

Daniel Donauer / Anna Pellizzari / Chantal Odermatt

Die Regulierung von Tabakwaren, E-Zigaretten und Snus

Ein Überblick zur Rechtslage für Tabakprodukte und ähnliche Erzeugnisse nach Einführung des neuen Tabakproduktegesetzes (TabPG)

Produkte wie E-Zigaretten und Nikotin Pouches haben sich im letzten Jahrzehnt stark verbreitet und einen wichtigen Platz im Genussmittelsektor eingenommen. Mangels Tabaks in den Produkten waren solche Erzeugnisse bislang nicht der Tabakverordnung unterstellt. Mit dem Inkrafttreten der totalrevidierten Tabakproduktegesetzgebung (anfangs 2024) werden derzeitige Regelungslücken geschlossen. Das neue Tabakproduktegesetz regelt (und erlaubt) neben den klassischen Tabakprodukten neuerdings auch elektronische Zigaretten und Nikotin Pouches. Mit dem vorliegenden Beitrag wird dem Leser ein Überblick zu den neu geltenden Vorgaben zur Hand geboten.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Anna Pellizzari / Chantal Odermatt, Die Regulierung von Tabakwaren, E-Zigaretten und Snus, in: Jusletter 5. Juni 2023

Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkungen
- II. Produktespezifisches Gefahrenpotenzial in Zahlen
- III. Hintergrund und Ziele der Tabakrechtsrevision
 - A. Allgemeines
 - B. Regelung von neuartigen Alternativprodukten
 - 1. Elektronische Zigaretten im Besonderen
 - 2. Tabakprodukte zum oralen Gebrauch im Besonderen
- IV. Besondere Änderungen unter dem neuen Tabakproduktegesetz
 - A. Allgemeines
 - B. Geltungs- und Anwendungsbereich
 - C. Gleichartige Produkte
- V. Negativliste der Zutaten im Besonderen
- VI. Jugendschutz und werberechtliche Vorgaben
 - A. Altersgrenze
 - B. Werbung
 - C. Täuschungsschutz
- VII. Abschliessende Bemerkungen

I. Einleitende Bemerkungen

[1] Mit dem übergeordneten Ziel, die tabakbedingten Todesfälle und Erkrankungen zu reduzieren, führt das Bundesamt für Gesundheit (**BAG**) im Auftrag des Bundesrates die nationale Tabakpräventionspolitik.¹ So hat das BAG zuhanden des Bundesrates den Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz, TabPG) erarbeitet. National- und Ständerat haben das Tabakproduktegesetz am 1. Oktober 2021 verabschiedet. Das TabPG wird zusammen mit der Ausführungsverordnung, die derzeit erarbeitet wird, voraussichtlich anfangs 2024 in Kraft treten. Gleichzeitig wird die gegenwärtig geltende – und bis zum Inkrafttreten des neuen TabPG weiterbestehende – Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen vom 27. Oktober 2004 (TabV) aufgehoben.

[2] Durch die Ablösung der TabV in Gestalt des neuen TabPG ändert sich prinzipiell wenig an den bislang bestehenden Vorgaben für klassische Tabakerzeugnisse (d.h. tabakbasierte und zum Rauchen bestimmte Erzeugnisse). Ändern wird sich jedoch insbesondere der regulatorische Status von spezifischen Produkten wie elektronischen Zigaretten (bzw. E-Zigaretten), chemischem bzw. tabaklosem Snus sowie ähnlichen Erzeugnissen, d.h. mit den klassischen Tabakerzeugnissen vergleichbare Produkte. Demnach werden solche Produkte nicht mehr (wie bisher) in das allgemeinere Lebensmittel- bzw. Gebrauchsgegenständerecht eingeordnet, sondern unmittelbar dem Anwendungsbereich des spezifischen Tabakprodukterechts unterstellt. Mit dem TabPG wird folglich eine einheitliche Regulierung für Tabakprodukte und tabakähnliche Suchtmittel in der Schweiz geschaffen.

[3] Damit wird die schweizerische Tabakregulierung modernisiert und in der Tendenz liberalisiert. Dieser letztere Umstand mag erstaunen, da mit der Neuregelung unter dem TabPG – gerade im Werbebereich – regulatorische Verschärfungen zur bislang geltenden Rechtslage unter

¹ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Tabak verursacht jährlich 9'500 Todesfälle, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/sucht-und-gesundheit/tabak.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

der TabV eingeführt werden. Allerdings wird gleichzeitig den elektronischen Zigaretten und den chemischen Snus-Produkten erstmals ein offizieller Produktstatus innerhalb des Tabakrechts zugesprochen, sodass sich eine subsidiäre (behelfsweise) Unterstellung unter das teilweise unzweckmässige Lebensmittel- bzw. Gebrauchsgegenständerecht (d.h. die Vorgaben zu den Humankontaktgegenständen) nicht mehr als notwendig erweisen wird. Mit anderen Worten werden nach der Einführung des TabPG sämtliche vergleichbaren, primär nikotin-basierten, Suchtmittelerzeugnisse unter einheitlichem Normengeflecht bundesweit identisch behandelt. Unterschiede zwischen diesen Erzeugnissen etwa in Bezug auf die Altersfreigabe oder die Zulässigkeit von Werbemassnahmen werden grossmehrheitlich oder gar umfassend beseitigt.

[4] Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit den wichtigsten Änderungen, welche die anstehende Tabakrechtsrevision für das schweizerische Produktrecht einführen wird und sollen dem Leser bzw. der Leserin eine wertvolle Übersicht in diesem Zusammenhang verschaffen.

II. Produktespezifisches Gefahrenpotenzial in Zahlen

[5] Der Konsum von *Tabakprodukten* – eines der grössten (vermeidbaren) Probleme der öffentlichen Gesundheit – gefährdet nicht nur die eigene Gesundheit, sondern auch diejenige von Drittpersonen (sog. Passivrauchen).² Gemäss statistischer Erhebungen verursacht der Tabakkonsum jährlich ca. 9'500 Todesfälle oder anders ausgedrückt: Pro Tag sterben 26 Menschen infolge Tabakkonsums.³

[6] In der Schweiz gibt es ca. 2 Millionen Rauchende.⁴ Damit raucht rund ein Viertel der Gesamtbevölkerung.⁵ Bei der Verbrennung von Tabak werden über 70 verschiedene krebserregende Stoffe freigesetzt, welche wiederum eine Reihe von nicht übertragbaren Krankheiten für die Betroffenen nach sich ziehen können. Die in diesem Zusammenhang anfallenden Krankheitskosten belaufen sich auf ca. 3 Milliarden Franken pro Jahr.⁶ Diese Kosten entstehen insbesondere für die Abgeltung von ärztlichen Leistungen, Arzneimitteln sowie Spitalaufenthalten.⁷

[7] Neben den klassischen Tabakprodukten (inkl. der nicht zum Rauchen bestimmten Tabakerzeugnisse) gehen auch von *alternativen Produkten*, d.h. ähnlichen bzw. gleichartigen Produkten wie etwa *E-Zigaretten* (konkret: Produkte für die Anwendung in Form von Verdampfung bzw. Vaporisierung) und chemischem *Snus* (d.h. nicht-tabakbasierte Erzeugnisse zum Lutschen oder Kauen) besondere Gesundheitsrisiken aus.⁸ Aufgrund der aktuell noch unklaren Langzeitfolgen für die Gesundheit raten das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (**BLV**) sowie das BAG vorsorglich vom Konsum dieser neuartigen Suchtmittel ab.⁹ Aus rechtlicher und

² Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Zahlen & Fakten: Tabak, Fn. 1.

³ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Tabak verursacht jährlich 9'500 Todesfälle, Fn. 1.

⁴ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Zahlen & Fakten: Tabak, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-sucht/zahlen-fakten-zu-tabak.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

⁵ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 920.

⁶ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Tabak verursacht jährlich 9'500 Todesfälle, Fn. 1.

⁷ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BAG – Tabak verursacht jährlich 9'500 Todesfälle, Fn. 1.

⁸ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938 ff.

⁹ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938 ff.

faktischer Sicht kann jedoch allgemein festgehalten werden, dass solche Produkte bereits heute am Markt erhältlich sind und entsprechend legal konsumiert werden dürfen, auch wenn die rechtlichen Grundlagen für die jeweilige Produktklassifikation ausserhalb des eigentlichen Tabakrechts zu suchen sind (so vor allem im Gebrauchsgegenstände- und Chemikalienrecht in Verbindung mit den Vorgaben zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse).

III. Hintergrund und Ziele der Tabakrechtsrevision

A. Allgemeines

[8] Ziel des neuen TabPG ist der Schutz des Menschen vor den schädlichen Auswirkungen des Konsums von Tabakprodukten und der Verwendung von elektronischen Zigaretten. Insbesondere sollen Minderjährige vor dem Konsum und dem Kontakt mit diesen Produkten geschützt werden. Zudem bezweckt das TabPG, den Konsum von Tabakprodukten und die Verwendung von elektronischen Zigaretten zu vermindern (vgl. Art. 1 TabPG).

[9] Die TabV wurde ursprünglich aus dem aLMG abgeleitet und bezieht sich auf den *alten Lebensmittelbegriff*. Im aLMG wurde bei Lebensmitteln zwischen *Nahrungsmitteln* und *Genussmitteln* unterschieden. Nahrungsmittel verfolgten nach damaliger Definition einen spezifischen Ernährungszweck. Genussmittel hingegen waren gerade *nicht* ernährungsspezifisch, sondern gelangten lediglich durch Verzehr oder Inhalation ebenfalls (vergleichbar) in den menschlichen Organismus. Sie dienten hierbei nicht der Erhaltung und dem Aufbau des menschlichen Körpers, sondern – dem Wortsinn folgend – waren ausschliesslich bzw. überwiegend für den Genusszweck vorgesehen. *Tabakerzeugnisse* wurden folglich als sog. *Genussmittel* eingestuft (vgl. Art. 3 Abs. 3 aLMG). Konsequenterweise waren bzw. sind Tabakerzeugnisse bis heute keine eigenständige Produktklasse, sondern nur eine Anwendungsform der Genussmittel (als Unterform des Lebensmittels unter altem Recht), sodass punktuell bis heute das (alte) Lebensmittelrecht zur Anwendung gebracht werden muss.

[10] Nach *geltendem Recht* sind Tabakprodukte in der Schweiz also noch dem *alten* Lebensmittelrecht – dem aLMG und der aLGV – unterstellt. Das totalrevidierte Lebensmittelrecht hat das alte Lebensmittelrecht bereits 2017 abgelöst und der Lebensmittelbegriff nach neuem LMG ist nicht mehr zweigeteilt. Ursprünglich sollte das neue Lebensmittelrecht gleichzeitig mit der neuen Tabakproduktegesetzgebung bzw. dem TabPG in Kraft treten. Durch einige Verzögerungen wird das TabPG aber nach aktuellem Stand erst anfangs 2024 in Kraft treten. Bis dahin gilt für Tabakprodukte weiterhin das *alte* Lebensmittelrecht, zumal die geltende Tabakverordnung noch auf das alte Lebensmittelrecht verweist (vgl. dazu Ingress zur Tabakverordnung mit Verweis auf Art. 21 Abs. 1 und 2, Art. 37 und 38 Abs. 2 aLMG sowie Art. 1 Abs. 2 TabV). Mit dem neuen TabPG sollen Tabak und tabakähnliche Erzeugnisse neu als Produkte *sui generis* gesondert geregelt werden. Mit anderen Worten: Mit der Implementierung der revidierten Tabakproduktegesetzgebung erhalten die benannten Produkte erstmals einen offiziellen Produktstatus als Tabakprodukte (bzw. gleichartige Produkte). Gemäss den Übergangsbestimmungen des geltenden Lebensmittelgesetzes gelten für Tabak und andere Raucherwaren sowie Tabakerzeugnisse gewisse Bestimmungen des aLMG bis zum Inkrafttreten des TabPG, längstens aber bis zum 30. April 2025.

[11] Die TabV gilt bis zur Implementierung der Tabakproduktegesetzgebung noch für Tabakerzeugnisse und Raucherwaren im Sinne von Art. 2 TabV. Tabakerzeugnisse sind demnach Produkte, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen und insbesondere zum Rauchen (z.B. Zigar-

ren, Zigaretten und dergleichen sowie Schnitt- und Rollltabak), Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt sind (Art. 2 Bst. d TabV). Als Tabakerzeugnisse gelten auch Zigarillos, Pfeifentabak, Feinschnitttabak und deren Surrogate.¹⁰ Solche Tabakerzeugnisse und Raucherwaren sind heute in mehreren Gesetzen und Verordnungen umfassend oder zumindest punktuell geregelt. Im Vordergrund stehen jeweils der Gesundheitsschutz bzw. finanzielle Lenkungs- oder Ausgleichsinteressen:

- Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, aLMG);
- Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (aLGV);
- Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV) vom 27. Oktober 2004;
- Verordnung des EDI über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten vom 10. Dezember 2007;
- Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG) vom 3. Oktober 2008;
- Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen (Passivrauchschutzverordnung, PaRV) vom 28. Oktober 2009;
- Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung (Tabaksteuergesetz, TStG) vom 21. März 1969;
- Verordnung über die Tabakbesteuerung (Tabaksteuerverordnung, TStV) vom 14. Oktober 2009;
- Verordnung des EFD über die Verzugs- und Vergütungzinssätze auf der Tabak- und der Biersteuer vom 4. Dezember 2007; und
- Verordnung über den Tabakpräventionsfonds (TPFV) vom 12. Juni 2020.

[12] Ebenso sind einige relevante tabakspezifische Bestimmungen in den folgenden Gesetzen und Verordnungen enthalten:

- Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006;
- Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995;
- Verordnung über das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten und über deren Überwachung auf dem Markt (Verordnung über das Inverkehrbringen von Produkten nach ausländischen Vorschriften, VIPaV) vom 19. Mai 2010; und
- Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) vom 29. April 1998.

[13] In der gesamten Schweiz gilt ein *Rauchverbot* in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 PaRG; vgl. auch Art. 2 PaRV). Raucherräume und Raucherbetriebe sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. insbesondere Art. 2 Abs. 2 und 3 sowie Art. 3 PaRG; Art. 4 – 6 PaRV). Mit Inkrafttreten des TabPG soll Art. 2 Abs. 1 PaRG dahingehend ergänzt werden, dass in Räumen, in denen gegenwärtig ein Rauchverbot besteht, neu auch die Verwendung von E-Zigaretten und Tabakprodukten zum Erhitzen untersagt wird. Zwar gelten die Emissionen

¹⁰ Botschaft LMG, BBl 1989, 919.

von Tabakprodukten zum Erhitzen und E-Zigaretten als weniger schädlich als jene herkömmlicher Zigaretten, doch enthalten sie ebenfalls toxische Stoffe, vor welchen der Bundesrat Dritte schützen möchte.¹¹

[14] Für den Vollzug des Bundesrechts sind die *Kantone* zuständig (vgl. auch Art. 36 Abs. 1 und Art. 39 aLMG). Auch in den Bereichen Werbe- und Verkaufsbeschränkungen sowie Schutz vor Passivrauchen sind die Kantone gesetzgeberisch tätig. Die Regulierung der Tabakprodukte und die Tabakprävention sind somit kantonal unterschiedlich ausgestaltet. Kantonal unterschiedlich geregelt sind insbesondere Abgabeverbote von Tabakprodukten an bestimmte Altersgruppen, Werbebeschränkungen und gesetzliche Regelungen zum Passivrauchen.¹² Das TabPG sieht neu ein Verbot der Abgabe an Minderjährige vor, wodurch eine einheitliche Altersgrenze für die ganze Schweiz verankert wird. Darüber hinaus wird eine gesetzliche Grundlage eingeführt, um die Überprüfung der Einhaltung des Verbots der Abgabe an Minderjährige mittels Testkäufen sicherzustellen (vgl. dazu VI.A).

[15] Im *internationalen Vergleich* sind Tabak und Raucherwaren in der Schweiz heute sehr zurückhaltend reguliert. Der Einfluss der Tabakindustrie in der Schweiz ist vergleichsweise gross: Gemäss dem *Global Tobacco Industry Interference Index 2021* belegt die Schweiz den zweitletzten Platz von insgesamt 80 untersuchten Ländern.¹³ Nur die Dominikanische Republik liegt hinter der Schweiz. Die Schweiz ist also für die Vermarktung tabakbasierter Suchtmittel äusserst attraktiv. Daran wird sich auch mit dem Inkrafttreten des neuen Tabakproduktegesetzes wenig ändern – im TabPG werden im Wesentlichen bereits bestehende Bestimmungen der TabV gesetzlich verankert. Die wichtigsten Neuerungen ergeben sich im Zusammenhang mit den alternativen Produkten (vgl. dazu nachfolgend III.B).

B. Regelung von neuartigen Alternativprodukten

[16] Mit der Implementierung der neuen Tabakprodukteregulierung sollen unter anderem E-Zigaretten den herkömmlichen Tabakprodukten wie Zigaretten und Zigarren (grundsätzlich) gleichgestellt werden.¹⁴ Gleiches gilt für künstlich hergestellte Produkte wie chemisch hergestellten Snus (auch Nikotin Pouches genannt), der dem herkömmlichen Snus künftig rechtlich gleichgestellt wird.

[17] In den letzten Jahren haben diese *alternativen, neuartigen bzw. gleichartigen Tabakprodukte* stark an Popularität gewonnen. Sie gelten als weniger gesundheitsschädliche Alternativen zu herkömmlichen Tabakprodukten. Mit anderen Worten können durch die Anwendung solcher Erzeugnisse Suchtmittelleffekte, so vor allem die Zufuhr von Nikotin, generiert werden, ohne dass dabei die Lunge durch krebserregende Tabakpartikel beeinträchtigt werden muss. Vielmehr erfolgt der Übertragungsprozess des Nikotins durch Dampfzufuhr oder durch Lutschen bzw. Kau-

¹¹ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 983.

¹² Vgl. dazu Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, einsehbar unter der URL: <https://www.obsan.admin.ch/de/indikatoren/MonAM/regulierungen-bei-tabak-und-e-zigaretten-den-kantonen> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023); s. auch Tabakpolitik in den Kantonen, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-kantone.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

¹³ Global Tobacco Industry Interference Index 2021, 4.

¹⁴ Zum Ganzen siehe die öffentlichen Informationen des BAG – E-Zigaretten, einsehbar unter der URL: <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

en (hier: über die Schleimhäute). Da das geltende schweizerische Tabakrecht ausschliesslich auf tabakbasierte Erzeugnisse Anwendung findet, unterstehen E-Zigaretten, Vape-Geräte und Nikotin Pouches nicht dem schweizerischen Tabakrecht.¹⁵ E-Zigaretten und Nikotin Pouches gelten derzeit produktregulatorisch als Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt (vgl. Art. 5 lit. b LMG). Es gelten somit die allgemeinen Bestimmungen des (geltenden) Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerechts (LMG und entsprechende Verordnungen), welche allerdings aus inhaltlicher Sicht nicht überall zweckmässig erscheinen. So gibt es für Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt beispielsweise keine gezielten Altersbeschränkungen oder besondere bildliche Warnhinweisvorgaben (wie sie für klassische Tabakerzeugnisse typisch sind). Dies soll mit der Einführung des TabPG geändert werden.

1. Elektronische Zigaretten im Besonderen

[18] Gemäss Bundesverwaltungsgericht gehören *E-Zigaretten* nicht zu den Tabakersatzstoffen im Sinne von Art. 2 lit. e TabV, weil *kein Verbrennungsprozess* stattfindet.¹⁶ E-Zigaretten werden vielmehr durch Verdampfen konsumiert. Damit sind E-Zigaretten *Gebrauchsgegenstände* im Sinne von Art. 5 lit. b LMG und das Lebensmittelrecht mit den einschlägigen Bestimmungen des Chemikalienrechts ist anwendbar.¹⁷ Spezifischer in Bezug auf die korrekte Terminologie gelten E-Zigaretten als *Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt*.¹⁸ Es handelt sich demnach um Gegenstände, die nach ihrer Bestimmung äusserlich mit dem Körper, mit den Zähnen oder den Schleimhäuten in Berührung kommen (vgl. Art. 5 lit. b LMG i.V.m. Art. 61 ff. LGV). Solche Gegenstände stellen eine Unterkategorie des allgemeinen Begriffs des Gebrauchsgegenstandes gemäss Lebensmittelrecht dar (vgl. Art. 5 LMG).

[19] Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt dürfen grundsätzlich nur Zusatzstoffe in gesundheitlich unbedenklichen Mengen enthalten (Art. 61 Abs. 1 LGV). Verboten ist der Zusatz von Stoffen, die den Erzeugnissen *pharmakologische Wirkungen* verleihen, wie Nikotin oder Desinfektionsmittel (Art. 61 Abs. 2 LGV). Diese Regelung hat zur Folge, dass die entsprechenden Produkte für die Konsumentinnen und Konsumenten nur beschränkt erhältlich gemacht werden können, sofern Vorgaben zur Beseitigung von technischen Handelshemmnissen erfüllt werden (s. hierzu weiter unten). Ohne die Erfüllung der Vorgaben zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse ist das Inverkehrbringen von nikotinhaltigen E-Zigaretten in der Schweiz grundsätzlich verboten. Die Einfuhr für den Eigengebrauch ist hingegen mangels Anwendbarkeit des Lebensmittelrechts erlaubt (vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. b LMG).¹⁹ Gestützt auf das *Cassis-de-Dijon-Prinzip*²⁰ dürfen nikotinhaltige E-Zigaretten in der Schweiz dennoch verkauft werden, wenn sie den Vorschriften eines EU/EWR-Mitgliedstaates entsprechen und dort rechtmässig in Verkehr gebracht

¹⁵ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 934, 937, 965.

¹⁶ BVGer, Urteil C-7143/2010 vom 24. August 2012, E. 3.

¹⁷ Vgl. dazu DANIEL DONAUER/CELINE WEBER/STEFANIE MÜHLEBACH, Die E-Zigarette im schweizerischen Recht – Die Zulässigkeit des Handels von E-Zigaretten in der Schweiz sowie damit zusammenhängende rechtliche Fragestellungen und Entwicklungen, in: Jusletter vom 8. Oktober 2018, N 28.

¹⁸ E-Zigaretten und chemischer Snus qualifizieren sich produktregulatorisch als sogenannte Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt nach dem neuen Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG) vom 20. Juni 2014 (vgl. Art. 5 Bst. b LMG); vgl. dazu ausführlich DONAUER/WEBER/MÜHLEBACH (Fn. 17), N 1 ff.

¹⁹ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BLV – E-Zigaretten, einsehbar unter der URL: <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

²⁰ Vgl. EuGH, Urteil 120/78 vom 20. Februar 1979.

wurden (vgl. Art. 16a des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995).²¹ Das Cassis-de-Dijon-Prinzip erlaubt eine Einschränkung des freien Warenverkehrs durch nationales Recht nur aus ganz bestimmten Gründen, wie zum Beispiel der öffentlichen Gesundheit.²² Sofern die Anforderungen des EU-Rechts eingehalten werden, sind die Herstellung und der Verkauf solcher Produkte somit grundsätzlich auch in der Schweiz zulässig.²³

[20] Vor diesem Hintergrund, d.h. aufgrund der derogierbaren Anwendbarkeit von Art. 61 Abs. 2 LGV, erliess das BLV 2015 eine Allgemeinverfügung, welche den Handel mit *nikotinhaltigen E-Zigaretten* gänzlich verbot. Einzig die (beschränkte) Einfuhr für den Eigengebrauch blieb erlaubt.²⁴ Im Jahr 2016 hatte das Bundesverwaltungsgericht eine gegen diese Allgemeinverfügung erhobene Beschwerde noch abgewiesen.²⁵ Im Jahr 2018 hob das Bundesverwaltungsgericht jedoch die Allgemeinverfügung wegen *formeller Fehlerhaftigkeit* auf. Zur Begründung führte es aus, dass die Allgemeinverfügung eine generell-abstrakte Rechtswirkung entfalte und daher (unzulässigerweise) als Erlass ausgestaltet sei. Richtig sei die Ausgestaltung als Allgemeinverfügung mit generell-konkreter Wirkung.²⁶ Dies führte dazu, dass der Handel und das Inverkehrbringen von E-Zigaretten plötzlich uneingeschränkt zulässig wurden. Dieser Umstand zog eine rasante Verbreitung von E-Zigaretten nach sich und es folgten Markteintritte grösserer und kleinerer Anbieter.²⁷

[21] Es gibt eine Vielzahl von Geschmacksrichtungen für sogenannte Liquids (d.h. Füllmittel bzw. Flüssigkeiten) von E-Zigaretten, die für Konsumentinnen und Konsumenten anziehend wirken können.²⁸ Derzeit gibt es jedoch *kein gesetzliches Mindestalter* für die Abgabe von E-Zigaretten. Im Rahmen der freiwilligen Selbstregulierung verpflichteten sich die meisten Verkaufsstellen, E-Zigaretten nicht an Minderjährige abzugeben.²⁹ Mit der neuen Tabakgesetzgebung werden E-Zigaretten zusammen mit konventionellen Tabakprodukten einer einheitlichen Regulierung unterstellt.³⁰

²¹ BVGer, Urteil C-7634/2015 vom 24. April 2018.

²² EuGH, Urteil 120/78 vom 20. Februar 1979.

²³ Vgl. dazu die öffentlichen Informationen des BLV – E-Zigaretten, einsehbar unter der URL: <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

²⁴ Bestätigt durch BVGer, Urteil C-7143/2010 vom 24. August 2012, E. 4.4.2.

²⁵ BVGer, Urteil C-8190/2015 vom 22. März 2016.

²⁶ BVGer, Urteil C-7634/2015 vom 24. April 2018, E. 3.5 f.

²⁷ Vgl. zur Thematik DONAUER/WEBER/MÜHLEBACH (Fn. 17), N 2 ff.

²⁸ Vgl. Factsheet E-Liquid für E-Zigaretten, S. 4, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/umwelt-und-gesundheit/chemikalien/chemikalien-a-z/e-liquid.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

²⁹ Vgl. die aktuelle Fassung des Verhaltenskodex, einsehbar unter der URL: <https://www.swiss-tobacco.ch/codex/> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023); Codex für die Vermarktung von Tabakprodukten, elektronische Zigaretten und anderen nikotinhaltigen Produkten in der Schweiz vom 15. Juni 2020 einsehbar unter der URL: https://www.swiss-tobacco.ch/wp-content/uploads/2020/08/200803-CODEX_Tabakprodukte-E-Zigaretten-andere-Nikotinprodukte_clean-def.pdf (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

³⁰ Vgl. hierzu den Entwurf des verabschiedeten TabPG vom 1. Oktober 2021, Art. 17 TabPG sowie Botschaft TabPG, BBl 2019 920 ff.

2. Tabakprodukte zum oralen Gebrauch im Besonderen

[22] *Snus* gehört zu den *Tabakprodukten zum oralen Gebrauch*. Er wird aus luftgetrocknetem Tabak hergestellt, der gemahlen und zerkleinert wird.³¹ Anschliessend erfolgt eine Wärmebehandlung und es werden gegebenenfalls zusätzliche Aromastoffe zugesetzt.³² Snus wird verpackt oder lose unter der Oberlippe konsumiert.³³ Beim Konsum kommt Snus oral mit dem menschlichen Organismus in Kontakt. Der Stofftransfer erfolgt über die Schleimhäute, was insbesondere für Nikotinerzeugnisse typisch ist.

[23] Das Bundesgericht hat das auf Verordnungsstufe bestehende gesamtschweizerische Einfuhr- und Abgabeverbot für Snus wegen Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit aufgehoben.³⁴ Danach war Snus definiert als Erzeugnis in Form eines Pulvers oder feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln, in porösen Beuteln oder in anderer Form. Die Einfuhr und Abgabe von Tabakprodukten zum oralen Gebrauch war nach Art. 5 Abs. 2 aTabV unzulässig. Anwendbar auf Snus war und ist bis zum Inkrafttreten des neuen TabPG demnach wiederum das aLMG. Gemäss Art. 13 Abs. 2 aLMG dürfen Genussmittel die Gesundheit nicht unmittelbar oder unvorhergesehen gefährden. Beim Konsum von Snus bestehe – so das Bundesgericht – gerade keine unmittelbare oder unvorhergesehene Gefährdung, weshalb das Bundesgericht Art. 5 aTabV als gesetzes- und verfassungswidrig qualifizierte.³⁵ Der Bundesrat habe bei der Implementierung von Art. 5 Abs. 2 aTabV seine Kompetenzen überschritten, indem er ohne gesetzliche Grundlage ein Verbot von Snus in der aTabV verankert habe.³⁶ In der Folge können tabakbasierte Snusprodukte nach geltendem Recht in der ganzen Schweiz legal in Verkehr gebracht werden. Gleichzeitig hat auch der Konsum an alternativen Abgabeformen wie chemisch hergestelltem Snus (bzw. Nikotin Pouches) deutlich an Bedeutung gewonnen.

[24] Für *tabakhaltigen Snus* ist die TabV massgebend. Handelt es sich um ein *chemisches Snus-Erzeugnis (Nikotin Pouches)*, d.h. wird kein Tabak für die Stoffübertragung verwendet, ist die Situation ähnlich wie bei E-Zigaretten. Analog der aktuellen Regulierung von E-Zigaretten ist tabakloser Snus bzw. sind Nikotin Pouches der TabV *nicht* unterstellt, sondern sie gelten ebenfalls als Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt. Bis zum Inkrafttreten der totalrevidierten Tabakproduktegesetzgebung ist daher das Lebensmittelrecht auf chemische Snus-Erzeugnisse anwendbar. Entsprechend ist das Verbot von Art. 61 Abs. 2 LMG zu beachten, weshalb chemische Snusprodukte in der Schweiz zurzeit nur dann rechtmässig in Verkehr gebracht werden können, wenn die Anforderungen gemäss Art. 16a THG bzw. Art. 16b THG erfüllt sind.

³¹ Siehe LAURA FREI, Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder (Art. 136 StGB), Zürcher Studien zum Strafrecht, Bd. 106, Zürich 2020; MONIKA GATTIKER, Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N 53.

³² Siehe dazu FREI (Fn. 31), N 53.

³³ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938; vgl. FREI (Fn. 31), N 53.

³⁴ BGer, Urteil 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019 E. 4.4 ff.; vgl. auch ANDREA CARONI/SILVAN VON BURG, Urteilsbesprechung Snus – Das BGer erklärt Art. 5 TabV für verfassungs- und gesetzeswidrig, in: Jusletter vom 28. Oktober 2019, N 1 ff.

³⁵ BGer, Urteil 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019 E. 4.4 ff.; vgl. auch CARONI/VON BURG (Fn. 34), N 1 ff.

³⁶ BGer, Urteil 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019 E. 4.4 ff.; vgl. auch CARONI/VON BURG (Fn. 34), N 1 ff.

IV. Besondere Änderungen unter dem neuen Tabakproduktegesetz

A. Allgemeines

[25] Der erste Entwurf des Bundesrates für ein neues TabPG wurde 2016 vom Parlament insbesondere wegen des ungenügenden Kinder- und Jugendschutzes zurückgewiesen.³⁷ Am 1. Oktober 2021 haben National- und Ständerat das TabPG verabschiedet. Die Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung» wurde am 13. Februar 2022 vom Schweizer Stimmvolk angenommen.³⁸ Der Initiativtext sieht unter anderem vor, dass jede Art von Tabakwerbung, die sich an Kinder und Jugendliche richtet, verboten wird. Das bedeutet, dass auch Tabakwerbung verboten ist, die sich nicht gezielt an Minderjährige richtet, aber von diesen wahrgenommen werden könnte. Der Initiativtext verlangt die Umsetzung der Werbevorschriften innerhalb von drei Jahren nach Annahme der Initiative.³⁹ Das TabPG muss somit bereits vor dessen Inkrafttreten in der verabschiedeten Fassung ein erstes Mal revidiert werden.

[26] Zweck des TabPG ist der Schutz des Menschen vor den schädlichen Auswirkungen des Konsums von Tabakprodukten und der Verwendung von E-Zigaretten im Allgemeinen (Art. 1 lit. a TabPG). Insbesondere sollen Minderjährige vor dem Konsum und dem Kontakt mit diesen Produkten geschützt werden (Art. 1 lit. b TabPG). Die Verringerung der schädlichen Auswirkungen und die Stärkung des Gesundheitsschutzes sollen unter anderem durch Vorschriften über die Zusammensetzung und die Emissionen, Werbebeschränkungen gegenüber Minderjährigen, Informationsvorschriften sowie ein Abgabeverbot an Minderjährige erreicht werden.⁴⁰ Der Geltungs- und Anwendungsbereich des TabPG wurde im Vergleich zur TabV erweitert und umfasst neu auch E-Zigaretten und (zukünftige) gleichartige Produkte (vgl. Art. 1 und 4 TabPG).⁴¹ Mit dem TabPG wird die nikotinhaltige E-Zigarette legalisiert, welche unter Art. 61 Abs. 2 LGV noch als grundsätzlich unzulässig qualifiziert wurde, sofern ihr Inverkehrbringen nicht ausnahmsweise nach dem Cassis-de-Dijon-Prinzip zulässig war. Die Umsetzung des TabPG führt in der Folge dazu, dass in der Schweiz eine Vielzahl ähnlicher Produkte auf den Markt gebracht werden können (was einer expansiven Legalisierung entspricht), wodurch neue Risiken für die Konsumentinnen und Konsumenten entstehen können. Die neuen Regelungen schaffen jedoch Klarheit bei der Anwendung der produktspezifischen Vorschriften. Mit dem TabPG erübrigt sich künftig sodann die Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips für Produkte, die (heute) nicht der TabV unterstellt sind – zumindest, wenn es um die Frage geht, ob die Produkte in der Schweiz überhaupt als legales Produkt verkehrsfähig sein können (spannend und gesondert geregelt sein wird die Frage, welche sonstigen technischen Vorschriften nach dem TabPG vom THG verdrängt werden können).

[27] Hinsichtlich der Produkthanforderungen übernimmt das TabPG weitestgehend die bereits heute bestehenden Regelungen der geltenden Tabakverordnung, wie z.B. die Anforderungen an

³⁷ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 920.

³⁸ Siehe hierzu die Informationen des BAG, Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung», einsehbar unter der URL: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20220213/volksinitiative-ja-zum-schutz-der-kinder-und-jugendlichen-vor-tabakwerbung.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

³⁹ Siehe hierzu die Informationen des BAG, Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung», (Fn. 38).

⁴⁰ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 936.

⁴¹ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 936.

die Zusammensetzung und die zulässigen Emissionen der Produkte. Neu werden jedoch die zulässigen Stoffe über eine Negativliste und Höchstmengen geregelt, statt wie bisher über eine Positivliste. Das TabPG hat sodann im Wesentlichen die bereits unter dem aLMG und der TabV geltenden Grundsätze übernommen. Dies gilt auch für die Vorschriften zum Schutz vor Täuschung – im Rahmen des TabPG allerdings beschränkt auf gesundheitsbezogene Aspekte. Das Täuschungsverbot bezieht sich nur auf Angaben, die zu falschen Informationen oder Schlussfolgerungen über oder bezüglich der Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten führen können. Eine Täuschung über reine, nicht gesundheitsbezogene Informationen gibt es nicht mehr.⁴² Im Übrigen gilt für Tabakprodukte und ähnliche Produkte (wie für die meisten anderen Produktkategorien) künftig das Selbstkontrollprinzip, das in das TabPG überführt wurde.

B. Geltungs- und Anwendungsbereich

[28] Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs des TabPG sind die anwendbaren Vorschriften für die spezifischen Produkte im Einzelfall zu prüfen. So fallen z.B. E-Zigaretten zwar unter das TabPG, nikotinhaltige Liquids unterstehen jedoch wiederum dem Chemikalienrecht mit den entsprechenden Einstufungs-, Verpackungs- und Kennzeichnungsvorschriften. Wird mit einer rauchentwöhnenden Wirkung geworben, ist zudem eine Unterstellung unter das Heilmittelrecht zu prüfen. Der Anwendungsbereich des TabPG umfasst tabakhaltige Produkte zum Rauchen und Erhitzen, nikotinhaltige Produkte zum oralen Gebrauch (z.B. Snus) sowie pflanzliche Raucherzeugnisse (z.B. CBD-Zigaretten) und E-Zigaretten. Sowohl nikotinhaltige als auch nikotinfreie E-Zigaretten fallen unter das TabPG. Begründet wird dies mit den Schadstoffen im Dampf und der Gefahr als potenzielles Einstiegsprodukt für nikotinhaltige E-Zigaretten. Das TabPG gilt hinsichtlich der Werbebestimmungen auch für Gebrauchsgegenstände, die mit einem Tabakprodukt eine funktionale Einheit bilden. Darunter sind Gegenstände zu verstehen, die mit einem Tabakprodukt verbunden werden, damit dieses konsumiert werden kann (z.B. Zigarettenpapier oder Zigarettenfilter, aber auch Wasserpfeifen).

[29] Gemäss Art. 2 Abs. 1 TabPG gilt das TabPG für *Tabakprodukte* und *elektronische Zigaretten*, die auf dem schweizerischen Markt bereitgestellt werden. Aus den Legaldefinitionen in Art. 3 TabPG in Verbindung mit Art. 4 TabPG ergibt sich, dass sechs Unterkategorien des Begriffs «Tabakprodukt» unter das TabPG fallen. Darüber hinaus können gleichartige Produkte ganz oder teilweise den Bestimmungen des TabPG unterliegen.

[30] Folgende Unterkategorien von Tabakprodukten bzw. ähnlichen Produkten werden vom TabPG explizit erfasst:

- Tabakprodukte zum Rauchen;
- Tabakprodukte zum Erhitzen;
- Tabakprodukte zum oralen Gebrauch oder Schnupfen;
- Pflanzliche Raucherprodukte;
- nikotinhaltige E-Zigaretten; und
- nikotinfreie E-Zigaretten.

⁴² Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 936 f.

[31] Ein *Tabakprodukt* ist ein Produkt, das aus Blattteilen von Pflanzen der Gattung *Nicotiana* (Tabak) besteht oder solche enthält und zum Rauchen, Inhalieren nach dem Erhitzen oder Schnupfen bestimmt ist, sowie Nikotinprodukte zum oralen Gebrauch nach Art. 3 lit. d TabPG und pflanzliche Rauchprodukte nach Art. 3 lit. e TabPG. Elektronische Zigaretten nach Art. 3 lit. f TabPG fallen somit *nicht* unter die Definition der Tabakprodukte. Die Begriffsdefinitionen des TabPG und des TStG können voneinander abweichen; da sie aber unterschiedliche Anwendungsziele verfolgen, ist dies rechtlich nicht von grösserer Relevanz.⁴³

[32] Unter einem *Tabakprodukt zum Rauchen* ist ein tabakhaltiges Produkt, dessen Inhalt durch einen Verbrennungsprozess konsumiert wird, insbesondere Zigaretten, Zigarren, Tabak zum Selbstdrehen oder Wasserpfeifentabak, zu verstehen (Art. 3 lit. b TabPG). Dazu gehören auch Zigarillos, Feinschnitttabak und Rollentabak.⁴⁴

[33] Bei der neu eingeführten Kategorie der *Tabakprodukte zum Erhitzen* handelt es sich um ein Gerät, mit dem die Emissionen durch Energiezufuhr des erhitzten tabakhaltigen Produkts inhaliert werden können, sowie um Nachfüllmaterial für dieses Gerät (Art. 3 lit. c TabPG). Die zugeführte Energie erhitzt oder verdampft das tabakhaltige Produkt, wobei die maximale Temperatur unter der Verbrennungstemperatur bleibt.⁴⁵ Durch dieses Verfahren wird die Bildung von Schadstoffen deutlich reduziert, kann aber nicht vollständig verhindert werden.⁴⁶ Aufgrund der geringeren Gesundheitsrisiken im Vergleich zu Produkten zum Rauchen ist diese Regelung weniger streng.⁴⁷ Tabakerzeugnisse zum Erhitzen sind beispielsweise Tabakkapseln, Tabakstäbchen oder Erhitzer für Produkte zum Erhitzen.⁴⁸

[34] Ein *Nikotinprodukt zum oralen Gebrauch* ist ein nikotinhaltiges Produkt mit oder ohne Tabak, welches beim Konsum mit der Mundschleimhaut in Kontakt kommt und das weder zum Rauchen noch zum Erhitzen bestimmt ist (Art. 3 lit. d TabPG). Darunter fallen Snus, Tabakbonbons, Kau- und Lutschtabak.⁴⁹ *Snus* ist pulverisierter oder fein geschnittener, aromatisierter und gegebenenfalls in Beuteln abgepackter Tabak, der zwischen Zahnfleisch und Oberlippe gelegt und so konsumiert wird.⁵⁰ Der Konsum von Snus ist erwiesenermassen giftig und krebserregend, auch wenn weniger giftige Stoffe freigesetzt werden als beim Rauchen von Tabak.⁵¹

[35] Ein *pflanzliches Rauchprodukt* ist ein Produkt ohne Tabak auf der Grundlage von Pflanzen, welches mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert wird (Art. 3 lit. e TabPG). Als pflanzliche Rauchprodukte gelten insbesondere Kräuterzigaretten oder Hanf mit geringem THC- bzw. CBD-Gehalt.⁵²

[36] Eine *elektronische Zigarette* ist ein Gerät, das ohne Tabak verwendet wird und mit dem die Emissionen einer mittels hinzugefügter Energie erhitzten Flüssigkeit mit oder ohne Nikotin inhaliert werden können sowie Nachfüllmaterial für dieses Gerät (Art. 3 lit. f TabPG). Unter den

⁴³ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 959.

⁴⁴ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937, 959.

⁴⁵ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937.

⁴⁶ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937.

⁴⁷ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 959.

⁴⁸ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937.

⁴⁹ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938, 959, 937.

⁵⁰ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938.

⁵¹ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938.

⁵² Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937.

Begriff «elektronische Zigaretten» fallen unter anderem E-Zigaretten, E-Zigarren und elektronische Wasserpfeifen (E-Shishas).⁵³ Diese Produkte enthalten zwar keinen Tabak, jedoch oft – wenn auch nicht immer – Nikotin.⁵⁴ Auch Liquids bzw. Nachfüllbehälter für E-Zigaretten und Erhitzer für E-Zigaretten fallen unter die gesetzliche Definition von E-Zigaretten.⁵⁵ Der Konsum von herkömmlichen Zigaretten ist deutlich schädlicher als derjenige von nikotinhaltigen E-Zigaretten.⁵⁶ Die Liberalisierung der E-Zigarette bietet mit dem TabPG den herkömmlichen Zigarettenraucherinnen und -rauchern eine weniger schädliche Alternative.⁵⁷ Nikotinhaltige E-Zigaretten bergen jedoch (ebenfalls) ein erhebliches Suchtpotenzial. Da nikotinhaltige E-Zigaretten gerade ein solches Suchtpotenzial aufweisen und beim Verschlucken für Kinder ein erhöhtes Vergiftungsrisiko besteht, werden sie im TabPG speziell geregelt.⁵⁸ Nikotinfreie E-Zigaretten sind demgegenüber deutlich weniger streng reguliert.

[37] *Gleichartige Produkte* sind Produkte, die aufgrund ihres Inhalts oder ihrer Konsumweise mit einem Tabakprodukt oder einer elektronischen Zigarette vergleichbar sind. Der Bundesrat kann ein gleichartiges Produkt einer der Kategorien nach Artikel 3 lit. a–f zuordnen, auch wenn es nicht alle Elemente der entsprechenden Definition erfüllt (Art. 4 Abs. 2 TabPG).

[38] *Sponsoring* umfasst jede Art von Unterstützung einer Tätigkeit, einer Veranstaltung oder von Personen mit dem Ziel oder der direkten bzw. indirekten Wirkung, den Konsum von Tabakprodukten und elektronischen Zigaretten sowie den Kauf von Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, zu fördern (Art. 3 lit. g TabPG).

[39] Das *Bereitstellen auf dem Markt* umfasst sodann das Bereithalten und das Anbieten eines Produkts oder eines Geräts im Hinblick auf die entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe an die Konsumentinnen und Konsumenten und die Abgabe dieses Produkts oder dieses Geräts; die Einfuhr im Hinblick auf die Abgabe an die Konsumentinnen und Konsumenten ist dem Bereitstellen auf dem Markt gleichgestellt (Art. 3 lit. h TabPG). Die Definition ist äusserst weit gefasst, in materieller Hinsicht zieht diese Definition jedoch keine Änderung im Vergleich zur alten TabV nach sich.⁵⁹

[40] Das TabPG gilt insbesondere für kommerzielle Anbieterinnen und Anbieter, weil diese durch die Abgabe ihrer Produkte die Gesundheit der Bevölkerung gefährden oder qualitativ beeinträchtigen können. Aufgrund des geringen Schutzbedürfnisses bei Handlungen zum Eigengebrauch sind gewisse *Ausnahmen vom Geltungs- und Anwendungsbereich* des TabPG gesetzlich verankert (Art. 2 Abs. 2 TabPG). Das TabPG gilt demnach nicht für:

- Tabakprodukte, deren Tabak die Konsumentinnen und Konsumenten für den Eigengebrauch selbst anbauen oder die sie für den Eigengebrauch selbst herstellen oder verarbeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. a TabPG);

⁵³ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938, 959.

⁵⁴ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 938.

⁵⁵ Vgl. dazu Botschaft TabPG, BBl 2019, 937.

⁵⁶ Rapport et avis d'experts sur la e-cigarette de l'Office français de prévention du tabagisme, Paris, Mai 2013; A. McNeill et al., E-cigarettes: an evidence update, Bericht im Auftrag von Public Health England, August 2015.

⁵⁷ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 938.

⁵⁸ Vgl. Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (TabPG), Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/tabak/tabpg/tabpg-2020/vernehmlassungsbericht.pdf> S. 20 (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

⁵⁹ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 959.

- Flüssigkeiten für elektronische Zigaretten, welche die Konsumentinnen und Konsumenten für den Eigengebrauch selbst herstellen oder verarbeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. b TabPG); sowie
- Tabakprodukte und elektronische Zigaretten, welche die Konsumentinnen und Konsumenten für den Eigengebrauch einführen; vorbehalten bleibt Art. 29 TabPG (Art. 2 Abs. 2 lit. b TabPG).

C. Gleichartige Produkte

[41] Damit die derzeit (noch) geltende TabV für gleichartige Produkte anwendbar ist, müssen *strenge regulatorische Anforderungen* erfüllt sein. Nach dem neuen TabPG sind die Anforderungen an die Unterstellung als gleichartige Produkte weniger weitgehend.

[42] Wie bereits vorstehend erwähnt, sind unter *gleichartigen Produkten* Erzeugnisse zu verstehen, die aufgrund ihres Inhalts oder ihrer Konsumweise mit einem Tabakprodukt oder einer elektronischen Zigarette vergleichbar sind (Art. 4 TabPG). Erfasst sind subsidiär also auch (zukünftige) neuartige Produkte. Diese sollen erfasst und adäquat reguliert werden, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 3 TabPG erfüllt sein müssen. Der Gesetzgeber hinkt – wie damals bei der E-Zigarette – den neuen Entwicklungen stets hinterher, weshalb auch künftige ähnliche oder gleichartige Produkte dem TabPG unterstellt werden. Nach mehreren Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts und der Aufhebung der Allgemeinverfügung des BLV wurden E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstände mit Humankontakt qualifiziert (vgl. dazu III.B.1). Unter dem neuen TabPG wird der Bundesrat nun Dank der Auffangbestimmung in Art. 4 TabPG ermächtigt, gleichartige Produkte, die nicht alle entsprechenden Definitionsmerkmale erfüllen, einer bestehenden Kategorie nach Art. 3 lit. a–f zuzuordnen (Art. 4 Abs. 2 TabPG). Der Bundesrat kann sodann für ein solches Produkt besondere Bestimmungen vorsehen, wenn sich dies aus sachlichen Gründen aufdrängt (Art. 4 Abs. 3 TabPG).

[43] *Bei Produkten, die ohne Verbrennungsprozess* konsumiert werden, ist die TabV nicht anwendbar, weshalb subsidiär das Gebrauchsgegenständerecht zur Anwendung kommt. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Gefahren- und Werbevorschriften problematisch. So gibt es für Gebrauchsgegenstände – wie vorstehend ausgeführt – kein Mindestabgabalter, so dass E-Zigaretten bis zur Einführung des TabPG problemlos legal an Minderjährige abgegeben werden können bzw. könnten. Die fehlende Regulierung der *E-Zigarette* war denn auch einer der Hauptgründe, warum die Erarbeitung des TabPG als notwendig erachtet wurde. Nebst dem bereits Gesagten werden im TabPG die Sicherheitsanforderungen für elektronische Zigaretten und für Tabakprodukte zum Erhitzen (Art. 16 TabPG) sowie die entsprechenden Produktinformationen (Art. 17 TabPG) ausdrücklich gesetzlich geregelt. Bezüglich der *Sicherheitsanforderungen* für E-Zigaretten gilt künftig, dass bei Nachfüllmaterial die Behälter mit nikotinhaltenen Flüssigkeiten stets (a) kindersicher und (b) bruchsicher sein sowie (c) über einen auslauffreien Mechanismus für die Nachfüllung verfügen müssen (Art. 16 TabPG).

[44] Hinsichtlich der *Produktinformationen* gilt: Jede Verpackung von E-Zigaretten und Tabakprodukten zum Erhitzen muss künftig eine Produktinformation mit den folgenden Angaben enthalten: (a) eine Gebrauchsanweisung für das Produkt sowie (b) den Hinweis, dass das Produkt nicht für den Gebrauch durch Minderjährige sowie Nichtraucherinnen und Nichtraucher empfohlen wird. Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass E-Zigaretten nicht als Einstiegsgeräte für den Tabakkonsum mit herkömmlichen Raucherwaren dienen sollen. Mit anderen Worten sollen Minderjährige generell von Suchtmitteln im Sinne des TabPG ferngehalten werden (vgl. dazu

ausführlich VI). Auch wenn aus wissenschaftlicher Sicht unbestritten ist, dass E-Zigaretten im Vergleich zu herkömmlichen Zigaretten weniger gesundheitsschädlich sind, darf dieser Umstand im Rahmen der Informationsgestaltung nicht dazu missbraucht werden, E-Zigaretten dem angesprochenen Publikum leichter «schmackhaft» zu machen. Zusätzlich zu den oben genannten Pflichtangaben müssen Herstellerinnen und Hersteller gemäss Art. 17 Abs. 2 lit. a–h TabPG den Konsumentinnen und Konsumenten folgende Informationen in geeigneter Form zugänglich machen:

- Verzeichnis aller Zutaten in absteigender Reihenfolge ihres Gewichtsanteils;
- Gebrauchs- und Aufbewahrungsanleitung;
- Hinweis, dass das Produkt nicht für den Gebrauch durch Minderjährige und Nichtraucherinnen und Nichtraucher empfohlen wird;
- Kontraindikationen;
- Warnhinweise für Risikogruppen;
- mögliche unerwünschte Wirkungen;
- Suchtpotential und Toxizität; sowie
- Kontaktdaten des Herstellers oder Importeurs.

V. Negativliste der Zutaten im Besonderen

[45] Eine wesentliche Änderung gegenüber dem geltenden Recht betrifft die Regelung der Zulässigkeit bestimmter Zutaten oder Substanzen für die Herstellung von Tabakprodukten und ähnlichen Produkten. So kann eine Zutat oder Substanz künftig verwendet werden, wenn sie nicht auf der Liste der verbotenen Zutaten bzw. der durch Höchstmengen beschränkten Substanzen aufgeführt ist. Entsprechend wird die derzeit geltende Positivliste für Zusatzstoffe, die für die Herstellung von Tabakprodukten verwendet werden dürfen (vgl. Art. 6 TabV), durch eine Negativliste mit den verbotenen Zutaten ersetzt.⁶⁰ Die Abkehr von der Positivliste gründet darin, dass den Zusatzstoffen im Vergleich zur Gesamtoxizität der Tabakprodukte zum Rauchen eine geringe Bedeutung beigemessen wird.⁶¹ Die verbotenen Zutaten in Tabakprodukten und E-Zigaretten sind in Anhang 1 des TabPG und die Höchstmenge der Emissionen von Zigaretten und Substanzen, die in Tabakprodukten zum oralen Gebrauch sowie in nikotinhaltigen Flüssigkeiten verwendet werden dürfen, in Anhang 2 des TabPG aufgeführt (Art. 7 TabPG).

[46] Im Übrigen dürfen Tabakprodukte und E-Zigaretten gemäss Art. 6 Abs. 1 TabPG keine Zutaten enthalten, die bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden (lit. a), ihre Toxizität um ein signifikantes Mass erhöhen (lit. b) oder eine psychotrope Wirkung haben (lit. c). Gemäss Art. 6. Abs. 2 TabPG muss die Flüssigkeit, die in E-Zigaretten und in Tabakprodukten zum Erhitzen verwendet wird, von hoher Reinheit sein (lit. a) und sie darf – mit Ausnahme von Nikotin – weder in erhitzter noch in nicht erhitzter Form ein Gesundheitsrisiko darstellen (lit. b). Entsprechend kann die Vollzugsbehörde für den Fall, dass ein gefährdendes Produkt vertrieben wird, welches eine schädliche, noch nicht von Art. 7

⁶⁰ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 962.

⁶¹ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 942.

i.V.m. Anhang 1 und 2 TabPG verbotene Zutat enthält, den Verkauf dieses Produkts gestützt auf Art. 6 TabPG verbieten.⁶²

VI. Jugendschutz und werberechtliche Vorgaben

A. Altersgrenze

[47] Zurzeit gibt es keine bundesrechtlichen Bestimmungen, die den Verkauf von Tabakprodukten und ähnlichen Produkten an Kinder und Jugendliche einschränken.⁶³ Allfällige Verkaufsverbote an Kinder und Jugendliche sind kantonal verankert.⁶⁴ Ohne entsprechende kantonale Regelung wäre der Verkauf von Tabakwaren an Personen unter 18 Jahren grundsätzlich legal, weshalb heute 22 Kantone im Rahmen ihrer kantonalen Kompetenz – wenn auch unterschiedlich geregelt – ein Mindestalter für die Abgabe von Tabakwaren eingeführt haben. So kennen die Kantone Appenzell Innerrhoden und Schwyz kein gesetzliches Mindestalter für die Abgabe von Tabakprodukten.⁶⁵ Die übrige Schweiz kennt kantonale Abgabeverbote für Jugendliche unter 16⁶⁶ bzw. unter 18⁶⁷ Jahren.⁶⁸ In der Südwestschweiz liegt die Altersgrenze für die Abgabe von Tabakwaren und anderen Raucherwaren mehrheitlich bei 18 Jahren, in der Nordwestschweiz bei 16 Jahren.⁶⁹ Darüber hinaus verpflichten sich zahlreiche Verkaufsstellen⁷⁰ von Tabakprodukten – wohl auch aus Imagegründen – freiwillig, Tabakwaren und andere nikotinhaltige Produkte nicht an Minderjährige zu verkaufen.⁷¹ Diese Verkaufsstellen verzichten zudem auf Werbung, die sich speziell an unter 18-Jährige richtet, auch wenn die in Art. 18 TabV genannten Ortsvorgaben grundsätzlich nicht einschlägig wären.⁷²

[48] In ähnlicher Weise handhaben die genannten Verkaufsstellen insbesondere den Verkauf von neuartigen E-Zigaretten. Neun Kantone verbieten die Abgabe von E-Zigaretten an Minderjährige (Wallis, Bern, Genf, Neuenburg, Jura, Freiburg, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Obwalden).⁷³

⁶² Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 961.

⁶³ Vgl. dazu LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, Zürich 2015, N 1023.

⁶⁴ Vgl. dazu Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, Fn. 12; siehe Tabakpolitik in den Kantonen, Fn. 12.

⁶⁵ Siehe Tabakpolitik in den Kantonen, (Fn. 12).

⁶⁶ Beispielsweise § 48 Abs. 5 des Gesundheitsgesetzes Zürich verbietet den Verkauf und die kostenlose Abgabe von Tabakprodukten an unter 16-Jährige.

⁶⁷ Beispielsweise Art. 52^{ter} des Gesundheitsgesetzes des Kanton St. Gallens.

⁶⁸ Vgl. dazu Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, Fn. 12.

⁶⁹ Vgl. dazu Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, (Fn. 68).

⁷⁰ Folgende Unternehmen haben den *Codex für die Vermarktung von Tabakprodukten, elektronische Zigaretten und anderen nikotinhaltigen Produkten in der Schweiz* unterzeichnet: Aldi Suisse, British American Tobacco, Burger Söhne AG, Coop, Denner AG, Japan Tobacco International AG, Koch & Gsell Tabakfabrikanten, Landi Schweiz AG, Lidl Schweiz, Manor, Oettinger Davidoff AG, Philip Morris S.A., Pöschl Tobacco Switzerland AG, Spar Management AG, TopShop, Transgourmet Schweiz AG, Valora AG, Villiger Söhne AG und Volg Konsumwaren AG (Stand 31. Dezember 2022).

⁷¹ Vgl. <https://www.swiss-tobacco.ch/codex/>, Fn. 29.

⁷² Vgl. <https://www.swiss-tobacco.ch/codex/> (zuletzt eingesehen am 19. Mai 2023); Fn. 29.

⁷³ Siehe Tabakpolitik in den Kantonen, Fn. 12; vgl. dazu auch die Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, Fn. 12.

Die übrigen Kantone kennen keine gesetzliche Altersgrenze für den Verkauf von E-Zigaretten.⁷⁴ Dies kann insbesondere aufgrund der produktregulatorischen Qualifikation der E-Zigarette als Gebrauchsgegenstand problematisch sein. Immerhin hat sich die E-Zigarettenindustrie zur Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln verpflichtet. So hat sie einen *Verhaltenskodex*⁷⁵ erarbeitet und ein (rechtlich nicht verbindliches) Abgabealter von 18 Jahren festgelegt.⁷⁶ Nur wenige Verkaufsstellen haben sich dem nicht angeschlossen bzw. halten sich auch ohne Soft-Law-Verpflichtung nicht freiwillig daran.⁷⁷

[49] Das TabPG soll insbesondere Minderjährige vor dem Konsum und dem Kontakt mit Tabakprodukten und E-Zigaretten schützen (Art. 1 lit. b TabPG). Entsprechend werden im TabPG einerseits die Abgabe an Minderjährige (Art. 23 TabPG) und andererseits Testkäufe zwecks Überprüfung der Einhaltung der Altersbeschränkung (Art. 24 TabPG) geregelt. Mit Inkrafttreten des TabPG soll somit neu ein Verbot der Abgabe an Minderjährige vorgesehen werden, wodurch eine einheitliche Altersgrenze für die ganze Schweiz verankert wird. Die Verankerung einer einheitlichen Altersgrenze ist auf die Motion Humbel für ein «gesamtschweizerisch einheitliches Abgabealter für Tabakprodukte» zurückzuführen, wonach eine landesweite Vereinheitlichung der Altersbeschränkung für die Abgabe von Tabakprodukten in der Schweiz verlangt wird.⁷⁸ Diese Motion wird mit Art. 23 TabPG umgesetzt.

[50] Gemäss Art. 23 Abs. 1 TabPG ist die Abgabe von Tabakprodukten und von elektronischen Zigaretten an Minderjährige verboten. In der Verkaufsstelle muss sichtbar und leserlich auf das Verbot der Abgabe an Minderjährige hingewiesen werden (Art. 23 Abs. 2 TabPG). Tabakprodukte und E-Zigaretten dürfen nur dann in Automaten verkauft werden, wenn diese Produkte für Minderjährige nicht zugänglich sind (Art. 23 Abs. 3 TabPG), was grundsätzlich eine (vorgängige) Alterskontrolle und Ausweisverifikation voraussetzt (etwa integrierbar in eine personalisierbare App).

[51] Zur Überprüfung der Einhaltung des Jugendschutzes erhalten die zuständigen Vollzugsstellen die Kompetenz, Testkäufe, sog. «Mystery Shopping», durchzuführen. So kann die zuständige kantonale Behörde zur Überprüfung der Einhaltung der Altersbeschränkung für die Abgabe von Tabakprodukten und von elektronischen Zigaretten Testkäufe durchführen oder Dritte damit beauftragen (Art. 24 Abs. 1 TabPG). Ein Testkauf ist ein Kauf oder ein versuchter Kauf eines Tabakproduktes oder einer elektronischen Zigarette durch eine behördlich beauftragte minderjährige Person (Art. 24 Abs. 2 TabPG). Die im Rahmen des Testkaufs gewonnenen Erkenntnisse können dabei in Straf- oder Verwaltungsverfahren eingeschränkt verwendet werden, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 24 Abs. 3 lit. a–f TabPG):

- die Testkäufe werden von der kantonalen Behörde oder von einer anerkannten Fachorganisation durchgeführt;

⁷⁴ Siehe Tabakpolitik in den Kantonen, Fn. 12; vgl. dazu auch die Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, einsehbar unter der URL: <https://www.obsan.admin.ch/de/indikatoren/MonAM/regulierungen-bei-tabak-und-e-zigaretten-den-kantonen> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

⁷⁵ Vgl. dazu Regulierungen bei Tabak und E-Zigaretten in den Kantonen, Fn. 12.

⁷⁶ Vgl. hierzu die offiziellen Informationen des BLV, einsehbar unter der URL: <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html> (zuletzt besucht am 19. Mai 2023).

⁷⁷ Vgl. <https://www.swiss-tobacco.ch/codex/>, Fn. 29.

⁷⁸ Vgl. Botschaft TabPG, BBl 2019, 943; vgl. die Motion Gesamtschweizerisch einheitliches Abgabealter für Tabakprodukte, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20113637> (zuletzt eingesehen am 19. Mai 2023).

- die minderjährige Person und eine Inhaberin oder ein Inhaber der elterlichen Sorge haben der Teilnahme an den Testkäufen schriftlich zugestimmt;
- die kantonale Behörde oder eine anerkannte Fachorganisation stellt fest, dass 1. die minderjährige Person sich für den vorgesehenen Einsatz eignet und 2. sie hinreichend auf den Einsatz vorbereitet worden ist;
- die minderjährige Person leistet ihren Einsatz anonym und wird dabei von einer erwachsenen Person begleitet;
- es werden keine Massnahmen getroffen, die das wahre Alter der minderjährigen Person verschleiern; und
- der Testkauf wird umgehend protokolliert und dokumentiert.

B. Werbung

[52] Der verabschiedete Art. 18 Abs. 1 TabPG verbietet Werbung an Minderjährige für Tabakprodukte, E-Zigaretten sowie Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden. Die nicht abschliessende Aufzählung von Art. 18 Abs. 1 TabPG listet dabei folgende Werbung auf: Werbung auf Schulmaterial (lit. a), auf Spielzeug (lit. b), auf Werbegegenständen, die an Minderjährige abgegeben werden (lit. c), in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Publikationen sowie auf Internetseiten, die für Minderjährige bestimmt sind (lit. d) sowie an Orten und Veranstaltungen, die hauptsächlich von Minderjährigen besucht werden (lit. e). Darüber hinaus ist (nach dem initialen Entwurf des TabPG) Werbung für Tabakprodukte, E-Zigaretten und Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, gemäss Art. 18 Abs. 2 TabPG – mit bestimmten Ausnahmen – untersagt, wenn sie mit preisvergleichenden Angaben oder mit Versprechen von Geschenken betrieben wird (lit. a), auf Plakaten auf öffentlichem oder privatem Grund, sofern von öffentlichem Grund einsehbar (lit. b), in Kinos (lit. c), in und an öffentlichen Verkehrsmitteln (lit. d), in und an Gebäuden oder Gebäudeteilen, die öffentlichen Zwecken dienen, inkl. ihrer Areale (lit. e) sowie auf Sportplätzen und an Sportveranstaltungen (lit. f) erfolgt. Schliesslich darf der Verkauf von Tabakprodukten, E-Zigaretten und Gegenständen, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden, nicht durch deren unentgeltliche Abgabe oder die Abgabe von Geschenken bzw. Preisen gefördert werden (Art. 19 Abs. 1 TabPG). Das Sponsoring von Veranstaltungen ist in der Schweiz untersagt, wenn diese internationalen Charakter haben, auf ein minderjähriges Publikum abzielen oder diese von Bund, Kantonen und Gemeinden organisiert werden (vgl. Art. 20 TabPG). Auf der Werbung und dem Sponsoring müssen sodann entsprechende Warnhinweise betreffend mögliche Gesundheitsschädigungen angebracht werden (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 14 Abs. 1 lit. a, b, c Ziff. 1, d oder e TabPG). Im Übrigen ist es den Kantonen vorbehalten, strengere Vorschriften betreffend die Werbung und Verkaufsförderung sowie das Sponsoring vorzusehen (Art. 22 TabPG).

[53] Nur wenige Monate nach der Verabschiedung des TabPG durch das Parlament hat allerdings das Schweizer Stimmvolk am 13. Februar 2022 die Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)» angenommen. Die neue Verfassungsbestimmung verlangt, dass Tabakwerbung sowie Hinweise auf Verkaufsförderung und Sponsoring in Presseerzeugnissen (sofern sie sich nicht ausschliesslich an Personen richten, die in der Tabakbranche tätig sind), im Internet, in Apps und anderen elektronischen Medien, im Kino sowie auf Werbeträgern, mit denen Kinder und Jugendliche erreicht

werden können, verboten werden. Ebenfalls verboten ist das Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz, wenn diese einen internationalen Charakter haben oder von Minderjährigen besucht werden können. Das Werbeverbot gilt sowohl für Tabakprodukte als auch für E-Zigaretten und Gegenstände, die mit einem Tabakprodukt eine funktionale Einheit bilden. Die Umsetzung der Initiative erfordert deshalb bereits eine erste Revision des neu geschaffenen TabPG. Dieser Auftrag wird als eigenständiges Gesetzgebungsprojekt durchgeführt. Der Vorentwurf des Bundesrates vom 31. August 2022 liegt bereits vor. Die Vernehmlassung zur Teilrevision wurde am 31. August 2022 eröffnet und dauerte bis zum 30. November 2022. Die Überweisung des Vorentwurfs an das Parlament wurde für das erste Halbjahr 2023 vorgesehen. Der Initiativtext sieht vor, dass die Volksinitiative innerhalb von drei Jahren nach ihrer Annahme als Gesetzestext final verabschiedet werden muss.

C. Täuschungsschutz

[54] Gemäss Art. 5 Abs. 1 TabPG dürfen Konsumentinnen und Konsumenten nicht durch die Aufmachung, die Kennzeichnung oder die Verpackung der Tabakprodukte und E-Zigaretten sowie die Werbung für diese Produkte getäuscht werden. Diese sind täuschend, wenn sie geeignet sind, bei den Konsumentinnen und Konsumenten falsche Vorstellungen über die gesundheitlichen Auswirkungen, die Gefahren oder die Emissionen des Produkts zu wecken (Art. 5 Abs. 2 TabPG).

[55] Bei der Abgabe von Tabakprodukten an Konsumentinnen und Konsumenten sind insbesondere verschiedene Vorschriften über die Packungsgrösse und die Kennzeichnung zu beachten (Art. 10 ff. TabPG). Verboten sind beispielsweise Angaben wie «Bio», «leicht», «mild» «natürlich» oder «ohne Zusatzstoffe» auf Tabakprodukten zum Rauchen (Art. 12 lit. a TabPG). Da solche Angaben als täuschend gelten, dürfen sie auch nicht in der Werbung für andere Tabakprodukte oder nikotinhaltige E-Zigaretten verwendet werden (Art. 5 TabPG).

[56] Ein Verstoss gegen die Vorschriften betreffend den Täuschungsschutz stellt eine Übertretung dar und wird mit Busse bis zu CHF 40'000 bestraft (Art. 45 Abs. 1 TabPG). Bei Fahrlässigkeit beträgt die Busse maximal CHF 20'000 (Art. 45 Abs. 2 TabPG).

VII. Abschliessende Bemerkungen

[57] Die Rechtslage zur Regulierung von tabakbasierten sowie (pflanzlichen) Erzeugnissen zum Rauchen wurde und wird bisher über die vom alten Lebensmittelrecht von 1992 abgeleitete TabV gehandhabt. Gleiches gilt für tabakhaltige Produkte für eine alternative Anwendung wie etwa Lutschen oder Kauen. Wie gesehen vermag diese (veraltete) Rechtslage mit den raschen Marktentwicklungen bzw. den heutigen Produkteinnovationen nicht mitzuhalten. Dadurch entsteht zwar im Kern keine Regulierungslücke, da das schweizerische Produkterecht grundsätzlich lückenlos besteht. Problematisch ist jedoch der Umstand, dass die (alten) gebrauchsgegenständlichen Vorgaben gerade für neuartige Produkte wie etwa E-Zigaretten nicht umfassend adäquat erscheinen, was sich in offensichtlicher Weise anhand des Fehlens eines Mindestabgabealters aufzeigen lässt. Aus diesem und zahlreichen weiteren Gründen hat sich die Einführung eines erstmalig für die Schweiz geltenden eigenständigen Bundesgesetzes als notwendig erwiesen, was zu begrüßen ist.

[58] Durch das 2024 in Kraft tretende TabPG werden die meisten heute bestehenden Probleme auf einen Schlag beseitigt und der Jugendschutz gestärkt. Bei genauerer Betrachtung muss allerdings auch festgehalten werden, dass die Einführung des TabPG hinsichtlich des öffentlichen Gesundheitsschutzes keineswegs mit einer Verschärfung der Rechtslage assoziiert werden darf. Vielmehr ist es so, dass das TabPG für verschiedene Produkte – gerade im heutigen Bereich der pharmakologisch wirkenden Gebrauchsgegenstände – eine eigenständige Rechtsgrundlage schafft, gemäss welcher solche Produkte inskünftig legal am Markt vertrieben werden können. Vor der Einführung des TabPG waren diese Produkte grundsätzlich (aufgrund von Art. 61 Abs. 2 LGV) als rechtswidrig einzustufen und konnten in der Schweiz nur (ausnahmsweise) vertrieben werden, sofern der Umweg über das THG bzw. das Cassis-de-Dijon-Prinzip einen Vertrieb in der Schweiz rechtfertigte. In diesem Sinne ist das TabPG klarerweise als Akt der Liberalisierung im Bereich der Suchtmittelerzeugnisse anzusehen, welcher inskünftig den Vertrieb von beispielsweise nikotinhaltenen Erzeugnissen unter erleichterten Bedingungen ermöglicht. Die damit einhergehenden Entwicklungen des durchschnittlichen Konsums in der Schweiz sind entsprechend unklar.

[59] Klar sein werden inskünftig hingegen die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Suchtmittel- und pharmakologisch wirkenden Erzeugnissen (im Sinne der altrechtlichen Genussmittel). Durch den gesetzlichen Rahmen erhält der Bundesrat umfassende Kompetenzen, welche eine jederzeitige Unterstellung neuartiger Produkte ermöglichen. Analoge Entwicklungen wie etwa in der Vergangenheit bei der E-Zigarette oder dem tabakbasierten Snus können künftig entsprechend vermieden werden. Durch die jüngsten Entwicklungen kann sodann bereits jetzt festgehalten werden, dass Werbung für Tabakerzeugnisse und vergleichbare Produkte nahezu ausgeschlossen ist und somit Jugendliche weit weniger mit dieser Thematik auf öffentlichem Grund bzw. im Internet in Berührung kommen dürften.

Dr. iur. DANIEL DONAUER, LL.M. (*Gesundheitsrecht, University of Washington*), CAS (*Medizinrecht, Universität Zürich*) ist Rechtsanwalt in Zürich. Er praktiziert mit Fokus in den Bereichen Life Sciences & Healthcare, Intellectual Property sowie Litigation. Sein besonderer Fokus liegt in der rechtlichen Beratung zu Anliegen bei Heilmitteln, Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen, Alkohol- und Tabakwaren sowie Werberecht für die benannten Erzeugnisse.

ANNA PELLIZZARI, MLaw, ist Rechtsanwältin in Zürich mit Schwerpunktinteresse im Bereich der Produkteregulierung.

CHANTAL ODERMATT, MLaw, ist a.o. Gerichtsschreiberin in St. Gallen.