmedien, anderen Medien sowie im Internet; und
- ein Sponsoringverbot für internationale Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern oder mindestens die Einschränkung des Sponsoring entsprechender Veranstaltungen, Tätigkeiten und Personen durch die Tabakindustrie.

Das BAG hat mit seinem Vorschlag zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC alle Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC berücksichtigt. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Zulässigkeit dieser Massnahmen zeigt, dass die Umsetzung der folgenden Mindestanforderungen unproblematisch ist:

- die Pflicht, dass neben jeglicher Tabakwerbung auch jede Förderung des Tabakverkaufs sowie jedes Sponsoring durch die Tabakindustrie mit

- gesundheitsrelevanten oder sonstigen geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen verbunden werden muss (umgesetzt mit Art. 19 E-TabPG (neu Abs. 1 ergänzt));
- sowie das Verbot des Tabakponsorings von internationalen Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern (umgesetzt mit Art. 18b E-TabPG (neu)).

Diese Massnahmen sind geeignet, den Gesundheits- und Jugendschutz zu fördern, erscheinen als mildere Mittel zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot und sind der Tabakindustrie auch zumutbar.

Verfassungswidrig ist demgegenüber der Erlass eines umfassenden Verbots für Tabakwerbung in den Printmedien, in den anderen Medien sowie im Internet mit Art. 18 Abs. 1bis lit. b E-TabPG. Neben dem – isoliert betrachtet zulässigen – Verbot von Tabakwerbung in Radio und Fernsehen (Art. 10 Abs. 1 lit. a RTVG) würde mit einer solchen Massnahme ein umfassendes Werbeverbot im innerstaatlichen Recht verankert, das nicht mit der Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie, der Meinungsäusserungsfreiheit (und allenfalls auch der Medienfreiheit) der Tabak- und Werbeindustrie sowie der Informationsfreiheit der Konsumenten zu vereinbaren ist. Auch ein umfassendes Verbot von Anreizsystemen, wie es das BAG in Art. 18 Abs. 1bis lit. a E-TabPG und Art. 18a Abs. 1 E-TabPG vorsieht, stellt einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar. Das gilt ungeachtet dessen, dass die einzelnen Einschränkungen von Anreizsystemen, wie sie das BAG vorschlägt, für sich betrachtet geeignete, erforderliche und wohl auch verhältnismässige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie zur Verwirklichung des Gesundheits- und Jugendschutzes darstellen. Kumulativ betrachtet und gerade auch in Kombination mit dem Verbot von Werbung für Tabakwaren in den Printmedien, in den anderen Medien und im Internet setzt das BAG damit aber ein eigentliches umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren um. Im Übrigen verlangen die Mindestanforderungen in Art. 13 Abs. 4 FCTC gerade nicht, dass ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren im innerstaatlichen Recht umgesetzt wird. Wenn ein entsprechendes Verbot nicht mit der Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Vertragspartei zu vereinbaren ist, genügt auch eine Einschränkung der Tabakwerbung, der Verkaufsförderungsmassnahmen und des Sponsorings durch die Tabakindustrie. Das BAG geht in seinem Vorschlag vom 16. April 2019 hinsichtlich der Umsetzung des Verbots von Werbung für Tabakprodukte in den Printmedien, in anderen Medien und im Internet sowie des Verbots von Anreizsystemen für den Verkauf von Tabakprodukten ohne Grund über die in Art. 13 Abs. 4 FCTC festgelegten Mindestanforderungen hinaus.

Nach der Auffassung der Autoren stellt auch die Pflicht zur Offenlegung der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring zufolge fehlender Eignung und Erforderlichkeit der Massnahme einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar. Die innerstaatliche Verankerung der Offenlegungspflicht ist verfassungswidrig. Der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 kann diesbezüglich nicht umgesetzt werden. Weil aber auch Art. 13 Abs. 4 FCTC („Mindestanforderungen“) einen Verfassungsvorbehalt statuiert, steht auch diese

Abweichung von Art. 13 Abs. 4 FCTC einer Ratifikation des FCTC durch die Schweiz nicht im Weg.

Gesamthaft ist somit festzuhalten, dass das FCTC mit den erwähnten verfassungsrechtlichen Vorbehalten, welche die FCTC ausdrücklich zulässt, ratifiziert werden kann. Die Vorschläge des BAG berücksichtigen diese Vorbehalte zu Unrecht nicht; sie sind daher grossteils nicht verfassungskompatibel.

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage	5
II.	Überblick der tangierten Freiheitsrechte sowie der tangierten Grundrechtsträger	9
III.	Prämisse der nachfolgenden Prüfung der Zulässigkeit eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren	10
IV.	Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)	11
	1. Werbung als Teilgehalt	11
	2. Bestehende Einschränkung der kommerziellen Werbung für Tabakwaren unter geltendem Recht und bisheriger Rechtsprechung	12
V.	Einschränkung der Werbefreiheit	14
	A. Vorliegen einer grundsatzkonformen Massnahme?	14
	B. Gesetzliche Grundlage	19
	1. Genügende gesetzliche Grundlage	19
	2. Bestimmtheitsgebot	21
	C. Öffentliches Interesse	25
	D. Verhältnismässigkeit	27
	1. Eignung eines absoluten Werbeverbots	28
	2. Erforderlichkeit eines absoluten Werbeverbots	31
	3. Verhältnismässigkeit (Zweck-Mittel-Relation) eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots	33
	4. Allgemeines Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich der Rechtssetzung (Art. 5 BV)	36
	E. Fazit	37
VI.	Kommunikationsgrundrechte	38
	A. Vorbemerkung	38
	B. Betroffene Grundrechtsträger	39
	C. Meinungsäusserungsfreiheit von Tabak- und Werbeindustrie	40
	1. Allgemeines	40
	2. Ausweitung des sachlichen Schutzbereichs auf kommerzielle Werbung?	40
	3. Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit	43
	4. Rechtmässigkeit der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit von Unternehmen der Tabak- und Werbeindustrie	44
	D. Medienfreiheit	46
	1. Vorbemerkungen	46

2.	Einschränkung der Medienfreiheit der Werbeindustrie	48
E.	Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren	49
1.	Vorbemerkungen	49
2.	Einschränkung der Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren	50
F.	Fazit	51
VII.	Stellungnahme zu den vom BAG vorgeschlagenen Massnahmen zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC	52
A.	Zusätzliche Warnhinweise auf die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauchens auch bei der Verkaufsförderung und beim Sponsoring	55
B.	Verbot der Schaffung von Anreizen für den Kauf von Tabakwaren	57
C.	Pflicht zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring	59
D.	Werbeverbot für Tabakwaren in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet	60
E.	Verbot von Sponsoring internationaler Veranstaltungen und Anlässe und Teilnehmer derselben	60
F.	Gesamtbetrachtung aller Massnahmen	62

I. Ausgangslage

- ¹ Die Schweiz hat die WHO-Rahmenkonvention zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (Framework Convention on Tobacco Control nachfolgend als FCTC bezeichnet) am 25. Juni 2004 unterzeichnet. Der Bundesrat möchte das FCTC ratifizieren und entsprechend im innerstaatlichen Recht verankern. Dieser Schritt ist Teil der Bestrebungen zur Umsetzung der nationalen Strategie zur Prävention nichtübertragbarer Krankheiten, was auch der öffentliche Vorschlag des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 16. April 2019 an die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-SR) zur Beratung des zweiten Entwurfs zum neuen Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (TabPG) (nachfolgend als Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC bezeichnet) bestätigt.¹ Darin legt das BAG konkret dar, wie es die verschiedenen, vom FCTC vorgesehenen Massnahmen im innerstaatlichen Recht umzusetzen gedenkt (dazu ausführlich nachfolgend unter Rz 130 ff.).

¹ BAG Dokument „Antwort auf die Frage der Kommission“ für die Sitzung SGK-S vom 16. April 2019, (bezeichnet als Vorschlag des BAG zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC vom 16. April 2019) abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/tabak/tabpg/berichte-sgks/bericht-1-anpassungen-fctc.pdf.download.pdf/Bericht%201_Antwort%20auf%20die%20Frage%20der%20SGK_S.pdf (zuletzt besucht am 9. Juli 2019).

- 2 Die FCTC sieht ein umfassendes Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung (Promotion) und des Sponsorings für Tabakwaren vor (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Hierzu gehört nach Massgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die einem betreffenden Vertragsstaat zur Verfügung stehen, ein umfassendes Verbot der von *seinem Hoheitsgebiet ausgehenden* grenzüberschreitenden *Werbung* und *Verkaufsförderung* sowie des von dort ausgehenden grenzüberschreitenden *Sponsorings* (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Diesbezüglich ergreift jede Vertragspartei innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach Inkrafttreten des FCTC die für sie geeigneten gesetzgeberischen, vollziehenden, administrativen und/oder sonstigen Massnahmen und berichtet hierüber (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Ist eine Vertragspartei *aufgrund ihrer Verfassung* oder ihrer *verfassungsrechtlichen Grundsätze* nicht in der Lage, ein umfassendes Verbot zu erlassen, hat sie die Tabakwerbung, die Verkaufsförderung (Promotion) und das Sponsoring *mindestens einzuschränken* (Art. 13 Abs. 3 FCTC). Das FCTC sieht dafür die in Art. 13 Abs. 4 lit. a bis f aufgelisteten Mindestanforderungen vor. Auch diesbezüglich enthält das FCTC einen *ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt*, d.h. dass auch diese Mindestmassnahmen nur in dem Ausmass in einem Vertragsstaat umgesetzt werden müssen, als dies mit der Verfassung des betreffenden Staates zu vereinbaren ist (Art. 13 Abs. 4 FCTC). Die zur innerstaatlichen Implementierung von Art. 13 FCTC herausgegebene Wegleitung der WHO² (nachfolgend als FCTC-Wegleitung bezeichnet) hält diesbezüglich ausdrücklich fest, dass die Vertragsparteien verpflichtet sind, nach Massgabe ihrer Verfassung oder Verfassungsgrundsätze möglichst umfassende Beschränkungen anzuwenden (FCTC-Wegleitung Rz 37). Nach der FCTC-Wegleitung ist aber zu erwarten, dass, selbst wenn eine Vertragspartei ein vollständiges Verbot von Werbung, Promotion oder Sponsoring für Tabakwaren umsetzt, gewisse limitierte Formen an relevanter kommerzieller Kommunikation, Empfehlungen oder Massnahmen („some very limited forms of commercial communication, recommendation or action“) fortbestehen, und dass bei der Umsetzung der Massnahmen durch Vertragsparteien, deren Verfassung ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot nicht zulässt, gewissen Formen an Werbung, Promotion und Sponsoring für Tabakwaren („some forms“) weiter existieren (FCTC-Wegleitung Rz 37).
- 3 Jede nach Umsetzung der Vorgaben des FCTC im innerstaatlichen Bereich verbleibende zulässige Form von Werbung, Promotion oder Sponsoring müsse, unter Vorbehalt der Verfassung oder der verfassungsrechtlichen Grundsätze der betreffenden Vertragspartei, aber mindestens die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 4 erfüllen (FCTC-Wegleitung Rz 38). Diese Mindestanforderungen in der Umsetzung beinhalten:

² Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention of Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship) (bezeichnet als FCTC-Wegleitung), abrufbar unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article_13/en/ (zuletzt besucht am 24. Juni 2019).

- ein Verbot aller Formen von Tabakwerbung, Verkaufsförderung und Sponsoring von Tabakwaren, die mit Methoden („means“) für ein Tabakerzeugnis werben, welche falsch, irreführend, täuschend oder geeignet sind, einen falschen Eindruck über dessen Eigenschaften, gesundheitliche Auswirkungen, Gefahren oder Emissionen zu erwecken;
 - das Gebot der Verbindung von Tabakwerbung, Verkaufsförderungsmaßnahmen und Sponsoring mit gesundheitsrelevanten Hinweisen, sonst geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen;
 - die Einschränkung der Zulässigkeit der Schaffung von unmittelbaren oder mittelbaren Anreizen zum Kauf von Tabakerzeugnissen durch die Öffentlichkeit;
 - das Gebot der Bekanntgabe von Ausgaben seitens der Tabakindustrie für noch nicht verbotene Werbung und Verkaufsförderung sowie noch nicht verbotenes Sponsoring gegenüber zuständigen amtlichen Stellen, sofern kein umfassendes Verbot besteht. Diese Stellen können nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts diese Angaben der Öffentlichkeit und nach Artikel 21 der Konferenz der Vertragsparteien zur Verfügung stellen;
 - ein umfassendes Verbot oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, die Einschränkung von Tabakwerbung, der Förderung des Verkaufs von Tabakwaren und des Sponsorings von Rundfunk, Fernsehen, Printmedien und gegebenenfalls anderen Medien insbesondere auch des Internets innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren; und
 - das Verbot des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, die Einschränkung des Sponsorings entsprechender Veranstaltungen, Tätigkeiten und Personen durch die Tabakindustrie.
- 4 Das FCTC enthält, was für das vorliegende Gutachten von zentraler Bedeutung ist, einen ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt. Die Umsetzung eines umfassenden Verbots von Werbung, Sponsoring und Verkaufsförderung von Tabakwaren wird vom Vertragsstaat mit anderen Worten nur insoweit verlangt, als das in Übereinstimmung mit der Verfassung des betreffenden Staates zulässig ist. Lassen die Verfassungsnormen kein generelles Verbot zu, sind die Vertragsstaaten gemäss Art. 13 Abs. 3 nur – aber immerhin – verpflichtet, alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring soweit einzuschränken als das möglich ist und ein Verbot der grenzüberschreitenden Werbung bzw. des grenzüberschreitenden Sponsorings zu erlassen.

- 5 Für die Schweiz ist der Verfassungsvorbehalt insofern von Relevanz, als die schweizerische Bundesverfassung (BV) im Unterschied zu den Verfassungen anderer Staaten sowie der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) eine ausdrückliche Garantie der Wirtschaftsfreiheit kennt (Art. 27 BV). Absolute Werbe- und Vermarktungsverbote sind im Lichte dieses Grundrechtes sowie zusätzlich der Meinungsäusserungs- resp. der Medienfreiheit (Art. 16 resp. 17 BV) zu würdigen.
- 6 Die Unterzeichnenden wurden vom Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) sowie von der Allianz der Wirtschaft für eine massvolle Präventionspolitik (AWMP) mit der Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens beauftragt, welches sich zur Frage äussern soll, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt, d.h. auch in welchem Umfang, das FCTC vor dem Hintergrund der Vorgaben der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden kann. Zu untersuchen sind namentlich auch allfällige sich aus der Verfassung ergebende Grenzen der Umsetzung im nationalen Recht. Das vorliegende Gutachten stützt sich zum einen auf das FCTC und die FCTC-Wegleitung der WHO, in welcher diese den Vertragsstaaten einen Katalog an konkreten Massnahmen zur idealen, d.h. umfassenden, innerstaatlichen Umsetzung des FCTC liefert (FCTC-Wegleitung, Appendix). Wenn im Folgenden von der idealen Umsetzung des FCTC im innerstaatlichen Recht gesprochen wird, so ist damit ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren gemeint.
- 7 Zum anderen stützt sich dieses Gutachten auf den groben Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC im Zusammenhang mit den Beratungen des zweiten Entwurfs zum neuen Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (E-TabPG) im Parlament.³ Der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 enthält folgende Massnahmen eines umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbots, wie es das FCTC und die FCTC-Wegleitung im Idealfall vorsehen: Warnhinweise zur Gesundheitsschädlichkeit des Rauchens auch bei Verkaufsförderungsmassnahmen und Sponsoring durch die Tabakindustrie; Einschränkung der Schaffung von Anreizen für den Kauf von Tabakprodukten; Pflicht der Tabakindustrie zur Bekanntgabe der finanziellen Aufwendungen für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring; Einschränkung der Werbung für Tabakwaren, der Verkaufsförderung und des Sponsorings durch Produzenten von Tabakwaren in den Printmedien und in anderen Medien wie dem Internet; Einschränkung des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen und deren Teilnehmern durch Produzenten von Tabakwaren. Mit der vom BAG vorgeschlagenen Implementierung der entsprechenden Massnahmen im E-TabPG

³ BAG Dokument „Antwort auf die Frage der Kommission“ für die Sitzung SGK-S vom 16. April 2019, (bezeichnet als Vorschlag des BAG zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC vom 16. April 2019) abrufbar unter:
https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/tabak/tabpg/berichte-sgks/bericht-1-anpassungen-fctc.pdf.download.pdf/Bericht%201_Antwort%20auf%20die%20Frage%20der%20SGK_S.pdf
(zuletzt besucht am 9. Juli 2019).

ist nach der Auffassung der Autoren praktisch ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot verbunden. Dies wirft die verfassungsrechtliche Frage auf, ob und allenfalls in welchem Umfang ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot mit den verfassungsmässigen Grundsätzen in der Schweiz, insbesondere mit den Garantien der Wirtschaftsfreiheit, der Kommunikationsfreiheit und der Verhältnismässigkeit in Einklang zu bringen ist und umgesetzt werden kann. Diese Problemstellung wird zuerst allgemein erörtert. Anschliessend folgt eine Detailanalyse der einzelnen Einschränkungen gemäss FCTC sowie der vom BAG vorgeschlagenen Massnahmen.

II. Überblick der tangierten Freiheitsrechte sowie der tangierten Grundrechtsträger

- 8 Auf dem Schweizer Markt sind derzeit rund 60 Tabakmarken sowie 300 verschiedene Zigarettensorten erhältlich. Werbung für Tabakwaren dient dazu, die erwachsenen Konsumenten über verschiedene Produkte und Marken etc. zu informieren. Im Weiteren fördert Werbung für Tabakwaren auch den Wettbewerb unter den Produzenten bzw. den Vermarktern von Tabakwaren. Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren schränkt den freien Wettbewerb unter den Produzenten demgegenüber vollumfänglich ein (KLEMM HÜGLE, Das Rauchverbot und das Werbeverbot für Tabakwaren aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht. Bestandsaufnahme, Kritik und Vorschläger de lege ferenda, Diss. 2016, S. 276).
- 9 Das Schweizer Recht kennt kein eigentliches konstitutionelles Recht auf Werbung. Das bedeutet aber gleichwohl nicht, dass Werbung in der Schweiz ohne weiteres eingeschränkt werden darf. Eine Reihe an Grundrechten in der BV und in der EMRK schützt das Recht von Gewerbetreibenden auf Werbung, namentlich die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und die Medienfreiheit (Art. 17 BV; anstatt vieler LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl. 2015, Rz 31).
- 10 Nachfolgend wird in einem ersten Schritt dargelegt, inwiefern ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für sämtliche Tabakwaren (Art. 13 Abs. 2 FCTC) den Schutzbereich der vorgenannten Grundrechte der Tabakindustrie tangiert. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob eine Einschränkung der Grundrechte unter den Voraussetzungen, die die Verfassung aufstellt (Art. 36 BV), zulässig ist. Danach kann im Einzelnen eine Aussage dazu gemacht werden, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt das FCTC in der Schweiz implementiert werden kann. Dabei werden die einzelnen, von der WHO in der FCTC-Wegleitung dargelegten Massnahmen sowie die vom BAG am 16. April 2019 vorgeschlagenen Massnahmen evaluiert.

- 11 Betroffen von einem Werbe- und Vermarktungsverbot sind nicht nur Produzenten und Vermarkter von Tabakprodukten, sondern auch all diejenigen natürlichen und juristischen Personen, welche die Werbung für die Tabakindustrie produzieren, ausführen und an den Konsumenten übermitteln (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 290). Konkret ist dabei an Werbe-, Event- und Promotionsagenturen zu denken sowie an Medienunternehmen, Personen der Unterhaltungsbranche und sonstige bekannte Persönlichkeiten. Im Nachfolgenden wird zu prüfen sein, ob auch diese durch ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot in ihrer Meinungsäusserungs- resp. Medienfreiheit beeinträchtigt sind.
- 12 Und schliesslich sind auch die Konsumenten von Tabakwaren als Adressaten entsprechender Werbe- und Vermarktungsmassnahmen durch ein Verbot betroffen. Denn die entsprechende Werbung und Vermarktung von Tabakwaren richtet sich auch an sie und liefert ihnen in diesem Zusammenhang Informationen zu den auf dem Markt verfügbaren Produkten (KLEMM HÜGLE, S. 290). Dadurch können die Konsumenten in ihrem Recht auf Information betroffen sein (Art. 16 BV).

III. Prämisse der nachfolgenden Prüfung der Zulässigkeit eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren

- 13 Die nachfolgende Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren kann (noch) nicht auf der Grundlage einer konkreten, innerstaatlichen Umsetzung vorgenommen werden. Die von FCTC verlangte innerstaatliche Umsetzung, insbesondere die in der FCTC-Wegleitung normierten Massnahmen, steht zum einen unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Zum anderen sind die Vorgaben des FCTC im zweiten Entwurf zum Bundesgesetz über die Tabakprodukte (E-TabPG), über welchen das Parlament bis Ende 2020 entscheidet, (noch) nicht umgesetzt. Soweit ersichtlich hat bis anhin bloss das BAG einen Vorschlag geliefert, wie das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot innerstaatlich umgesetzt werden könnte. Dabei handelt es sich aber nicht um eine offizielle Ergänzung des Entwurfs zum E-TabPG, welches dem Parlament vorliegt. Insofern kann der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 bloss als solcher – nämlich als erster Vorschlag – verstanden werden. Dessen ungeachtet liegt der nachfolgenden Auseinandersetzung die Prämisse eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren im Sinne der idealen, umfassenden innerstaatlichen Umsetzung des FCTC zugrunde, weil dies auch das BAG im Vorschlag am 16. April 2019 grob verlangt. Jedoch gehen die Autoren davon aus, dass es sich bei diesem Vorschlag noch nicht um die endgültige Version der innerstaatlichen Umsetzung handelt und die vorgeschlagenen Formulierungen nicht die abschliessende Regelung darstellen.

IV. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

1. Werbung als Teilgehalt

- 14 Die Wirtschaftsfreiheit schützt die freie privatwirtschaftliche Betätigung im umfassenden Sinn (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 9). Sie garantiert jede privatwirtschaftliche Tätigkeit (BGE 137 I 167, E. 3.1; VALLENDER, a.a.O., Rz 10). Als privat gelten sämtliche Betätigungen, die weder der Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen, öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe dienen noch eine Tätigkeit im Monopolbereich darstellen, d.h. konkret sämtliche nicht hoheitlichen Tätigkeiten in den Bereichen Industrie und Gewerbe, Handel und Dienstleistung. Als wirtschaftlich gilt eine Tätigkeit insbesondere dann, wenn mit ihr wirtschaftliche Güter und Dienstleistungen erstellt werden. In den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen damit vor allem Aktivitäten, die der Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens dienen, d.h. auch die Tätigkeit der Tabakindustrie im Zusammenhang mit der Produktion und dem Vertrieb von Tabakwaren (VALLENDER, a.a.O., Rz 10) und der Werbeindustrie im Bereich der Werbung und Promotion für Tabakprodukte. Der sachliche Schutz der Wirtschaftsfreiheit richtet sich gegen Einschränkungen durch den Staat (VALLENDER, a.a.O., Rz 10).
- 15 Die Wirtschaftsfreiheit steht natürlichen und juristischen Personen zu (VALLENDER, a.a.O., Rz 28). Die Wirtschaftsfreiheit schützt vom sachlichen Umfang her jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes dient (VALLENDER, a.a.O., Rz 22 mit Verweis auf BGE 125 I 276 E. 3a). Die Freiheit der selbständigen Erwerbstätigkeit beinhaltet aus der Sicht der Gewerbetreibenden neben der freien Wahl der Mitarbeiter, der freien Wahl der Organisationsform im Rahmen der vom Privatrecht zur Verfügung gestellten Formen, der freien Wahl der sachlichen (Produktions-)Mittel auch die Handels- und Gewerbefreiheit, die freie Geschäftsbeziehung sowie *die Freiheit der Werbung* (VALLENDER, a.a.O., Rz 22). Denn Werbung stellt im marktwirtschaftlichen System die natürliche und notwendige Voraussetzung für den Vertrieb von Konsumgütern und damit die Generierung von Absatz dar (BGE 123 I 201, E. 4). Nur so können Marktteilnehmer nicht nur ihre eigentliche privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit ungestört ausüben, sondern das Publikum auf ihre Waren und Dienstleistungen aufmerksam machen, den notwendigen Vertrieb fördern und Absatz generieren. Mit der Umsetzung eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren würde der schweizerische Gesetzgeber stark regulierend in die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie eingreifen.
- 16 Das in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Recht auf Werbung und Vertrieb ist umfassend. Es beinhaltet insbesondere den Anspruch eines Marktteilnehmers, dem Publikum die eigene wirtschaftliche Leistung so bekannt zu geben, wo und wie es ihm beliebt (DAVID/REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich

2015, Rz 41). Seinem Wesen nach umfasst das Recht auf Werbung sämtliche Werbe- und Vertriebsmöglichkeiten, einschliesslich solcher, die heute noch nicht bekannt sind oder zum jetzigen Zeitpunkt noch keine beliebten Mittel zur Verbreitung von Werbung darstellen (DAVID/REUTTER, Rz 41). Das Recht auf Werbung beinhaltet auch den Anspruch, die eigenen Waren und Dienstleistungen zu kennzeichnen und zu individualisieren, damit das Publikum diese identifizieren und bevorzugen kann (DAVID/REUTTER, Rz 41). Die Marktteilnehmer sind darüber hinaus grundsätzlich frei, Umfang, Ort und Zeit der Werbung sowie den ihnen zusagenden Vertriebskanal zu bestimmen resp. zu wählen (DAVID/REUTTER, Rz 41).

- 17 Die Produktion und der Absatz von Tabakwaren ist zwar Einschränkungen unterworfen, z.B. mit Bezug auf das Alter der Konsumenten, aber grundsätzlich legal: Die Tabakindustrie, d.h. die Gesamtheit der in diesem Bereich tätigen natürlichen und juristischen Personen, ist im Bereich ihrer gewerbsmässig ausgeübten, privatwirtschaftlichen Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes dient, vom sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst. Dies gilt auch für die Werbung für Tabakprodukte, weil diese im marktwirtschaftlichen System die notwendige Voraussetzung für die Ausübung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Generierung eines Absatzmarkts für Konsumgüter darstellt. Durch das im FCTC vorgesehene absolute Werbe- und Vermarktungsverbot ist die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie damit im hohen Mass tangiert. Denn ihr grundsätzlicher Anspruch darauf, dem Publikum die eigene wirtschaftliche Leistung so bekannt zu geben, wo und wie es ihr beliebt, wird damit empfindlich beschnitten. Mit einem generellen Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren wäre die widersprüchliche Situation verbunden, dass zwar ein Konsumgut legal produziert und verkauft werden kann, dafür aber keine Werbung mehr gemacht werden darf. Dies wäre mit einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung, welche von der Verfassung vorgesehen und geschützt wird (Art. 94 BV), nicht vereinbar.

2. Bestehende Einschränkung der kommerziellen Werbung für Tabakwaren unter geltendem Recht und bisheriger Rechtsprechung

- 18 Unbestrittenermassen kann indes die Tabakwerbung eingeschränkt werden. Dies ist bereits jetzt der Fall. Werbung wird z.B. im Fernsehen und im Radio durch das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen verboten (Art. 10 Abs. 1 lit. a RTVG). Dieses absolute, aber vom sachlichen Anwendungsbereich her limitierte Werbeverbot ist gesundheitspolitisch begründet. Die gesundheitsgefährdende Wirkung von Tabakprodukten ist denn auch unbestritten und gab auch in der parlamentarischen Beratung zum RTVG keinen Anlass für weitere Diskussionen (Botschaft zur Totalrevision des RTVG vom 18. Dezember 2002, 1569 ff., 1675). An der Verfassungsmässigkeit dieses Werbeverbots, dass in einem formellen Bundesgesetz verankert ist und seit dem 24. März 2006 in Kraft ist, bestehen ferner keine Zweifel, weshalb auf weitere Ausführungen zum absoluten

Werbeverbot für Tabakwaren im Fernsehen und Radio im Rahmen dieses Gutachtens verzichtet wird.

- 19 Von grosser Bedeutung ist sodann ein Leitentscheid aus dem Jahr 2002, in welchem sich das Bundesgericht mit einem generellen Plakatwerbeverbot für Tabakwaren auseinandersetzte (BGE 128 I 295). Das Genfer Gesetz über die Werbung sieht in Art. 9 Abs. 2 ein Verbot für Plakatwerbung in irgendeiner Form für Tabakwaren und alkoholische Getränke von mehr als 15 Volumenprozenten vor. Dieses Verbot betrifft Plakate auf öffentlichem Grund und auf vom öffentlichen Grund aus einsehbarem privatem Grund. Dasselbe Verbot gilt für das Innere und die Umgebung von Gebäuden oder öffentlichen Anlagen, die im Eigentum des Staates, der Gemeinde, von öffentlich-rechtlichen Körperschaften und öffentlich-rechtlichen Stiftungen stehen.
- 20 Das Bundesgericht hat in einem solchen Werbeverbot keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit erkannt (BGE 128 I 295, E. 5.c). Die gegen das kantonale Gesetz ergriffene Beschwerde, u.a. auch von diversen Tabakproduzenten, hat es abgewiesen. Dabei erachtete es das Bundesgericht als erstellt, dass ein Plakatverbot für Tabakwaren auf öffentlichem Grund bzw. auf vom öffentlichen Grund aus einsehbarem privatem Grund dem Volksgesundheits- sowie dem Jugendschutz diene. Das Bundesgericht sah es auch als erwiesen an, dass die Beschränkung von Werbung auf öffentlichem Grund resp. von dort aus einsehbarem privatem Grund nicht eine völlig ungeeignete Massnahme zur Beschränkung des Konsums von Tabakwaren (und alkoholischen Getränken von mehr als 15 Volumenprozent) darstelle (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc). Folglich hielt es ein entsprechendes Plakatwerbeverbot auch nicht für unangemessen, den verfolgten Zweck (Gesundheits- und Jugendschutz) zu erreichen, da dieses Verbot alle in der Branche tätigen Gewerbetreibenden gleich treffe, sich nur auf ein Werbemittel beziehe (Plakatwerbung), und die entsprechende Werbung überdies nur an gewissen Stellen (öffentlicher Grund und vom öffentlichen Grund aus einsehbarer privater Grund) einschränke (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc). Insofern beurteilte das Bundesgericht das Verbot für Plakatwerbung für Tabakwaren (und alkoholische Getränke von mehr als 15 Volumenprozenten), welche auf öffentlichem Grund oder auf vom öffentlichen Grund aus einsehbarem privatem Grund angebracht sind, als verhältnismässig und erkannte darin keinen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie.
- 21 In der Folge wurden in verschiedenen Kantonen Werbeeinschränkungen für Plakatwerbung auf öffentlichem Grund und auf von öffentlichem Grund aus einsehbarem privatem Grund erlassen.⁴ Einzelne Kantone kennen sodann auch

⁴ Eine Übersicht über die kantonalen Verbote findet sich im Dokument „Basisinformation zur Tabakwerbung“ von BAG vom April 2015, abrufbar unter:
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewj7npTFqqXjAhVrx4sKHQyhBmoQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fwww.bag.admin.ch%2Fdam%2Fbag%2Fde%2Fdokumente%2Fnpp%2Ftabak%2Fbasisinformation-tabakwerbung.pdf.download.pdf%2F2015_Basisinformation_Tabakwerbung_DE.pdf&usq=AOvV

Verbote für Tabakwerbung im Kino sowie Einschränkungen beim Sponsoring durch Tabakproduzenten (Basisinformation zur Tabakwerbung, S. 6).

- 22 Dieses klare, allerdings auch einzige Präjudiz ist im Rahmen der nachfolgenden, verfassungsrechtlichen Überprüfung des im FCTC vorgesehenen absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren zu berücksichtigen. Relevant ist für die nachfolgende Auseinandersetzung, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Begründung das Bundesgericht das im Genfer Werbegesetz vorgesehene Plakatwerbeverbot für zulässig erachtet hat. Das Urteil liefert auch Anhaltspunkte für die Einschätzung, ob das im FCTC vorgesehene, weitaus umfassendere Werbe- und Vermarktungsverbot als verfassungswidrig beurteilt würde. Die Beantwortung dieser Frage ist bedeutsam, weil das FCTC mit Blick auf die innerstaatliche Umsetzung gerade den Vorbehalt der verfassungsmässigen Zulässigkeit macht. Ein absolutes Verbot von Plakatwerbung für Tabakwaren, welche auf öffentlichem Grund oder vom öffentlichen Grund aus einsehbarem privatem Grund angebracht wird, ist von seinem Umfang her ganz eindeutig nicht dasselbe wie ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot für sämtliche Tabakwaren (Art. 13 FCTC).

V. Einschränkung der Werbefreiheit

- 23 Wie unter Randziffer 14 ff. dargelegt, gilt die Freiheit der Werbung nicht absolut; zum Schutz öffentlicher Interessen, insbesondere von Polizeigütern können verhältnismässige Einschränkungen angezeigt sein. Im Rahmen der nachfolgenden Prüfung der Voraussetzungen der Einschränkung der Werbefreiheit - vor allem der primär betroffenen Tabakproduzenten - ist zu berücksichtigen, dass neben Art. 27 BV auch Art. 94 BV den Bund und die Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bindet. Der Verfassungsgeber bringt mit Art. 94 BV den institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit als Ordnungsprinzip zum Ausdruck (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV Rz 4).

A. Vorliegen einer grundsatzkonformen Massnahme?

- 24 Nach Art. 94 Abs. 1 BV dürfen Bund und Kantone prinzipiell nur Vorschriften erlassen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Einklang stehen (VALLENDER, a.a.O., Rz 5). Die Lehre unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen system- bzw. grundsatzkonformen und system- bzw. und grundsatzwidrigen Massnahmen (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 382).

- 25 Bei der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot muss neben Art. 36 BV somit immer auch der in Art. 94 Abs. 1 BV verankerte Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit beachtet werden. Die Frage der Grundsatzkonformität wirkt sich auch bei der Einschränkungsgrundlage (vgl. Rz 36 ff. nachfolgend) und bei der Frage nach den zulässigen Einschränkungsinteressen (vgl. Rz 50 ff. nachfolgend) aus (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 381).
- 26 Als Grundsatzkonform gelten verhältnismässige, wirtschaftspolizeiliche Massnahmen, die der Gefahrenabwehr (Polizeigüterschutz im Bereich der Wirtschaft) dienen, sowie bestimmte sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die *nicht wirtschaftspolitisch motiviert* sein dürfen. Eine Grundsatz- bzw. systemkonforme Einschränkung muss mit anderen Worten immer wettbewerbsneutral sein (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382). Unzulässig sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung somit wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewissen Gewerbezweigen oder Bewirtschaftungsformen Sicherheiten zu liefern, diese zu begünstigen, oder die den Wettbewerb sonst verzerren (BGE 130 I 26, E. 4.5; BGE 125 I 417, E. 4.a; VALLENDER, a.a.O., Rz 5). Während *Abweichungen* vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zwingend in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sein müssen (Art. 94 Abs. 4 BV), sind *grundrechtskonforme Beschränkungen* unter den für Grundrechtseingriffe allgemein geltenden Voraussetzungen zulässig (Art. 36 BV; VALLENDER, a.a.O., Rz 5 mit weiteren Hinweisen).
- 27 Was unter *Abweichungen* (Grundsatzwidrigen Massnahmen) zu verstehen ist, definiert Art. 94 BV nicht abschliessend. Vielmehr liefert die Bestimmung eine beispielhafte Umschreibung. Demnach sind Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, als Grundsatzwidrige Massnahmen zu qualifizieren (Art. 94 Abs. 4 BV). Die Lehre nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich Preisvorschriften, Kontingente, Einfuhrverbote etc. als systemwidrige Massnahmen (VALLENDER, a.a.O., Rz 5). Insofern beinhaltet Art. 94 i.V.m. Art. 27 BV eine *negative Wettbewerbsgarantie*, die es Bund und Kantonen untersagt Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb ganz verunmöglichen.
- 28 Grundsatzkonforme Einschränkungen sind *nicht* wirtschaftspolitisch motiviert wenn sie *nicht* darauf abzielen, Marktmechanismen wie das freie Spiel zwischen Angebot und Nachfrage zu beeinträchtigen oder gar auszuschalten (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382). Was das vorliegend zu beurteilende generelle Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren anbelangt, so würde der Staat damit den freien Wettbewerb zwischen den Tabakproduzenten erheblich behindern und im Ergebnis dazu beitragen, dass die Marktanteile der einzelnen Produzenten stagnieren. Denn nach der Einführung eines Werbe- und Vermarktungsverbots haben die verschiedenen Marktteilnehmer keine Möglichkeit mehr, Anteile von

Konkurrenten dazu zu gewinnen (KLEMM HÜGLE, S. 321). Auch wenn die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakproduzenten durch diese Massnahme nicht vollkommen verunmöglicht wird, wird sie doch enorm eingeschränkt (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 321). Die Verteilung der Marktanteile der verschiedenen Produzenten würde damit im Zeitpunkt der Einführung eines Werbe- und Vermarktungsverbots faktisch zementiert. Damit stellt sich die Frage, ob diese Massnahme nicht grundstanzwidrig ist.

- 29 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind polizeiliche oder sozialpolitische Massnahmen sowie die durch die Erfüllung anderer öffentlicher Interessen gebotenen Massnahmen, mit Ausnahme der wirtschaftspolitisch motivierten, systemwidrigen Massnahmen grundsätzlich systemkonform. Und zwar auch dann, wenn diese *faktisch* eine *wettbewerbsbeschränkende* Wirkung haben (BGE 137 I 167, E. 3.6; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382). Demgemäss hat das Bundesgericht Massnahmen als systemkonform im Sinne von Art. 94 BV qualifiziert, die den Schutz der öffentlichen Ordnung (BGE 137 I 167, E. 6.2), der öffentlichen Sicherheit (BGE 136 I 1, E. 5.4.1) oder der öffentlichen Gesundheit verfolgen (BGE 136 I 29, E. 4.3; BGE 136 I 17, E. 4.3; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382). Mit Blick auf das vorliegend zu prüfende, absolute Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren stehen vor allem der Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie der Jugendschutz hervor.
- 30 Die öffentliche Gesundheit ist grundsätzlich ein zulässiges Interesse zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (BGE 136 I 29, E. 4.3; BGE 136 I 17, E. 4.3; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382). Von verschiedener Seite - unter anderem auch von der WHO und vom Bund - wird die Auffassung vertreten, dass Werbe- und Vermarktungsverbote für Tabakwaren geeignet sind, den Konsum von Tabakwaren drastisch einzuschränken (Art. 13 Abs. 1 FCTC; Botschaft zur Totalrevision des RTVG vom 18. Dezember 2002, 1569 ff., 1675). Auch wenn der Einfluss eines Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren auf den Tabakkonsum in der Bevölkerung nicht völlig klar ist (vgl. Rz 58 ff. hiernach), ist anerkannt, dass Werbung geeignet ist, das Verhalten der Konsumenten zu beeinflussen und ein Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren immerhin zur Verringerung des Konsums der entsprechenden Produkte beitragen kann. Das gilt nach verbreiteter Auffassung ungeachtet dessen, dass ein Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren im Gegensatz zu einem Rauchverbot nicht direkt vor den Folgen des (Passiv-)Rauchens schützt. Die öffentliche Gesundheit lässt sich direkt nur mit einem eigentlichen Rauchverbot schützen. Eine solche Massnahme bzw. ein Verbot von Tabakprodukten steht indessen nicht zur Diskussion. Zusammengefasst ist daher davon auszugehen, dass mit einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot die öffentliche Gesundheit der Bevölkerung indirekt geschützt wird, worin in jedem Fall ein zulässiges öffentliches Interesse liegt, mit welchem eine grundstanzkonforme Einschränkung begründet werden kann (vgl. Rz 50 ff. nachfolgend).

- 31 Ein Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC vorsieht, darf aus der Perspektive des Schweizer Verfassungsrechts bzw. im Licht der Wirtschaftsfreiheit nicht wirtschaftspolitisch motiviert sein. Nun wollen aber die WHO und das BAG mittels eines umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbots auf Marktmechanismen Einfluss nehmen, konkret auf den Nachfragemarkt: Mit dem Werbe- und Vermarktungsverbot soll die Nachfrage auf Konsumentenseite erheblich vermindert werden (Art. 13 Abs. 1 FCTC). Sowohl das Bundesgericht, die WHO und das BAG gehen hierbei davon aus, dass Werbung, Sponsoring und Promotion den Absatz von Tabakwaren erhöht und die Einschränkung resp. das Verbot von Werbung, Sponsoring und Promotion von Tabakwaren den Konsum verringert (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc; Art. 13 Abs. 1 FCTC; Basisinformation zur Tabakwerbung, S. 12). Damit dient der Zusammenhang zwischen dem Verbot und der Einflussnahme auf den freien Markt, d.h. der Einflussnahme auf die Nachfrage, explizit der Legitimierung des Verbots (Art. 13. Abs. 1 FCTC; Botschaft zur Totalrevision des RTVG vom 18. Dezember 2002, 1569 ff., 1675). Aus diesem Grund wird in der Lehre auch die Auffassung vertreten, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren wirtschaftspolitisch motiviert sei und demgemäss einen grundsatzwidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 94 BV darstelle (KLEMM HÜGLE, S. 322).
- 32 Diese Auffassung dürfte nicht zutreffen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Massnahme systemwidrig ist, sind nach herrschender Lehre und Praxis nicht nur die *Auswirkungen* der Massnahmen, sondern auch deren *Motivation* zu berücksichtigen (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 64 m.w.H.). Denn sofern eine staatliche Massnahme von ihrer *primären Zielsetzung* her wettbewerbsneutral ist, ist sie systemkonform, auch wenn sie gewisse wirtschaftslenkende oder wettbewerbsverzerrende Nebeneffekte nach sich zieht (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 382 und 384). Davon geht auch die Praxis des Bundesgerichts aus (BGE 142 I 162, E. 3.3 zu den raumplanerischen Massnahmen, die im Zielbereich von Art. 75 BV liegen und die Wirtschaftsfreiheit nicht völlig ihres Gehalts entleeren). Dies ist vorliegend der Fall; im absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot gemäss FCTC liegt keine *system- bzw. grundsatzwidrige Einschränkung*. Denn das im FCTC vorgesehene Werbeverbot ist von seiner *primären Zielsetzung* her nicht darauf ausgerichtet, den freien Wettbewerb zu beeinträchtigen, zu behindern oder aber die privatwirtschaftliche Tätigkeit der gesamten schweizerischen Tabakindustrie auszuschalten. Von seiner Grundmotivation her handelt es sich beim im FCTC vorgesehenen, umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbot somit nicht um eine primär wirtschaftspolitisch motivierte, systemwidrige Massnahme. Das primäre, übergeordnete Ziel der entsprechenden Verbote ist der Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der sozialpolitisch motivierte Jugendschutz. Dies gilt unabhängig davon, dass mit dem grundsätzlich systemkonformen und von einem öffentlichen Interesse getragenen Verbot systemwidrige Nebenfolgen für die Tabakindustrie verbunden sind. Eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit wäre nach der Auffassung der Autoren jedoch dann gegeben, wenn mit dem Werbe- und Vermarktungsverbot unter dem

- Deckmantel des Gesundheits- und Jugendschutzes primär eine Einschränkung der Werbefreiheit der Tabakproduzenten (sowie der Werbeindustrie) bezweckt würde (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 384 m.w.H. zur Rechtsprechung). Vorliegend fehlen aber Anhaltspunkte für eine entsprechende Motivation des im FCTC vorgesehenen Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren.
- 33 Grundsatzwidrige Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV sodann ausnahmsweise auch dann nicht unzulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind. Die BV sieht allerdings kein explizites Recht zur Einschränkung des Rechts auf Werbung für Tabakwaren vor. Jedoch räumt Art. 118 Abs. 2 lit. a BV dem Bund die Kompetenz zur Regelung des Rauchens, mithin also auch des Konsums bzw. dessen Einschränkung mittels der Anordnung von Werbe- und Vermarktungsverboten für Tabakwaren ein (POLEDNA, St. Galler Kommentar zu Art. 118 BV Rz 11). Damit könnte Art. 118 Abs. 2 lit. a BV die Zulässigkeit der Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit mittels dem Werbe- und Vermarktungsverbot begründen.
- 34 Vom Ergebnis her kommt es vorliegend auch nicht darauf an, ob im Zusammenhang mit dem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot von einer möglicherweise *unverhältnismässigen grundsatzkonformen* Massnahme ausgegangen wird oder von einer von Anfang an grundsatzwidrigen Massnahme (ebenso VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 64; KLEMM HÜGLE, S. 321). Im Ergebnis sind beide Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit unzulässig. Die unterschiedliche Bezeichnung wird damit auf eine reine Frage der Terminologie reduziert (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 64; KLEMM HÜGLE, S. 321). Diese Einschätzung rechtfertigt sich im Übrigen auch deshalb, weil grundsätzlich zulässige Massnahmen ab einer bestimmten Eingriffsintensität ebenfalls zu grundsatzwidrigen Massnahmen werden (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 64). Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff grundsatzwidrig ist, nicht nur auf das *Motiv*, sondern auch auf die *Wirkung* ankommen muss (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 64 m.w.H.).
- 35 Zusammengefasst stellt das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot somit keine unzulässige, per se grundsatzwidrige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV dar. Indes kann das Verbot immer noch die Wirtschaftsfreiheit und weitere Grundrechte verletzen. Daher sind im folgenden Abschnitt die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch die mit dem FCTC verbundenen Massnahmen, welche primär die Tabakindustrie und sekundär die Werbebranche betreffen, zu prüfen.

B. Gesetzliche Grundlage

1. Genügende gesetzliche Grundlage

36 Grundsatzkonforme Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen zunächst einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Schwere Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit erfordern nach den für die Beschränkung von Freiheitsrechten allgemein geltenden Regeln eine klare gesetzliche Grundlage in einem formellen Gesetz. Demgegenüber können sich leichte Einschränkungen auch auf eine Grundlage in einer kompetenzkonform erlassenen Verordnung abstützen (Art. 36 Abs. 1 BV).

37 Beim im FCTC vorgesehenen umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbot handelt es sich zweifelsfrei um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Denn damit wird sämtliche Werbung und Vermarktung (Promotion und Sponsoring) von Tabakwaren, in der Schweiz und mit Auswirkungen auf das Ausland, verboten. Diese Einschätzung deckt sich auch mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. So hat das Bundesgericht in der Vergangenheit entschieden, dass ein Rauchverbot in den öffentlich zugänglichen Innenräumen eines Betriebs, in welchem bis anhin ein Drittel des Umsatzes mit dem Konsum von Wasserpfeifen vor Ort gemacht wurde, als schwere Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Betreiberin, jedoch nicht als eigentliches Betriebsverbot, zu qualifizieren ist (BGE 136 I 17, E. 3.3). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist unstrittig, dass mit der Umsetzung des absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie verbunden ist. Auch wenn Werbung und Vermarktungsmassnahmen für Tabakwaren bereits zum jetzigen Zeitpunkt in gewissem Umfang eingeschränkt sind, hat ein absolutes Verbot noch weitergehende Folgen für die gewerbliche Tätigkeit der Tabakindustrie. Mithin stellt ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, sieht man von einem eigentlichen Produktions- und/oder Verkaufsverbot von Tabakprodukten ab, den einschneidendsten Eingriff in die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie dar. Zumal von der Rechtsprechung die grundsätzliche Notwendigkeit von Werbung im marktwirtschaftlichen System anerkannt ist (BGE 123 I 201, E. 4; ebenso: REINECKE/JANZ, Marketing-Controlling. Sicherstellen von Marketingeffektivität und -effizienz. Stuttgart 2007).

38 Infolgedessen erfordert die umfassende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit mittels eines entsprechenden Verbots eine gesetzliche Grundlagen in einem Gesetz im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 BV). Die Verankerung der Massnahmen, welche das BAG am 16. April 2019 zur innerstaatlichem Umsetzung des FCTC vorgeschlagen hat, auf Verordnungsstufe, zum Beispiel in einer Verordnung zum neuen E-TabPG, würde damit nicht genügen. Denn das Bundesgericht hat sogar im neuen Zusammenhang mit dem Verbot eines Fernsehspots, mit dem nicht

unmittelbar für ein Tabakprodukt, sondern für ein damit assoziiertes Produkt, konkret eine Uhr der Zigarettenmarke „Camel“, geworben wurde, eine klare gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit verlangt (BGE 118 Ib 356, E. 4.a). Diese Einschätzung rechtfertigt sich auch deshalb, weil Werbeeinschränkungen immer auch inhaltsbezogene Kommunikationseinschränkungen darstellen, die mit dem Gedanken grundsätzlich staatsfreier, möglichst ungehemmter Diskussion in Widerspruch stehen (KLEMM HÜGLE, a.a.O, S. 296). Denn mit einer Einschränkung der Werbefreiheit werden einzelne Meinungen benachteiligt und im Gegenzug andere privilegiert. Demgemäss sind Werbeeinschränkungen per se als schwerwiegende Eingriffe im Sinne von Art. 36. Abs. 1 BV zu qualifizieren. Zusammengefasst ist für ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC grundsätzlich verlangt, zwingend eine Grundlage in einem formellen Gesetz erforderlich. Ferner müssen die inhaltlichen Grundzüge des Werbe- und Vermarktungsverbots ebenfalls in einem Gesetz im formellen Sinn festgelegt sein (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz 16).

- 39 Mit der vom BAG am 16. April 2019 vorgeschlagenen Verankerung des im FCTC vorgesehenen Werbe- und Vermarktungsverbots im zweiten Entwurf zum Bundesgesetz über die Tabakprodukte (E-TabPG) wird die Voraussetzung einer Rechtsgrundlage in einem formellen Gesetz erfüllt. Auch inhaltlich finden sich die wesentlichen Regelungen im Gesetzesvorschlag, d.h. den Ergänzungen zum Tabakproduktegesetz (nachfolgend E-TabPG) geregelt und zwar: Warnhinweise bei Verkaufsförderung und Sponsoring⁵; die eingeschränkte Zulässigkeit der Schaffung von Anreizen für den Kauf von Tabakprodukten⁶; die Statuierung der Pflicht der Tabakindustrie zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung,

⁵ Die Verpflichtung zur Anbringung von Warnhinweisen zur Gesundheitsschädigung bei Verkaufsförderung und Sponsoring würde gemäss Vorschlag des BAG mittels Ergänzung von Art. 19 Warnhinweis bei Werbung und Sponsoring (Abs. 1 ergänzt) umgesetzt: „Werbung für Tabakprodukte und für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden und die Hinweise auf Sponsoring müssen mit dem entsprechenden Warnhinweis nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a oder nach Artikel 14 Absatz 1, mit Ausnahme von Buchstabe b Ziffern 2 und 3, versehen sein.“

⁶ Die Einschränkung der Zulässigkeit der Anreizschaffung für den Kauf von Tabakprodukten würde mittels Ergänzung von Art. 18 Einschränkungen der Werbung (1bis neu) im TabPG fixiert: „Zusätzlich zu Absatz 1 ist die Werbung für Tabakprodukte und für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, untersagt: a. wenn sie mit preisvergleichenden Angaben oder mit Versprechen von Geschenken oder anderen Vergünstigungen betrieben wird; [...]“. Darüber hinaus soll Art. 18a Verkaufsförderung (neu) festhalten: „1 Die Förderung des Verkaufs von Tabakprodukten sowie von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, ist *verboten*, wenn sie geschieht: a. durch unentgeltliche Abgabe; b. durch zeitlich und örtlich beschränkte Preisnachlässe; c. durch an einen bestimmten Personenkreis gerichtete Preisnachlässe; oder d. durch die Abgabe von Geschenken oder Preisen“. Gemäss Absatz 2 ausgenommen wäre diejenige Verkaufsförderung, die sich an die in der Tabakbranche tätigen Personen richten würde. Dass die Ergänzung in Absatz 1bis von Artikel 18 E- TabPG die elektronischen Zigaretten nicht nennt, stellt wohl ein Versehen dar. Nennt Absatz 1 von Artikel 18 E- TabPG letztere neben den Tabakprodukten und Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden doch ausdrücklich.

Verkaufsförderung und Sponsoring⁷; das Verbot von Werbung, Verkaufsförderung (Promotion) und Sponsoring in den Printmedien, in anderen Medien sowie im Internet⁸; und schliesslich die Einschränkung des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen und deren Teilnehmern⁹.

- 40 Zwar kann derzeit keine abschliessende Einschätzung zur Erfüllung der ersten Voraussetzung für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit abgegeben werden. Denn wie bereits ausgeführt hat das BAG am 16. April 2019 bloss einen ersten Vorschlag für die innerstaatliche Umsetzung vorgelegt. Die definitive Verankerung im innerstaatlichen Recht steht damit noch nicht abschliessend fest. Basierend auf dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 kann zum jetzigen Zeitpunkt aber davon ausgegangen werden, dass eine genügende Rechtsgrundlage in einem formellen Gesetz bestehen würde. Eine Verordnung würde auf jeden Fall nicht genügen.

2. Bestimmtheitsgebot

- 41 Schwere Grundrechtseingriffe bedürfen ferner einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Dies ist dann der Fall, wenn die entsprechenden Bestimmungen, die eine Einschränkung der Werbefreiheit für Tabakwaren vorsehen, so klar formuliert sind, dass „der Bürger sein Verhalten danach richten kann und die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden

⁷ Die Verpflichtung der Tabakindustrie zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring würde nach dem Vorschlag des BAG in einem Art. 26a Meldung der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring (neu) im TabPG festgehalten: „1 Wer Tabakprodukte herstellt oder einführt, muss dem BAG jährlich die Höhe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring in der Schweiz im Zusammenhang mit diesen Produkten melden. 2 Der Bundesrat regelt den Inhalt und die Modalitäten der Meldung.“

⁸ Das Verbot von Werbung und Verkaufsförderung (Promotion und Sponsoring) in den Printmedien, in anderen Medien sowie im Internet würde über eine Ergänzung von Art. 18 Einschränkung der Werbung (Abs. 1bis und 1ter neu) umgesetzt: „1bis Zusätzlich zu Absatz 1 ist die Werbung für Tabakprodukte und für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, untersagt: [...]; b. in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet; 1ter Die Verbote nach Absatz 1bis gelten nicht für: a. ausländische Presseerzeugnisse, die nicht hauptsächlich für den Schweizer Markt bestimmt sind; b. Werbung, die sich an die in der Tabakbranche tätigen Personen richtet.“

⁹ Im Einzelnen sieht der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 vor, dass für die Einschränkung des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen sowie deren Teilnehmern Art. 3 des E-TabPG um die Begriffsdefinition Bst. fbis Sponsoring ergänzt würde („Sponsoring: Jede Art von Beitrag zu einer Tätigkeit oder Veranstaltung sowie jede Art von Unterstützung von Personen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Konsum von Tabakprodukten sowie den Kauf von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden zu fördern“.). In Art. 18b Sponsoring (neu) würde in Absatz 1 zudem geregelt, dass Sponsoring von „a. Tätigkeiten und Veranstaltungen in der Schweiz, die internationalen Charakter haben, indem sie: 1. teilweise im Ausland stattfinden, oder 2. eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben; b. Personen, die im Rahmen von Tätigkeiten und Veranstaltungen nach Buchstabe a auftreten. c. Sendungen in Radio und Fernsehen gemäss den Bestimmungen des RTVG“ verboten ist. Absatz 2 würde zudem vorsehen: „Es ist verboten, aus dem Sponsoring gemäss Absatz 1 Vorteile anzunehmen.“.

- Grad an Gewissheit erkennen kann" (BGE 139 I 280, E. 5.1; BGE 136 I 87, E. 3.1; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 23). Ferner sollen nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überlassen werden. Die im innerstaatlichen Recht umgesetzten Massnahmen des FCTC müssen demnach genau festlegen, welche Werbe-, Verkaufsförderungs- und Sponsoringmassnahmen nicht mehr zulässig sind, so dass sich keine Unklarheiten bei der Anwendung und Umsetzung ergeben. Im Nachfolgenden wird summarisch geprüft, ob der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 die Voraussetzungen an den Bestimmtheitsgrundsatz erfüllt.
- 42 Nach der Einschätzung der Autoren enthält der Vorschlag des BAG mit Art. 3 f bis E-TabPG (neu) eine sehr breite, aber durchaus verständliche Definition des Begriffs Sponsoring („Jede Art von Beitrag zu einer Tätigkeit oder Veranstaltung sowie jede Art von Unterstützung von Personen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Konsum von Tabakprodukten sowie den Kauf von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden zu fördern.“). Für die Autoren ist klar, dass das BAG ein umfassendes Verständnis von Sponsoring vertritt und insbesondere jede finanzielle oder anderweitige Unterstützung einer Tätigkeit, Veranstaltung oder Person, die direkt oder indirekt für ein Produkt oder eine Marke wirbt und dessen Verkauf fördert, Sponsoring darstellt und neu verboten sein sollen. Insofern ist Art. 3 f bis E-TabPG (neu) ausreichend bestimmt.
- 43 Im Zusammenhang mit dem vom BAG vorgeschlagenen Verbot von Werbung und Verkaufsförderung (Promotion und Sponsoring) in den Printmedien, in anderen Medien sowie im Internet über die Ergänzung von Art. 18 *Einschränkung der Werbung* (Abs. 1bis und 1ter neu) ergeben sich nach Auffassung der Autoren demgegenüber Unklarheiten. Art. 18 E-TabPG sieht nämlich vor, dass Werbung, *die sich speziell an Minderjährige richtet*, d.h. Werbung auf Schulmaterial (lit. a), auf Spielzeug (lit. b), auf Werbegegenständen, die an Minderjährige abgegeben werden (lit. c), in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen, die hauptsächlich für Minderjährige bestimmt sind (lit. d) und an Orten und Veranstaltungen, die hauptsächlich von Minderjährigen besucht werden (lit. e), unzulässig ist. Die Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten vom 30. November 2018 bestätigt den Umstand, dass mit Art. 18 E-TabPG tatsächlich nur Werbung, die sich speziell an Minderjährige richtet, verboten wird (Botschaft zum TabPG, 2018 919ff, 967). Art. 18 E-TabPG ist von seinem Anwendungsbereich somit auf Minderjährige eingeschränkt.
- 44 Aus der Ergänzung zu Art. 18 Abs. 1bis und 1ter (neu) ergibt sich jedoch, dass *über Absatz 1 hinaus* Werbung für Tabakprodukte und für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, untersagt werden soll, „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“. Aufgrund der vom

BAG vorgeschlagenen Formulierung von Absatz 1bis („zusätzlich zu Absatz 1“) ist nicht abschliessend klar, ob Absatz 1bis wie Absatz 1 nur an Minderjährige gerichtete Werbung einschränken will oder aber darüber hinaus auch die an erwachsenen Konsumenten gerichtete Werbung (unter den in Absatz 1bis festgelegten Voraussetzungen). Für die Autoren steht aufgrund der Zielsetzung des FCTC fest, dass über Absatz 1bis auch Werbung, die sich an Erwachsene richtet und die festgelegten Voraussetzungen erfüllt, neu untersagt sein soll. Aus dem Formulierungsvorschlag des BAG vom 16. April 2019 geht dies aber nicht eindeutig hervor, weshalb Absatz 1bis dem Bestimmtheitsgebot nicht genügt. Darüber hinaus wird aufgrund der vorgeschlagenen Formulierung von Absatz 1bis auch nicht deutlich, ob die Voraussetzungen in Buchstabe a und b kumulativ oder alternativ ausgestaltet sind. Dass die Ergänzung in Absatz 1bis von Artikel 18 E-TabPG die elektronischen Zigaretten nicht nennt, stellt wohl ein Versehen des BAG dar. Denn Absatz 1 von Artikel 18 E-TabPG nennt letztere neben den Tabakprodukten und Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden nämlich ausdrücklich. Demgemäss erfüllt der erste Vorschlag des BAG den Bestimmtheitsgrundsatz also nicht. Für die betroffene Tabak- und Werbeindustrie wird nicht abschliessend klar, welches Verhalten genau untersagt ist. Für die nachfolgende Prüfung der Zulässigkeit der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit wird auf diesen Umstand bloss hingewiesen und im Weiteren implizit davon ausgegangen, dass die endgültige Verankerung des Verbots soweit überarbeitet wird, dass sie dem Bestimmtheitserfordernis genügen wird.

45 Demgegenüber legt Art. 18a *Verkaufsförderung* (neu) klar fest, dass die Förderung des Verkaufs von Tabakprodukten sowie von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, verboten ist, wenn sie mit unentgeltlichen Abgaben, zeitlich und örtlich beschränkten Preisnachlässen, mit an bestimmte Personenkreise gerichtete Preisnachlässe oder mit Geschenken oder Preisen verbunden ist (Absatz 1). Absatz 1 lässt keine Zweifel daran, welche Werbe- und Verkaufsförderungsmassnahmen zukünftig nicht mehr zugelassen sind.¹⁰ Insofern ist auch Art. 18a (neu) genügend bestimmt.

46 Aus Art. 18b *Sponsoring* (neu) geht hervor, dass es zukünftig verboten sein soll, Tätigkeiten und Veranstaltungen in der Schweiz, die internationalen Charakter haben, dadurch dass sie teilweise im Ausland stattfinden, oder sonst eine grenzüberschreitende Wirkung haben, mit Beiträgen jeder Art zu unterstützen (Bst. a). Dasselbe soll für die Unterstützung von Personen, die im Rahmen von Tätigkeiten und Veranstaltungen nach Buchstabe a auftreten (Bst. b) sowie die Unterstützung von Sendungen in Radio und Fernsehen gemäss den Bestimmungen des RTVG (Bst. c) gelten. Aufgrund des neuen Absatz 2 ist klar,

¹⁰ Das BAG verwendet im Vorschlag zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC vom 16. April 2019 keine einheitliche Terminologie; es spricht allgemein von der „Einschränkung des Einsatzes von Anreizen für den Kauf von Tabakprodukten“ und im Rahmen der konkreten Umsetzung in Art. 18 Abs. 1bis bzw. Art. 18a Abs. 1 E-TabPG ist von „untersagt“ und „verboten“ die Rede. Demgemäss werden in diesem Gutachten mit Blick auf die Verkaufsförderung mittels Anreizschaffung beide Begriffe („Einschränkung“ und „Verbot“) verwendet.

dass nicht nur das aktive Sponsoring gemäss Absatz 1 verboten sein soll, sondern auch die Annahme von Vorteilen im Zusammenhang mit Sponsoring gemäss Absatz 1. Mit Bezug auf die Neuregelung steht für die Autoren ausser Frage, dass das Sponsoring von Tätigkeiten und Veranstaltungen in der Schweiz, die internationalen Charakter haben, sowie von Personen, die im Rahmen von Tätigkeiten und Veranstaltungen nach Buchstabe a auftreten, verboten sein sollen. Aus dem Vorschlag des BAG ergibt sich auch, dass das Sponsoring von Tätigkeiten und Veranstaltungen durch die Tabakindustrie, die keinen internationalen Charakter aufweisen und sich nicht speziell an Minderjährige richten (Art. 18 Abs. 1 lit. e E-TabPG), in der Schweiz weiterhin zulässig bleibt. Auch insofern bestehen aus Sicht der Autoren keine Unklarheiten über den Umfang des Verbots, weshalb die gesetzliche Grundlage zur Einschränkung des Sponsorings von Veranstaltungen und Tätigkeiten mit internationalem Charakter ausreichend bestimmt ist.

- 47 Die Umsetzung der Verpflichtung zur Anbringung von Warnhinweisen auf die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauchens im Zusammenhang mit Werbung und Sponsoring mittels Ergänzung von Art. 19 E-TabPG („Werbung für Tabakprodukte und für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden und die Hinweise auf Sponsoring müssen mit dem entsprechenden Warnhinweis nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a oder nach Artikel 14 Absatz 1, mit Ausnahme von Buchstabe b Ziffern 2 und 3, versehen sein.“) ist ebenfalls ausreichend klar formuliert. Daraus ergibt sich, dass auch im Zusammenhang mit Sponsoring der Hinweis „Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“, „Dieses Tabakprodukt schädigt Ihre Gesundheit und macht stark abhängig“, „Das Rauchen dieses Produkts schädigt Ihre Gesundheit“, „Dieses Produkt kann Ihre Gesundheit schädigen und macht stark abhängig“ oder „Dieses Produkt kann Ihre Gesundheit schädigen“ angebracht werden muss. Auch Art. 19 (Abs. 1 ergänzt) ist genügend klar formuliert.
- 48 Und schliesslich geht auch aus Art. 26a *Meldung der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring* (neu) eindeutig hervor, dass Produzenten und Importeure von Tabakprodukten dem BAG jährlich die Höhe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring in der Schweiz melden müssen (Absatz 1).
- 49 Der erste Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 zur Implementierung der Massnahmen des FCTC im innerstaatlichen Recht ist damit überwiegend, mit Ausnahme von Art. 18 Abs. 1bis E-TabPG, genügend bestimmt. Vor diesem Hintergrund gehen die Autoren gestützt auf den ersten Vorschlag des BAG davon aus, dass die definitive innerstaatliche Implementierung den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot genügen würde.

C. Öffentliches Interesse

- 50 Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit muss sodann durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Denn nur die Verfolgung öffentlicher Interessen und der Schutz von Grundrechten Dritter stellt einen zulässigen Grund für die Einschränkung von Grundrechten dar (EPINEY, Basler Kommentar zur BV, 1. Aufl. 2015, Art. 36 Rz 42). Wie ausgeführt, stellt das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot eine systemkonforme Grundrechtseinschränkung dar, weil das Verbot von seiner primären Zielsetzung her nicht darauf ausgerichtet ist, den freien Wettbewerb zu beeinträchtigen, zu behindern oder die privatwirtschaftliche Tätigkeit der gesamten Schweizer Tabakindustrie auszuschalten, sondern die öffentliche Gesundheit schützt und zudem den Jugendschutz sicherstellt (vgl. Rz 24 ff.).
- 51 Beim öffentlichen Interesse, welches zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs herangezogen werden kann, handelt es sich um einen örtlich und zeitlich wandelbaren Rechtsbegriff, dessen Inhalt schlussendlich von der Gesellschaft definiert wird. Als zulässige öffentliche Interessen anerkannt sind die allgemeinen polizeilichen Schutzgüter, d.h. der Schutz von Leben und Gesundheit des Menschen, von öffentlicher Ruhe und Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 32). Vorliegend ist unstrittig, dass die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Tabak- sowie der Werbeindustrie mit der Wahrung der öffentlichen Gesundheit sowie dem Jugendschutz begründet wird (vgl. Rz 28 ff.). Dem FCTC liegt wie bereits ausgeführt die Überlegung zugrunde, dass Werbung, Promotion und Sponsoring den Absatz von Tabakwaren erhöhen und im Gegenzug umfassende Verbote den Absatz verringern (Art. 13 Abs. 1 FCTC; FCTC-Wegleitung S. 1). Entsprechend hat auch das Bundesgericht in seinem Leitentscheid vom 2002 ausgeführt: „Zweck jeder Werbung ist doch wohl in erster Linie die Förderung des Verkaufes und die Steigerung des Umsatzes. Für Werbezwecke würden nicht jährlich Milliarden von Franken eingesetzt, wenn dieses Ziel nicht erreicht würde. Wird aber der Umsatz gebrannter Wasser gesteigert, erhöht sich auch der Konsum. [...] Dieses Argument hat auch bezüglich der Werbung für Tabak vollumfänglich seine Gültigkeit.“ (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc). Demgemäss liegt im öffentlichen Gesundheitsschutz sowie im Jugendschutz ein unbestrittenermassen zulässiges öffentliches Interesse, welches einen Grundrechtseingriff, vorliegend u.a. in die Wirtschaftsfreiheit, rechtfertigt (ebenso BGE 128 I 295, E. 5.b.bb; KLEMM HÜGLE, S. 299).
- 52 Dies gilt, obschon nicht feststeht, ob die Werbung für Tabakwaren tatsächlich für die mit dem Rauchen verbundenen Gesundheitsschädigungen bei den Konsumenten sowie bei Dritten verantwortlich zu machen ist. Denn geht man von der Selbstverantwortung und Autonomie des Individuums aus, so sind primär diese für den Entscheid zu rauchen verantwortlich. Indes setzt Werbung Anreize zu rauchen. Unstrittig nimmt das Rauchen die Atemwege und das Herz-Kreislaufsystem besonders stark in Anspruch und ist für einen wesentlichen Anteil

der Krebsfälle im Bereich der Lungen, für zahlreiche weitere Krebsarten und für die Entwicklung chronischer Lungenerkrankungen verantwortlich, die das Atmen (chronisch-obstruktiv) behindern, Schädigungen an den Augen, am Zahnhalteapparat, im Verdauungstrakt, am Skelett, an den Geschlechtsorganen etc. verursachen.¹¹ Ein Verbot von Werbung und Vermarktung von Tabakwaren kann damit jedenfalls einen Beitrag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit leisten, wie das Bundesgericht auch im Genfer Fall anerkannt und hervorgehoben hat.

- 53 Ebenso können Jugendliche durch Werbe- und Vermarktungsverbote jedenfalls potentiell davon abgehalten werden, Tabakwaren zu konsumieren. Zwar ist die strikte Einhaltung eines Verkaufsverbots an Minderjährige, wie es Art. 21 Abs. 1 E-TabPG verlangt, die geeignetere Massnahme, um das Rauchen bei Jugendlichen zu verhindern. Dessen ungeachtet kann auch das Werbe- und Vermarktungsverbot mit dem öffentlichen Gesundheits- und mit dem Jugendschutz als relevante öffentliche Interessen legitimiert werden (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 300), auch wenn sich die Zahlen der Raucher zwischen 15 und 24 Jahren gestützt auf die Angaben des Bundesamts für Statistik (BFS) trotz gesetzlicher Werbeeinschränkungen seit 2002 konstant bei rund einem Drittel (31.7 % bis 37.4 %) bewegt. Aus den Zahlen des BFS zur Anzahl Raucher bei den 15- bis 24-jährigen ergibt sich im Übrigen nicht, dass die Einführung des Werbeverbots für Tabakwaren in Radio und Fernsehen im RTVG im 2006 mit einem wesentlichen Rückgang bei den Rauchern zwischen 15 und 24 Jahren verbunden war.
- 54 Da das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren, wie es das FCTC vorsieht, gleichzeitig auch verschiedene Grundrechte der betroffenen Industrien tangiert (vgl. Rz 8 ff.), ist unter dem Titel der Verhältnismässigkeit eine Güterabwägung vorzunehmen. Dabei ist wie erwähnt davon auszugehen, dass der Gesundheitsschutz der Allgemeinheit sowie der Jugendschutz ein öffentliches Interesse am besagten Werbe- und Vermarktungsverbot zu begründen vermögen. Zu berücksichtigen sind aber auch die betroffenen Grundrechte der Tabak- und Werbeindustrie. Ferner darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass auch die Konsumenten ein öffentliches Interesse daran haben, über ein Produkt, das nach wie vor legal an jedem Kiosk, an der Kasse in praktisch jedem Einkaufsladen sowie an spezifischen Automaten erhältlich ist, informiert zu werden. Dieses Informationsbedürfnis von Seiten der Konsumenten betrifft u.a. gerade das vorhandene Angebot, die unterschiedliche Zusammensetzung der Produkte, d.h. den Nikotin- und Teergehalt, welche gemäss den Vorschlägen des BAG nicht mehr angebracht werden sollen,¹² die Beigabe von Zusatzstoffen etc. Sodann weiss

¹¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/sucht-und-gesundheit/tabak/gesundheitsliche-folgen-rauchen.html> (zuletzt besucht am 1. Juli 2019).

¹² Angaben zum Nikotin-, Teer- und Kohlenmonoxidgehalt des Produkts sollen gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b E-TabPG zukünftig verboten sein.

jeder Raucher, dass er sich und seiner Gesundheit mit dem Konsum von Tabakwaren nichts Gutes tut und entscheidet sich dennoch mit dem Kauf und Konsum von Tabakwaren immer wieder genau dafür. Die Motive dafür sind vielfältig (Interesse, Lust, Sucht etc.). Und genau diese Entscheidung sollte der Konsument so informiert wie möglich treffen können. Denn nur dann kann er sich beispielsweise im Sinne einer Risikoreduktion für ein Produkt mit weniger Nikotin, ohne Zusatzstoffe etc. entscheiden, womit er selber einen Betrag zum Gesundheitsschutz leistet (vgl. Rz 117 ff.).

- 55 Gesamthaft besteht ein unbestreitbares öffentliches Interesse (Gesundheits- und Jugendschutz) an einem Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren, zumal das Bundesgericht in seiner Praxis nur geringe Anforderungen an ein legitimes öffentliches Interesse stellt. Den gegensätzlichen Interessen der Tabak- und Werbeindustrie sowie der Konsumenten an der Werbung und Vermarktung von Tabakwaren ist im Rahmen der nachfolgenden Prüfung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs Rechnung zu tragen.

D. Verhältnismässigkeit

- 56 Ein Grundrechtseingriff lässt sich nur rechtfertigen, wenn er verhältnismässig ist. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip kommt bei der Prüfung staatlicher Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit grosse Bedeutung zu. In der Praxis ist die Verhältnismässigkeit oft das ausschlaggebende Kriterium, wenn es um die Frage geht, ob sich die Regulierung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, welche sich auf ein grundsatzkonformes öffentliches Interesse stützt, mit dem Anspruch auf freie Berufsausübung vereinbaren lässt (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 390 f.). Das Kriterium misst sich am Verhältnis des Grundrechtseingriffs zum Zweck der Regelung, der dem öffentlichen Interesse bzw. dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen muss (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 37). Der vorliegend zu beurteilende Zweck ist wie bereits mehrfach ausgeführt der Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Schutz der Jugendlichen im Besonderen. Das zu beurteilende Mittel ist das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren. Dabei müssen drei Aspekte der Verhältnismässigkeit kumulativ erfüllt sein: Die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung bzw. der öffentlichen und betroffenen Interessen (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 37). Das Werbe- und Vermarktungsverbot muss damit also geeignet und erforderlich sein, um die öffentliche Gesundheit sowie die Jugend zu schützen und der betroffenen Tabak- und Werbeindustrie darüber hinaus auch zumutbar sein.
- 57 WHO, BAG und Befürworter einer restriktiven Regelung verweisen für ein Werbe- und Vermarktungsverbot von Tabakwaren auf den allgemeinen Gesundheitsschutz der Konsumenten von Tabakwaren sowie auf die im Zusammenhang mit dem

Einstieg ins Rauchen besonders schutzwürdigen Jugendlichen. Dieser Zielsetzung wird gemeinhin hohe Priorität eingeräumt, weshalb sich die nachfolgende Verhältnismässigkeitsprüfung weniger auf die Frage bezieht, ob die Werbefreiheit der Tabak- und Werbeindustrie sowie die Meinungsfreiheit der Tabakhersteller den Gesundheitsschutz der Konsumenten überwiegt (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 303). Auch die Frage der Eignung eines Werbe- und Vermarktungsverbot zur Förderung der öffentlichen Gesundheit sowie der Schutz der Jugend lässt sich nicht abschliessend beurteilen, weil verschiedene Studien beide Thesen belegen (vgl. Rz 58 ff.). Demgemäss konzentriert sich die nachfolgende Diskussion im Bereich der Verhältnismässigkeit auf die Frage der Erforderlichkeit eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren zum Schutzes der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugendlichen und die Frage der Zumutbarkeit der Massnahme vor dem Hintergrund der unsicheren Eignung und deren besonders einschneidender Wirkung (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 303).

1. Eignung eines absoluten Werbeverbots

58 Das Werbe- und Vermarktungsverbot muss zunächst geeignet sein, um das angestrebte Ziel, den Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugendlichen zu erreichen. *Geeignet* ist eine staatliche Handlung dann, wenn durch sie das öffentliche Interesse auch tatsächlich wahrgenommen werden kann, d.h. wenn der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck erreicht werden kann (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 38). Diese Voraussetzung wäre zweifellos erfüllt, wenn feststehen würde, dass die Massnahmen, welche das BAG am 16. April 2019 zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC vorgeschlagen hat, geeignet sind, den Schutz der Gesundheit der Öffentlichkeit vor den gesundheitlichen Folgen des Rauchens sowie der Jugendlichen sicherzustellen. In Frage stehen wie bereits dargelegt die vom BAG vorgeschlagenen Massnahmen, d.h. das Anbringen von spezifischen Warnhinweisen bei Verkaufsförderung und Sponsoring, die eingeschränkte Zulässigkeit der Anreizschaffung für den Kauf von Tabakwaren, die Pflicht der Tabakindustrie zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring, das Verbot von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring in den Printmedien und in anderen Medien (u.a. im Internet) sowie die Einschränkung des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen sowie der Teilnehmer.

59 In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass es für die Erfüllung der Voraussetzung der Eignung bereits ausreicht, wenn die ergriffene Massnahme *einen Beitrag zur Zielverwirklichung leistet* (EPINEY, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 Rz 70; KLEMM HÜGLE, S. 304). Es werden also keine hohen Anforderungen an die Eignung gestellt. Gleichzeitig ist es nicht erforderlich, dass *kein* effektiveres Mittel zur Verfügung steht, damit die Voraussetzung der Eignung bejaht werden kann (KLEMM HÜGLE, S. 304). Somit muss im Folgenden idealerweise der konkrete Einfluss von Werbung und sonstigen

Vermarktungsmassnahmen auf den Konsum von Tabakwaren geklärt werden. Diese Frage kann vorliegend aber nicht abschliessend beantwortet werden, weil sowohl die Relevanz als auch die fehlende Relevanz von Werbung und sonstigen Vermarktungsmethoden für den Konsum von Tabakwaren mit diversen Studien und Beobachtungen belegt werden kann.¹³

- 60 KLEMM HÜGLE hat in ihrer Dissertation diverse Studien untersucht, welche die Auswirkungen von Werbung auf den Gesamtkonsum von Tabakwaren genau untersucht haben, und eine Zusammenfassung der Ergebnisse geliefert (KLEMM HÜGLE, S. 304 ff.). Für die Zwecke dieses Gutachtens werden die Ergebnisse der zitierten Studien kurz zusammengefasst. Eine amerikanische Studie hat aufgezeigt, dass durch eine Einschränkung der Werbemöglichkeiten den Jugendlichen der Einstieg in den Konsum von Tabakwaren erschwert wird, wodurch sich der Raucheranteil bei den Jugendlichen und damit in der gesamten Bevölkerung reduzieren lässt (KLEMM HÜGLE, a.a.O. S. 305 FN 1179). Eine andere Metaanalyse diverser bereits vorhandener Studien deckte demgegenüber auf, dass für die USA lediglich in der Zeit vor 1964 ein statistisch bedeutsamer, wenn auch sehr schwacher Einfluss der Werbeausgaben auf die Gesamtnachfrage für Tabakwaren zu beobachten gewesen war (KLEMM HÜGLE, a.a.O. S. 305 FN 1180). Dies hänge wohl vor allem damit zusammen, dass seit 1964 die Gesundheitsgefahren des Rauchens allgemein bekannt sind und die Gesellschaft sich längst eine (politische) Meinung zum Rauchen gebildet hat (KLEMM HÜGLE, a.a.O. S. 306 FN 1181). Die entsprechende Studie hat Werbeeinschränkungen für Tabakwaren deshalb vielmehr als das Ergebnis politischer Prozesse aufgrund der in Forschung und Gesellschaft aufkommenden Sensibilisierung betreffend dem gesundheitsschädigenden Potential des Rauchens qualifiziert (KLEMM HÜGLE, a.a.O. S. 306). Eine Studie der OECD ist dementsprechend zur Erkenntnis gekommen, dass der regelmässige und über lange Zeit hinweg andauernde Konsum von Tabakwaren primär von sozialen Einflüssen, Gewohnheiten etc. gesteuert wird (KLEMM HÜGLE, S. 306). Eine andere Untersuchung der OECD in sechs Mitgliedsländern kommt dementsprechend zum Schluss, dass die neutrale und

¹³ Basisinformation zu Tabakwerbung, S. 12 mit einer Übersicht der Studien, welche die Wirksamkeit von Werbeeinschränkungen belegen: NCI, Monograph 19, The Role of the Media in Promoting and Reducing tobacco use, 2008; World Bank. Curbing the epidemic – Governments and the economics of tobacco control: A World Bank publication. The international bank for reconstruction and development. 1999; Action for smoking and health. Tobacco advertising opinion poll. Summary report. Prepared by ICM research for ASH. 2001; Biener L, Siegel M. Tobacco marketing and adolescent smoking: more support for a casual inference. American Journal of Public Health, 90, 407-41. 2000; Gilpin EA, Pierce JP. Trends in adolescent smoking initiation in the United States: is tobacco marketing an influence? Tobacco Control, 6, 122-127. 1997; Pierce JP, Choi WS, Gilpin EA. Tobacco industry promotion of cigarettes and adolescent smoking. JAMA, 18, 511-515. 1998; Pierce JP, Gilpin EA, Choi WS. Sharing the blame: smoking experimentation and future smoking-attributable mortality due to Joe Camel and Marlboro advertising and promotion. Tobacco Control, 8, 37-44. 1999; Saffer H (2000) Tobacco advertising and promotion. In: Jha P, Chaloupka FJ: Tobacco Control in developing countries, Oxford University Press, New York, 215-236. 2000; Saffer H, Chaloupka FJ. Tobacco advertising: economic theory and international evidence. Journal of Health Economics, 19, 1117-1137. 2000.

unvoreingenommene Analyse der Daten ergeben habe, dass diese keinen negativen Effekt von Werbung für Tabakwaren auf das Konsumverhalten zeigten, sondern vielmehr noch das Gegenteil belegten (KLEMM HÜGLE, S. 306 FN 1184). Ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot habe vielmehr zur Folge, dass die entsprechenden Informationen zu den Gesundheitsrisiken nicht mehr im Zusammenhang mit der Werbung verbreitet werden, was wiederum eine Desensibilisierung der Bevölkerung im Vorfeld des Erwerbs und Konsums von Tabakwaren habe (KLEMM HÜGLE, S. 306 Fn 1185 und 1186). Wiederum eine andere Studie belegt, dass vor der Einführung eines Werbeverbots in Grossbritannien fast jeder zweite Raucher die Auffassung vertrat, dass Rauchen nicht so gefährlich sein könne, anderenfalls die Regierung Werbung für Zigaretten verbieten würde. Eine kanadische Studie widerlegt gemäss KLEMM HÜGLE eine Einflussnahme der Werbung für Tabakwaren auf Jugendliche (KLEMM HÜGLE, S. 307 FN 1191). Auch in der 1997 vom BAG durchgeführte „Motivationsstudie Rauchen“ bei Jugendlichen wurden als primäre Gründe für das Rauchen v.a. der Genuss und die Lust am Rauchen, die Verbreitung im Freundeskreis sowie an letzter Stelle der „Coolness-Faktor“ genannt (KLEMM HÜGLE, S. 305). Werbung als Motivator für die Aufnahme des Rauchens wurde demgegenüber nicht einmal genannt.

- 61 Zusammengefasst ist die Auswirkung von Werbung auf das Konsumverhalten und damit auch die Eignung eines Werbe- und Vermarktungsverbots für den Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie der Jugend unsicher. Es besteht auf jeden Fall auch in der Wissenschaft kein Konsens darüber, wie hoch die Eignung eines gesetzgeberischen Werbe- und Vermarktungsverbots ist (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 308). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist dies freilich auch nicht notwendig. Denn wenn „bei der Beurteilung der Eignung einer Massnahme umstrittene technische Kenntnisse in Frage stehen, [...] nimmt das Bundesgericht nur dann eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes an, wenn *die fehlende Eignung dieser Massnahme, das angestrebte Ergebnis zu erreichen, als offensichtlich erscheint*“ (BGE 128 I 295, E. 5b.cc Hervorhebung nicht im Original). Mit Blick auf das im vorgenannten Entscheid zu beurteilende Verbot von Plakatwerbung für Tabakwaren auf öffentlichem Grund und auf dem vom öffentlichen Grund aus einsehbaren privaten Grund ging das Bundesgericht wie dargelegt davon aus, dass „nicht gesagt werden [könne], dass die Beschränkung der Werbung für Alkohol und Tabak auf dem öffentlichen Grund sowie auf dem für die Bevölkerung einsehbaren privaten Grund *eine völlig ungeeignete Massnahme zur Beschränkung des Konsums dieser Erzeugnisse*“ sei (BGE 128 I 295, E. 5b.cc Hervorhebung nicht im Original). Konsequenterweise hat es das Bundesgericht im zitierten Entscheid auch nicht als erforderlich erachtet, die Wirkung der Werbung auf den Konsum von Alkohol und Tabakwaren zu prüfen, und hat die Eignung der Massnahme als grundsätzlich gegeben angesehen. Auch gestützt auf die zuvor zitierten, widersprüchlichen Studien ergibt sich nicht, dass ein Werbe- und Vermarktungsverbot offensichtlich ungeeignet ist, sich positiv auf den Konsum von Tabakwaren und damit die öffentliche Gesundheit sowie den Jugendschutz auszuwirken.

62 Entsprechend ist vor dem Hintergrund der Praxis des Bundesgerichts davon auszugehen, dass das Werbe- und Vermarktungsverbot in der Form, wie es das BAG am 16. April 2019 zur Umsetzung des FCTC vorgeschlagen hat, jedenfalls einen *hinreichenden Beitrag zur Zielverwirklichung*, dem Gesundheits- und Jugendschutz, leistet, und damit geeignet ist. Auch wenn erhebliche Zweifel am konkreten Nutzen von Werbe- und Vermarktungsverboten bestehen, so kann nicht gesagt werden, dass diese Massnahmen *völlig ungeeignet* zur Beschränkung des Konsums von Tabakwaren sind (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc; a.A. KLEMM HÜGLE, a.a.O. S. 311). Demgemäss ist davon auszugehen, dass ein Werbe- und Vermarktungsverbot im Licht des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes geeignet ist, den angestrebten Zweck, d.h. die öffentliche Gesundheit und die Jugend vor den gesundheitlichen Folgen des Konsums von Tabakwaren zu schützen, zu erfüllen.

2. **Erforderlichkeit eines absoluten Werbeverbots**

63 Gibt es mehrere gleich geeignete Massnahmen, mit denen der verfolgte Zweck (Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugend) erreicht werden kann, ist eine Massnahme aber in ihren Eingriffswirkungen milder bzw. weniger schwer, so verlangt das Element der *Erforderlichkeit*, dass auf die schwerer wiegende Massnahme zugunsten der weniger schwerwiegenden Massnahme verzichtet wird (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 39). Der Eingriff darf also im konkreten Fall in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das hinausgehen, was unerlässlich ist. Damit hängt die Zulässigkeit eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots von Tabakwaren davon ab, dass kein milderes, die Freiheit der Tabak- und Werbeindustrie weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 312).

64 Wie dargelegt bestehen Zweifel an der Wirksamkeit von Werbe- und Vermarktungsverboten für die Einschränkung des Konsums von Tabakwaren und damit der Förderung der allgemeinen Gesundheit und des Jugendschutzes (vgl. Rz 59 ff.). Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen die Gesundheit der Allgemeinheit sowie die Jugend vor den gesundheitsschädigenden Auswirkungen des Rauchens besser schützen als ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren.

65 Infrage kommen dabei Präventionskampagnen, die sich an die Allgemeinheit und speziell an die Jugendlichen richten, welche potentiell stärker einsteigsgefährdet sind als Erwachsene. Nach der Vorstellung der Autoren wäre im Rahmen der Präventionskampagnen für Jugendliche vor allem über die unmittelbaren Gefahren, die Langzeitfolgen und die Kosten des Rauchens zu informieren. Gleichzeitig müssten aber auch Aufklärungskampagnen durchgeführt werden, die sich vor allem an Langzeitraucher richten und mit positiven Vorbildern aufzeigen, welche die gesundheitlichen, finanziellen und ökologischen Vorteile des

Rauchstopps sind, was weniger schädliche Alternativen und erprobte Strategien zum Aufhören sind (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 312).

- 66 Nach der Einschätzung der Autoren kann sodann gerade die Gruppe der besonders einstieggefährdeten Jugendlichen mit höheren Kosten vor den gesundheitlichen Folgen des Rauchens geschützt werden. Diese Altersgruppe ist besonders kostensensibel. Aber auch bei den Erwachsenen können höhere Kosten einen positiven Beitrag dazu leisten, dass weniger konsumiert wird, was wiederum eine direkte Auswirkung auf die allgemeine Gesundheit hat. Auch höhere Kosten sind damit ein taugliches und milderes Mittel, um den öffentlichen Gesundheitsschutz zu fördern.
- 67 Auch die Ausweitung von Rauchverboten in öffentlichen Räumen und Plätzen hat nach Auffassung der Autoren eine direkte Auswirkung auf den Konsum von Tabakwaren. Wenn das Rauchen an zahlreichen Orten verunmöglicht wird, hat das direkt zur Folge, dass weniger geraucht wird. Zu denken ist dabei an Rauchverbote an öffentlichen Plätzen und in Parkanlagen, im Umkreis von Schulen und Bildungs- sowie Gesundheitsinstitutionen, an Bahnhöfen und den Stationen des öffentlichen Verkehrs, in Restaurants, Bars, Cafés etc.
- 68 Bei den besonders gefährdeten Jugendlichen zwischen 15 und 24 Jahren dürften sodann positive Vorbilder (Nichtraucher) zur Bekämpfung des „Coolness-Faktors“ beitragen. Vor allem auch die strikte Durchsetzung des Verbots zum Verkauf von Tabakwaren an unter 18-Jährige, wie es auch Art. 21 Abs. 1 E-TabPG vorsieht, sowie die strikte Durchsetzung von Rauchverboten an Orten, an denen sich die Jugendlichen in Gruppen aufhalten, d.h. vor allem in und um Schulen und Weiterbildungsstätten, an Bahnhöfen, öffentlichen Plätzen und Parkanlagen sowie in Cafés etc. würde einen positiven Beitrag zur Bekämpfung des Konsum von Tabakprodukten durch Jugendliche leisten.
- 69 Als weiteres milderes Mittel zur Sicherstellung des Schutzes der öffentlichen Gesundheit kommt mit Blick auf das zu beurteilende, umfassende Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren vor allem die Verstärkung bereits bestehender Warnhinweise und die Angabe des Nikotin-, Teer- und Kohlenmonoxidgehalts¹⁴ sowie deren gesundheitliche Implikationen in Frage. Dies vor allem im Zusammenhang mit der nach dem E-TabPG weiterhin zulässigen Werbung in den Printmedien oder beim Sponsoring von Veranstaltungen, Tätigkeiten und Personen in der Schweiz. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 12 Abs. 1 E-TabPG hinzuweisen, gemäss welchem Angaben, Marken und figurative Zeichen, die den Eindruck erwecken, dass ein bestimmtes Produkt weniger schädlich sei als andere, wie «leicht», «mild», «bio», «natürlich» oder

¹⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b E-TabPG; die Angaben sollen neu durch eine allgemeinere Information über die Menge an im Rauch enthaltenen krebserregenden Substanzen ersetzt werden (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b E-TabPG; Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten BBl 2019 919 ff., 964 f.).

«ohne Zusatzstoffe» sowie Angaben zum Nikotin-, Teer- oder Kohlenmonoxidgehalt der Emissionen eines Produkts für unzulässig erklärt werden sollen.

- 70 Es bestehen damit zahlreiche mildere Massnahmen im Vergleich zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot, welche genauso geeignet sind, die öffentliche Gesundheit sowie den Schutz der Jugend vor den gesundheitlichen Implikationen des Rauchens sicherzustellen. Dafür ist kein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot erforderlich, wie es das FCTC verlangt. Die vom BAG am 16. April 2019 zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC vorgeschlagenen Massnahmen, vor allem das Verbot von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring in den Printmedien sowie im Internet, sind damit nicht nur nicht notwendig, um den angestrebten Zweck zu erreichen, sondern geradezu kontraproduktiv, weil dadurch die Warnhinweise im Vorfeld des Kaufs und Konsums von Tabakwaren, welche im Rahmen der noch zulässigen Werbung angebracht werden, wegfallen. Dadurch entfällt auch die damit verbundene, konstante Sensibilisierung der Bevölkerung in Bezug auf die gesundheitlichen Konsequenzen des Konsums von Tabakwaren.

3. Verhältnismässigkeit (Zweck-Mittel-Relation) eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots

- 71 Schliesslich muss der Eingriffszweck in einem angemessenen Verhältnis zur Eingriffswirkung stehen. Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs ist zu prüfen, ob das gesteckte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu der zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkung steht (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 40). Das Ziel sollte es sein, dass bei den von den ergriffenen Massnahmen Betroffenen keine unzumutbare Beeinträchtigung geschaffen wird. Dazu sind namentlich die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff gegen die entgegenstehenden spezifischen Interessen der betroffenen Grundrechtsträger abzuwägen (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 40 m.w. H.). Sind mehrere Personen oder gar Gruppen betroffen, ist darauf zu achten, dass keiner einseitig der Vorzug gegeben wird (BGE 128 I 327 E. 4.3.2; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 40).

- 72 Bei einer *Grundrechtskollision* wie sie vorliegend gegeben ist, muss grundsätzlich über eine verhältnismässige Abwägung mit dem Ziel der Herstellung «praktischer Konkordanz» eine Lösung gesucht werden (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 40 m.w.H.). Stehen sich dabei verschiedene, widersprechende Grundrechte gegenüber, ist die Abwägung auch aufgrund der Nähe des jeweiligen Grundrechts zur Menschenwürde und allenfalls der besonderen Schutzbedürftigkeit des Grundrechtsträgers vorzunehmen (EPINEY, Basler Kommentar zu Art. 36 Rz 57). Grenzen der Abwägung ergeben sich bei

Unzumutbarkeit oder aus der Kerngehaltsgarantie (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz 40).

73 Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation ist zu beachten, dass Tabakprodukte Konsumgüter des täglichen Lebens sind, die legal produziert, verkauft und konsumiert werden dürfen (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 315). Sodann stellt Werbung im marktwirtschaftlichen System die natürliche, notwendige Voraussetzung für die Promotion von Konsumgütern dar, da die Erzeuger und Händler die Verbraucher über den Bestand ihrer Waren sowie deren Preise und Qualitäten informieren müssen (BGE 123 I 201, E. 4). Werbung ist ein Marketingelement, das der Verkaufsförderung, der Information der Konsumenten und letztlich einer Differenzierung der Produkte und/oder Marke eines Produzenten im wirtschaftlichen Wettbewerb dient. Denn Werbung ist kommerzielle Kommunikation, mit der eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Gütern, Dienstleistungen oder Ideen mit dem Zweck beeinflusst werden sollen, um so auf ihre Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse einzuwirken und bestimmte Rechtsgeschäfte zu fördern oder zu verhindern (DAVID/REUTTER, S. 6). Vor diesem Hintergrund stellt ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot auch im Licht der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine Markt- bzw. Wettbewerbswirtschaft einen nicht auflösbaren Wertungswiderspruch dar, wenn an Kiosken und anderen Verkaufsstellen erhältliche Tabakwaren, die nach wie vor praktisch überall konsumiert werden dürfen, von der Tabakindustrie zukünftig kaum mehr beworben werden dürfen (KLEMM HÜGLE, S. 315). Ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot verunmöglicht es der Tabakindustrie wie dargelegt fast vollständig, zusätzliche Marktanteile zu generieren und sich gegenüber der Konkurrenz zu behaupten bzw. durchzusetzen (KLEMM HÜGLE, S. 315). Denn das Werbe- und Vermarktungsverbot führt dazu, dass der Wettbewerb unter den Marktteilnehmern faktisch auf dem jetzigen Stand eingefroren wird, da die verschiedenen Marktteilnehmer keine Möglichkeit mehr haben, mittels Werbung die Anteile von Konkurrenten dazu zu gewinnen und/oder die Märkte auszuweiten (vgl. Rz 28). Der Wettbewerb verläuft damit zumindest auch intransparent, da die Mechanismen nicht mehr ersichtlich sind.

74 Im Rahmen der Zweck-Mittel-Abwägung ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich bei einem umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbot, abgesehen von einem Produktions- und Verkaufsverbot, um die einschneidendste und umfassendste Massnahme handelt, welche der Tabakindustrie auferlegt werden kann (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 315). Zwar handelt es sich beim Gesundheits- und Jugendschutz um gewichtige öffentliche Interessen, deren Förderung hohe Gesundheitskosten im Zusammenhang mit den gesundheitlichen Folgen des Rauchens verhindern kann. Gleichwohl stellt ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC verlangt, einen derart weitreichenden Eingriff in die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie, und indirekt allenfalls auch in die Tätigkeit der Werbeindustrie dar, dass diese Massnahme den

strengen Zumutbarkeitsvoraussetzungen von Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV nicht genügt. Der Verfassungsgeber hat mit Art. 94 BV einen impliziten ordnungspolitischen Grundentscheid zugunsten der negativen Wettbewerbsgarantie gefällt (VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV Rz 98). Danach ist die privatwirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich Sache der Privaten, und der Bund sowie die Kantone haben grundsätzlich von Eingriffe in die wettbewerbsgesteuerte Wirtschaft abzusehen (BGE 132 I 282, E. 3.2; bestätigt durch BGer Urteil 2C_71/2007 vom 9. Oktober 2007, E. 3.2). Aus diesem Grund gehen die Autoren davon aus, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC verlangt, aufgrund des Grads der Implikationen für die Tabakindustrie, welche in der Schweiz durchaus eine gewisse (volks-)wirtschaftliche Bedeutung hat, auch nicht zumutbar ist.

75 Diese Einschätzung rechtfertigt sich auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Genfer Verbot von Plakatwerbung auf öffentlichem Grund und von dort einsehbarem privatem Grund (BGE 128 I 295 E. 5.b.cc). Der Entscheid des Bundesgerichts, das Werbeverbot als grundsätzlich verhältnismässig zu beurteilen, ergab sich daher, dass der Tabakindustrie damit nur ein Werbemittel, konkret die Plakatwerbung genommen wurde, und auch dies nur an gewissen Stellen, nämlich auf öffentlichem Grund resp. von dort aus einsehbarem privatem Grund. Selbstverständlich wurde damit praktisch alle Plakatwerbung für Tabakwaren im Kanton Genf verunmöglicht. Im Vergleich mit einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot ist das kantonale Verbot von Plakatwerbung aber nicht gleich einschneidend, weil es in räumlicher und sachlicher Hinsicht weit weniger umfassend ist als das vom FCTC nunmehr verlangte umfassende Werbe- und Vermarktungsverbot. Das kantonale Plakatwerbeverbot liess der Tabakindustrie weitere wichtige Werbemethoden, namentlich die Verkaufsförderung mittels Promotionen, Sponsoring und Werbung in den Printmedien, im Kino, an den Verkaufsstellen, an den Zigarettensautomaten etc. übrig. Im Vergleich zu einem umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbot schränkte das kantonale Verbot von Plakatwerbung die Tabakindustrie in ihrer Werbefreiheit damit nicht vollständig ein. Vielmehr konnte die Tabakindustrie die Bevölkerung weiterhin auf diverse andere Arten auf die eigenen Produkte aufmerksam machen; die Möglichkeit der Vermarktung der eigenen Produkte wurde mit dem Verbot der Plakatwerbung nicht komplett ausgeschlossen. Demgemäss hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang zu Recht entschieden, dass darin keine Beeinträchtigung der Werbefreiheit der beschwerdeführenden (Alkohol- und) Tabakproduzenten lag.

76 Im Fall des Genfer Verbots für Plakatwerbung erwies sich die Massnahme mit Blick auf die damit geschützte öffentliche Gesundheit also als für die Tabakindustrie zumutbar und damit auch verhältnismässig. Im Vergleich zum absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot handelt es sich beim Verbot von Plakatwerbung auch aufgrund der bloss eingeschränkten räumlichen, sachlichen Auswirkungen bei weitem nicht um einen gleich schwerwiegenden Eingriff in die Werbefreiheit der

Tabakindustrie. Aus diesem Grund lässt sich die Einschätzung des Bundesgerichts zur Verhältnismässigkeit des kantonalen Verbots von Plakatwerbung gerade nicht auf das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot übertragen. Im Gegenteil müsste nach der Auffassung der Autoren gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts darauf geschlossen werden, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot unzumutbar ist, weil es unverhältnismässig ist, und die Massnahme einen verfassungswidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie begründet.

- 77 Zusammengefasst steht das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot nicht in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck, nämlich dem Schutz der allgemeinen Gesundheit und der Jugend. Der Staat würde mit einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren in schwerwiegender und umfassender Art und Weise in das verfassungsrechtlich geschützte System der wettbewerbsgesteuerten Wirtschaft eingreifen und damit die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie im Zusammenhang mit einem legalen Produkt, dessen Konsum für knapp weniger als einem Drittel aller Erwachsenen in der Schweiz zum Alltag gehört, beeinträchtigen. Dies obwohl nicht einmal feststeht, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot tatsächlich die gewünschte Wirkung auf den Konsum von Tabakwaren erzielt und damit auch die allgemeine Gesundheit schützen kann. Die mit dem FCTC verfolgten Massnahmen stehen damit in keinem angemessenen Verhältnis zur damit verbundenen Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie, weshalb der Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

4. Allgemeines Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich der Rechtssetzung (Art. 5 BV)

- 78 Das Gebot zu angemessenem, massvollem Handeln erfasst als staatspolitische Maxime alle Bereiche staatlichen Handelns (SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz 49). Damit ist die Verhältnismässigkeit nicht allein bei Grundrechtseingriffen zu beachten (Art. 36 Abs. 3), sondern auch bei allem übrigen Staatshandeln (SCHINDLER, a.a.O., Rz 49). An das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden sind nicht nur rechtsanwendende, sondern auch rechtsetzend tätige Organe (BGE 96 I 234, E. 5; SCHINDLER, a.a.O., Rz 49).
- 79 Die Massgeblichkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips für das gesamte staatliche Handeln erscheint schon deshalb sinnvoll und notwendig, als dieses grundlegende Anliegen der „Sinnhaftigkeit“ staatlichen Handelns betrifft, weshalb das entsprechende Handeln im Falle der Missachtung seiner Anforderungen auch nicht im öffentlichen Interesse liegt (EPINEY, Basler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz 67). Eine zur Zielerreichung ungeeignete Massnahme ist damit von vornherein unsinnig und deren gesetzliche Verankerung kann demgemäss auch nicht im öffentlichen Interesse sein (EPINEY, a.a.O., Rz 67).

- 80 Im Bereich der Rechtsetzung liegt es an der Regierung und Verwaltung, dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall konkreten Gehalt zu verleihen. Das gilt in dem Bereich umso mehr, wo sie über weite Gestaltungsspielräume verfügen (SCHINDLER, a.a.O., Rz 51). Dabei haben sie wiederum die Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der gesetzlich zu regelnden Massnahme(n) zu beachten (EPINEY, a.a.O., Rz 70). Für weitere Ausführungen zur Eignung und fehlenden Erforderlichkeit sowie Zumutbarkeit eines absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots für Tabakwaren wird auf die Ausführungen in Randziffern 58 ff. hiervor verwiesen. Die Ergebnisse der entsprechenden Prüfung haben auch im Bereich der Rechtsetzung Gültigkeit.
- 81 Den zuständigen staatlichen Organen ist bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit der Rechtssetzung gegeben sind, ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen (EPINEY, a.a.O., Rz 71). Die Einräumung eines derartigen Gestaltungsspielraums darf jedoch nicht dafür missbraucht werden, dass die gesetzgebenden Organe das Kriterium der Verhältnismässigkeit selbst relativieren. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum kann nur im Falle wissenschaftlich eruierten Unsicherheiten zum Zuge kommen und darf insbesondere einer «symbolischen Gesetzgebung» keinen Vorschub leisten (EPINEY, a.a.O., Rz 71). Im Übrigen verbietet es der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht von vornherein, dass der Gesetzgeber selbst Abwägungen vornimmt und diese gesetzlich festschreibt.
- 82 Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot hält mit Blick auf den damit verfolgten Zweck, dem Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugend, wie ausführlich dargelegt vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip mit Blick auf die involvierten grundrechtlichen Gehalte nicht stand (vgl. Rz 58 ff. hiervor). Selbst wenn die Eignung der Massnahme noch bejaht wird, so erscheint sie weder als erforderlich noch als verhältnismässig. Dieser Umstand muss auch im Rahmen der Gesetzgebung berücksichtigt werden. Auch aufgrund des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV), d.h. ohne Grundrechtsbezug, ergibt sich, dass das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC vorsieht, nicht im innerstaatlichen Recht verankert werden kann.

E. Fazit

- 83 Das vorliegende Gutachten kommt damit zum Schluss, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC in Art. 13 Abs. 2 FCTC verlangt, keine verhältnismässige Massnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie zum Schutz der Jugend im Besonderen darstellt, sondern die Verfassung verletzt. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass ein Werbe- und Vermarktungsverbot geeignet ist, einen (förderlichen) Beitrag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit zu leisten – obwohl gerade ausreichend Studien bestehen, welche genau das Gegenteil belegen – so steht jedenfalls fest, dass die in Art. 13 Abs. 2 FCTC

vorgesehenen generellen Werbe- und Vermarktungsverbote zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks nicht erforderlich sind, weil ausreichend mildere Massnahmen vorhanden sind, die im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Gesundheits- und Jugendschutzes genauso effektiv sind. Und schliesslich ist ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot aufgrund von dessen Eingriffsintensität der betroffenen Tabakindustrie auch nicht zumutbar (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 316 f.). Aus diesem Grund erfüllt ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren die Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit nicht, und ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie lässt sich damit nicht rechtfertigen (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 317). Damit ist die Schweiz als FCTC- Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung und ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze (insbesondere dem öffentlichen Interesse, der Verhältnismässigkeit sowie dem im Rahmen der Rechtsetzung zu berücksichtigenden allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV) nicht in der Lage, ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot zu erlassen. Sie hat sich darauf zu beschränken, die Tabakwerbung, die Verkaufsförderung (Promotion) und das Sponsoring im Sinne von Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 FCTC einzuschränken.

84 Vor dem Hintergrund, dass das im FCTC vorgesehene Werbe- und Vermarktungsverbot nach der Auffassung der Autoren wegen fehlender Verhältnismässigkeit verfassungswidrig ist, erübrigt sich auch die Prüfung, ob der Eingriff den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit tangiert. Zumal es das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beschwerde des Betreibers einer Shishabar offengelassen hat, ob bzw. inwieweit sich der Kerngehaltsschutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht bereits mit dem Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV deckt, d.h. bereits über diesen sichergestellt wird (BGE 136 I 17, E. 4.5).

VI. Kommunikationsgrundrechte

A. Vorbemerkung

85 Ein absolutes Werbeverbot für Tabakwaren kann auch die Grundrechte der freien Kommunikation beeinträchtigen. Daher wird nachfolgend zusätzlich geprüft, inwiefern ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren die Meinungsäusserungs- und allenfalls die Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie sowie die Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren tangiert.

86 Die Meinungsfreiheit gewährleistet die freie Kommunikation (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, S. 231). Im System der Kommunikationsgrundrechte kommt der Meinungsfreiheit eine Auffangfunktion zu.

Daher kann die Meinungsfreiheit nur dann angerufen werden, wenn eine Äusserung nicht durch ein anderes, spezifischeres Kommunikationsgrundrecht, insbesondere durch die Medienfreiheit, geschützt wird (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 231).

B. Betroffene Grundrechtsträger

87 Was die Grundrechtsträger anbelangt, so kann sich die primär von einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren betroffene Tabakindustrie nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen auf die Medienfreiheit berufen. Ein Tabakproduzent ist nach der Auffassung der Autoren nur dann vom persönlichen Schutzbereich der Medienfreiheit erfasst, wenn dieser die Produktion, Vermarktung und Verteilung der Werbung für die eigenen Tabakprodukte selber übernimmt und sich dabei medialer Verbreitungsprozesse bedient (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 292 f.). Dies ist überwiegend nicht der Fall, weil die Tabakproduzenten die Produktion, Vermarktung und Verteilung der Werbung an Werbe- und Promotionsagenturen und/oder Medienunternehmen übergeben. Diesfalls ist der persönliche Schutzbereich der Medienfreiheit nicht eröffnet, d.h. der Tabakproduzent kann sich nicht auf diese berufen. Er kann aber in seiner Meinungsäusserungsfreiheit beeinträchtigt sein. Dementsprechend wird nachfolgend geprüft, inwieweit die Tabakindustrie durch das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit beeinträchtigt werden und ob der Eingriff gerechtfertigt ist (vgl. Rz 90 ff. und 99 ff.).

88 Mit Bezug auf die Werbewirtschaft ist von Bedeutung, dass die Meinungsfreiheit nicht nur die Wiedergabe eigener, sondern auch fremder Ansichten schützt (KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 5). Werbe-, Promotions- und Eventagenturen, die Werbung für Tabakwaren produzieren und dem Konsumenten zur Kenntnis bringen, können sich dann auf die Medienfreiheit berufen, wenn sie sich für die Verbreitung an die Allgemeinheit medialer Mittel bedienen (vgl. Rz 109 ff.). Für den Fall, dass die Werbeindustrie für die Verbreitung der Werbung an die Allgemeinheit nicht direkt zuständig ist, sondern Medienunternehmen bezieht, kann sich die Werbewirtschaft auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen. Folglich kann auch die Werbeindustrie durch ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot je nach Umständen in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit oder in ihrer Medienfreiheit beeinträchtigt sein.

89 Bei den Konsumenten ist die Informationsfreiheit zu beachten, welche das Recht schützt Informationen frei zu empfangen, sich diese aktiv zu beschaffen und diese wiederum zu verbreiten (HERTIG, Basler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz 18 f.). Mit einem Werbeverbot für Tabakwaren werden den Konsumenten diejenigen Informationen vorenthalten, die sie ihrem Entscheid zum Kauf und Konsum von Tabakwaren zugrunde legen. Sie können daher von einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot in ihrer Informationsfreiheit eingeschränkt werden.

C. Meinungsäusserungsfreiheit von Tabak- und Werbeindustrie

1. Allgemeines

90 Art. 16 Abs. 2 BV umschreibt die Meinungsfreiheit in Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis als das Recht jeder Person, eine eigene Meinung zu bilden, sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 9). Der Verfassungstext nennt das Recht, eine eigene Meinung zu haben, nicht ausdrücklich. Dieser Aspekt ist von der Meinungsfreiheit aber miterfasst. Denn die eigene Meinung stellt immer die Grundlage für die Freiheit zur freien Meinungsäusserung dar (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 9). Als geschützte Meinungen gelten die Ergebnisse von Denkvorgängen sowie fassbar und mitteilbar gemachter Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen etc. (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 5). Der Meinungsbegriff beinhaltet aber nicht nur persönliche Ideen und Werturteile, sondern auch *Tatsachendarstellungen wie Informationen* und Nachrichten (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 5). Daran knüpft die Auffassung an, dass die Meinungsfreiheit auch die Werbung für die eigene Meinung umfasst, weil sich diese für einen Dritten regelmässig nicht von der „Werbung“ dafür unterscheiden lässt (DAVID/REUTTER, Rz 49).

2. Ausweitung des sachlichen Schutzbereichs auf kommerzielle Werbung?

91 Der EGMR schützt Werbung und andere wirtschaftsbezogene Informationen im Rahmen der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 7 mit weiteren Hinweis auf Urteil des EGMR *Casado Coca c. Espagne* vom 24. Februar 1994, No. 15450/89 [1994], Ziff. 35 ff., auch in: ÖJZ 1994, 636 ff.). Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit der EMRK ist diesbezüglich weiter als derjenige der Bundesverfassung, was vor allem damit zusammenhängt, dass die EMRK keine eigenständige Garantie der Wirtschaftsfreiheit kennt (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 7). Allerdings belässt der EGMR den Mitgliedsstaaten im Bereich der wirtschaftlich relevanten Kommunikation einen grösseren Regelungsspielraum als bei den ideellen Äusserungen (vgl. z.B. Urteil des EGMR *Hertel c. Schweiz* vom 25. August 1998, No. 25181/94, Ziff. 47; BGE 123 IV 211, E. 3b).

92 In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass das Bundesgericht in jüngster Zeit begonnen habe, Werbung als kommerzielle Kommunikation nicht mehr nur der Wirtschaftsfreiheit, sondern auch der Meinungsäusserungsfreiheit zuzuordnen (vgl. z.B. DAVID/REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich 2015, Rz 39). Allerdings geht der überwiegende Teil der Lehre sowie das Bundesgericht nach wie vor davon aus, dass sich die Meinungsfreiheit auf Äusserungen über ideelle Belange beschränkt und *rein kommerzielle Werbung für eine gewerbliche Tätigkeit* somit grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Meinungs- und

Informationsfreiheit fällt (BGE 128 I 295, E. 5.a; KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 7 m.w.H.). Eine gewichtige Ausnahme von dieser Regel besteht jedoch für kommerzielle Werbung, die neben rein wirtschaftlichen Zielen auch *öffentliche Interessen* verfolgt und/oder bei welcher zudem der ideelle Charakter der Werbung den rein kommerziellen überwiegt (BGE 128 I 295, E. 5.a).

- 93 Im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit anwaltlicher Werbung hatte sich das Bundesgericht ausführlich mit der Unterscheidung zwischen ideeller und rein kommerzieller Werbung auseinandersetzen (BGE 125 I 417, E. 3.a und b). Dabei erwog es, dass diejenigen Äusserungen ideellen Gehalt haben, die nicht (rein) kommerziellen Zwecken dienen (BGE 125 I 417, E. 3.a). Aus diesem Grund lehnte es das Bundesgericht ab, der Darstellung eines Berner Rechtsanwalts Folge zu leisten, wonach primär der Umstand, dass die von ihm als Verwaltungsratspräsident geführte Gesellschaft ein Hotel übernommen habe, Anlass für einen Bericht in der Handelszeitung gegeben und dies das erhöhte Interesse an seiner Person und das erhöhte Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit begründet habe (BGE 125 I 417, E. 3.b). Das Bundesgericht erwog, dass dem geltend gemachten Ereignis im beanstandeten Artikel, d.h. dem eigentlichen Informationsgehalt, nur eine *untergeordnete* Bedeutung zugekommen war und dieses für den Leser auch nur schwer erkennbar gewesen sei (BGE 125 I 417, E. 3.b). Aus diesen Gründen entschied das Bundesgericht, dass es sich bei den werbewirksamen Ausführungen im strittigen Zeitungsartikel nicht bloss um eine *nützliche Nebenerscheinung* der Berichterstattung gehandelt habe, sondern vielmehr um vordergründig kommerzielle Werbung des betreffenden Rechtsanwalts für seine Anwaltstätigkeit und seine Kanzlei (BGE 125 I 417, E. 3.b). Mit dieser Begründung lehnte das Bundesgericht die Berufung des fraglichen Berner Rechtsanwalts auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit im Zusammenhang mit dem Werbeverbot für die Anwaltstätigkeit im Rahmen der Berichterstattung ab (BGE 125 I 417, E. 3.b).
- 94 Allenfalls würde dieser Fall angesichts zwischenzeitlich gelockerter Regelungen mit Bezug auf die Werbung durch Anwälte heute anders entschieden. Indes ergibt sich daraus allgemein, dass ein überwiegender ideeller Charakter von grundsätzlich kommerzieller Werbung voraussetzt, dass damit erstens primär Informationszwecke verfolgt werden und die Werbung zweitens nicht vordergründig kommerzieller Natur sein darf. Für die hier interessierende Tabakwerbung hat das zur Folge, dass das Tabakprodukt oder die Marke, welche angepriesen wird, im Gesamtzusammenhang der Werbung, z.B. mittels Berichterstattung in den Printmedien, eine untergeordnete Rolle spielen muss und nicht vordergründig hervorstechen darf. Im Übrigen darf die entsprechende Werbung nicht offensichtlich der Umsetzung der eigenen Marketingstrategie und der Einwirkung auf die Konsumenten dienen, sondern muss primär Informationen zum Produkt liefern, anderenfalls immer der Vorwurf erhoben werden kann, dass es sich dabei um überwiegend kommerzielle Werbung für Tabakwaren handelt. Dasselbe gilt auch für sogenannte Lifestyle-Werbung, da auch bei dieser nach wie

vor das Produkt resp. die Marke und damit der kommerzielle Zweck im Vordergrund steht.

- 95 Daher kann sich die Tabakindustrie zum Schutz der bis anhin bekannten, klassischen Tabakwerbung, in dessen Zentrum beispielsweise der rauchende Marlboro-Mann oder die Zigarettenpackung steht, nicht auf die Meinungsäusserungs- bzw. die Medienfreiheit berufen. Der rein kommerzielle Zweck derartiger Werbung ist evident. So hat auch das Bundesgericht im Jahr 2002 im Genfer Plakatfall mit Blick auf die klassische Tabakwerbung entschieden. Es führte aus, dass „kaum denkbar [sei], dass Reklamen für Erzeugnisse wie Alkohol und Tabak auch die Wahrung öffentlicher Aufgaben verfolgen könnten“, d.h. nicht per se kommerzielle Zwecke verfolgen (BGE 128 I 295, E. 5.a). Weniger eindeutig ist die Situation hingegen dann, wenn der Fokus entsprechender Werbung für Tabakwaren auf einem ideellen Aspekt liegt und nicht der kommerzielle Nutzen für die Tabakindustrie im Vordergrund steht.¹⁵
- 96 Die Meinungsfreiheit in ihrer Ausprägung als Garantie der *freien Meinungsäusserung* verleiht jedem Einzelnen das Recht, der Öffentlichkeit oder Privatpersonen Meinungen und Informationen ohne Behinderung durch Behörden mitzuteilen und sich dabei aller erlaubten und zweckmässigen Mittel zu bedienen (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 12). Geschützt sind grundsätzlich alle Ausdrucksmittel und -formen, die sich zur Kommunikation eignen (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 12 mit Verweis auf EGMR *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, 34124/06 [2012], Ziff. 64), u.a. der Aushang von Plakaten (BGE 138 I 274, E. 2.2.1), die Bemalung von Fahrzeugen mit Botschaften (BGE 127 I 84, E. 4b), das Verteilen von Flugblättern (BGE 136 I 332, E. 3.1), symbolische Zeichen und Handlungen wie Spruchbänder, Fahnen, Ansteckknöpfe oder Warnfeuer (KLEY/TOPHINKE, a.a.O., Rz 12).
- 97 Angesichts dessen kann auch für diejenige Werbung im Tabakbereich, bei welcher der ideelle Gehalt den kommerziellen Charakter überwiegt, der Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit angerufen werden. Denn derartige Werbung stellt eine Anschauung der entsprechenden juristischen Person dar, die hinter dem Produkt oder der Marke steht (Unternehmen der Tabakindustrie) bzw. für diese Informationen verbreitet (Unternehmen der Werbeindustrie), welche Meinungen, Tatsachen und vor allem eben auch Informationen zu einem Tabakprodukt oder einer Marke vermittelt. Die entsprechende Werbung hat als Meinung im Sinne von

¹⁵ Nach der Vorstellung der Autoren hätte die entsprechende Werbung für Tabakwaren mit überwiegend ideellem Gehalt, bezüglich welcher die Meinungsäusserungsfreiheit zum Tragen käme, so auszusehen, dass beispielsweise ein aktuelles soziales Thema im Vordergrund der Werbung stünde und das Tabakprodukt, die Marke oder der Hersteller nur ganz am Rande genannt bzw. visuell sichtbar gemacht würde. Obwohl ausser Frage steht, dass jegliche Werbung für Tabakwaren im Radio und im Fernsehen unzulässig ist (Art. 10 Abs. 1 lit. a RTVG), wird als Beispiele für die konkret Umsetzung entsprechender Werbeformen («Woke washing»), bei denen eine ideelle Aussage zu einem sozialen Thema im Vordergrund der Werbung steht und das Produkt oder die Marke nur scheinbar nebenbei genannt wird, auf die Kampagnen von Nike («Just do it») oder von Gilette («The best a man can be») verwiesen.

Art. 16 BV zu gelten und ist damit vom Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) erfasst (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 289).

- 98 Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren greift damit in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie (und subsidiär auch in die Meinungsäusserungsfreiheit der Werbeindustrie) ein. Im Rahmen dieses Gutachtens wird daher die Zulässigkeit des umfassenden Werbe- und Vermarktungsverbote auch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie geprüft (vgl. Rz 99 ff. nachfolgend). Unklar erscheinen die Verhältnisse beim Sponsoring. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass der Bezug zur Meinungsfreiheit beim Sponsoring wesentlich weniger eng sei (vgl. z.B. KLEMM HÜGLE, S. 326). Dem ist entgegenzuhalten, dass beim Sponsoring häufig keine Produkte oder Dienstleistungen beworben werden, sondern der Unternehmensname im Gegenzug zur finanziellen Unterstützung von Aktivitäten Dritter genannt wird. Sind diese Aktivitäten primär nicht kommerzieller Natur, sondern z.B. kultureller oder wissenschaftlicher Natur, können die Kommunikationsrechte eine Rolle spielen (a.M. KLEMM HÜGLE, a.a.O., S. 326).

3. Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit

- 99 Werbung für Tabakwaren, welche nicht rein kommerzielle Zwecke verfolgt und dem Konsumenten zusätzlich auch informative Inhalte zum Produkt liefert, insbesondere zur Zusammensetzung, zum Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalt, zur Herkunft und zum Preis, kann von der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) gedeckt sein (vgl. Rz 92 ff.), sofern derartige Informationen nicht als Teil der Produktpromotion verstanden werden. Klar ist die Situation für die Werbung für Tabakwaren mit überwiegend ideellem Gehalt (vgl. Rz 90 hiavor).
- 100 Wie bereits erwähnt kann sich die von einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot primär betroffene Tabakindustrie nur unter sehr engen Voraussetzungen auf die Medienfreiheit berufen, nämlich wenn sie die Produktion, Vermarktung und Verteilung der Werbung für die eigenen Tabakprodukte selber übernimmt, was eher selten der Fall sein dürfte (vgl. Rz 87; ebenso KLEMM HÜGLE, S. 292 f.). Mit Blick auf die Tabakindustrie wird deshalb im Weiteren primär geprüft, ob das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot, welches in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie eingreift, gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt ist.
- 101 Weil die Meinungsfreiheit nicht nur die Wiedergabe eigener, sondern auch fremder Ansichten schützt, wird die Werbeindustrie durch ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot vor allem in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit tangiert (KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 5). Die Industrie kann sich zusätzlich auf die Medienfreiheit berufen, wenn sie sich für die Verbreitung an die

Allgemeinheit medialer Mittel bedient (vgl. Rz 109 ff.). Zulässige mediale Mittel für die Verbreitung von Tabakwerbung sind Printmedien, die sozialen Medien, Prospekte, Flyer und je nach Kanton auch Plakatwerbung sowie Werbung im Kino. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Werbeindustrie häufig nicht direkt für die Verbreitung der Werbung an die Allgemeinheit zuständig ist. Daher wird nachfolgend primär die Zulässigkeit der Einschränkung der Meinungsfreiheit der von einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot ebenfalls betroffenen Werbeindustrie geprüft.

4. Rechtmässigkeit der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit von Unternehmen der Tabak- und Werbeindustrie

102 Die Einschränkung der Meinungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie folgt ebenfalls den Voraussetzungen von Art. 36 BV. Soweit die vier Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Kerngehalt) keine grundrechtsspezifischen Überlegungen und Ausführungen erfordern, wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit verwiesen.

103 Die allgemeinen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Zulässigkeit einer Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der Werbeindustrie sind dieselben wie bei der Wirtschaftsfreiheit. Es wird deshalb auf die Ausführungen in Randziffer 36 ff. hiavor verwiesen. An dieser Stelle kann zusammengefasst werden, dass der Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 zur innerstaatlichen Implementierung des FCTC im Tabakproduktegesetz (E-TabPG) die Voraussetzung an eine genügende gesetzliche Grundlage sowie an das Bestimmtheitsgebot erfüllt.

104 Als öffentliches Interesse, welches ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, das die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und subsidiär auch der Werbeindustrie tangiert, rechtfertigt, ist wiederum auf den damit verfolgten allgemeinen Gesundheitsschutz sowie den Jugendschutz zu verweisen. Im Zusammenhang mit der Einschränkung der Werbefreiheit der Tabakindustrie wurde ausführlich dargelegt, inwiefern ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot mindestens potentiell geeignet ist, sich positiv auf den Gesundheits- und Jugendschutz auszuwirken.

105 Zu berücksichtigen ist indes, dass Einschränkungen von Äusserungen, die an den Inhalt der Kommunikation anknüpfen, grundsätzlich an einem strengen Massstab zu messen sind (MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 383). Denn die freie Meinungsäusserung zu einem gesellschaftlich relevanten Thema liegt nicht nur im privaten Interesse des jeweiligen Grundrechtsträgers, sondern erfüllt in einer Demokratie auch ein gewichtiges öffentliches Interesse. Dies ist bei der Beurteilung der Frage, ob das öffentliche Interesse oder das

Grundrechtsinteresse eines Dritten an einer Einschränkung der Meinungsfreiheit ausreicht, zu berücksichtigen (KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 16).

- 106 Ein Teil der Lehre leitet daraus ab, dass die Meinungsfreiheit nur eingeschränkt werden kann, um andere Personen in ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Ehre zu schützen (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz 484; KLEMM HÜGLE, S. 326). Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II verlangen auf völkerrechtlicher Ebene zudem, dass das Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit nur mittels gesetzlich vorgesehener Formvorschriften, Bedingungen oder Strafdrohungen eingeschränkt werden kann. Im Vordergrund stehen dabei Vorschriften, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit notwendig sind, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit sicherstellen sowie zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum *Schutz der Gesundheit* oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung beitragen (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Im innerstaatlichen Recht beschränken z.B. straf- oder zivilrechtliche Bestimmungen u.a. zum Schutz der Persönlichkeit, der Ehre sowie der Geheim- oder Privatsphäre (Art. 28 ff. ZGB; Art. 173 ff. StGB), zum Schutz der Menschenwürde (Art. 261bis StGB), der religiösen Überzeugungen (Art. 261 StGB), vor Nötigung (Art. 181 StGB), Pornographie (Art. 197 StGB) oder Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB) etc. die Meinungsäusserungsfreiheit (HERTIG, Basler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 16). Damit sind im schweizerischen Verfassungsrecht und im internationalen Recht relativ klar umrissene Fallgruppen anerkannt, in welchen eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zulässig ist (MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 383).
- 107 Keine dieser von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen ist vorliegend einschlägig. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (Art. 17 f. Tabakverordnung; Art. 10 E-TabPG zu den obligatorischen Angaben; Art. 12 E-TabPG zu den verbotenen Angaben; Art. 13. ff. E-TabPG zu den zwingend anzubringenden Warnhinweisen) sowie die Selbstregulierung der Branche (Marketingregeln im Bereich der Tabakwerbung vereinbart zwischen Swiss Cigarette und der schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK), abrufbar unter www.lauterkeit.ch, S. 28 zu kommerzielle Kommunikation für Tabakwaren und alkoholische Getränke; Vereinbarung betreffend Selbstbeschränkungen der Zigarettenindustrie in der Werbung mit Swiss Cigarette) stellen im Übrigen bereits sicher, dass Werbung für Tabakwaren keine unwahren, reisserischen oder anderweitig irreführenden Angaben enthält. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass der Gesundheits- und Jugendschutz kein ausreichendes öffentliches Interesse zur Rechtfertigung der umfassenden Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie mittels eines absoluten Werbeverbots darstellt (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 327). Selbst wenn die

Auffassung vertreten würde, dass der allgemeine Gesundheits- und Jugendschutz ein ausreichendes öffentliches Interesse wäre, welches einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie rechtfertigen würde, so wären wiederum mildere Massnahmen denkbar, mit welchen diese Ziele ebenfalls erreicht werden könnten (vgl. Rz 63 ff.). Diese Einschätzung rechtfertigt sich vor allem vor dem Hintergrund des besonders einschneidenden und umfangreichen Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie und dem damit verbundenen Eingriff in den ebenfalls geschützten Anspruch der Konsumenten, Informationen frei zu empfangen und diese zu beschaffen (vgl. Rz 117 ff. nachfolgend). Das absolute Werbe- und Vermarktungsverbot erscheint angesichts dessen, mehr noch als der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie, als unzumutbarer und unverhältnismässiger Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie. Auch der EGMR gewichtet die Meinungsäusserungsfreiheit bei Kollisionen mit anderen Rechtsgütern sehr stark (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, a.a.O., Rz 484). Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt denn auch ein Veröffentlichungsverbot von Informationen, welche mittels Druckerpresse oder anderer Reproduktionsmethode der breiten Öffentlichkeit vermittelt werden, eine unzulässige Zensur dar (VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 1999, Rz 604 und 621). Und auch die Bewilligungspflicht von Werbung wird als Eingriff in Art. 10 EMRK qualifiziert (VILLIGER, Rz 604).

108 Aus all diesen Gründen ist davon auszugehen, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren auch die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie verletzt. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie der Jugend sind keine ausreichenden öffentlichen Interessen, um diesen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie zu rechtfertigen. Und selbst wenn davon ausgegangen würde, dass es sich dabei um ein zulässiges, im öffentlichen Interesse liegendes Interesse handeln würde, so sind mildere Mittel zum absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot erkennbar, welche den Gesundheits- und Jugendschutz im selben Masse fördern, die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie aber weniger stark beeinträchtigen und folglich auch zumutbar wären. Zusammengefasst kann der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie (und auch der Werbeindustrie) mit einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot nicht gerechtfertigt werden.

D. Medienfreiheit

1. Vorbemerkungen

109 Wie bereits erläutert stellt die Medienfreiheit einen eigenständig normierten Teilgehalt der Meinungsfreiheit dar (BRUNNER/BURKERT, St. Galler Kommentar zu

- Art. 17 BV Rz 12). Sie schützt neben der freien Organisation der Medien den freien Vertrieb von Medienprodukten und die Freiheit des Medienschaffens, d.h. auch die Recherchetätigkeit der Journalisten zur Herstellung von Medienerzeugnissen und die Wahl der journalistischen Darstellungsform (BRUNNER/BURKERT, a.a.O., Rz 12). Auf diesem Weg sichert die Medienfreiheit den ungehinderten Nachrichtenfluss und den freien Meinungs austausch als Voraussetzung für die freie Meinungsbildung des Publikums (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 13). Sachlich schützt die Medienfreiheit den gesamten Prozess der Produktion medialer Inhalte von der Informationenbeschaffung bis zur Verbreitung und Speicherung (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 14 m.w.H.). Um Medienkommunikation i.S.v. Art. 17 BV handelt es sich grundsätzlich immer dann, wenn Information in Form von Bild, Ton oder Text von Medienorganisationen oder Medienschaffenden *mit geeigneten Mitteln* der Allgemeinheit kommuniziert werden. Damit gilt die Pressefreiheit für alle Arten von Druck- und Reproduktionsmedien unabhängig von ihren Entstehungs-, Erscheinungs- und Verbreitungsform (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 16). In diesem Sinne garantiert die Medienfreiheit auch das Recht des Einzelnen, seine Meinung in der Form von Medienerzeugnissen kundzutun (BGE 125 I 417, E. 3.a).
- 110 Wie die Kommunikationsgrundrechte generell erfasst die Medienfreiheit natürliche und juristische Personen (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 29). Wie ausgeführt ist die Medienfreiheit der Tabakindustrie aber dann nicht einschlägig, wenn die Werbemassnahmen in den Medien von Dritten verbreitet werden, was den Normalfall darstellt. Daher unterbleibt im Rahmen dieses Gutachtens eine Prüfung, ob ein absolutes Werbeverbot auch die Medienfreiheit der Tabakindustrie verletzt. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn eine in den Prozess involvierte Werbeagentur Dritte für die Verbreitung in den Medien bezieht; dann kann sie sich nur auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen (KLEMM HÜGLE, S. 292).
- 111 Die Medienfreiheit kann wie auch die Meinungsfreiheit grundsätzlich nur für Äusserungen mit ideellem Gehalt in Anspruch genommen werden (BGE 125 I 417, E. 3.a u. b; BGE 123 II 402, E. 5a; BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 17 m.w.H.). Daher wird bei Werbung über die Medien mit überwiegend ideellem Charakter die Medienfreiheit berührt (vgl. Rz 92 ff.; BGE 128 I 295, E. 5.a; BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 17). So fallen z.B. Publireportagen, die i.d.R. der nur mittelbaren Anpreisung von Dienstleistungen und Produkten dienen, aber wie der redaktionelle Teil eines Printmediums aufgemacht sind, in den Schutzbereich der Presse- und Medienfreiheit, selbst wenn sie nur von geringem ideellem oder politischem Gehalt sind (NOBEL/WEBER, a.a.O. Rz 124). Geschützt wird diesfalls weniger die Werbebotschaft an den Konsumenten als die gestalterische Freiheit der Redaktion.
- 112 Gerade im Bereich des Sponsorings und der Produktplatzierung durchdringen Werbung und werbeähnliche Methoden immer stärker auch ideell ausgerichtete Inhalte mit politischem, kulturellem und sozialem Charakter. Und auch die klassische Werbung nimmt vermehrt politische und kulturelle Themen auf

(NOBEL/WEBER, a.a.O. Rz 125). Im Übrigen ist Werbung für die Medien nicht allein ein wichtiges Element der ökonomischen Existenzsicherung, sondern wird zunehmend bewusst zum Bestandteil der Gesamtaussage eines Medienorgans gemacht (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 18). Diese Entwicklungen gehören zu den technologischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen der Medien, die bei der verfassungsrechtlichen Bewertung zu berücksichtigen sind. Angesichts dessen lässt sich die Auffassung vertreten, dass die Medienfreiheit, wie auch die Meinungsfreiheit, Werbeäusserungen miterfasst (BRUNNER/BURKERT, a.a.O. Rz 18 mit einer Übersicht der Lehrmeinungen; ebenso KLEMM HÜGLE, S. 284 FN 1090). Daher sollte der Wirtschaftswerbung mit zusätzlichem ideellem, d.h. auch wertendem und meinungsbildendem Gehalt, den Schutz der Medienfreiheit nicht per se versagt werden.

- 113 Auch wenn Werbung, die über mediale Träger verbreitet wird, auch vom Schutzbereich der Medienfreiheit erfasst wird (vgl. Rz 92 ff.), sind die Anforderungen an die Einschränkung der Meinungs- resp. Medienfreiheit im Zusammenhang mit Werbung, die nicht rein ideellen Charakter hat, sondern daneben auch kommerzielle Zwecke verfolgt, nicht so hoch wie die Beschränkung von rein ideellen Äusserungen (ZELLER/KIENER, Basler Kommentar zu Art. 17 BV Rz 7 und 26; KLEMM HÜGLE, S. 286). Äusserungen, die auch kommerzielle Zwecke verfolgen, können mit anderen Worten auch unter dem Schutzbereich der Meinungs- resp. Medienfreiheit weiter eingeschränkt werden als rein ideelle Äusserungen. Dies deckt sich auch mit der Praxis des EGMR (Urteil des EGMR i.S. Remuszko c. Polen vom 16. Juli 2013, No. 1562/10, Ziff. 81, in: medialex 2013, 184 ff.; Urteil des EGMR i.S. Tipp 24 AG c. Deutschland vom 27. November 2012, No. 21252/09, in: medialex 2013, 37 f.).

2. Einschränkung der Medienfreiheit der Werbeindustrie

- 114 Die Zulässigkeit der Einschränkung der Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie beurteilt sich nach denselben Voraussetzungen wie die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie. Es wird insofern auf die Ergebnisse der Prüfung der Meinungsäusserungsfreiheit verwiesen.
- 115 Zusammengefasst ergibt sich, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot nicht erforderlich ist, um das damit angestrebte Ziel (den Schutz der Gesundheit und der Jugend) zu erreichen (vgl. Rz 102 ff.). Wie schon mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit festgehalten, besteht vor dem Hintergrund, dass es sich bei Tabakwaren um legale Produkte handelt, ein markantes Ungleichgewicht zwischen der Massnahme und dem damit verfolgten Zweck. Sodann schützt die Medienfreiheit, wie auch die Meinungsäusserungsfreiheit, gegen präventive Eingriffe (sog. Kerngehalt). Absolut verboten sind in diesem Zusammenhang systematische Eingriffe im Sinne von Vorzensur, wenn damit der Inhalt von

Äusserungen in den Medien beeinflusst wird (vgl. Art. 17 Abs. 3 BV; ferner MÜLLER/SCHEFER, S. 451). Aber auch nicht systematische Präventiveingriffe, wie sie mit einem Werbeverbot in jedem Fall verbunden sind, stellen stets schwerwiegende Beeinträchtigungen der Medienfreiheit dar (MÜLLER/SCHEFER, S. 451). Auch aus diesem Grund ist der mit dem absoluten Werbeverbot verbundene Präventiveingriff zum Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Öffentlichkeit nicht verhältnismässig.

- 116 Der mit dem generellen Werbeverbot für Tabakwaren verbundene Eingriff in die Medienfreiheit der Werbeindustrie lässt sich nicht rechtfertigen und ist daher ein unzulässiger, verfassungswidriger Eingriff in die Medienfreiheit der Werbeindustrie.

E. Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren

1. Vorbemerkungen

- 117 Spiegelbildlich zum Recht des „Absenders“ von Kommunikation auf freie Meinungsäusserung umfasst Art. 16 BV auch das Recht des „Empfängers“ auf umfassende Kenntnisnahme der verbreiteten Informationen. Die Informationsfreiheit bildet die notwendige Voraussetzung für die Freiheit der Meinungsbildung. Denn eine eigene Meinung lässt sich ohne die Kenntnis von Fakten und Meinungen anderer kaum bilden. Das Recht auf freie Meinungsäusserung läuft somit ins Leere, wenn deren Adressaten solche Meinungen nicht zur Kenntnis nehmen dürfen (KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 235 f.). Die Informationsfreiheit schützt damit das Recht der Konsumenten, Informationen frei zu empfangen, sich diese aktiv zu beschaffen und sie wiederum zu verbreiten (HERTIG, Basler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz 18 f.). Vom sachlichen Schutzbereich der Informationsfreiheit sind alle natürlichen und juristischen Personen erfasst, d.h. insbesondere auch die Konsumenten von Tabakwaren (KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, S. 236).
- 118 Das Recht auf Informationsfreiheit umfasst neben den Informationen im eigentlichen Sinne auch Ideen (Art. 10 Abs. 1 EMRK) und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl (Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II). Die Konsumenten von Tabakwaren sind somit in ihrer Informationsfreiheit betroffen, wenn ihnen aufgrund des absoluten Werbe- und Vermarktungsverbots diejenigen Informationen vorenthalten werden, welche ihnen die Tabak- und Werbeindustrie mit der Werbung für Tabakwaren bis anhin geliefert hat und welche sie ihrem Entscheid zum Kauf und Konsum von Tabakwaren zugrunde gelegt haben. Denn Werbung enthält wie bereits erläutert regelmässig auch Informationen über das beworbene Produkt (vgl. Rz 69). Im Übrigen enthält Werbung für Tabakwaren, welche nebst kommerziellen Zwecken

vor allem ideelle Zwecke verfolgt, Informationen im Sinne der Meinungsfreiheit (vgl. Rz 99). Damit werden auch die Konsumenten von Tabakwaren als Empfänger der von der Tabak- und Werbeindustrie anhand von Werbung für Tabakwaren vermittelten Informationen von einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot in ihrer Informationsfreiheit (Art. 16 BV) beeinträchtigt.

- 119 Ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC vorsieht, hat zur Folge, dass der Raucher vor dem Kauf und dem Konsum der Tabakwaren keine Möglichkeit mehr hat, sich diejenigen Informationen zu beschaffen, gestützt auf welche er einen informierten Entscheid mit Blick auf seinen Konsum fällen kann (ebenso KLEMM HÜGLE, S. 335). Genau die Beschaffung dieser Informationen wird aber durch Art. 16 BV geschützt. In diesem Sinne tangiert der mit einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot verbundene Eingriff die Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren.

2. Einschränkung der Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren

- 120 Eine Einschränkung des Rechts von Tabakkonsumenten auf freien Zugang zu den Informationen, welche sie im Vorfeld und mit Blick auf den Konsum von Tabakwaren wünschen, ist wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot um einen schweren Eingriff in Informationsfreiheit der Konsumenten handelt, welcher eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erfordert und dem Bestimmtheitsgebot genügen muss. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Randziffer 36 ff. verwiesen.
- 121 Dem Informationsbedürfnis der Konsumenten von Tabakwaren stehen der mit dem Werbe- und Vermarktungsverbot verfolgte Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie der Jugend gegenüber. Wie bereits im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in die Wirtschafts- und die Meinungsfreiheit erörtert wurde, ist auch im Schutzbereich der Informationsfreiheit ein Werbe- und Vermarktungsverbot zur Verfolgung des allgemeinen Gesundheits- und Jugendschutzes nicht erforderlich, weil mildere Massnahmen denkbar sind, die weniger stark in die Informationsfreiheit der Konsumenten eingreifen und dennoch geeignet sind, den verfolgten Zweck zu fördern (vgl. Rz 63 ff. hiervor). Auch mit Blick auf die verschiedenen mildereren Massnahmen erscheint das absolute Werbeverbot von seiner Eingriffsintensität her als den Konsumenten nicht zumutbar (vgl. Rz 71 ff.). Ein absolutes Werbeverbot begründet den einschneidendsten Eingriff in die Informationsfreiheit der Konsumenten, weil ihnen damit gar keine Informationen zu den Produkten mehr geliefert werden dürfen, obschon die Legalität von Tabakwaren nicht zur Disposition steht. Letztere können auch zukünftig legal produziert, verkauft, gekauft und konsumiert werden. Gerade aus diesem Grund müssen sich die

Konsumenten die Informationen beschaffen können, gestützt auf welche sie den Entscheid für eine Marke oder ein Produkt treffen. Dem Informationsbedürfnis des Rauchers kommt nur schon darum besondere Bedeutung zu, weil ihm mit der Werbung Informationen geliefert werden, die auch seiner Sensibilisierung im Hinblick auf die gesundheitsschädigende Wirkung dienen (Warnhinweise) und damit direkt auch den Gesundheitsschutz fördern (KLEMM HÜGLE, S. 336). Ein absolutes Werbeverbot für Tabakwaren hätte demgegenüber zur Folge, dass der Konsument keinen informierten Entscheid mehr treffen kann, womit seine Informationsfreiheit tangiert ist (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 238 ff.).

- 122 Ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot stellt somit einen ungerechtfertigten Eingriff in die Informationsfreiheit der Konsumenten dar. Ein generelles Werbe- und Vermarktungsverbot für Tabakwaren lässt sich auch nicht mit der verfassungsrechtlich garantierten Informationsfreiheit der Konsumenten vereinbaren und kann somit auch aus diesem Grund nicht im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden. Zumindest die wesentlichsten Produkteinformationen müssen den Konsumenten zur Verfügung stehen, nur schon damit diese angesichts möglicher Beeinträchtigungen ihrer Gesundheit einen informierten Entscheid über den Kauf eines Produktes fällen können.

F. Fazit

- 123 Ausgangspunkt der vorliegenden Analyse war der Umstand, dass das FCTC ein umfassendes Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung (Promotion) und des Sponsorings für Tabakwaren vorsieht (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Ist eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage, ein umfassendes Verbot zu erlassen, hat sie die Tabakwerbung, die Verkaufsförderung (Promotion) und das Sponsoring mindestens einzuschränken (Art. 13 Abs. 3 FCTC). Das FCTC sieht dafür die in Art. 13 Abs. 4 lit. a bis f aufgelisteten Mindestanforderungen vor. Auch diesbezüglich enthält das FCTC einen ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt, d.h. dass auch diese Mindestmassnahmen nur in dem Ausmass in einem Vertragsstaat umgesetzt werden müssen, als dies mit der Verfassung des betreffenden Staates zu vereinbaren ist (Art. 13 Abs. 4 FCTC).
- 124 Die bisherige Untersuchung zeigt nun, dass ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie, die Informationsfreiheit der Konsumenten von Tabakwaren und die Medienfreiheit der Werbeindustrie beeinträchtigt, wenn sich diese zur Verbreitung der für die Tabakindustrie produzierten Werbung medialer Mittel bedient. Diese Eingriffe lassen sich namentlich im Lichte der Verhältnismässigkeit nicht rechtfertigen und sind damit verfassungswidrig. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu prüfen, ob die vom BAG am 16. April 2019 vorgeschlagenen Massnahmen zur

innerstaatlichen Implementierung des FCTC im Einzelnen ebenfalls verfassungswidrig sind.

VII. Stellungnahme zu den vom BAG vorgeschlagenen Massnahmen zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC

125 Das FCTC verlangt, dass jede Vertragspartei in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ein umfassendes Verbot aller Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring erlässt (Art. 13 Abs. 2 FCTC). Hierzu gehört nach Massgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die der betreffenden Vertragspartei zur Verfügung stehen, ein umfassendes Verbot der von ihrem Hoheitsgebiet ausgehenden grenzüberschreitenden Werbung und Verkaufsförderung sowie des von dort ausgehenden grenzüberschreitenden Sponsorings (Art. 13 Abs. 2 FCTC).

126 Der FCTC-Wegleitung der WHO ist zu entnehmen, dass ein umfassendes Verbot von Tabakwerbung, Verkaufsförderung und Sponsoring beinhalten soll (FCTC-Wegleitung, Rz 11):

- ohne Ausnahmen sämtliche Werbe- und Verkaufsförderungsmassnahmen für Tabakwaren sowie Sponsoring durch Tabakproduzenten;
- direkte und indirekte Werbung, Verkaufsförderungsmassnahmen und Sponsoring;
- sämtliche Handlungen, die auf Werbung abzielen sowie solche, die den Effekt einer Werbeaktion haben;
- die Promotion von Tabakwaren sowie den Konsum von Tabakwaren;
- jegliche kommerzielle Kommunikation, kommerzielle Empfehlungen und Massnahmen;
- jeder Beitrag eines Tabakproduzenten an eine Veranstaltung, eine Tätigkeit oder Person;
- Werbung und Promotion von resp. für Tabakmarkennamen und sämtliche Promotion für die Tabakproduzenten; und
- sämtlichen traditionellen Medien, insbesondere Print, Fernsehen und Radio sowie alle weiteren medialen Plattformen, d.h. das Internet, Smartphones, andere neue Technologien sowie Film.

127 Eine Vertragspartei, die aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage ist, ein umfassendes Verbot zu erlassen, hat immerhin alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring einzuschränken (Art. 13 Abs. 3 FCTC). Hierzu gehören nach Massgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten der betreffenden Vertragspartei Einschränkungen oder ein umfassendes Verbot der von ihrem Hoheitsgebiet ausgehenden Werbung und Verkaufsförderung sowie des von dort ausgehenden Sponsorings mit grenzüberschreitender Wirkung (Art. 13 Abs. 3 FCTC). Jede Vertragspartei hat die geeigneten gesetzgeberischen, vollziehenden, administrativen und/oder sonstigen Massnahmen zu ergreifen und darüber zu berichten (Art. 13. Abs. 3 FCTC). Als Mindestanforderungen legt das FCTC, unter Vorbehalt der Übereinstimmung mit der Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Vertragspartei, folgende Massnahmen fest:

- ein Verbot aller Formen von Tabakwerbung, Verkaufsförderung und Sponsoring von Tabakwaren, die mit Methoden („means“) für ein Tabakerzeugnis werben, welche falsch, irreführend, täuschend oder geeignet sind, einen falschen Eindruck über dessen Eigenschaften, gesundheitliche Auswirkungen, Gefahren oder Emissionen zu erwecken;
- das Gebot der Verbindung von Tabakwerbung, Verkaufsförderungsmassnahmen und Sponsoring mit gesundheitsrelevanten Hinweisen, sonst geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen;
- die Einschränkung der Zulässigkeit der Schaffung von unmittelbaren oder mittelbaren Anreizen zum Kauf von Tabakerzeugnissen durch die Öffentlichkeit;
- das Gebot der Bekanntgabe von Ausgaben seitens der Tabakindustrie für noch nicht verbotene Werbung und Verkaufsförderung sowie noch nicht verbotenes Sponsoring gegenüber zuständigen amtlichen Stellen, sofern kein umfassendes Verbot besteht. Diese Stellen können nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts diese Angaben der Öffentlichkeit und nach Artikel 21 der Konferenz der Vertragsparteien zur Verfügung stellen;
- ein umfassendes Verbot oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, die Einschränkung von Tabakwerbung, die Förderung des Verkaufs von Tabakwaren und des Sponsorings von Rundfunk, Fernsehen, Printmedien und gegebenenfalls anderen Medien insbesondere auch des Internets innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren; und
- das Verbot des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer

Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, die Einschränkung des Sponsoring entsprechender Veranstaltungen, Tätigkeiten und Personen durch die Tabakindustrie.

- 128 Der Botschaft zum Tabakproduktegesetz (TabPG) vom 30. November 2018 ist zu entnehmen, dass der erste Entwurf zum TabPG noch mit den grundlegenden Anforderungen des FCTC kompatibel war (Botschaft zum TabPG, BBI 2018 919 ff., 953). Demgegenüber erfüllt der nun vorliegende, zweite Entwurf zum TabPG entsprechend den Vorgaben des Parlaments im Zusammenhang mit der Rückweisung des ersten Entwurfs die Mindestanforderungen des Übereinkommens nicht mehr (Botschaft zum TabPG, BBI 2018 919 ff., 953).
- 129 Der vorliegende, zweite Entwurf zum Bundesgesetz über die Tabakprodukte (E-TabPG) sieht insbesondere folgende Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC nicht vor (BBI 2018 912 ff., 953):
- die Pflicht zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring seitens der Tabakindustrie;
 - die Einschränkungen der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings in Printmedien;
 - Einschränkungen des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen und deren Teilnehmerinnen und Teilnehmer.
- 130 Das BAG hat die vom Bundesrat in der Botschaft aufgelisteten Aspekte in seinem Vorschlag vom 16. April 2019 um folgende Punkte ergänzt:
- Warnhinweise bei Verkaufsförderung und Sponsoring;
 - Einschränkung des Einsatzes von Anreizen für den Kauf von Tabakprodukten;
 - Einschränkung der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings auch in anderen Medien als nur in den Printmedien, insbesondere auch im Internet.
- 131 Bereits zum jetzigen Zeitpunkt umgesetzt ist das in Art. 13 Abs. 4 FCTC enthaltene Verbot jeder Art von Werbung für Tabakwaren, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring, die falsch, irreführend, täuschend oder geeignet sind, einen falschen Eindruck über dessen Eigenschaften, gesundheitliche Auswirkungen, Gefahren oder Emissionen zu erwecken (Art. 17f. TabV). Zusätzlich hat das BAG in seinem Vorschlag vom 16. April 2019 (Ergänzung des zweiten E-TabPG) folgende Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC umgesetzt:

- die Vorgabe, dass neben jeglicher Tabakwerbung auch jegliche Förderung des Tabakverkaufs und jegliches Tabak sponsoring mit gesundheitsrelevanten oder sonstigen geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen verbunden werden muss mit Art. 19 E-TabPG (neu Abs. 1 ergänzt);
- das Gebot zur Einschränkung des Einsatzes von unmittelbaren oder mittelbaren Anreizen zum Kauf von Tabakerzeugnissen durch die Öffentlichkeit mit Art. 18 Abs. 1bis lit. a E-TabPG (neu) und Art. 18a E-TabPG (neu);
- die Bekanntgabe der Ausgaben seitens der Tabakindustrie für noch nicht verbotene Werbung und Verkaufsförderung sowie noch nicht verbotenes Sponsoring gegenüber zuständigen amtlichen Stellen besteht mit Art. 26a E-TabPG (neu);
- den Erlass eines umfassenden Verbots oder, falls dies aufgrund der Verfassung oder der verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht möglich ist, die Einschränkung der Tabakwerbung, die Förderung des Tabakverkaufs und das Tabak sponsoring in Rundfunk, Fernsehen, Printmedien und gegebenenfalls anderen Medien wie beispielsweise dem Internet mit Art. 18 1bis lit. b E-TabPG (umfassendes Verbot von Tabakwerbung), Art. 18a E-TabPG (Einschränkung der Verkaufsförderung) und Art. 18b E-TabPG (Verbot des Sponsorings von internationalen Veranstaltungen) und Art. 18 Abs. 1 lit. e E-TabPG (keine Ergänzung des BAG, aber Verbot von Werbung an Orten und Veranstaltungen, die sich hauptsächlich an Minderjährige richtet); sowie
- das Verbot des Tabak sponsorings von internationalen Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern mit Art. 18b E-TabPG (Verbot des Sponsorings).

132 Das BAG hat damit, zusätzlich zu den im zweiten Entwurf zum TabPG bereits vorgesehenen Massnahmen, alle Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC berücksichtigt. Gestützt auf die Ergebnisse der Prüfung der durch ein absolutes Werbeverbot verletzten Freiheitsrechte von Tabakindustrie, Werbeindustrie und Konsumenten ist eine Aussage dazu zu machen, ob die einzelnen Massnahmen im Zusammenhang mit einer allfälligen Ratifikation des FCTC im innerstaatlichen Recht verankert werden dürfen.

A. Zusätzliche Warnhinweise auf die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauchens auch bei der Verkaufsförderung und beim Sponsoring

133 Die geforderten, zusätzlichen Warnhinweise auf die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauchens im Zusammenhang mit Verkaufsförderung und Sponsoring werden mit der Ergänzung von Art. 19 Abs. 1 E-TabPG umgesetzt („Werbung für

Tabakprodukte und für elektronische Zigaretten sowie für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden und die Hinweise auf Sponsoring müssen mit dem entsprechenden Warnhinweis nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a oder nach Artikel 14 Absatz 1, mit Ausnahme von Buchstabe b Ziffern 2 und 3, versehen sein.“). Das FCTC enthält keine Regelung für elektronische Zigaretten und Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, dies im Gegensatz zum zweiten Entwurf zum TabPG, welches elektronische Zigaretten und Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, ausdrücklich erfasst (vgl. Art. 2 E-TabPG). Die WHO hat den Vertragsparteien des FCTC jedoch die Empfehlung abgegeben, dieselben Einschränkungen, die das FCTC mit Blick auf die klassischen Tabakwaren vorsieht, auch für elektronische Zigaretten und Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, umzusetzen (Vorschlag des BAG vom 16. April 2019, S. 3). Der Vorschlag des BAG, welcher diese Empfehlung umsetzt, rechtfertigt sich aus dem Grund, weil anderenfalls die Produzenten verschiedener Rauchwaren, die bezüglich Inhalt und Konsumweise vergleichbar sind, ungleich behandelt würden. Entsprechend dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 wird im Folgenden die Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen bei klassischen Tabakwaren, elektronischen Zigaretten und anderen Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, beurteilt.

- 134 Die Pflicht zur Anbringung entsprechender Warnhinweise kann zwar die Meinungsäusserungsfreiheit der Tabakindustrie sowie der für die Tabakindustrie Werbenden einschränken. Dies erfolgt indessen mit einem legitimen Zweck, weil mit den entsprechenden Hinweisen der Gesundheitsschutz verfolgt wird. Warnhinweise stellen ferner gegenüber einem absoluten Werbeverbot eine wesentlich mildere Massnahme dar (vgl. Rz 69). Im Übrigen ist die Tabakindustrie bereits jetzt dazu verpflichtet, auf der Verpackung von Tabakwaren entsprechende Warnhinweise anzubringen (Art. 12 TabV). Der zweite Entwurf zum TabPG sieht entsprechende Massnahmen für Tabakwaren zum Rauchen (Art. 13 E-TabPG) und für die weiteren Produktkategorien vor (Art. 14 E-TabPG). Aus diesem Grund erscheint auch das Anfügen resp. Anbringen von Hinweisen auf die Gesundheitsschädlichkeit des Rauchens im Zusammenhang mit der Verkaufsförderung und dem Sponsoring als nicht weiter problematisch.
- 135 Die Konsumenten werden mit entsprechenden Hinweisen zudem weiter sensibilisiert, was dem Gesundheits- und Jugendschutz förderlich ist. Auch die Informationsfreiheit wird damit, im Gegensatz zu einem absoluten Werbeverbot, nicht tangiert, weshalb die Massnahme auch mit Blick auf die Konsumenten als unproblematisch erscheint.

B. Verbot der Schaffung von Anreizen für den Kauf von Tabakwaren¹⁶

- 136 Gemäss dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 soll Werbung für Tabakprodukte und für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, untersagt werden, wenn sie mit preisvergleichenden Angaben oder mit Versprechen von Geschenken oder anderen Vergünstigungen betrieben wird. Zudem soll die Förderung des Verkaufs von Tabakprodukten sowie von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, verboten werden, wenn sie durch unentgeltliche Abgabe, durch zeitlich und örtlich beschränkte Preisnachlässe, durch an einen bestimmten Personenkreis gerichtete Preisnachlässe oder durch die Abgabe von Geschenken oder Preisen erfolgt. Von diesem Verbot ausgenommen werden soll diejenige Verkaufsförderung, welche sich an die in der Tabakbranche tätigen Personen richtet. Diese Bestimmung ist wohl von den Regelungen der Fachwerbung bei rezeptpflichtigen Heilmitteln inspiriert.
- 137 Ein Verbot der Schaffung von Anreizen als Verkaufsförderungsmassnahme begründet für sich genommen kein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot. Indes sind Verkaufsförderungsmassnahmen wie Anreizsysteme als Instrumente, welche den Absatz ankurbeln und damit die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie fördern, vom sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gedeckt. Damit begründet das umfassende Verbot der Schaffung von Anreizen, wie es das BAG mit Art. 18 Abs. 1bis E-TabPG und Art. 18a Abs. 1 E-TabPG innerstaatlich umsetzen will, einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie. Die einzelnen Massnahmen zur Verhinderung von Anreizen für den Verkauf von Tabakwaren sind zwar zweifelsohne geeignet, den Gesundheits- und Jugendschutz zu fördern bzw. sicherzustellen; die Eignung der einzelnen Massnahme ist deshalb zu bejahen. Betreffend die Erforderlichkeit der Massnahme ist wieder auf die in Randziffer 63 ff. dargelegten milderer Mittel zur Sicherstellung des Gesundheits- und Jugendschutzes zu verweisen. Erneut ist zu berücksichtigen, dass ein Verbot von Werbung und Vermarktung mit Anreizsystemen selber eine mildere Massnahme zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot darstellt. Denn für sich betrachtet bliebe damit Werbung, die ohne Anreize auskommt, weiterhin zulässig. Mit Blick auf die wesentlich tiefere Eingriffsintensität der einzelnen Massnahmen, dem Umstand, dass der Gesundheits- und Jugendschutz gewichtige öffentliche Interessen sind, und dem unstrittigen Zusammenhang zwischen

¹⁶ Das BAG verwendet in seinem Vorschlag zur innerstaatlichen Implementation vom 16. April 2019 diesbezüglich keine einheitliche Terminologie. Es spricht sowohl von einer *Einschränkung* des Einsatzes von Anreizen sowie von einem *Verbot* der Verkaufsförderung mittels Anreizschaffung. Auch wenn eine Einschränkung nach dem üblichen Sprachgebrauch grundsätzlich weniger einschneidend ist als ein Verbot, erweist sich eine Diskussion über die unterschiedliche Begrifflichkeit als reine Terminologiefrage, die ohne weitere Auswirkungen auf den Umfang der Einschränkung bzw. das Verbot bleibt. Das BAG hat den Umfang des Verbots resp. der Einschränkung genau festlegt (vgl. Art. 18 Ibis E-TabPG, Art. 18a E-TabPG).

Anreizsystemen und dem Konsumverhalten erscheint es angebracht, die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Massnahmen im Einzelnen zu bejahen.

138 Gesamthaft betrachtet erscheinen die einzelnen Verkaufsförderungsmassnahmen, welche das BAG zur „Einschränkung“ der Anreize für den Verkauf von Tabakwaren verbieten möchte, aber wie bereits dargelegt als umfassendes Verbot von Verkaufsförderungsmassnahmen. Wenn ein absolutes Verbot mit der Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen einer Vertragspartei nicht zu vereinbaren ist, verlangt Art. 13 Abs. 4 lit. c FCTC im Sinne einer Mindestanforderungen auch nur eine *Einschränkung* des Einsatzes von unmittelbaren und mittelbaren Anreizen zum Kauf von Tabakerzeugnissen durch die Öffentlichkeit. Weder das FCTC noch die FCTC-Wegleitung der WHO legen den Umfang einer entsprechenden *Einschränkung* inhaltlich genau fest. Aus der FCTC-Wegleitung geht aber eindeutig hervor, dass ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot im Sinne von Art. 13 Abs. 2 FCTC die Schaffung von Anreizen u.a. durch folgende Massnahmen verbietet: die Abgabe von Geschenken oder von vergünstigten Produkten beim Kauf von Tabakwaren (z.B. Feuerzeuge, Schlüsselanhänger, T-Shirts, Mützen), die Abgabe von Gratismustern u.a. in Zusammenhang mit Marktumfragen und Geschmackstests, Anreizpromotionen und Loyalitätsprogramme (z.B. mittels Couponabgabe beim Kauf), Wettbewerbe in Zusammenhang mit Tabakwaren oder Tabakmarken sowie die spezifische Anpreisung von vergünstigten Produkten (vgl. FCTC-Wegleitung der WHO, Appendix). Damit steht fest, dass die Einschränkung von Anreizsystemen gemäss Art. 13 Abs. 4 lit. c FCTC mindestens keine umfassende Umsetzung im Sinne der zuvor aufgezählten Massnahmen, welche ein umfassendes Werbe- und Vermarktungsverbot begründen, verlangt. Gleichwohl setzt das BAG mit der vorgeschlagenen innerstaatlichen Implementierung des Verbots in Art. 18 Abs. 1bis lit. a E-TabPG sowie Art. 18a Abs. 1 FCTC ein umfassendes Verbot im Sinne von Art. 13 Abs. 2 FCTC um. Dafür besteht im Rahmen der Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 lit. c FCTC wie dargelegt keine Notwendigkeit. Weil ein umfassendes Verbot von Anreizsystemen einen verfassungswidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie darstellt, ist diese Umsetzung auch gar nicht zulässig. Insofern ist im Verbot von Werbung mit Anreizsystemen gemäss Art. 18 Abs. 1bis lit. a E-TabPG sowie Art. 18a Abs. 1 FCTC ein ungerechtfertigter und damit verfassungswidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie zu erkennen.

139 Demgegenüber wird die Meinungsäusserungs- resp. Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie durch das Verbot von Werbung mit Anreizsystemen nicht tangiert. Denn bei Werbung mit Anreizschaffung steht per se immer der kommerzielle Charakter der Werbung im Vordergrund und nicht die Übermittlung von Meinungen und Informationen, weshalb die entsprechende Werbung nach der Auffassung der Autoren nicht vom sachlichen Schutzbereich der Meinungsäusserungs- resp. Medienfreiheit erfasst wird. Auch die Informationsfreiheit der Konsumenten wird durch ein Verbot von Werbung mit

Anreizschaffung nicht beeinträchtigt, weil mit dieser Massnahme Werbung ohne Anreizsysteme nicht verboten ist und der Informationsanspruch der Konsumenten auch auf diesem Weg befriedigt werden kann.

C. Pflicht zur Bekanntgabe der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring

140 Die Einführung einer Pflicht der Tabakindustrie zur Bekanntgabe ihrer Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring beeinträchtigt die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie unmittelbar über den Schutz der Geschäftsgeheimnisse von wirtschaftlich ausgerichteten juristischen Personen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit (MÜLLER/SCHEFER, a.a.O. S. 166). Mit der Einführung der entsprechenden Pflicht zur Offenlegung der entsprechenden Angaben gegenüber dem BAG ist jedenfalls ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit verbunden.

141 Die entsprechende Pflicht zur Offenlegung wird mit Art. 26a E-TabPG in einem formellen Gesetz verankert, und die Massnahme dient dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und der Jugend. Die Eignung der Massnahmen zur Förderung des Gesundheits- und Jugendschutzes muss verneint werden. Die Pflicht der Tabakindustrie zur Offenlegung ihrer Ausgaben eignet sich nicht, um die öffentliche Gesundheit und die Jugend vor den Folgen der gesundheitsschädlichen Konsequenzen des Rauchens zu schützen. Die Offenlegungspflicht ermöglicht es zwar dem BAG, die entsprechenden Daten auszuwerten und allfällige Rückschlüsse zwischen den Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring sowie dem Konsum von Tabakwaren zu ziehen. Allein diese Möglichkeit zur Auswertung der erfassten Daten genügt nach der Auffassung der Autoren aber nicht, damit die entsprechende Massnahme als zur Beschränkung des Konsums geeignet qualifiziert werden kann. Vielmehr ist die Massnahme ungeeignet um den Konsum von Tabakwaren zu beschränken. Wenn bereits die Eignung von Werbe- und Vermarktungsverboten für Tabakwaren mit Blick auf die Förderung der allgemeinen Gesundheit sowie des Jugendschutzes strittig ist, so muss diese für eine allgemeine Auskunftspflicht zweifellos verneint werden. Demgemäss ist auch die Frage der Erforderlichkeit der Massnahme mit Blick auf den Gesundheits- und Jugendschutz zu verneinen. Somit kann auch ausser Acht gelassen werden, dass die Pflicht zur Offenlegung der Ausgaben im Vergleich zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot als grundsätzlich zumutbar erscheint.

142 Demgemäss stellt die Pflicht zur Offenlegung der Ausgaben der Tabakindustrie für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring zufolge fehlender Eignung und Erforderlichkeit einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar.

D. Werbeverbot für Tabakwaren in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet

143 Dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 zur Implementierung des FCTC im innerstaatlichen Recht ist zu entnehmen, dass neben dem im RTVG verankerten Werbeverbot für Tabakwaren im Radio und Fernsehen neu auch jede Art von Werbung für Tabakprodukte und für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet untersagt werden soll. Die Autoren gehen wie schon dargelegt davon aus, dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, dass die vom BAG vorgeschlagene Ergänzung in Art. 18 Abs. 1bis E-TabPG (neu) die elektronischen Zigaretten nicht nennt. Denn Art. 18 Abs. 1 E-TabPG führt letztere neben den Tabakprodukten und Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, ausdrücklich auf. Das entsprechende Verbot gilt nicht für ausländische Presseerzeugnisse, die nicht hauptsächlich für den Schweizer Markt bestimmt sind und Werbung, die sich an in der Tabakbranche tätige Personen richtet.

144 Art. 18 Abs. 1bis E-TabPG verbietet somit sämtliche Werbung für Tabakwaren. Der Vorschlag des BAG setzt damit das absolute Werbeverbot, wie es in Art. 13 Abs. 2 FCTC vorgesehen ist, um. Dass Art. 18 Abs. 1bis E-TabPG nur die „Zeitungen, Zeitschriften und andere Publikationen sowie im Internet“ ausdrücklich nennt, hängt damit zusammen, dass Art. 10 Abs. 1 lit. a RTVG die Werbung für Tabakwaren in Radio und Fernsehen bereits jetzt für unzulässig erklärt. Mit der Ergänzung bezieht sich das Werbeverbot für Tabakwaren neu auf sämtliche Medien und ist daher absolut. Dies stellt wie bereits eingehend erörtert einen unverhältnismässigen und damit nicht gerechtfertigten, verfassungswidrigen Eingriff in die Werbefreiheit der Tabakindustrie (vgl. Rz 83 ff.), in die Meinungsäusserungs- resp. Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie (vgl. Rz 102 ff. und 114 ff.) sowie die Informationsfreiheit der Konsumenten dar (vgl. Rz 120 ff.). Der Vorschlag des BAG zur innerstaatlichen Umsetzung des FCTC ist in diesem Umfang verfassungswidrig und kann dementsprechend nicht im Bundesgesetz über die Tabakprodukte und elektrischen Zigaretten (E-TabPG) verankert werden, sowie es das BAG am 16. April 2019 vorgeschlagen hat (vgl. Rz 123 f.).

E. Verbot von Sponsoring internationaler Veranstaltungen und Anlässe und Teilnehmer derselben

145 Entsprechend dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019 soll der Tabakindustrie neu das Sponsoring von Tätigkeiten und Veranstaltungen in der Schweiz, die internationalen Charakter aufweisen, dadurch dass sie teilweise im Ausland stattfinden oder sonst eine grenzüberschreitende Wirkung haben, verboten werden. Mit dieser Massnahme soll vor allem verhindert werden, dass die

Tabakindustrie als Sponsor von Sportveranstaltungen mit internationaler Ausstrahlung in Erscheinung tritt. Ebenso soll es der Tabakindustrie verboten werden, Personen, die im Rahmen einer internationalen Veranstaltungen oder Tätigkeiten auftreten, zu sponsern. Auch für Sendungen in Radio und Fernsehen soll jedes Sponsoring durch die Tabakindustrie untersagt werden.

146 Ein Sponsoringverbot stellt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar. Denn wie schon mehrfach angeführt stellt Werbung eine eigentliche Voraussetzung privatwirtschaftlicher Tätigkeit dar. Im Vergleich zu einem absoluten Werbeverbot hat ein Verbot von Sponsoring aber wesentlich weniger einschneidende Wirkung. Da die Eignung eines Werbeverbots mit Blick auf den Gesundheits- und Jugendschutz bejaht wurde (vgl. Rz 58 ff.), muss dies auch für ein Sponsoringverbot für in der Schweiz stattfindende internationale Veranstaltungen und Tätigkeiten gelten. Zumal auch die Rechtsprechung die Eignung einer entsprechenden Massnahmen nur dann ablehnt, wenn diese offensichtlich fehlt resp. als völlig ungeeignet erscheint, um das angestrebte Ergebnis zu erreichen (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc).

147 Das Sponsoringverbot für internationale Veranstaltungen und Tätigkeiten stellt bereits eine mildere Massnahme zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot dar, welche die allgemeine Gesundheit und die Jugend genauso gut schützen. Zudem hat das Bundesgericht im Jahr 2002 entschieden: „Da der Kanton Genf auf seinem Gebiet eine konsequente Politik der Bekämpfung des übermässigen Tabakkonsums [...] zu führen beabsichtigt, ist nicht ersichtlich, welche andere, weniger einschneidende Massnahme getroffen werden könnte, um die beabsichtigten Ziele [gemeint sind wiederum der Gesundheits- und Jugendschutz] zu erreichen.“ (BGE 128 I 295, E. 5.b.cc). Verschiedene Massnahmen zur Raucher- und Tabakprävention werden seit Jahrzehnten auch auf nationaler Ebene verfolgt. Insofern muss auch mit Blick auf das partielle Sponsoringverbot in Art. 18b E-TabPG davon ausgegangen werden, dass keine anderweitigen, weniger einschneidenden Massnahmen vorhanden sind, die nicht bereits seit Jahren schon verfolgt werden. Ein Verbot von Sponsoring für in der Schweiz ausgetragene, internationale Veranstaltungen und Tätigkeiten schränkt die Tabakindustrie nur in geringem Masse in ihrer Möglichkeit ein, die Schweizer Bevölkerung auf ihre Produkte aufmerksam zu machen und verhindert deren Vermarktung nicht vollumfänglich. Von seiner Eingriffsintensität her ist das partielle Sponsoringverbot damit wesentlich weniger einschneidend als ein absolutes Werbe- und Vermarktungsverbot. Sodann ist davon auszugehen, dass dem Gesundheits- und Jugendschutz im Rahmen der Güterabwägung höhere Priorität einzuräumen ist. Insofern rechtfertigt es sich, die Voraussetzung der Eignung und Erforderlichkeit der Massnahmen zum Gesundheits- und Jugendschutz zu bejahen. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Genfer Plakatwerbeverbot für Tabakwaren auf öffentlichem Grund und auf von dort aus einsehbarem privatem Grund erscheint die Massnahme auch als zumutbar. In diesem Zusammenhang gilt es auch zu

berücksichtigen, dass das Sponsoring von Veranstaltungen und Tätigkeiten ohne internationalen Charakter, d.h. von solchen die vollständig in der Schweiz ausgetragen werden und sonst keine grenzüberschreitende Wirkung haben, und nicht hauptsächlich von Jugendlichen besucht werden (Art. 18 lit. g TabV bzw. neu Art. 18 Abs. 1 lit. e E-TabPG) weiterhin zulässig ist. Durch die Neuregelung wird insbesondere das Sponsoring von Veranstaltungen und Tätigkeiten mit nationaler Ausrichtung, welche sich an Erwachsene richten, nicht für unzulässig erklärt.

148 Zwar kann ein Verbot von Sponsoring die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie tangieren, namentlich dann, wenn der Unternehmensname in Zusammenhang mit der Unterstützung ideeller, z.B. kultureller, politischer oder wissenschaftlichen Events aufscheint. Letztlich kommt es auch auf die Art der Veranstaltung an: Die Unterstützung eines internationalen wissenschaftlichen Kongresses, eines internationalen Musikfestivals oder des World Economic Forums ist möglicherweise anders zu beurteilen als das Sponsoring eines internationalen Tennisturniers oder eines Skiweltcup-Rennens. Die Abwägung wird damit durch die konkreten Verhältnisse bestimmt. Ein generelles Verbot ist angesichts dessen als verfassungsrechtlich fragwürdig zu bezeichnen. Die Verhältnismässigkeit ist mehr denn fraglich.

149 Soweit es um kommerzielle Veranstaltungen geht, ist eine innerstaatliche Implementierung des Verbots für Sponsoring von Veranstaltungen und Tätigkeiten in der Schweiz, die internationalen Charakter aufweisen, wohl nicht verfassungswidrig, bei primär ideellen Veranstaltungen demgegenüber schon.

F. Gesamtbetrachtung aller Massnahmen

150 Ein absolutes Werbeverbot für Tabakwaren in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet kann nicht wie vom BAG vorgeschlagen im innerstaatlichen Recht, konkret in Art. 18 Abs. 1bis lit. b E-TabPG, verankert werden. Ein solches Verbot verletzt die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie sowie die Meinungs- und Medienfreiheit der Tabak- und Werbeindustrie sowie die Informationsfreiheit der Konsumenten und ist damit verfassungswidrig. Auch ein absolutes Verbot von Werbung und Vermarktung mit Anreizsystemen (Art. 18a Abs.1 E-TabPG) stellt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie dar, welcher sich nicht rechtfertigen lässt.

151 Die Implementierung eines absoluten Werbeverbots für Tabakwaren in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie im Internet und eines absoluten Verbots von Werbung und Vermarktung mit Anreizsystemen im nationalen Recht ist im Zusammenhang mit der Ratifikation des FCTC durch die Schweiz auch nicht notwendig. Die Schweiz ist auch bei der Ratifikation des FCTC nur gehalten, die Mindestanforderung in Art. 13 Abs. 4 FCTC umzusetzen (vgl. Rz 127 ff. mit der Übersicht der Massnahmen und der Übersicht zur innerstaatlichen Umsetzung mit

dem Vorschlag des BAG vom 16. April 2019). Und auch diese sind nur in dem Umfang zu implementieren, als dies mit der Bundesverfassung und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren ist.

- 152 Mit seinem Umsetzungsvorschlag vom 16. April 2019 hat das BAG alle Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC berücksichtigt und ins innerstaatliche Recht umgesetzt. Die Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC verlangen indessen nicht die Umsetzung eines absoluten Werbeverbots für Tabakwaren in Zeitungen, Zeitschriften, andere Publikationen sowie im Internet. Dasselbe gilt für die Implementierung eines umfassenden Verbots von Werbung und Vermarktung von Tabakprodukten mit Anreizsystemen. Diesbezüglich geht das BAG mit seinem Vorschlag vom 16. April 2019 ohne Grund über das hinaus, was im Rahmen der Umsetzung der Mindestanforderungen gemäss Art. 13 Abs. 4 FCTC von der Schweiz verlangt wird.
- 153 Die Pflicht der Tabakindustrie zur Offenlegung ihrer Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring stellt einen nicht gerechtfertigten und damit verfassungswidrigen Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit dar. Eine solche Massnahme ist nicht geeignet und auch nicht erforderlich. Art. 13 Abs. 4 FCTC („Mindestanforderungen“) verlangt auch die innerstaatliche Implementierung der entsprechenden Pflicht nur unter der Voraussetzung, dass dies mit der Bundesverfassung bzw. den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Schweiz zu vereinbaren ist. Wie gezeigt fehlt es aber an dieser Voraussetzung, weil eine entsprechende Pflicht mit der Bundesverfassung nicht zu vereinbaren ist. Angesichts dessen ist die Schweiz auch nicht gehalten, die Pflicht zur Offenlegung der Ausgaben für Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring nicht wie vom BAG vorgeschlagen im Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten umzusetzen.
- 154 Alle weiteren Massnahmen sind – mit Ausnahme eines Sponsoring-Verbotes für internationale ideelle Veranstaltungen – wie dargelegt zulässig und können ins nationale Recht umgesetzt werden. In ihrer Gesamtbetrachtung kumulieren sich die grundsätzlich nicht verfassungswidrigen Massnahmen und schränken die Wirtschaftsfreiheit der Tabakindustrie immer weiter ein. Im Vergleich zu einem absoluten Werbe- und Vermarktungsverbot, wie es das FCTC in Art. 13 Abs. 2 FCTC vorsieht, erscheinen sie aber als zumutbar und sind deshalb auch in ihrer Gesamtheit nicht verfassungswidrig.
