

Rechtsgutachten Völkerrechtskonformität einer Cannabisregulierung im Rahmen der Pa. Iv. Siegenthaler 2023

zuhanden
Bundesamt für Gesundheit

erstattet von

Prof. Dr. iur. Franziska Sprecher, RA
Institut für öffentliches Recht,
Zentrum für Gesundheitsrecht und Management
im Gesundheitswesen, Universität Bern

Dezember 2023

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Literaturverzeichnis	IV
B.	Materialienverzeichnis	VII
C.	Erlassverzeichnis	IX
D.	Abkürzungsverzeichnis	XI
I.	Rahmenbedingungen und Aufbau des Gutachtens	1
A.	Ausgangslage	1
B.	Auftrag	2
C.	Aufbau	3
II.	Teil 1: Völkerrechtlicher Rahmen einer Cannabisregulierung	3
A.	Völkerrechtliche Ausgangslage	3
1.	Drogenkontrollübereinkommen der Vereinten Nationen	3
a.	Drogenkontrollsystem der Vereinten Nationen	4
b.	Einheitsübereinkommen (EHÜ)	5
2.	Schengener Durchführungsübereinkommen	10
B.	Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen	12
1.	Einleitung	12
2.	Grundlagen	13
C.	Spielräume und Optionen im internationalen Recht	14
1.	Änderungen der UN-Drogenkontrollübereinkommen	15
a.	Änderungen an den UN-Drogenkontrollübereinkommen	15
b.	Vertragsreformen, die für alle Mitglieder gelten	16
c.	Vertragsreform, die nur für eine ausgewählte Gruppe von Staaten gilt: Inter-Se Abkommen	18
2.	Vorbehalte	21
3.	Austritt aus den Verträgen	22
4.	Kündigung und Wiedereintritt mit Vorbehalt	23
5.	Flexible Vertragsauslegung und Neuinterpretation der Ausnahmeregelung der UN-Drogenkontrollübereinkommen	25
6.	Vorübergehende respektvolle Nichteinhaltung	26
7.	Menschenrechtlicher Ansatz	28
D.	Konsequenzen	30
1.	UN-Drogenkontrollübereinkommen	30
2.	Schengen-Durchführungsübereinkommen	32
III.	Teil 2: Nationale Regulierung von Cannabis zu rekreativen Zwecken - Länderbeispiele	33
A.	Uruguay	33
1.	Regulierung von Cannabis in Uruguay	33
2.	Uruguay und die UN-Drogenkontrollübereinkommen	34

A.	Kanada.....	34
1.	Regulierung von Cannabis in Kanada.....	34
2.	Kanada und die UN-Drogenkontrollübereinkommen.....	35
B.	Malta	36
1.	Europarechtlicher Exkurs	36
2.	Regulierung von Cannabis in Malta	37
3.	Malta und die völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen	38
a.	Europarecht	38
b.	UN-Drogenübereinkommen	38
C.	Deutschland	38
1.	Geplante Regulierung von Cannabis in Deutschland.....	38
2.	Deutschland und die völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen	39
a.	Völkerrecht.....	40
b.	Europarecht	40
IV.	Teil 3: Freihandelsverpflichtungen und Regulierung von Cannabis	42
A.	Einfuhrbeschränkungen unter dem GATT.....	43
B.	Staatliche Monopole unter dem GATT	45
V.	Teil 4: Resultate und Zusammenfassung.....	46
A.	Frage 1.....	46
B.	Frage 2:.....	49
C.	Frage 3:.....	51
D.	Frage 4:.....	52
E.	Frage 5:.....	54
F.	Frage 6:.....	55

A. Literaturverzeichnis

- AMBOS KAI: Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht, Verf-Blog, 2022/7/25,
<https://verfassungsblog.de/nochmals-cannabis-entkriminalisierung-und-europarecht/>, DOI: 10.17176/20220725-181757-0.
- BEAR DANIEL, From Toques to Tokes: Two challenges facing nationwide legalization of cannabis in Canada, *International Journal of Drug Policy* 42 (2017) 97-101
- BEWLEY-TAYLOR DAVID, The Creation and Impact of Global Drug Prohibition, in Gootenberg Paul (ed.), *The Oxford Handbook of Global Drug History*, New York 2022
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190842642.001.0001>
- BEWLEY-TAYLOR DAVID/JELSMA MARTIN, Regime change: re-visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs, *International Journal of Drug Policy* 23 (2012), 72-81
DOI: [10.1016/j.drugpo.2011.08.003](https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2011.08.003)
- BOISTER, NEIL, Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs. *Leiden Journal of International Law*, 29(02), 2016, 389–409
<http://doi.org/10.1017/S0922156516000078>
- CLEMENTI ALEXANDER, High Time for Change: How the Relationship Between Signatory Countries and the United Nations Conventions Governing Narcotic Drugs Must Adapt to Foster a Global Shift in Cannabis Law, *Brooklyn Journal of International Law*, 2021, Vol 46/2, 603-639
- CUPA KATJA, Zukünftige Regulierung von Cannabis. Wandel vom Betäubungsmittel zum Lebensmittel, *Zürcher Studien zum öffentlichen Recht* Bd. 278, Zürich/Basel/Genf 2021.
- ELIASON ANTONIA/HOWSE ROBERT, A Higher Authority: Canada's Cannabis Legalization in the Context of International Law, *Michigan Journal of International Law* 40/2. 2019, 327-383
<https://doi.org/10.36642/mjil.40.2.higher>
- EIDGENÖSSISCHEN KOMMISSION FÜR SUCHTFRAGEN (EKSF), Synthesebericht «Cannabis», April 2019
https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/sucht/eksf/synthesebericht-cannabis-eksf-2019.pdf.download.pdf/EKSF_Synthesebericht%20Cannabis_DE.pdf
- GREVE HENDRIK, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz von Cannabis, in: Ziegler Andreas S. (Hrsg.), *Cannabis. Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Stuttgart, 2022, 237-264
- HABIBI ROOJIN/HOFFMAN STEVEN J., Legalizing Cannabis Violates the UN Drug Control Treaties, but Progressive Countries Like Canada Have Options, *Ottawa Law Review* 49/2, 2017-2018, 427-460.

- HASSELGARD-ROWE JENNIFER/SEILER BRICE/CLOT JEAN/SAVARY JEAN-FÉLIX, Politikfeldanalyse zur internationalen Drogenpolitik. Analysis of the International Drug Control System, Lausanne, 11 September 2019
[file:///C:/Users/f.sprecher/Downloads/07 International%20Drug%20Control%20System_e.pdf](file:///C:/Users/f.sprecher/Downloads/07_International%20Drug%20Control%20System_e.pdf)
- HOFMAN ROBIN, Rechtliche Hürden der Cannabis-Regulierung in Deutschland und Europa, verfassungsblog.de, 23. November 2021
<https://verfassungsblog.de/das-cannabis-dilemma>
- HOMBERG PETER, Geplante Cannabis-Legalisierung: Zwischen Wunschdenken und Rechtsrealität, Legal Tribune Online 26. September 2022
<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-legalisierung-voelkerrecht-un-uebereinkommen-europarecht-schengen-vertragsverletzung/print.html>
- JELSMA MARTIN, Cannabis regulation vs international and EU law: Legal tensions and compliance options, rausch - Wiener Zeitschrift für Suchtherapie Cannabis-Legalisierung: 2022/3
- JELSMA MARTIN, German cannabis regulation on thin ice, transnational institute, 28 October 2022,
<https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>
- JELSMA MARTIN/BOISTER NEIL/BEWLEY-TAYLOR DAVID, Balancing Treaty Stability and Change: Inter Se Modification of the UN Drug Control Conventions to Facilitate Cannabis Regulation, Policy Report, Global Drug Policy Observatory (GDPO) / Washington Office on Latin America (WOLA) / Transnational Institute (TNI), 2018.
- LANDWEHR OLIVER/KHAN DANIEL-ERASMUS, "Legalize It!?" – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law. Is Legalisation Legal?, European Law Forum: Prevention • Investigation • Prosecution (eucrim) 1 / 2023, 89-99
- PARDAL MAFALDA/KILMER BEAU/D'AURIA SARA/STRABEL TAMARA/GALIMBERTI SILVIA/HOORENS STIJN/DECORTE TOM/SENATO BEN, Alternatives to profit-maximising commercial models of cannabis supply for non-medical use, 2023
[https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/forschungsberichte/forschungsberichte-cannabis/alternativen-nonprofit-cannabis.pdf.download.pdf/2023 RAND Alternatives%20to%20profit-maximising%20commercial%20models_final_report.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/forschungsberichte/forschungsberichte-cannabis/alternativen-nonprofit-cannabis.pdf.download.pdf/2023_RAND_Alternatives%20to%20profit-maximising%20commercial%20models_final_report.pdf)
- PETERS ANNE/PETRIG ANNA, völkerrecht. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020
- PETERS ANNE/PETRIG ANNE, Völkerrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- ROOM ROBIN, The United Nation Drug Conventions: Evidence on Effects and Impact, in: el-Guebaly/Carrà/Galanter/Baldacchino (Hrsg.), Textbook of Addiction Treatment. International Perspectives, 2021; DOI 10.1007/978-3-030-36391-8_55

- SCHLEGEL STEFAN/JUCKER OLIVER, Kommentar Betäubungsmittelgesetz sowie zu Bestimmungen des StGB und OBG mit weiteren Erlassen, 4. Überarbeitete Auflage, Zürich 2022;
 zit. OFK/BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Art. _ N _
- TRANSFORM, Cannabis regulieren. Ein Praxisleitfaden, 3. Auflage, 2022 (deutsche Übersetzung 2023)
https://transformdrugs.org/assets/files/Cannabis_Regulieren_Deutsch.pdf
- VAN KEMPEN PIET HEIN/FEDOROVA MASHA, International Law and Cannabis. Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, Volume I, Cambridge/Antwerp/Chicago 2019
 zit.: VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I
- VAN KEMPEN PIET HEIN/FEDOROVA MASHA, International Law and Cannabis. Regulation of Cannabis Cultivation and Trade for Recreational Use: Positive Human Rights Obligations versus UN Narcotic Drugs Conventions, Volume II, Cambridge/Antwerp/Chicago 2019;
 zit.: VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. II
- WALSH JOHN/RAMSEY GEOFF, Uruguay's Drug Policy: Major Innovations, Major Challenge, 2015
<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/Walsh-Uruguay-final.pdf>
- WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA (WOLA) – Advocacy for Human Rights in the Americas, Cannabis Regulation and the UN Drug Treaties. Strategies for Reform, June 2016, zit. WOLA
https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/08/Cannabis-Regulation-and-the-UN-Drug-Treaties_June-2016_web.pdf
- WOLD CHRIS, Japan's Resumption of Commercial Whaling and Its Duty to Cooperate with the International Whaling Commission, The Journal of Environmental Law and Litigation Vol. 35, 87-143
- WÜGER DANIEL, Das für die Schengen- und die Dublin-Assoziierung massgebliche Recht: Publikation und Zugang, in: LeGes 24 (2013) 63 – 87
- ZIEGLER ANDREAS R., Einführung in das Völkerrecht, 4. Auflage, Bern 2020

B. Materialienverzeichnis

Bericht Postulat 21.3280	Rechtssicherheit bei Produktion, Handel und Gebrauch von Hanf/Cannabisprodukten, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 21.3280 Minder vom 18. März 2021, 1. November 2023
Botschaft EHÜ	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung des Einheits-Übereinkommens über die Betäubungsmittel vom 20. März 1968, BBl 1968 I 757
Botschaft Geneh- migung bilaterale Abkom- men	Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») vom 1. Oktober 2004, BBl 2004 5965
Botschaft Ü71	Botschaft des Bundesrates über den Beitritt der Schweiz zu zwei internationalen Betäubungsmittel-Übereinkommen sowie über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes vom 22. Juni 1994, BBl 1994 1273 (zit. Botschaft über den Beitritt der Schweiz zu zwei internationalen Betäubungsmittel-Übereinkommen), BBl 1994 III 1273
Eckpunk- tepapier 2022	Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Einführung einer kontrollierten Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken vom 26. Oktober 2022 < https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/meldungen/kontrollierte-abgabe-von-cannabis-eckpunkte-papier-der-bundesregierung-liegt-vor.html >, zuletzt besucht im November 2023
Eck- punktpa- pier 2023	Kontrollierte Abgabe von Genusscannabis an Erwachsene. Eckpunkte eines 2-Säulen-Modells: 1. Privater & gemeinschaftlicher, nicht-kommerzieller Eigenanbau, 2. Regionales Modellvorhaben mit kommerziellen Lieferketten vom 24. März 2023 < https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/C/Cannabis/Eckpunkte_2-Saeulenmodell_Cannabis.pdf >, zuletzt besucht im November 2023.
Gutach- ten Uni- onsrecht	Gutachten für den Deutschen Bundestag, Vorgaben des Europäischen Unionsrechts im Hinblick auf eine mitgliedstaatliche Legalisierung von Cannabis, PE 6 - 3000 - 043/22 < https://www.bundestag.de/resource/blob/909550/2fed53bda15f6b2f0dcc26ebfc94b5e1/PE-6-043-22-pdf-data.pdf >

- Gutachten Völkerrecht Gutachten für den Deutschen Bundestag, Cannabis-Legalisierung im Lichte des Völkerrechts, WD 2 – 3000 – 057/22
<<https://www.bundestag.de/resource/blob/909524/0331f5fd3ccd14c6758c234f561ed879/WD-2-057-22-pdf-data.pdf>>
- Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, Bericht des Bundesrates vom 28. April 2021 in Erfüllung des Postulats 17.4076 Rechsteiner Paul, 12. Dezember 2017
- UN-Kommentar EHÜ Secretary-General, Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, New York, 1961
<https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf>, besucht im November 2023

C. Erlassverzeichnis

AEUV	Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47–390
Berner Konvention	Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume. Abgeschlossen in Bern am 19. September 1979, SR 0.455
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951, SR 812.121
BetmKV	Verordnung über die Betäubungsmittelkontrolle (Betäubungsmittelkontrollverordnung, BetmKV) vom 25. Mai 2011, Sr 812.121.1
BetmVV-EDI	Verordnung des EDI über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien (Betäubungsmittelverzeichnisverordnung, BetmVV-EDI) vom 30. Mai 201, SR 812.121.11
DAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags. Abgeschlossen am 26. Oktober 2004, SR 0.142.392.68
EHÜ	Einheits-Übereinkommen von 1961 über die Betäubungsmittel. Abgeschlossen in New York am 30. März 1961. Unterzeichnet von der Schweiz am 20. April 1961, SR 0.812.121.0
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen. Abgeschlossen in Genf am 30. Oktober 1947, SR 0.632.21
Rahmenbeschluss 2004/757/JI	Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels. ABl. EG 2004, L 335/8 (konsolidierte Fassung vom 09.06.2021).
Rahmenbeschluss 2004/757/JI	Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels; ABl. L 335 vom 11.11.2004, S. 8–11

SAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands. Abgeschlossen am 26. Oktober 2004, SR 0.362.31
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990); Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062
Ü71	Übereinkommen über psychotrope Stoffe. Abgeschlossen in Wien am 21. Februar 1971. Von der Bundesversammlung genehmigt am 21. März 1995, SR 0.812.121.02
Ü88	Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen. Abgeschlossen in Wien am 20. Dezember 1988, Von der Bundesversammlung genehmigt am 16. März 2005, SR 0.812.121.03
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969, SR 0.111

D. Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BS	Basel-Stadt
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CBD	Cannabidiol
CND	Commission on Narcotic Drugs (=Suchtstoffkommission)
E.	Erwägung
ECOSOC	Economic and Social Council / Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
ed.	editor
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EKSN	Eidgenössische Kommission für Fragen zu Sucht und Prävention nichtübertragbarer Krankheiten
et al.	Et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.	folgend
ff.	folgende Seite(n)/Note(n)/Artikel
Hrsg.	Herausgeber
IGH	Internationaler Gerichtshof der Vereinten Nationen
INCB	International Narcotic Control Board
insb.	insbesondere
lit.	Litera
m.w.Nw.	Mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite

SGK-N	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
SGK-S	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerrates
SR	Systematische Rechtssammlung
THC	Tetrahydrocannabinol
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization (= Organisation der Vereinten Nationen)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

I. Rahmenbedingungen und Aufbau des Gutachtens

A. Ausgangslage

In der Schweiz werden Hanf und Hanfprodukte ab einem THC-Gehalt von 1 Prozent betäubungsmittelrechtlich erfasst.¹ Hanf, welcher diesen Grenzwert unterschreitet, gilt rechtlich gesehen nicht als Betäubungsmittel und kann – unabhängig vom Zweck, für welchen der Hanf verwendet wird –, ohne betäubungsmittelrechtliche Kontrolle angebaut, eingeführt, ausgeführt und in Verkehr gebracht werden.²

Gemäss dem geltenden BetmG sind in der Schweiz Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis ausserhalb medizinischer Zwecke verboten (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BetmG). Damit sind der Anbau, die Einfuhr, die Herstellung, das Inverkehrbringen und der Konsum verboten und strafbar und können nur in Ausnahmefällen, insbesondere zum Zweck der medizinischen Forschung, vom BAG bewilligt werden (Art. 8 Abs. 5 BetmG). Cannabis gehört somit zu den *kontrollierten Substanzen* nach Art. 3 Abs. 2 Bst. d BetmKV.

Seit 2022 ist Cannabis zu medizinischen Zwecken in der Schweiz beschränkt verkehrsfähig (Verzeichnis a BetmVV-EDI).³

Cannabis zu rekreativen Zwecken ist in der Schweiz nach wie vor verboten.⁴ Seit Mai 2021 können in der Schweiz gemäss Art. 8a BetmG durch das BAG wissenschaftliche Pilotversuche bewilligt werden, in deren Rahmen Cannabis zu rekreativen Zwecken befristet legal konsumiert werden kann. Die Pilotversuche erproben mögliche Regelungen im Umgang mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken.⁵

Am 25. September 2020 wurde im Nationalrat die parlamentarische Initiative 20.473 Siegenthaler «Regulierung des Cannabismarktes für einen besseren Jugend- und Konsumentenschutz» mit dem Ziel eingereicht, einen legalen Cannabismarkt zu schaffen.⁶ Hierzu soll der Anbau, die Produktion, der Handel und der Konsum von THC-haltigem Cannabis umfassend geregelt werden. Nachdem die SGK-N am 28. April 2021 und die SGK-S am 19. Oktober 2021 der parlamentarischen Initiative zugestimmt hatten, nahm im Frühjahr 2022 die Subkommission «Cannabisregulierung» der SGK-N die Arbeit auf.

¹ Verzeichnis d BetmVV-EDI für Cannabis und Verzeichnis a BetmVV-EDI für Cannabis zu medizinischen Zwecken. Der Grenzwert von 1 Prozent Gesamt-THC-Gehalt gilt auch für Zubereitungen aus Cannabis wie Cannabisextrakten, Cannabisöl und Cannabistinkturen. Bericht Postulat 21.3280, 22.

² Bericht Postulat 21.3280, 21.

³ Cannabis zu medizinischen Zwecken untersteht dem betäubungsrechtlichen Bewilligungs- und Kontrollregime von Swissmedic. Vgl. Art. 8 Abs. 4 BetmG und BetmKV. Dazu Bericht Postulat 21.3280, 49 ff., 62.

⁴ Bericht Postulat 21.3280, 55 ff.

⁵ Bericht Postulat 21.3280, 62 f.

⁶ <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200473>>, besucht im November 2023.

B. Auftrag

- 6 Die Gutachterin wurde vom Bundesamt für Gesundheit mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt, das folgende Fragen behandelt:

Frage 1:

Welches sind die wichtigsten Spannungsfelder, die sich aus dem anwendbaren internationalen Rahmen, insbesondere aus den drei UN-Konventionen zur Drogenkontrolle und dem Schengen-Recht im Falle der Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für den rekreativen Konsum ergeben? Fragen stellen sich insbesondere in Bezug auf:

- Die Beschränkungen, die in Art. 4 lit. c des UN-Einheitsübereinkommens über die Betäubungsmittel von 1961 (EHÜ) vorgesehen sind;
- Die Verpflichtung gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. d und e in Verbindung mit Art. 28 EHÜ einen einzigen staatlichen Organismus vorzusehen, der die gesamte nationale Cannabisernte in Besitz nimmt und das alleinige Recht hat, Cannabis zu importieren, zu exportieren, im Grosshandel zu verkaufen und Vorräte zu halten;
- Die Verpflichtungen, die sich aus der Schengen-Assoziierung der Schweiz ergeben, insbesondere aus den Art. 71 bis 73 des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990 (insbesondere die Verpflichtung nach Art. 71 Abs. 2, die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen sowie den Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden, unter Berücksichtigung der Gemeinsamen Erklärung zu Art. 71 Abs. 2).

Frage 2:

Wie haben Uruguay, Kanada, Malta, Deutschland – die einen legalen Zugang zu Cannabis für rekreative Zwecke eingeführt haben oder einführen wollen – diese Spannungen gelöst bzw. wie haben sie sich dazu positioniert? Welche Massnahmen haben diese Länder ergriffen, um die Konformität mit dem internationalen Rechtsrahmen zu gewähren?

Frage 3:

Welchen Spielraum gibt es im internationalen Recht in Bezug auf diese Spannungen für die Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken?

Frage 4:

Welche Optionen stehen der Schweiz zur Verfügung, um diese Spannungen im Rahmen des internationalen Rechts bei der Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für rekreative Zwecke zu lösen?

Frage 5:

Wie haben die Länder die Verpflichtungen aus Art. 23 Abs. 2 des EHÜ umgesetzt? Insbesondere:

- Nehmen die Länder auch Cannabis zu rekreativen Zwecken in Besitz? Ist der Grosshandel staatlich?

- Wurden diese Verpflichtungen durch ein staatliches Monopol auf den Grosshandel in Verbindung mit einem Konzessionssystem für den Einzelhandel umgesetzt?

Frage 6:

Wie haben die Länder ihre internationalen Freihandelsverpflichtungen berücksichtigt? insbesondere:

- Im Hinblick auf die Errichtung eines staatlichen Monopols?
- Im Hinblick auf Einfuhrbeschränkungen?

C. Aufbau

In einem ersten Teil widmet sich das Gutachten dem völkerrechtlichen Rahmen der Cannabisregulierung. Dabei werden die relevanten völkerrechtlichen Bestimmungen ausgelegt sowie die Spielräume und Grenzen des internationalen Rechts dargelegt. Im zweiten Teil werden die Cannabis-Regulierungen in den Ländern Kanada, Uruguay, Malta und Deutschland analysiert und auf ihre Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Vorgaben hin untersucht. Der dritte Teil geht auf die Frage der Vereinbarkeit der Cannabis-Regulierung mit den internationalen Freihandelsverpflichtungen ein. Den Abschluss bildet Teil 5 mit der zusammenfassenden Beantwortung der Gutachtensfragen. 7

II. Teil 1: Völkerrechtlicher Rahmen einer Cannabisregulierung

A. Völkerrechtliche Ausgangslage

Nachfolgend werden die völkerrechtlichen Vorgaben für den Umgang mit Cannabis – sofern Hanf und Hanfprodukte als Betäubungsmittel eingestuft werden –, insbesondere für die Einfuhr und Ausfuhr sowie die nationale Inverkehrbringung, dargelegt. 8

Für die Schweiz auf internationaler Ebene massgebend sind einerseits die Übereinkommen des Drogenkontrollsystems der UNO (nachfolgend II.A.1.) und andererseits auf europäischer Ebene das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 (SDÜ) (nachfolgend II.A.2.).

1. Drogenkontrollübereinkommen der Vereinten Nationen

Das Drogenkontrollsystem der Vereinten Nationen beruht auf drei völkerrechtlichen Verträgen auf Ebene der UNO.⁷ Diese wurden bis heute von fast allen Mitgliedsländern der UNO ratifiziert. Das gemeinsame Ziel dieser Abkommen ist gemäss der Präambel des EHÜ der Schutz der «körperliche[n] und sittliche[n] Gesundheit der Menschheit» vor den Gefahren von Betäubungsmitteln und psychotropen Substanzen sowie die Sicherstellung der Versorgung mit Betäubungsmitteln zu medizinischen Zwecken (insb. Schmerzlinderung). Das durch die drei Abkommen begründete *Drogenkontrollsystem der UNO* (Rz. 13 ff.) soll Missbrauch von Betäubungsmitteln verhindern und gleichzeitig 9

⁷ Zur Entstehungsgeschichte vgl. u.a. BEWLEY-TAYLOR; BEWLEY-TAYLOR/JELSMA.

- sicherstellen, dass kontrollierte Substanzen der Bevölkerung nur zu medizinischen und wissenschaftlichen Verwendungszwecken zur Verfügung stehen.⁸
- 10 Zu den drei Drogenübereinkommen gehören das am 30. März 1961 unterzeichnete Einheits-Übereinkommen über die Betäubungsmittel (EHÜ) mit dem Zusatzprotokoll vom 25. März 1972⁹, das Übereinkommen über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971 (Ü71) sowie das Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988 (Ü88).¹⁰
- 11 Alle drei Verträge enthalten Bestimmungen, die sich auf Cannabis beziehen. Der Konsum selbst wird durch die Drogenkontrollübereinkommen nicht verboten.¹¹ Doch zielen die Übereinkommen zentral darauf ab, den Verkehr von Betäubungsmitteln zu anderen als medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken zu unterbinden.¹² Um dieses Ziel zu erreichen, sehen die Übereinkommen ein prohibitives, repressives und vielschichtiges Durchsetzungssystem vor, das den Vertragsparteien ein breites Spektrum unterschiedlicher strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher und anderer Verpflichtungen auferlegt.¹³
- 12 Die Übereinkommen verpflichten die Vertragsstaaten und enthalten keine subjektiven und justiziablen Rechte und sind damit nicht direkt anwendbar. Vielmehr haben die Vertragsstaaten die in den Übereinkommen enthaltenen Massnahmen zur Bekämpfung des Drogenmissbrauchs und des Drogenhandels mittels Anpassung ihrer Gesetzgebung umzusetzen.¹⁴
- a. Drogenkontrollsystem der Vereinten Nationen*
- 13 Die Verfügbarkeit der kontrollierten Substanzen wird durch die Abkommen mit einem *System der Verkehrskontrolle*¹⁵ gesteuert: Der Wirtschaftsverkehr, d.h. der Anbau, bzw. die Herstellung und der Handel unterliegen der Kontrolle. Zuwiderhandlungen sind durch das nationale Recht unter Strafe zu stellen (*Sanktionierung*). Das Regime wird durch zwei Organe der UNO überwacht (*Überwachung*).¹⁶
- 14 Das internationale Drogenkontrollsystem wird – unter der Führung des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen (ECOSOC) – von der Suchstoffkommission (CND¹⁷) und dem Internationalen Betäubungsmittelkontrollorganrat (INCB¹⁸) verwaltet. Der ECOSOC ist gemäss Art. 7 der Charta der

⁸ Prämbel EHÜ; UN-Kommentar EHÜ, Art. 4 Ziff. 9: «The object of the international narcotics system is to limit exclusively to medical and scientific purpose the trade in and use of controlled drugs.» Bericht Postulat 21.3280, 24; CUPA, 82 f. m.w.Nw.; GREVE, 237 f.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 95, 97, 208 f.

⁹ HABIBI/HOFFMAN, 437.

¹⁰ Botschaft Ü71, 1275 f.; HABIBI/HOFFMAN, 435 ff.; LANDMANN/KAHN, 90 f.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 15.

¹¹ Bericht Postulat 21.3280, 85; HABIBI/HOFFMAN, 441.

¹² HABIBI/HOFFMAN, 340 f.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 15, 30: «a system to ban drugs for recreational use».

¹³ VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 208.

¹⁴ Botschaft Ü71, 1289 f. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsnormen in der Schweiz vgl. PETERS/PETRIG, Rz. 99 f.

¹⁵ CUPA, 93 ff.

¹⁶ Art. 5 EHÜ; GREVE, 238 f.; HABIBI/HOFFMAN, 438 f.; LANDMANN/KAHN, 90; ROOM, 802 ff.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 47 ff.

¹⁷ <<https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/index.html>>, besucht im November 2023.

¹⁸ Art. 1 lit. a, Art. 9 ff. EHÜ; <<https://www.incb.org>>, besucht im November 2023.

Vereinten Nationen eines der sechs Hauptorgane der Vereinten Nationen. Ihm sind diverse Sonderorganisationen unterstellt..

Der INCB kontrolliert die Einhaltung der Abkommen. Er «arbeitet für die Gewährleistung der Verfügbarkeit von Betäubungsmitteln und psychotropen Substanzen für medizinische und wissenschaftliche Zwecke, bei gleichzeitiger Verhinderung des Missbrauchs und der Abzweigung in illegale Kanäle».¹⁹ Die Vertragsstaaten sind zur jährlichen Berichterstattung an den INCB verpflichtet.²⁰ Grundsätzlich hat der INCB keine Durchsetzungs- und Sanktionsgewalt; er kann allfällige etwaige Vertragsverstösse lediglich öffentlich rügen.²¹ Der INCB nutzt denn auch seinen Jahresbericht und andere Publikationen wie Pressemitteilungen, um die Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten durch eine bestimmte Vertragspartei zu kommentieren. Der INCB kann von den vom Abkommen abweichenden Vertragsparteien Erklärungen verlangen, vertrauliche Konsultationen einleiten und Massnahmen vorschlagen.²² Kann auf diesem Weg die Übereinstimmung mit dem Vertrag nicht wiederhergestellt werden, kann der INCB den ECOSOC und die CND auf die Angelegenheit aufmerksam machen. In einem letzten Eskalationsschritt kann der INCB den dem ECOSOC empfehlen, die Herstellungs- und Einfuhrquote des betreffenden Staates für ein bestimmtes Betäubungsmittel zu beschränken.²³ Die Ansichten des INCB sind rechtlich nicht bindend. Sie gelten jedoch als massgebend und verkörpern den internationalen Konsens.²⁴ Allerdings hat der INCB nicht die finale Autorität um die UN-Drogenkontrollübereinkommen auszulegen. Diese liegt beim Internationalen Gerichtshof der Vereinten Nationen (Art. 48 Abs. 2 EHÜ).²⁵

Die Suchtstoffkommission (CND) ist als strategisches Gremium zuständig für die Drogenpolitik der UNO.²⁶ Die CND kann den INCB auf bestimmte Angelegenheiten aufmerksam machen und Empfehlungen für die Umsetzung der Verträge abgeben. In die Zuständigkeit der CND fällt die Klassifizierung von Substanzen und damit die Änderung der Listen in den Anhängen und Tabellen des EHÜ.²⁷ Entscheidungen der CND können vom ECOSOC geändert oder widerrufen werden.²⁸ Die UN-Mitgliedstaaten haben Entscheide des ECOSOC umzusetzen.

b. Einheitsübereinkommen (EHÜ)

Am 30. März 1961 wurde im Rahmen der Vereinten Nationen das Einheits-Übereinkommen über die Betäubungsmittel (EHÜ) unterzeichnet und trat am 22. Februar 1970 für die Schweiz in Kraft. Das EHÜ ersetzte fast sämtliche frühere Abkommen²⁹ und bildet zusammen mit dem Ü71, dem Zusatzprotokoll

¹⁹ Internetseite des EDA: <<https://www.eda.admin.ch/missions/mission-vienna/de/home/multilaterale-zusammenarbeit/uno/incb.html>>, abgerufen am 10.11.2023; JELSMA, 6; OFK/BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Übersicht zur Gesetzgebung N 21.

²⁰ GREVE, 240; HABIBI/HOFFMAN, 436, 438.

²¹ Gutachten Völkerrecht, 3.

²² JELSMA, 6.

²³ JELSMA, 6 erachtet eine solche Massnahme gegen Vertragsstaaten auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Regulierung von Cannabis als unwahrscheinlich.

²⁴ HABIBI/HOFFMAN, 438.

²⁵ ELIASON/HOWSE, 338.

²⁶ HABIBI/HOFFMAN, 438.

²⁷ Art. 3, 5, 8 EHÜ; HABIBI/HOFFMAN, 438.

²⁸ Art. 2, 7 EHÜ.

²⁹ Vgl. Art. 44 EHÜ.

vom 25. März 1972 zum EHÜ sowie dem Ü88 die Grundlage der internationalen Betäubungsmittelkontrolle.³⁰

- 18 Mit der Regelung der Kontrolle des Anbaus und des Handels von Betäubungsmitteln auf pflanzlicher Basis *bildet das EHÜ die Grundlage für die internationale Kontrolle von Cannabis* und damit zugleich die Grundlage für die nationalen Vorschriften in den Vertragsstaaten.³¹

- 19 Das EHÜ enthält keine ausdrückliche Definition des Begriffs «Betäubungsmittel». In Art. 1 lit j. EHÜ wird «Betäubungsmittel» als jede natürliche oder synthetische Substanz definiert, die in den Listen I und II im Anhang EHÜ enthalten ist. Die Anhänge klassifizieren die Substanzen nach ihrem therapeutischen Wert und ihrem Missbrauchspotenzial.³² Für Stoffe der Liste I und IV gelten alle restriktiven Bestimmungen des Einheitsübereinkommens. Stoffe in den Listen II und III sind von einer Reihe von Bestimmungen ausgenommen. Substanzen auf der Liste IV unterliegen darüber hinaus zusätzlichen Bestimmungen.³³

- 20 Bis vor kurzem wurde Cannabis noch in der Tabelle IV des EHÜ gelistet.³⁴ Cannabis wurde kein nennenswerter therapeutischer Wert zugesprochen und als nicht verkehrsfähig eingestuft. Betäubungsmittel dieser Art können nur für die Forschung eingesetzt werden.

Mit der Streichung von Cannabis aus der Tabelle IV im Dezember 2020 wurde die medizinische Nutzbarkeit unter Beibehaltung des Kontrollregimes grundsätzlich anerkannt.³⁵ Die WHO hatte zuvor empfohlen, Marihuana und Cannabisbharz als ganze Pflanze aus dem Anhang IV zu streichen und THC und seine Isomere aus dem Ü71 in den Anhang I des EHÜ zu verschieben. Der Vorschlag empfiehlt auch, dass CBD nicht in den UN-Drogenkontrollübereinkommen aufgeführt werden sollte.³⁶ Letztendlich wurde von der CND nur die Streichung aus der Liste IV angenommen und alle anderen Empfehlungen des WHO Expertenausschusses abgelehnt.³⁷

- 21 Vom EHÜ wird nicht die gesamte Hanfpflanze erfasst. Die Hanfpflanze selbst sowie ihre Blätter und Samen sind nicht als Drogen aufgeführt, die unter das Kontrollsystem des EHÜ fallen. Der kontrollierte Suchtstoff «Cannabis» ist in Art. 1 Abs. 1 lit. b EHÜ definiert als die «Blüten- oder Fruchtstände» (Blüten/Knospen) der Hanfpflanze. Dies zusammen mit Cannabis-«Harz» (Art. 1 Abs. 1 lit. d EHÜ) und den «Extrakten und Tinkturen», die in Anhang I aufgeführt sind. Nur der «Anbau der Hanfkrautpflanze im Hinblick auf die Gewinnung von Cannabis oder von Cannabisbharz» ist streng auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke beschränkt (Art. 28 Abs. 1 EHÜ).³⁸

³⁰ Botschaft Ü71, 1275 f.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 15.

³¹ GREVE, 240.

³² ELIASON/HOWSE, 337 f. m.w.Nw. merken an, dass die Informationen, auf welchen die Einstufung basiert, veraltet sind.

³³ HABIBI/HOFFMAN, 436 f.; LANDMANN/KAHN, 91.

³⁴ GREVE, 240; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 16 f.

³⁵ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 4; Bericht Postulat 21.3280, 24; GREVE, 240; TRANSFORM, 381. Vgl. zum Verfahren VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 17.

³⁶ ELIASON/HOWSE, 338 m.w.Nw.; TRANSFORM, 381 f.

³⁷ TRANSFORM, 381 m.w.Nw. mit kritischen Ausführungen zu den – mit Rücksicht auf die politischen Befindlichkeiten – unwissenschaftlichen Empfehlungen des WHO Expertenausschusses.

³⁸ JELSMAS, 2.

(1) Art. 4 lit. c EHÜ

Art. 4 EHÜ legt die *zentralen allgemeinen Verpflichtungen* der Vertragsstaaten fest.³⁹ Nach Art. 4 lit. c EHÜ sind die Vertragsstaaten verpflichtet «die notwendigen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen» zu treffen, «um unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Übereinkommens die Gewinnung, Herstellung, Aus- und Einfuhr, Verteilung, Verwendung und den Besitz von Betäubungsmitteln sowie den Handel damit auf ausschliesslich ärztliche und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.» Bei der Wahl der hierfür erforderlichen Massnahmen lässt das EHÜ den Vertragsstaaten einen gewissen Spielraum.⁴⁰ So besteht beispielsweise kein international anerkannter THC-Grenzwert.⁴¹ Der für die Schweiz geltende Grenzwert von 1 Prozent Gesamt-THC-Gehalt ist im Vergleich mit anderen Staaten einer der höchsten.⁴² Auch gilt die Entkriminalisierung nur des Konsums und des Besitzes zum privaten Gebrauch als mit dem EHÜ vereinbar.⁴³ 22

Kein Spielraum besteht allerdings bei der Auslegung von Art. 4 lit. c EHÜ. Nach Ansichten des INCB sind die Verpflichtungen der Vertragsstaaten nach dieser Bestimmung eindeutig. Bei Art. 4 lit. c EHÜ handelt es sich um eine *zwingende Norm*, deren Umsetzung eine unabdingbare Voraussetzung für die Einhaltung des internationalen rechtlichen Rahmens für die Drogenkontrolle ist.⁴⁴ 23

Obwohl das EHÜ die Wichtigkeit der Verfügbarkeit von kontrollierten Substanzen für die medizinische und wissenschaftliche Verwendung anerkennt⁴⁵, findet sich in den Abkommen keine Definition, was unter medizinischer und wissenschaftlicher Verwendung zu verstehen ist.⁴⁶ Gemäss den Materialien sind die Begriffe der medizinischen Verwendung, respektive «ärztliche Zwecke» (Art. 4 lit. c EHÜ), und der Forschung, respektive «wissenschaftliche Zwecke» (Art. 4 lit. c EHÜ), eng auszulegen. Der Terminus Forschung ist als medizinische Forschung bzw. Forschung zu medizinischen Zwecken zu verstehen.⁴⁷ Dabei sei gemäss der Kommentierung zu Art. 4 EHÜ der Begriff der medizinischen Verwendung zeit- und ortsunabhängig zu verstehen, so dass Entwicklungen in der medizinischen Wissenschaft in die Beurteilung der Ausnahmeregelungen einfließen können.⁴⁸ 24

³⁹ ELIASON/HOWSE, 336; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 20.

⁴⁰ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 17; Bericht Postulat 21.3280, 24 m.w.Nw.; ELAISON/HOWSE, 338; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 19 f.

⁴¹ JELSMÄ, 2.

⁴² Bericht Postulat 21.3280, 25.

⁴³ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 8: «The 'decriminalization' approach, as well as the 'depenalization' approach, can be considered consistent with the conventions as far as it respects the obligation to limit the use of drugs to medical and scientific purposes and under the condition that it remains within certain limits set by the conventions». Vgl. zudem die Erläuterungen zu «Entkriminalisierung» und «Depenalisierung» im Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 3 f.; Bericht Postulat 21.3280, 90; LANDMANN/KAHN, 91.

⁴⁴ INCB, Brief on the conformity of Bill C-45, An Act respecting cannabis and to amend the Controlled Drugs and Substances Act, the Criminal Code and other Acts, as passed by the House of Commons, November 27, 2017, Ziff. 15 (abrufbar unter: <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/AEFA/Briefs/2018-04-13_Brief_INCB_BillC-45_e.pdf>, besucht im November 2023). Vgl. auch ELAISON/HOWSE, 338.

⁴⁵ Prämbel EHÜ.

⁴⁶ HABIBI/HOFFMAN, 440.

⁴⁷ VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 20, 42.

⁴⁸ UN-Kommentar EHÜ, Art. 4 Ziff. 12; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 45.

- 25 Der UN-Kommentar zu Artikel 4 des Einheitsübereinkommens besagt auch, dass es den Vertragsparteien nicht erlaubt ist, den Besitz von Drogen für andere als «medizinische oder wissenschaftliche Zwecke» zu legalisieren.⁴⁹
- 26 ELAISSON/HOWSE sehen das anders und weisen darauf hin, dass der INCB sich bei seiner Interpretation auf die in Art. 4 lit. c EHÜ enthaltene Pflicht zur ausschliesslichen Beschränkung auf ärztliche und wissenschaftliche Zwecke konzentriert und die einleitenden Worte «unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Übereinkommens» ignoriert. Diese Worte sind jedoch nach ihrer Ansicht wesentlich für das Verständnis des Umfangs und der Grenzen der sich aus Art. 4 lit. c EHÜ ergebenden Verpflichtung, Massnahmen zum Verbot der nicht-medizinischen und nichtwissenschaftlichen Verwendung von Cannabis zu ergreifen. Die Worte «unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Übereinkommens» bedeuteten, dass das Verbot nicht eindeutig sei, sondern durch andere Bestimmungen des EHÜ eingeschränkt werden kann.⁵⁰ Dieser Auslegung widerspricht jedoch die Kommentierung von Art. 4 EHÜ. In Ziff. 10 des UN-Kommentars zur Art. 4 EHÜ werden die «Ausnahmen» explizit genannt und zwar Art. 49, Art. 2 Ziff. 9 und Art. 27 EHÜ.⁵¹

Somit ist es mit Art. 4 lit. c EHÜ nicht vereinbar, dass die Vertragsstaaten einen legalen Markt für Cannabis für den rekreativen Konsum schaffen.⁵²

(2) Art. 23 Abs. 2 lit. d und e EHÜ i.V.m. Art. 28 EHÜ

- 27 Art. 28 EHÜ zur «Kontrolle von Cannabis» sieht vor, dass eine Vertragspartei des Übereinkommens «den Anbau der Hanfkrautpflanze im Hinblick auf die Gewinnung von Cannabis oder von Cannabisharz» erlauben kann. Dieser Anbau untersteht allerdings dem in Art. 23 EHÜ vorgesehenen «Kontrollsystem».
- 28 Gemäss dem UN-Kommentar beziehen sich Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ nur auf Anbau von Cannabis für unter dem EHÜ zugelassene Zwecke (medizinische Anwendung, Forschung).⁵³ Soll Cannabis zu medizinischen Zwecken an Patientinnen und Patienten abgegeben werden, so sind die Anforderungen nach Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ einzuhalten. Gemäss diesen haben die Vertragsstaaten ein staatliches Lizenz-System einzurichten. In dessen Rahmen vergibt eine staatliche Behörde Lizenzen für den Anbau und entscheidet über den Ort

⁴⁹ UN-Kommentar EHÜ, Art. 4 Ziff. 16; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 20.

⁵⁰ ELAISSON/HOWSE, 340.

⁵¹ UN-Kommentar EHÜ Art. 4 Ziff. 10: «The provisions to which paragraph c is 'subject' i.e. which are excepted from its application, are article 49, article 2, paragraph 9 (whose practical importance seems highly hypothetical) and article 27 (permitting the use of coca leaves for the preparation of a flavoring agent which must not contain any alkaloids, and the production of, trade in and possession of leaves intended for this purpose.)»

⁵² Vgl. Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 17, 113, 9: «By contrast, the concept of legalization which allows and regulates the supply and use of drugs for non-medical purposes is in contradiction to the obligations set out in the drug control conventions.»; INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2020, 29; INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2017, 35 f.: «The Board wishes to reiterate that any measures that permit or would permit the use of cannabis for non-medical purposes are in clear violation of article 4, paragraph (c), and article 36 of the 1961 Convention as amended, and article 3, paragraph 1 (a), of the 1988 Convention. INCB also reiterates that the limitation of the use of controlled substances to medical and scientific purposes is a fundamental principle to which no derogation is permitted by the 1961 Convention as amended.»; Bericht Postulat 21.3280, 90; HABIBI/HOFFMAN, 440 f.; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 19 f.

⁵³ UN-Kommentar EHÜ Art. 23 Paragraph 3; Art. 28 Ziff. 7: «production of cannabis and cannabis resin must not be undertaken for other than medical and scientific purposes». HABIBI/HOFFMAN, 458; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 38.

und die Fläche des Anbaus (Art. 23 Abs. 2 lit. a – c EHÜ). Diese staatliche Agentur hat Cannabis nach der Ernte in Besitz zu nehmen und ist für den Grosshandel und die Lagerhaltung zuständig (Art. 23 Abs. 2 lit. d – e EHÜ). Unter dem EHÜ sind keine direkten Lieferungen von der anbauenden zur abgebenden resp. verkaufenden Stelle zulässig.⁵⁴ Staatliche Monopole (für den Anbau, den Vertrieb und/oder den Verkauf) sind grundsätzlich effektiv zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und dem Jugendschutz. Auch muss unter einem Monopol die Durchsetzung der Regulierung (z.B. Werbeverbot, Altersgrenzen, Verkaufszeiten) nicht überprüft werden und es entfällt die Problematik, dass die zu überwachenden gewinnorientierten Akteure (z.B. lizenzierte Produktions- und/oder Verkaufsstellen) mit den Public Health Zielen in Konflikt geraten könnten.⁵⁵

Mit Blick auf die detaillierten und unter heutigen Bedingungen eher unpraktikablen Vorschriften von Art. 23 Abs. 2 lit. d und e EHÜ stellt sich die Frage, inwieweit diese strikt umzusetzen sind, oder ob die Vertragsstaaten über einen gewissen Spielraum verfügen und die Vorgaben des EHÜ in anderer Weise erfüllen können. Völkerrechtliche Verträge sind nach Art. 31. Abs. 1 WVK im Lichte ihres Zwecks, ihrer Zielsetzung und in ihrem Kontext auszulegen (vgl. Rz. 42). In diesem Sinne erscheint daher eine Auslegung der Vorgaben von Art. 23 Abs. 2 lit. d und e EHÜ möglich, die ein stark verwaltetes, staatlich kontrolliertes (Lizenz-)System als mit dem Ziel und dem Zweck des Übereinkommens im Allgemeinen und dem Ziel und Zweck von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ (staatliche Kontrolle des Hanfanbaus) vereinbar erachtet. Somit wären auch andere (staatliche) Massnahmen zulässig, mit denen sichergestellt wird, dass u.a. die Ernte nicht in illegale Kanäle gelangt. Dabei ist beispielsweise an den Einsatz von heute (im Gegensatz zu den Zeiten, als die EHÜ formuliert wurde) verfügbaren technologischen Mitteln zur Überwachung von Anlagen, zum Tracking von Ware oder zur Kontrolle Lieferketten zu denken.

Mit Blick auf die in Art. 23 und 28 EHÜ genannte «Agentur» stellt sich die Frage, was genau darunter zu verstehen ist. In der Kommentierung zu Art. 4 EHÜ finden sich in diesem Zusammenhang in Ziff. 4 folgende Ausführungen: *«All measures which Parties must carry out under the various terms of the Single Convention require, of course, some domestic administrative action. By several specific Governments are moreover required to maintain particular administrative institutions: a 'special administration' for the purpose of applying the provisions of the Single Convention, possibly national opium, coca leaf or cannabis agencies, as appropriate, and, with 'due regard to their constitutional, legal and administrative systems', 'arrangements at the national level for co-ordination of preventive and repressive action against the illicit traffic.»* Die Kommentierung zu Art. 4 bezieht sich dabei in den Fussnoten explizit auf die Art. 23 und 28 EHÜ und scheint die Pflicht zur Errichtung einer nationalen Cannabis-Agentur zu relativieren bzw. den Vertragsstaaten bei deren Ausgestaltung gewisse Spielräume zu belassen. Die Kommentierung spricht von «Sonderverwaltungen», welche «gegebenenfalls» Cannabis-Agenturen sein könnten. Bei der Schaffung der vom EHÜ geforderten besonderen Verwaltungseinrichtungen sollen die Verfassungs-, Rechts- und Verwaltungssysteme der Vertragsstaaten sowie «Vorkehrungen auf nationaler Ebene für die Koordinierung von Präventiv- und Repressionsmassnahmen gegen den illegalen

⁵⁴ VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 44.

⁵⁵ Bericht Postulat 21.3280, 75.

Handel» gebührend berücksichtigt werden. Auch wenn in der Kommentierung zu Art. 23⁵⁶ mit Bezug auf die Agentur verlangt wird, dass diese durch eine einzige Stelle wahrgenommen wird, steht dies unter dem Vorbehalt, dass die Verfassung des betreffenden Vertragsstaates dies zulässt. Dabei ist beispielsweise daran zu denken, dass die in einer Verfassung begründete föderale Ausgestaltung eines Landes ein solcher zulässiger Grund darstellt, um vom Grundsatz einer einzigen Cannabis-Agentur abzuweichen. In der Kommentierung zu Art. 23 ist denn auch in Ziff. 2 von «governmental authorities» und «a government monopoly» die Rede. Dies spricht insgesamt dafür, dass die Erfüllung der Verpflichtungen von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ nicht zwingend nur mit der Errichtung einer Cannabis-Agentur möglich ist. Denkbar ist – mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich vorgegebenen Strukturen und Kompetenzaufteilungen – auch eine andere Organisationsform (mehrere Behörden auf verschiedenen föderalen Ebenen, ein Lizenzsystem), so lange diese dazu dient, die Ziele und Zwecke der Konvention im Allgemeinen und die Ziele und Zwecke von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ zu erreichen.

2. Schengener Durchführungsübereinkommen

- 31 Neben den Übereinkommen des Drogenkontrollsystems der UNO ist für die Schweiz im Umgang mit Cannabis auch das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990 (SDÜ) zu beachten.
- 32 Bei den Schengener Durchführungsübereinkommen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge mit dem primären Ziel der Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen der teilnehmenden Staaten zur Erleichterung des Transports und des Warenverkehrs.⁵⁷ Am Schengen-Raum beteiligt sind die Mitglieder der Europäischen Union ohne Irland, Rumänien, Bulgarien und Zypern. Island, Norwegen, Liechtenstein sowie die Schweiz sind durch Zusatzabkommen mit der EU assoziiert.
- 33 Die Schweiz unterzeichnete das Abkommen zur Einbeziehung in den Schengen-Raum (SAA) am 26. Oktober 2004. Die Schweiz ist gemäss dem im SAA festgehaltenen Umfang an das SDÜ gebunden.⁵⁸ Da die Schweiz keine Zollunion mit der EU bildet, ist mit der Schengen-Assoziierung der Schweiz nur die Personen- nicht aber die Warenkontrolle an den Landesgrenzen weggefallen. Die innere und äussere Sicherheit wird mit einer Vielzahl von Ausgleichsmassnahmen gewährleistet.
- 34 Art. 70 ff. SDÜ umfassen die Grundlagen der betäubungsmittelrechtlichen Vorgaben der Schengener Zusammenarbeit.⁵⁹ Der Schwerpunkt der Bestimmungen im SDÜ zu Betäubungsmitteln liegt auf der «Unterbindung des unerlaubten Handels» mit «Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art einschliesslich Cannabis» (Art. 71 Abs. 1 SDÜ) und der Verstärkung der Kontrollen an den Aussengrenzen des Schengen-Raums.⁶⁰
- 35 Art. 71 SDÜ umfasst 5 Absätze. Abs. 1 verweist auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen (vgl. Rz. 9 ff.). Entsprechend sind die

⁵⁶ UN-Komentierung Art. 23 Paragraph 3 EHÜ.

⁵⁷ Präamel SDÜ; WÜGER, 66.

⁵⁸ Art. 2 (1) i.V.m. Anhang A Teil1 SAA. Vgl. dazu auch WÜGER, 65 ff.

⁵⁹ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6101; Bericht Postulat 21.3280, 25; Gutachten Unionsrecht, 6 f. Vgl. dazu auch OFK/BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Übersicht zur Gesetzgebung N 28.

⁶⁰ LANDWEHR/KAHN, 92.

betäubungsmittelrechtlichen Bestimmungen des SDÜ im Lichte der in Art. 71 Abs. 1 SDÜ genannten völkerrechtlichen Abkommen auszulegen.⁶¹ Die UN-Drogenkontrollübereinkommen gelten in der Folge im Rahmen von Schengen in dem Ausmass, wie sie für die Staaten verbindlich geworden sind.⁶² Wie AMBOS zu Recht feststellt, ist folglich die Frage, was unter einem «unerlaubten Handel» zu verstehen ist, mit Blick auf die in Art. 71 Abs. 1 SDÜ genannten völkerrechtlichen Abkommen zu beantworten (was ist unerlaubt in deren Sinne?).⁶³ Somit gilt im Kontext des SDÜ ein grundsätzliches Verkehrsverbot für Cannabis mit Ausnahmen für medizinische und wissenschaftliche Zwecke (vgl. Rz. 26 i.V.m. Fn. 52). Das SDÜ geht somit nicht über die Vorgaben der UN-Drogenkontrollübereinkommen hinaus.⁶⁴

In der Botschaft wird in diesem Zusammenhang festgehalten, dass aus Sicht des Bundesrates die Verpflichtungen aus dem SDÜ den Vorbehalten, die nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts zu den einzelnen Übereinkommen angebracht worden waren, nicht entgegensteht. Diese bleiben auch unter dem SDÜ wirksam. «Entsprechendes gilt auch für den Fall, dass die Ratifizierung mit Blick auf die Beteiligung an Schengen erst noch vorgenommen werden muss. Das Anbringen von Vorbehalten bleibt in dem vom allgemeinen Völkerrecht gesteckten Rahmen auch hier zulässig.»⁶⁵ 36

Art. 71 Abs. 2 SDÜ bezieht sich auf die «unerlaubte Ausfuhr» von Betäubungsmitteln. Gemäss dieser Bestimmung sind die Vertragsparteien verpflichtet, die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln aller Art, einschliesslich Cannabis-Produkten, sowie den Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden.⁶⁶ Die hierzu verabschiedete gemeinsame Erklärung⁶⁷ bildet einen integralen Bestandteil des SDÜ und gilt damit auch für die Schweiz als assoziierten Schengen-Staat. 37

Art. 71 Abs. 3 SDÜ regelt die unerlaubte Einfuhr, Absatz 4 die Überwachung von «Örtlichkeiten, an denen erfahrungsgemäss Rauschgifthandel betrieben wird» und Absatz 5 besagt, dass «hinsichtlich der Eindämmung der unerlaubten Nachfrage nach Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art einschliesslich Cannabis werden die Vertragsparteien ihr Möglichstes tun, den negativen Folgen dieser unerlaubten Nachfrage vorzubeugen und 38

⁶¹ So auch die Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6169: «Eine besondere Bedeutung kommt den einschlägigen UNO-Übereinkommen zu, deren 'Berücksichtigung' Artikel 71 Absatz 1 SDÜ anmahnt. Durch diese Verweisung wird der Inhalt der UNO-Übereinkommen gewissermassen zum Orientierungspunkt auch im Rahmen der Schengener Zusammenarbeit im Betäubungsmittelbereich. Die materielle Ausrichtung der nationalen Betäubungsmittelgesetzgebung auf die Inhalte der genannten Übereinkommen erscheint daher unerlässlich.»

⁶² Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6169; JELSMA, 5 f.; OFK/BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Übersicht zur Gesetzgebung N 28.

⁶³ AMBOS, Rz. 1.

⁶⁴ AMBOS, Rz. 3.

⁶⁵ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6169; Gutachten Unionsrecht, 6 f.

⁶⁶ Gutachten Unionsrecht, 6 f.

⁶⁷ «Soweit eine Vertragspartei im Rahmen ihrer nationalen Politik zur Vorbeugung und Behandlung der Abhängigkeit von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von dem in Artikel 71 Absatz 2 festgeschriebenen Grundsatz abweicht, treffen alle Vertragsparteien die erforderlichen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Massnahmen, um die unerlaubte Ein- und Ausfuhr dieser Stoffe, insbesondere in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien, zu unterbinden.»

entgegenzuwirken. Die Maßnahmen dazu liegen im Verantwortungsbereich der einzelnen Vertragsparteien.»

Unter Beachtung dieser Inhalte und unter Berücksichtigung der gemeinsamen Erklärung zu Art. 71 Abs. 2 SDÜ verbleibt den Vertragsstaaten des SDÜ ein Handlungsspielraum mit Blick auf *innerstaatliche* drogenpolitische Massnahmen.⁶⁸ In der Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen stellt auch der Bundesrat fest, dass auf Grund des «recht geringen Konkretisierungsgrades» die Vorschriften des SDÜ den Mitgliedsstaaten «einen beachtlichen Spielraum für eine weiterhin national geprägte Drogenpolitik» belassen.⁶⁹ Das SDÜ überlässt es folglich den Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden ob, wie und in welchem Ausmass Erwerb, Anbau, Besitz und Konsum von Cannabis für den Eigenbedarf zu nichtmedizinischen Zwecken (ent-)kriminalisiert werden soll. Die am Schengen-Raum teilnehmenden Staaten haben gemäss SDÜ aber Massnahmen zu ergreifen (u.a. strenge Ein- und Ausfuhrkontrollen), so dass eine allfällige liberale nationale Drogenpolitik keine negativen Auswirkungen auf andere Staaten im Schengenraum entfaltet (z.B. Drogentourismus).⁷⁰

- 39 In Übereinstimmung mit LANDWEHR/KAHN und AMBOS ist daher eine gesundheitspolitisch motivierte Regulierung des Cannabiskonsums auf nationaler Ebene für den Freizeitgebrauch für Erwachsene als mit dem SDÜ als vereinbar zu betrachten. Dies unter der Voraussetzung, dass die nationalen Regulierungsmodelle den Gesundheitsschutz in Zentrum stellen und folglich darauf abzielen, zur Suchtprävention beizutragen, strenge staatliche Kontrollen vorsehen, nicht-kommerziell ausgestaltet sind und vorausgesetzt, dass verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen ergriffen werden, um den grenzüberschreitenden illegalen Drogenhandel zu verhindern und zu bestrafen.⁷¹

B. Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen

1. Einleitung

- 40 Der Bericht des Bundesrates zu den Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik enthält folgende Feststellung: «Das Ziel der Drogenkontrollübereinkommen der UNO, durch internationale Verbote und eine strikte Kontrolle den Missbrauch von Betäubungsmitteln zu verhindern und gleichzeitig deren medizinische Anwendung zu ermöglichen, konnte bis heute nicht erreicht werden.»⁷² Immer mehr Länder, darunter auch die Schweiz, suchen nach Alternativen und stellen Überlegungen zur Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken an. Der Bund will sich gemeinsam mit Partnerländern einsetzen, «damit im Rahmen der internationalen

⁶⁸ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6102 f.; LANDWEHR/KAHN, 96.

⁶⁹ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6101; JELSMA, 3 f.

⁷⁰ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6102: «Gefordert wird damit im Ergebnis die Schaffung einer nationalen Betäubungsmittelkontrolle, deren Beachtung namentlich durch entsprechende strafrechtliche Sanktionen garantiert werden soll.»

⁷¹ AMBOS, Rz. 2; LANDWEHR/KAHN, 96. Anderer Ansicht ist HOMBERGER.

⁷² Vgl. Perspektiven der Drogenpolitik bis 2030: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/drogenpolitik/perspektiven-drogenpolitik.html>>, besucht im November 2023.

Drogenkontrollübereinkommen neue Wege in der Kontrolle und im Umgang mit Betäubungsmitteln erprobt werden können.»⁷³

Solche Aktivitäten führen zu Spannungen auf der einen Seite zwischen der Pflicht der Staaten zur Achtung des Völkerrechts, der Aufrechterhaltung des Vertragssystems der Vereinten Nationen im Allgemeinen sowie der Einhaltung der Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen. Diese stehen für den Konsens und das gemeinsame Ziel, die Probleme im Zusammenhang mit der schädlichen Verwendung von Drogen gemeinsam anzugehen.⁷⁴ Auf der anderen Seite besteht eine Notwendigkeit, das gescheiterte System der UN-Drogenkontrolle in Frage zu stellen und zu reformieren.⁷⁵ Gleichzeitig besteht aktuell die Schwierigkeit, dass diese Spannungen zwar offensichtlich sind, aber im offiziellen internationalen Diskurs weitgehend ignoriert werden.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Spielräume im internationalen Recht im Hinblick auf die Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis zu rekreativen Zwecken bestehen. Bevor dieser Frage nachgegangen wird, werden im nachfolgenden Abschnitt kurz die Grundlagen im Umgang mit völkerrechtlichen Verträgen erläutert.

2. Grundlagen

Die im Völkerrecht allgemein anerkannten Methoden der Vertragsauslegung finden sich insbesondere in Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK)⁷⁷. Diese enthalten kodifizierte Regeln des Völkergewohnheitsrechts zur Vertragsauslegung.⁷⁸

Art. 31 WVK betont die Wichtigkeit, den Wörtern im Vertragstext die gewöhnliche Bedeutung zu geben.⁷⁹ Ein Vertrag ist im Lichte seines Zwecks, seiner Zielsetzung und seines Kontextes auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WVK).⁸⁰ Der Präambel kommt bei der Ergründung des Sinns und Zwecks eines Vertrags eine grosse Bedeutung zu.⁸¹

Bei den UN-Drogenkontrollübereinkommen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge im Sinne der WVK. Entsprechend sind sie nach diesen Regeln auszulegen. Zur Auslegung und Erläuterung der UN-Drogenkontrollübereinkommen wird nach Art. 31 ff. WVK in erster Linie der Vertragstext, das System der Konvention(en) und/oder der Kontext der Bestimmungen sowie die Begründung der Konvention herangezogen. In zweiter Linie werden die vorbereitende (travaux préparatoires), die offiziellen UN-Kommentare zu den Konventionen und die einschlägige Literatur berücksichtigt.⁸²

VAN KEMPEN/FEDOROVA weisen darauf hin, dass die UN-Kommentare zu den Drogenkontrollübereinkommen etwa zeitgleich wie die Übereinkommen und unter der Verantwortung der Vereinten Nationen entstanden sind. Die Bestimmungen der Übereinkommen werden darin jeweils im Lichte der Vorarbeiten zu den Übereinkommen kommentiert. Damit sind die Kommentierungen

⁷³ Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, 66.

⁷⁴ TRANSFORM, 384.

⁷⁵ TRANSFORM, 375.

⁷⁶ TRANSFORM, 389 f.

⁷⁷ PETERS/PETRIG, Kapitel 6 Rz. 19 ff.; ZIEGLER, Rz. 247 ff.

⁷⁸ ZIEGLER, Rz. 249.

⁷⁹ PETERS/PETRIG, Kapitel 6 Rz. 20.

⁸⁰ ELIASON/HOWSE, 339 m.w.Nw.; PETERS/PETRIG, Kapitel 6 Rz. 25.

⁸¹ ZIEGLER, Rz. 253.

⁸² PETERS/PETRIG, Kapitel 6 Rz. 21, 26; VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 13.

zeitlich nicht aktuell. Sofern jedoch der Vertragstext nicht geändert hat, sind sie nach wie vor relevant und werden zur Auslegung der Vertragsbestimmungen beigezogen.⁸³

C. Spielräume und Optionen im internationalen Recht

- 43 Die Drogenkontrollübereinkommen der UNO räumen den Vertragsparteien einen gewissen Spielraum bei der Gestaltung rechtlicher und politischer Massnahmen zur Drogenbekämpfung ein. Damit tragen die Übereinkommen den unterschiedlichen nationalen Verfassungs- und Rechtsgrundsätzen Rechnung.⁸⁴ Auch zeigt sich, dass die Instanzen des Drogenkontrollsystems der UNO sich den Entwicklungen nicht komplett verschliessen und ihre Haltung bis zu einem gewissen Grad anpassen.⁸⁵

- 44 VAN KEMPEN/FEDOROVA weisen auf die grosse Spannbreite der Haltungen gegenüber Cannabis innerhalb der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen hin. Gerade weil so eine grosse Zahl von Ländern die UN-Drogenkontrollübereinkommen ratifiziert haben, finden sich unter den Mitgliedsländern ganz unterschiedliche Perspektiven auf die Cannabis-Problematik und entsprechend diametrale Unterschiede bei der Cannabis-Politik (Länder die nur schon den Besitz von Cannabis hoch bestrafen versus Länder mit einer liberalisierten Cannabis-Politik). Entsprechend dürfe nicht leichtfertig von einer gemeinsamen Haltung der Mitgliedsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen ausgegangen werden.⁸⁶ Dies gilt speziell für die schon länger laufende Diskussion betreffend Liberalisierung und damit verbunden einer Anpassung der Übereinkommen.

Tatsächlich ist der Konsens über die internationale Drogenkontrollpolitik, der einst durch die hohe Beitrittsrate zu den UN-Drogenkontrollverträgen zum Ausdruck kam, im Laufe der Zeit erheblich zerbrochen. Die Vertragsparteien experimentieren zunehmend mit nationalen Drogenkontrollpolitiken, die die traditionellen Auslegungen ihrer internationalen Verpflichtungen in Frage stellen. In Bezug auf Cannabis reichen diese Experimente von der Nichtdurchsetzung bestehender strafrechtlicher Vorschriften über Drogenbesitz und -konsum über die Umleitung von Straftätern in nicht strafrechtliche Kanäle bis hin zur jüngsten Legalisierung von Cannabis auf subnationaler und nationaler Ebene. Mit dem letztgenannten Ansatz wurden die derzeit in den Verträgen festgelegten rechtlichen Grenzen stark strapaziert und überschritten.⁸⁷

Ein Bericht zur internationalen Drogenpolitik aus dem Jahr 2019 kommt zum Schluss, dass der Multilateralismus im Drogenkontrollsystem am Schwinden ist. Die Tatsache, dass es dem System nicht gelungen ist, die Drogen auszurotten, wie es ursprünglich beabsichtigt war, hat dazu geführt, dass die derzeitige internationale Strategie in Frage gestellt wird und die Notwendigkeit von Reformen in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt ist, insbesondere im Hinblick auf Menschenrechte, Gesundheit, Sicherheit und Entwicklung. Es scheint

⁸³ VAN KEMPEN/FEDOROVA, Vol. I, 13 f.

⁸⁴ HABIBI/HOFFMAN, 443.

⁸⁵ HABIBI/HOFFMAN, 444 f. und LANDMANN/KAHN, 91 mit Verweis auf die Haltung des INCB gegenüber der Entkriminalisierung des Besitzes von kleinen Mengen Cannabis.

⁸⁶ VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 12 f.

⁸⁷ HABIBI/HOFFMAN, 458 f.

sich jedoch kein Konsens zwischen den Staaten abzuzeichnen, da ein multilateraler Ansatz immer mehr in Frage gestellt wird.⁸⁸

Die obigen Ausführungen legen dar, dass die Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken derzeit nicht mit den völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Reformen, die mit der Nichteinhaltung bestehender Vertragsverpflichtungen einhergehen, müssen in einer Weise angegangen werden, die mit den Regeln und Verfahren des internationalen Rechts zur Lösung solcher rechtlichen Spannungen vereinbar ist.⁸⁹ Letztendlich werden Veränderungen des internationalen Drogenkontrollsystems erforderlich sein, da – wie weiter oben ausgeführt – einzelne Aspekte davon der Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken entgegenstehen. Nachfolgend werden mögliche Spielräume und Optionen im Umgang mit diesen Spannungen aufgezeigt. Dazu gehören Möglichkeiten wie die UN-Drogenkontrollübereinkommen geändert werden können, das Anbringen von Vorbehalten, der Austritt aus den Verträgen, die Neuinterpretation, der Ansatz der vorübergehenden respektvollen Nichteinhaltung der Verträge sowie der menschenrechtliche Ansatz und die Folgen dieser verschiedenen Optionen.

1. Änderungen der UN-Drogenkontrollübereinkommen

Um die zuvor dargelegten Spannungen zu lösen, sind Anpassung der rechtlichen Verpflichtungen erforderlich, die die Vertragsparteien im Rahmen der UN-Kontrollübereinkommen haben. Damit würde auch der Konflikt mit dem europäischen Recht gelöst.⁹⁰ Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, wie die UN-Drogenkontrollübereinkommen geändert werden können. Im Anschluss daran werden verschiedene Änderungsformen näher erläutert.

a. Änderungen an den UN-Drogenkontrollübereinkommen

Grundsätzlich können alle völkerrechtlichen Verträge jederzeit durch Konsens zwischen den Vertragsparteien geändert werden (Art. 39 WVK). Enthält ein multilateraler Vertrag spezielle Änderungsregelungen, gehen diese vor (Art. 40 WVK).⁹¹

Im Gegensatz zu anderen völkerrechtlichen Verträgen fehlt bei den UN-Drogenkontrollübereinkommen ein Mechanismus, der sie einer *regelmässigen Überprüfung* unterzieht. Dennoch sind Änderungen am EHÜ und den anderen UN-Kontrollübereinkommen möglich.⁹² Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf das EHÜ, gelten aber in ihren Grundsätzen für alle drei Übereinkommen.

Jeder Vertragsstaat der UN-Drogenkontrollübereinkommen kann beim Generalsekretär der Vereinten Nationen einen begründeten Vorschlag für eine Änderung einreichen.⁹³ Dieser übermittelt den Änderungsantrag und die Begründung an die anderen Mitgliedsstaaten sowie an den ECOSOC. Letzterer beschliesst über das weitere Vorgehen. Zur Auswahl steht die Einberufung einer Konferenz aller Vertragsparteien oder ein schriftliches Verfahren zur Einholung der Meinungen der Vertragsparteien. Der ECOSOC kann auch keine

⁸⁸ HASSELGARD-ROWE/SEILER/CLOT/SAVARY, 48.

⁸⁹ JELSMA, 11 f.

⁹⁰ JELSMA, 8.

⁹¹ PETERS/PETRIG, Kapitel 6 Rz. 28; ZIEGLER, Rz. 232.

⁹² Vgl. dazu JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 12 ff.; TRANSFORM, 393 ff.; WOLA, 9 f.

⁹³ Art. 47 EHÜ.

Massnahmen ergreifen und abwarten, ob aus den Reihen der Vertragsstaaten Einspruch erhoben wird.⁹⁴

- 48 Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a) EHÜ kann das Abkommen im Rahmen einer Vertragsänderungskonferenz geändert werden. Anpassungen in diesem Rahmen erfordern eine Mehrheitsentscheidung. Eine Änderungskonferenz der Vertragsstaaten kam bisher nur einmal zu Stande, als das EHÜ durch das Zusatzprotokoll vom 25. März 1972 ergänzt wurde.⁹⁵ Derzeit wird es als unwahrscheinlich erachtet, dass an einer Vertragsänderungskonferenz eine Änderung des EHÜ eine Mehrheit finden würde, welche die Legitimierung des rekreativen Konsums von Cannabis bei Erwachsenen ermöglichen würde.⁹⁶
- 49 Art. 47 Abs. 1 lit. b) EHÜ regelt das schriftliche Verfahren. Erhebt kein Land innerhalb von achtzehn Monaten (beim Ü88 innert 24 Monaten) Einwände gegen einen Änderungsvorschlag, wird dieser automatisch angenommen. Dieses schriftliche Verfahren zur Änderung des EHÜ wurde bisher nur einmal und das erfolglos ausprobiert: Bolivien schlug 2009 den übrigen Vertragsstaaten im Rahmen des schriftlichen Verfahrens vor, die vertragliche Verpflichtung zur Abschaffung des Koka-Kauens nach 25 Jahren zu streichen. 18 Vertragsparteien blockierten die Bemühungen von Bolivien, so dass eine Änderung des EHÜ nicht möglich war (vgl. dazu Rz. 67, 72 ff.).⁹⁷

b. Vertragsreformen, die für alle Mitglieder gelten

(1) Umfassende Reform

- 50 Es bestehen Überlegungen für eine umfassende Reform der UN-Drogenkontrollübereinkommen, in deren Rahmen alle drei Abkommen in einer neuen «kombinierten Konvention» zusammengeführt werden.⁹⁸ Diese soll einem regelmässigen Überprüfungsmechanismus unterliegen und einen toleranteren, evidenzbasierten und rechtlich kohärenten Ansatz zum Drogenbesitz und -konsum anstreben. Eine solche Reform würde auch die Gelegenheit bieten, die heute bestehenden Widersprüche im Drogenkontrollregime zu beseitigen und eine stärkere Ausrichtung auf die Menschenrechte zu erreichen.⁹⁹ Ziel wäre ein neuer globaler Konsens zur Überarbeitung oder Änderung der UN-Drogenkontrollkonventionen, um legal regulierte Märkte für Cannabis zu ermöglichen.
- 51 Mit Blick darauf, dass die letzte und einzige Vertragsänderungskonferenz zum Zusatzprotokoll des EHÜ von 1972 geführt hat¹⁰⁰, bestünden eigentlich gute Argumente, dass nach 50 Jahren mehr Erfahrungen bestehen und neue Erkenntnisse gewonnen wurden und folglich Aktualisierungen und Verbesserungen erforderlich seien. Jedoch wird es als unwahrscheinlich und damit chancenlos erachtet, dass die für eine Änderung erforderliche Zweidrittelmehrheit

⁹⁴ TRANSFORM, 394.

⁹⁵ HABIBI/HOFFMAN, 451; WOLA, 10.

⁹⁶ JELSMA, 8; VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 213.

⁹⁷ HABIBI/HOFFMAN, 451; JELSMA, 9; TRANSFORM, 394.

⁹⁸ HASSELGARD-ROWE/SEILER/CLOT/SAVARY, 39 f.; WOLA, 10; TRANSFORM, 396.

⁹⁹ HABIBI/HOFFMAN, 451 m.w.Nw.; JELSMA, 9 f.; TRANSFORM, 396 f.

¹⁰⁰ Vgl. dazu JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 14; TRANSFORM, 395.

der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen erreicht werden kann.¹⁰¹

Ein solches Vorgehen zeigt die Bereitschaft der betreffenden Staaten zum Dialog mit den übrigen Vertragsparteien und Respekt für die vertraglich vorgesehenen Verfahren. Darüber hinaus können die an einer solchen Vertragskonferenz geführten Debatten einen möglichen Grundstein für spätere Vorbehalte oder Inter-Se-Vereinbarungen legen (vgl. Rz. 55 ff.).¹⁰²

(2) Änderung der Einstufung von Cannabis

Da eine umfassende Revision der UN-Drogenkontrollverfahren derzeit als chancenlos gilt, sind kleinere Schritte und damit eine Beschränkung einer Vertragsänderung auf Cannabis zu prüfen. ROOM erachtet kleine Schritte und länderspezifische Veränderungen als realistischer als Änderungen auf der System Ebene.¹⁰³ Dabei ist ein gemeinsames Vorgehen gleichgesinnter Staaten empfehlenswert. 52

Eine Möglichkeit der Begrenzung der Reform besteht in der Änderung der Einstufung von Cannabis, die eine Regulierung legaler Märkte für nichtmedizinisches Cannabis ermöglichen würde.¹⁰⁴ 53

Die UN-Drogenkontrollübereinkommen ermächtigen die WHO auf der Basis medizinischer und wissenschaftlicher Analysen Empfehlungen für die Um- oder Aufhebung der Einstufung gelisteter Substanzen zu geben. Die vom zuständigen Sachverständigenausschuss der WHO vorgeschlagenen Änderungen müssen dem Generalsekretär der Vereinten Nationen vorgelegt und von der CND genehmigt werden (Art. 3 EHÜ).¹⁰⁵ Für die Änderung der Einstufung ist kein Konsens erforderlich.¹⁰⁶

Viele Autorinnen und Autoren erachtet auch eine Teilrevision der UN-Drogenkontrollübereinkommen als schwierig.¹⁰⁷ Als eher unwahrscheinlich wird die Möglichkeit eingestuft, dass ein Überprüfungsprozess zur erforderlichen Aufhebung der Einstufung führen könnte, die für die Legitimierung des rekreativen Konsums von Cannabis bei Erwachsenen erforderlich wäre. Zu diesem Schluss gelangen Beobachterinnen und Beobachter insbesondere mit Blick auf den mehrjährigen, stark polarisierten Prozess, in welchem Cannabis nach der Anerkennung der medizinischen Eigenschaften von Cannabis durch die WHO¹⁰⁸ mit einem knappen Entscheid der CND aus der Liste IV gestrichen, aber auf der Liste I beibehalten wurde (vgl. Rz. 20 f.).¹⁰⁹ Gemäss JELSMA stellen dabei nicht nur der politische Widerstand gegen eine solche Reform,

¹⁰¹ HASSELGARD-ROWE/SEILER/CLOT/SAVARY, 39 ff.; JELSMA, 9 f.; LANDWEHR/KAHN, 97; TRANSFORM, 393, 395.

¹⁰² JELSMA, 9 f.

¹⁰³ ROOM, 807

¹⁰⁴ TRANSFORM, 398.

¹⁰⁵ Art. 3 EHÜ; ELIASON/HOWSE, 334 f.; HABIBI/HOFFMAN, 457; JELSMA, 9.

¹⁰⁶ TRANSFORM, 398.

¹⁰⁷ HASSELGARD-ROWE/SEILER/CLOT/SAVARY, 40; JELSMA, 9.

¹⁰⁸ World Health Organization, Expert Committee on Drug Dependence, Cannabidiol (CBD) Critical Review, 40th Mtg (Geneva: WHO, 2018), <https://www.who.int/docs/default-source/controlled-substances/whocbdreportmay2018-2.pdf?sfvrsn=f78db177_2>, besucht im November 2023.

¹⁰⁹ TRANSFORMA, 381 f.

sondern auch das Verfahren an für sich sowie die darin massgebenden Einstufungskriterien Hindernisse dar.¹¹⁰

Verschiedene Autorinnen und Autoren geben darüber hinaus zur Recht zu bedenken, dass die Aufhebung der Einstufung von Cannabis alleine nicht genüge um regulierte Cannabis-Märkte für rekreative Zwecke zu ermöglichen, da auch die Auslegung der cannabispezifischen Bestimmungen innerhalb der UN-Drogenkontrollübereinkommen ein weiteres Hindernis darstellten, welche mit einer Anpassung nur der Listen weiterbestehen würde. Vertragsanpassungen darüber hinaus sind somit unerlässlich.¹¹¹

(3) Beschränkung der Kontrollvorgaben auf den grenzüberschreitenden Verkehr

- 54 Ein weiterer Ansatz schlägt die Weiterentwicklung der UN-Drogenkontrollübereinkommen dahingehend vor, dass die Kontrollvorgaben auf den grenzüberschreitenden Verkehr mit kontrollierten Betäubungsmitteln beschränkt werden. Die Mitgliedstaaten sollen für die innerstaatliche Ausgestaltung im Umgang mit Betäubungsmitteln mehr Freiräume erhalten.¹¹²

c. *Vertragsreform, die nur für eine ausgewählte Gruppe von Staaten gilt: Inter-Se Abkommen*

- 55 Eine weitere Möglichkeit besteht im Abschluss eines *Inter-Se-Abkommens*. Dabei handelt es sich um ein Übereinkommen nach Art. 41 WVK zur Modifikation mehrseitiger Verträge, welches nur zwischen einzelnen Vertragsparteien Geltung erlangt. Dieses Verfahren gelangt zur Anwendung, wenn eine Vertragspartei die Rechtswirkung bestimmter Vertragsbestimmungen zwischen ihr und einer oder mehreren anderen gleichgesinnten Vertragsparteien ändern möchte.¹¹³
- 56 Nach Art. 41 WVK ist eine Änderung eines mehrseitigen Vertrags mit Geltung nur zwischen einzelnen Vertragsparteien zulässig, wenn entweder die Möglichkeit einer solchen Modifikation im Vertrag selbst vorgesehen ist oder wenn die betreffende Modifikation durch den Vertrag nicht verboten ist und die «anderen Vertragsparteien in dem Genuss ihrer Rechte auf Grund des Vertrags oder in der Erfüllung ihrer Pflichten nicht beeinträchtigt» werden und sich die Änderung «nicht auf eine Bestimmung bezieht, von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des gesamten Vertrags unvereinbar ist».¹¹⁴
- 57 Die Möglichkeit für Inter-Se Abkommen nach Art. 41 WVK wurde ursprünglich mit Blick auf den evolutionären Charakter multilateraler Verträge formuliert.¹¹⁵ Die Bestimmung soll helfen, bei fehlendem Konsens das Gleichgewicht zwischen der Stabilität von Vertragsregelungen und der Notwendigkeit von Änderungen zur Weiterentwicklung zu finden.¹¹⁶ Die Absicht hinter Art. 41 WVK ist, gleichgesinnten Vertragsparteien die Möglichkeit zu geben, im Laufe der Zeit einen alternativen Rahmen zu schaffen und auf sich ändernde Umstände und

¹¹⁰ JELSMA, 9. So auch TRANSFORMA, 382.

¹¹¹ HABIBI/HOFFMAN, 451; WOLA, 10; TRANSFORM, 398 f.

¹¹² Vgl. Dazu die Überlegungen und Ausführungen von ELIASON/HOWSE, 339 ff.

¹¹³ JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 18 ff.; WOLA, 11; Transform, 399 ff.

¹¹⁴ Vgl. Auch JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 18 ff.

¹¹⁵ JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 34.

¹¹⁶ JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 20 f.

soziale Bedingungen zu reagieren.¹¹⁷ Inter-Se-Abkommen dienen somit der Aufrechterhaltung und Stärkung völkerrechtlicher Vertragswerke.¹¹⁸

Einige Autorinnen und Autoren erachten ein solches Vorgehen denn auch als möglicher und geeigneter Weg für reformwillige Mitgliedstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen zu einer Anpassung ihrer vertraglichen Verpflichtungen.¹¹⁹ Mit Blick auf das UN-Drogenkontrollregime biete dieser Ansatz im Vergleich zu einem chaotischen Szenario einer wachsenden Anzahl verschiedener einseitiger Vorbehalte und fragwürdigen Neuinterpretationen verschiedene Vorteile.¹²⁰ Ein Vorgehen über ein Abkommen nach Art. 41 WVK würde nach JELSMA ET AL. die Entwicklung dessen erleichtern, was in einem internationalen politischen Umfeld, das durch einen unzureichenden Konsens gekennzeichnet ist, immer notwendiger wird: «ein Drogenkontrollsystem der verschiedenen Geschwindigkeiten»¹²¹, das mit den Vorgaben des internationalen Rechts im Einklang steht.¹²² So könnten mit einem solchen Abkommen die Spannungen innerhalb des UN-Drogenkontrollregimes beseitigt und der Handel zwischen den unterzeichnenden Ländern ermöglicht werden.¹²³ Zudem könnten die involvierten Vertragsstaaten klären, wie die Änderungen sich auf verwandte Rechtsvorschriften wie das EU-Recht auswirken.¹²⁴

Auf der Basis eines Inter-Se Abkommens könnte zudem eine Rechtsgrundlage für den internationalen Handel zwischen diesen Ländern geschaffen werden. Ein solches Abkommen würde aber erfordern, dass die Gruppe von Staaten, welche diesen Weg gemeinsam einschlägt, sich gegenüber den restlichen Vertragsstaaten explizit zu den UN-Drogenkontrollübereinkommen bekennt. Dies betrifft insbesondere ihre Pflicht alles Erforderliche zu unternehmen, dass kontrollierte Substanzen nicht in Länder gelangen, in denen sie weiterhin verboten sind. Die bestehenden Regelungen, insbesondere jene, die sich auf Cannabis beziehen, würden gegenüber den Vertragsstaaten, welche nicht Teil des Inter-Se Abkommen sind, bestehen bleiben.¹²⁵

Ein Vorgehen bei der Anpassung der UN-Drogenkontrollübereinkommen über eine Vereinbarung nach Art. 41 WKV erfordert die Koordination gleichgesinnter Staaten, welche einen legalen Markt für Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken bereits geschaffen haben oder dies noch tun wollen. Diese können mit einem Inter-Se Abkommen die UN-Drogenkontrollübereinkommen untereinander abändern. Sie könnten nach einer vorgängigen Kündigung gefolgt von einem Wiedereintritt einen Vorbehalt anbringen (vgl. Rz. 70 ff.), mit welchem sie sich von der allgemeinen Verpflichtung befreien würden, den Gebrauch von Cannabis ausschliesslich auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken. Im UN-Kommentar zu Art. 50 EHÜ wird in Ziff. 3 diese Vorgehensweise als Strategie erwähnt (vgl. Rz. 65).¹²⁶ Ein Inter-Se

¹¹⁷ HABIBI/HOFFMAN, 454 m.w.Nw.; WOLA, 11 m.w.Nw.

¹¹⁸ WOLA, 11.

¹¹⁹ HABIBI/HOFFMAN, 454 m.w.Nw.; JELSMA, 11; JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 19, 33 ff. m.w.Nw.; WOLA, 11.

¹²⁰ JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 34.

¹²¹ BOISTER, 409.

¹²² JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 34 f. m.w.Nw.; TRANSFORM, 399.

¹²³ WOLA, 11.

¹²⁴ JELSMA, 11; JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 33 ff.

¹²⁵ TRANSFORM, 400.

¹²⁶ TRANSFORM, 399 f., 405 f.

Abkommen ist jedoch nicht zwingend mit einer Kündigung gefolgt von einem Wiedereintritt mit einem Vorbehalt verbunden.

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass nach Art. 19 WVK Vorbehalte völkerrechtlich nur zulässig sind, sofern der betreffende Vertrag diese nicht einschränkt, ausschliesst oder grundsätzlich verbietet.¹²⁷ Darüber hinaus müssen Vorbehalte mit dem Ziel und Zweck des betreffenden Vertrags vereinbar sein (vgl. dazu gleich anschliessend).¹²⁸

- 61 Mit diesem Ansatz sind verschiedene Herausforderung verbunden. So bestehen nur wenige Beispiele für ein solches Vorgehen. Im Zusammenhang mit dem internationalen Drogenkontrollregime wurde zudem noch nie ein Inter-Se-Abkommen abgeschlossen.¹²⁹ Ein solches Vorgehen könnte darüber hinaus ein negativer Präzedenzfall im Hinblick auf andere völkerrechtliche Vertragsregimes, insbesondere menschenrechtliche Vereinbarungen, schaffen. Dies indem sich autoritäre Regimes auf ein Inter-Se-Abkommen anderer Staaten im Kontext der UN-Drogenkontrollübereinkommen berufen, um sich gegenseitig nicht an menschenrechtliche Vereinbarungen gebunden zu erklären. Auch machen die offizielle Auslegung der Verträge durch die zuständigen Gremien der Vereinten Nationen, insbesondere den INCB, deutlich¹³⁰, dass die Legalisierung von Cannabis für den Freizeitkonsum dem Ziel und Zweck der Verträge zuwiderläuft, was entsprechenden Vorbehalten entgegenstehen würde.¹³¹
- 62 Im Falle eines Streits über die Auslegung oder die Anwendung des EHÜ «beratschlagen die beteiligten Parteien, um die Streitigkeit durch Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleichs- oder Schiedsverfahren, Anrufung regionaler Organisationen, auf gerichtlichem Wege oder durch andere friedliche Mittel eigener Wahl beizulegen» (friedliche Streitbeilegung, Art. 48 Abs. 1 EHÜ). Kann die Streitigkeit auf diesem Wege nicht beigelegt werden, ist sie nach Art. 48 Abs. 2 EHÜ dem Internationalen Gerichtshof vorzulegen.¹³²
- 63 Während die einen Autorinnen und Autoren es als unwahrscheinlich erachten, dass ein Inter-Se Abkommen nach Art. 41 WVK als mit dem Ziel und Zweck der UN-Drogenkontrollübereinkommen übereinstimmend angesehen würde¹³³, beurteilen andere ein solches Abkommen als realistisch und als den elegantesten Ausweg aus den bestehenden Spannungen.¹³⁴ Hier wird die Ansicht vertreten, dass der Abschluss eines Inter-Se-Abkommens eine prüfenswerte Vorgehensweise ist, mit der die involvierten Staaten einerseits ein anhaltendes Interesse an den UN-Drogenkontrollübereinkommen und ihre Bereitschaft zur Einhaltung des Völkerrechts zeigen und andererseits die Weiterentwicklung des UN-Drogenkontrollregimes anstreben können. Zudem bietet ein solches Vorgehen die Möglichkeit, mit den UN-Drogenkontrollgremien und den übrigen Vertragsstaaten in einem Dialog zu bleiben. Allerdings besteht die Gefahr, dass mit einem solchen Vorgehen ein negativer Präzedenzfall für anderer völkerrechtliche Vertragsregimes, insbesondere solche für Menschenrechte und/oder Umweltanliegen, geschaffen wird (vgl. dazu

¹²⁷ ZIEGLER, Rz. 215.

¹²⁸ Art. 19 WVK. TRANSFORM, 405

¹²⁹ WOLA, 11; TRANSFORM, 401.

¹³⁰ Vgl. dazu Rz. 26 i.V.m. Fn. 52.

¹³¹ HABIBI/HOFFMAN, 459.

¹³² HABIBI/HOFFMAN, 454 f.; JELSMA, 11.

¹³³ HABIBI/HOFFMAN, 454 f.; JELSMA, 11.

¹³⁴ TRANSFORM, 401 m.w.Nw.

oben Rz. 61). Dieser Gefahr kann allenfalls damit begegnet werden, indem das Vorgehen zum Abschluss eines Inter-Se-Abkommens u.a. auf eine menschenrechtliche Argumentation (vgl. Rz. 86 ff.) gestützt wird. Es gilt jedoch zu beachten, dass der INCB in seinem Jahreberbericht 2022 deutlich zum Ausdruck bringt, dass er sämtliche Regulierungsmodelle als Verstoss gegen die UN-Drogenkontrollübereinkommen einstuft, die einen legalen Konsum von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken ermöglichen.¹³⁵

2. Vorbehalte

Es ist gängige Praxis, bei der Unterzeichnung, Ratifizierung oder dem Beitritt zu einem internationalen Vertrag Vorbehalte zu bestimmten Vertragsbestimmungen anzumelden. Vorbehalte ermöglichen es Staaten von Beginn an die Geltung bestimmter vertraglicher Verpflichtungen für sich auszuschliessen oder zu ändern.¹³⁶ Vorbehalte sind völkerrechtlich zulässig, sofern der betreffende Vertrag diese nicht einschränkt oder grundsätzlich verbietet.¹³⁷ Zudem kann ein Vertrag bestimmte Vorbehalte ausschliessen. Darüber hinaus müssen Vorbehalte mit dem Ziel und Zweck des betreffenden Vertrags vereinbar sein.¹³⁸ Formal erfordern Vorbehalte in der Regel Schriftlichkeit. Der Vorbehalt ist nach Art. 19 WVK bei der Unterzeichnung oder spätestens bei der Unterzeichnung, Ratifikation oder dem Beitritt anzubringen.¹³⁹

Nach Art. 50 Abs. 1 EHÜ sind nur Vorbehalte bei der Unterzeichnung, Ratifikation oder dem Beitritt zulässig, die in Art. 49 oder 50 Abs 2 EHÜ aufgeführt sind. Art. 50 Abs. 2 EHÜ sieht vor, dass Vertragsstaaten zu klar bezeichneten Bestimmungen Vorbehalte anbringen können. Vertragsstaaten, die darüberhinausgehende Vorbehalte anbringen wollen, haben nach Art. 50 Abs. 3 EHÜ ihre Einwände beim Generalsekretär der Vereinten Nationen einzureichen. Ein Vorbehalt ist zulässig, wenn nicht mehr als ein Drittel der Vertragsparteien innerhalb von 12 Monaten Einwände gegen den Vorbehalt erheben.¹⁴⁰ Der Vorbehalt gilt jedoch nicht gegenüber jenen Vertragsstaaten, welche gegen den Vorbehalt Einwände erhoben haben. Nach Art. 50 Abs. 4 EHÜ können Vorbehalte jederzeit ganz oder teilweise mit schriftlicher Notifikation zurückgezogen werden.

Die Einreichung neuer Vorbehalte durch einen Staat, der bereits Vertragspartei ist, ist unter dem EHÜ nicht zulässig. In der Kommentierung zu Art. 50 EHÜ wird im UN-Kommentar festgehalten, dass Vorbehalte «must be made at the time of ratification or accession.»¹⁴¹ Möglich bleibt jedoch der Austritt mit anschliessendem Wiedereintritt unter Anbringung von Vorbehalten (vgl. Rz. 70 ff.). Im UN-Kommentar zu Art. 50 EHÜ wird in Ziff. 3 ausgeführt, dass zum EHÜ Vorbehalte eingereicht werden können, um eine Vertragspartei im Hinblick auf eine bestimmte Substanz von der allgemeinen Pflicht, den Gebrauch von kontrollierten Substanzen ausschliesslich auf medizinische und wissenschaftliche

¹³⁵ Vgl. Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 9: «By contrast, the concept of legalization which allows and regulates the supply and use of drugs for non-medical purposes is in contradiction to the obligations set out in the drug control conventions.» Vgl. dazu Rz. 26 i.V.m. Fn. 52.

¹³⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. d WVK; ZIEGLER, Rz. 215.

¹³⁷ ZIEGLER, Rz. 215.

¹³⁸ Art. 19 WVK. TRANSFORM, 405

¹³⁹ ZIEGLER, Rz. 216.

¹⁴⁰ UN-Kommentar EHÜ, 476; HABIBI/HOFFMAN, 451 f.

¹⁴¹ UN-Kommentar EHÜ, 476.

Zwecke zu beschränken, zu befreien. Gemäss dem Kommentar können sich solche Ausnahmen auf die in Art. 49 Abs. 1 EHÜ genannten Betäubungsmittel beziehen, oder auch auf andere. Wenn ein solcher Vorbehalt gemäss Kommentar grundsätzlich zulässig ist, darf davon ausgegangen werden, dass eine Ausnahme auch für Cannabis zulässig sein kann.¹⁴²

Im Kontext der UN-Drogenkontrollübereinkommen gibt es bisher nur einen Präzedenzfall für einen derartigen Vorbehalt. Nachdem der Vorschlag von Bolivien für eine Änderung des EHÜ 2009 gescheitert war (vgl. Rz. 46), trat es 2012 aus dem EHÜ aus und ein Jahr später wieder ein. Beim Wiedereintritt legte Bolivien einen Vorbehalt ein, der klarstellte, dass Bolivien die Kontrollbestimmungen des Einheitsübereinkommens für Kokablätter in ihrem natürlichen Zustand nicht mehr akzeptiert (vgl. nachfolgend).¹⁴³

3. Austritt aus den Verträgen

- 68 Grundsätzlich ist es möglich, dass ein Vertragsstaat seine Mitgliedschaft im EHÜ und sowie bei den beiden anderen Drogenkontrollübereinkommen der UNO kündigt.¹⁴⁴ Erforderlich ist eine schriftliche Mitteilung an den UN-Generalsekretär.¹⁴⁵ Der mit der Kündigung verbundene Ausstieg aus dem UN-Kontrollregime würde aus rechtlicher Sicht die Probleme der Vertragsverletzung und Nichteinhaltung klären.¹⁴⁶

Im Kontext der UN-Drogenkontrollübereinkommen gab es bisher noch keine Kündigung ohne erneuten Beitritt. Daher sind die Auswirkungen einer Kündigung ungewiss. Es ist aber sehr wahrscheinlich, dass eine Kündigung bestimmte politische und rufschädigende Folgen haben kann, wie etwa Rügen des INCB und engagierter Vertragsparteien sowie das Risiko von Wirtschaftssanktionen (vgl. Rz. 96).¹⁴⁷

- 69 Auch führt die Kündigung zu einem Ausschluss des austretenden Staates von den Verfahren des internationalen Drogenkontrollsystems, es sei denn, Beobachter wären zugelassen.¹⁴⁸ Damit würde dem kündigenden Staat die Bekämpfung anderer Arten von Betäubungsmitteln erschwert.¹⁴⁹

Durch einen Austritt betroffen wäre über Cannabis hinaus aber auch der ebenfalls unter die UN-Drogenkontrollverträge fallende weltweite Handel mit Arzneimitteln für legale medizinische Zwecke einschliesslich der Substanzen auf der WHO-Liste der unentbehrlichen Medikamente. Im Falle einer Kündigung durch die Schweiz hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die in der Schweiz ansässige pharmazeutische Industrie. Zudem würde eine Kündigung der UN-Drogenkontrollübereinkommen die Arzneimittelversorgung eines austretenden Staates erheblich und nachhaltig beeinträchtigen.

Darüber hinaus geben HABIBI/HOFFMAN zu bedenken, dass eine Kündigung der UN-Drogenkontrollabkommen negative Auswirkungen auf den Handel mit Cannabis zu medizinischen Zwecken haben könnte. Da dieser den UN-

¹⁴² TRANSFORM, 399 f., 405 f.

¹⁴³ TRANSFORM, 404 f.; JELSMA, 10.

¹⁴⁴ HABIBI/HOFFMAN, 455 f.; WOLA, 12.

¹⁴⁵ HABIBI/HOFFMAN, 455.

¹⁴⁶ TRANSFORM, 402; WOLA, 12.

¹⁴⁷ HABIBI/HOFFMAN, 455; WOLA 12.

¹⁴⁸ HABIBI/HOFFMAN, 455 f.

¹⁴⁹ HABIBI/HOFFMAN, 459.

Drogenkontrollabkommen unterliegt, ist der Import von Cannabis zu medizinischen Zwecken aus einem Nicht-Vertragsstaat illegal.¹⁵⁰

Mit Blick auf die Schweiz würde ein Austritt aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen nichts an ihren Verpflichtungen aus dem Schengener Durchführungsübereinkommen ändern.¹⁵¹

4. Kündigung und Wiedereintritt mit Vorbehalt

Wie oben dargelegt, untersagt das EHÜ das Anbringen von Vorbehalten nach Unterzeichnung, Ratifizierung, Annahme, Genehmigung oder dem Beitritt (vgl. Rz. 64 ff.). Sollen dennoch nachträglich Vorbehalte angebracht werden, besteht die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrags, gefolgt von einem erneuten Beitritt mit Vorbehalten. Die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrags erfolgt nach den Vorgaben des betreffenden Vertrags.¹⁵² 70

Die Kündigung der Mitgliedschaft beim EHÜ wird in Art. 46 EHÜ geregelt. Im Falle des Übereinkommens von 1961 wird dem Land der Wiederbeitritt verwehrt, wenn ein Drittel oder mehr Vertragsstaaten dagegen Einspruch erheben 71

Im Kontext der Drogenkontrollübereinkommen der Vereinten Nationen stellt der Austritt Boliviens 2012 mit dem erneuten Beitritt mit einem Vorbehalt bezüglich der nationalen Besonderheiten betreffend Kokablättern denn auch bis heute einen Präzedenzfall dar.¹⁵³ In Bolivien ist das Kauen von Kokablättern ein indigener Brauch, dem Art. 49 Abs. 2 lit. e EHÜ entgegensteht. Diese Bestimmung verlangt, dass solche Bräuche innert 25 Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags abgeschafft werden. Bolivien hat bei seinem Beitritt 1976 einen Vorbehalt nach Art. 49 Abs. 1 lit. c EHÜ erhoben, so dass das Kauen von Kokablättern vorübergehend erlaubt blieb. Nach Ablauf der 25jährigen Frist bemühte sich Bolivien um eine Änderung der betreffenden Bestimmung des EHÜ, was nicht gelang (vgl. Rz. 46). In der Folge kündigte Bolivien den Vertrag und trat mit einem Vorbehalt 2012 erneut bei, der den Konsum und die Verwendung von Kokablättern zu kulturellen und medizinischen Zwecken erlaubte. Sechzehn Länder erhoben formell Einspruch gegen das Vorgehen Boliviens, aber mindestens ein Drittel der Vertragsparteien – also 61 Länder – hätten Einspruch erheben müssen, um Boliviens Vorbehalt für ungültig zu erklären.¹⁵⁴ Dieser galt somit als zulässig nach Art. 50 Abs. 3 EHÜ, wobei «Zulässigkeit» nicht mit formaler Korrektheit gleichgesetzt werden kann. 72

Die WVK steht einem solchen Vorgehen (Kündigung und Wiedereintritt unter Vorbehalt) grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings sind Vorbehalte nach Art. 19 WVK nur zulässig, sofern der betreffende Vertrag diese nicht einschränkt, ausschliesst oder grundsätzlich verbietet.¹⁵⁵ Darüber hinaus müssen Vorbehalte mit dem Ziel und Zweck des betreffenden Vertrags vereinbar sein.¹⁵⁶ 73
Allerdings wird kritisiert, dass ein solches Vorgehen den Vertragsparteien die Möglichkeit gibt, missliebige Vertragsbestimmungen auszuschliessen.

¹⁵⁰ HABIBI/HOFFMAN, 456 f.

¹⁵¹ Vgl. dazu VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 212.

¹⁵² ZIEGLER, Rz. 240.

¹⁵³ Bericht Postulat 21.3280, 91; JELSMA, 10; JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 30 f.; WOLA, 12 f.

¹⁵⁴ TRANSFORM, 404; JELSMA, 10.

¹⁵⁵ ZIEGLER, Rz. 215.

¹⁵⁶ Art. 19 WVK. TRANSFORM, 405

Dadurch werde der Konsens der Vertragsparteien untergraben sowie der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* verletzt.¹⁵⁷ Die ständige Möglichkeit einer (einseitigen) Abänderung der vertraglichen Verpflichtungen würde die Rechtssicherheit sowie der Wert multilateraler Verträge schmälern.

Entsprechend kann ein solches Vorgehen zu internationaler Kritik, was bei Bolivien auch der Fall war. Dem Land wurde vorgehalten, sein Vorgehen verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben in Vertragsbeziehungen und gegen den völkerrechtlichen Grundsatz, der verspätete Vorbehalte verbietet.¹⁵⁸

- 74 HABIBI/HOFFMANN weisen darauf hin, dass Fälle, in denen Länder Verträge kündigen und mit Vorbehalten zu bestimmten Bestimmungen wieder beitreten, alle seit Ende der 1990er Jahre aufgetreten sind. Das deute darauf hin, dass der Mechanismus dazu dient, Vertragsbestimmungen zu bekämpfen, die sich nicht mit den gesellschaftlichen Normen und den wissenschaftlichen und medizinischen Erkenntnissen entsprechen.¹⁵⁹ Doch warnen HABIBI/HOFFMANN unter Verweis auf die Reaktionen des INCB¹⁶⁰ sowie von Ländern, welche gegen das Vorgehen Boliviens Einspruch erhoben haben, davor, dass eine Kündigung und ein Wiedereintritt mit einem Vorbehalt betreffend die legale Nutzung von Cannabis unweit stärkere Reaktionen auslösen könnte.¹⁶¹
- 75 JELSMA relativiert diese Warnungen und weist daraufhin, dass einige der Länder, welche damals gegen das Vorgehen Boliviens Einspruch erhoben haben (u.a. Kanada, Dänemark, Deutschland, Italien, die Niederlande, Portugal oder die USA), mittlerweile selbst über eine Vertragskündigung mit einem Wiedereintritt mit Vorbehalten in Bezug auf Cannabis nachdenken.¹⁶² JELSMA empfiehlt in einem solchen Fall ein koordiniertes Vorgehen mehrerer gleichgesinnter Länder. Mit der Formulierung gleichlautender oder ähnlicher Vorbehalte und einer zeitlichen Koordinierung der Verfahren für den Austritt und Wiedereintritt, könnten seiner Meinung nach die Erfolgschancen erhöht werden. Einerseits könnte dies einige der übrigen Vertragsstaaten davon abhalten, formelle Einwände zu erheben. Andererseits könnte ein solcher «kollektiver» Vorbehalt die Grundalge für eine Vereinbarung bilden, die den Weg für einen internationalen Handel mit Cannabisprodukten für nichtmedizinische Zwecke zwischen den Vorbehaltsstaaten ebnet (vgl. Rz. 55 ff.).¹⁶³
- 76 BEAR gibt im Zusammenhang mit der Option einer Kündigung mit Wiedereintritt unter Vorbehalt auch zu bedenken, dass je nachdem, welche Staaten sich zu diesem Vorgehen entscheiden (z.B. Mitglieder der G7 wie Kanada), dies die UN-Konventionen massiv untergraben könne. Der mit diesem Vorgehen verbundene *à la carte* Ansatz würde jeden Staat, der Cannabis legalisieren möchte, dazu einladen, dies zu tun, ohne Änderungen am Gesamtsystem

¹⁵⁷ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 18; BAER, 100; HABIBI/HOFFMAN, 453 m.w.Nw.

¹⁵⁸ HABIBI/HOFFMAN, 443 m.w.Nw.

¹⁵⁹ HABIBI/HOFFMAN, 453.

¹⁶⁰ International Narcotics Control Board, Press Release, UNIS/NAR/1114, "International Narcotics Control Board Regrets Bolivia's Denunciation of the Single Convention on Narcotic Drugs" (5 July 2011).

¹⁶¹ HABIBI/HOFFMAN, 453: "While ultimately successful, Bolivia's example also foreshadows the ire of the international drug control community if unilateral actions to legalize cannabis nationally were taken on the basis of this procedure." Vgl. Auch 459.

¹⁶² JELSMA, 10.

¹⁶³ JELSMA, 10.

anstreben zu müssen. Während einige Staaten dies als eine bequeme Möglichkeit ansehen könnten, Vertragsstaaten zu umgehen, die eine Reform der Konventionen blockieren, bestehe dabei eine erhebliche Gefahr der Marginalisierung der UN-Drogenkontrollkonventionen. BAER warnt vor einer «Zombifizierung» der Konventionen: Sie wären noch in Kraft, aber nur toter Buchstabe.¹⁶⁴

Der Bundesrat äusserte sich 2010 im Zusammenhang mit der Berner Konvention zur Zulässigkeit einer Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrags und eines anschliessenden Wiederbeitritt mit Vorbehalt. Der Bundesrat beurteilte ein solches Vorgehen als «weder juristisch noch politisch vertretbar». Ein Austritt gefolgt von einem Wiedereintritt verstosse gegen Treu und Glauben und würde von anderen Ländern nicht gebilligt werden.¹⁶⁵

Das Vorgehen von Island im Zusammenhang mit einem Moratorium unter dem Internationalen Übereinkommen zur Regelung des Walfangs¹⁶⁶ ist ein konkretes Beispiel dafür, dass die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages mit nachfolgendem Wiedereintritt unter Vorbehalt als rechtlich nicht zulässig erachtet und von anderen Ländern nicht akzeptiert wird. Nachdem Island keinen Einspruch gegen ein 1982 unter dem Übereinkommen errichtetes Moratorium eingelegt hatte, obwohl es gegen das Moratorium gestimmt hatte, stellte es den Walfang ein. Es trat jedoch 1992 aus dem Übereinkommen aus und 2002 mit einem Vorbehalt wieder bei. Das Übereinkommen zur Regelung des Walfangs lässt Vorbehalte bei der Ratifizierung oder dem Beitritt zum Übereinkommen nicht ausdrücklich zu, schliesst sie aber auch nicht aus. Daher betrachten viele Vertragsstaaten den isländischen Vorbehalt als ungültig. Dennoch nahm Island den kommerziellen Walfang 2006 wieder auf.¹⁶⁷

Die obigen Ausführungen und Beispiele zeigen auf, dass eine Kündigung der UN-Drogenkontrollübereinkommen gefolgt von einem Wiedereintritt mit Vorbehalten als rechtlich nicht akzeptiert und politisch kaum vertretbar anzusehen ist.

5. Flexible Vertragsauslegung und Neuinterpretation der Ausnahmeregelung der UN-Drogenkontrollübereinkommen

Als eine weitere Möglichkeit, nationale Regulierungen von Cannabis zu rekreativen Zwecken mit den UN-Drogenkontrollübereinkommen in Einklang zu bringen, wird in der flexiblen Auslegung der Vertragsbestimmungen bzw. in der Neuinterpretation der Begriffe «medizinische und wissenschaftliche Zwecke» gesehen.¹⁶⁸

Ein entsprechender Ansatz möchte die Ausnahmeregelung für «medizinische und wissenschaftliche Zwecke» so weit ausdehnen, dass sie das allgemeine Interesse der öffentlichen Gesundheit abdeckt, was wiederum die Grundlage für Regelungen darstellen würde, welche den legalen Zugang zu Cannabis für rekreative Zwecke ermöglichen.¹⁶⁹

¹⁶⁴ BAER, 100.

¹⁶⁵ Antwort des Bundesrates auf die Motion 10.3264 - Revision von Artikel 22 der Berner Konvention.

¹⁶⁶ SR 0.922.74.

¹⁶⁷ Vgl. dazu WOLD, 92 f. m.w.Nw.

¹⁶⁸ BAER, 100.

¹⁶⁹ Dazu kritisch VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 44 f., 210, 218.

- 80 Diese Argumentation ist jedoch nicht haltbar. Nicht nur wird mit dieser Interpretation die Bedeutung des Begriffs «wissenschaftliche Zwecke» in den Verträgen missverstanden. Auch wird die Formulierung aus ihrem Kontext gerissen, sowohl innerhalb des betreffenden Artikels als auch des Vertrags insgesamt, was gegen die grundlegenden Auslegungsregeln der WVK verstösst. Vielmehr besteht kein Zweifel an der restriktiven Bedeutung, welche den Ausnahmen im EHÜ gegeben wird (vgl. Rz. 26). Zahlreiche Stellungnahmen des INCB sowie die deutlichen Aussagen des INCB-Präsidenten anlässlich der UNGASS 2016¹⁷⁰ sowie das Fehlen einer staatlichen Praxis oder einer allgemein akzeptierten weiten Auslegung der Ausnahme lassen daran keine Zweifel zu.¹⁷¹
- 81 Der flexiblen Vertragsauslegung resp. der Neuinterpretation von völkerrechtlichen Verträgen oder Teilen davon sind Grenzen gesetzt.¹⁷² Werden diese überschritten, wird gegen Grundprinzipien des internationalen Rechts verstossen. Staaten, die eine Regulierung von Cannabis zu anderen als medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken anstreben oder dies bereits getan haben, sollten andere Vorgehensweisen prüfen, um solche Veränderungen mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen in Einklang zu bringen.

6. Vorübergehende respektvolle Nichteinhaltung

- 82 Anstatt zu versuchen mit einer sogenannten flexiblen Auslegung zu argumentieren, warum eine nationale Regulierung von Cannabis zu rekreativen Zwecken mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen in Einklang steht und damit die Verstösse gegen völkerrechtliche Verpflichtungen zu ignorieren (vgl. Rz. 79 ff.), können Staaten, die den rekreativen Konsum von Cannabis anstreben oder bereits in ihrem innerstaatlichen Recht zulassen, stattdessen offen zugeben, dass dies zu einer Nichteinhaltung ihrer völkervertraglichen Pflichten führt.¹⁷³ Für dieses Vorgehen, das als «respektvolle» oder «prinzipientreue» Nichtkonformität oder Nichteinhaltung (respectful non-compliance) bezeichnet wird, hat sich insbesondere Kanada entschieden.¹⁷⁴
- 83 Wichtig bei diesem Vorgehen ist, dass die betreffenden Staaten die Gründe für die Regulierung auf nationaler Ebene erläutern und darlegen, wie sich diese auf die Einhaltung ihrer völkervertraglichen Pflichten auswirkt. Darüber hinaus sollten sie aufzeigen, warum ihr Vorgehen für die Erfüllung anderer internationaler rechtlicher und politischer Verpflichtungen (insb. die Einhaltung menschenrechtlicher Verträge) notwendig ist.¹⁷⁵ Auch sollten die betreffenden Staaten die Situation der Nichteinhaltung als vorübergehend deklarieren und

¹⁷⁰ «The conventions require to limit the use of drugs exclusively to medical and scientific purposes. Non-medical use has to be prohibited and considered as unlawful behaviour. There is *no flexibility* in the conventions for allowing and regulating any kind of non-medical use.» (Hervorhebungen im Original), Statement by Mr. Werner Sipp, President, International Narcotics Control Board (INCB), Fifty-ninth session of the Commission on Narcotic Drugs, 14 March 2016 (abrufbar unter: <http://www.incb.org/incb/en/news/speeches/2016/ungass_cnd.html>, besucht im November 2023). Vgl. Dazu auch TRANSFORM, 390 ff.

¹⁷¹ Bericht Postulat 21.3280, 91. So auch VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 212 mit Verweis auf die grosse Zahl an Mitgliedstaaten und ihre unterschiedlichen Haltungen. WOLA, 15, 17.

¹⁷² JELSMA/BOISTER/BEWLEY-TAYLOR, 33.

¹⁷³ TRANSFORM, 409 ff.; WOLA, 15.

¹⁷⁴ HASSELGARD-ROWE/SEILER/CLOT/SAVARY, 40 f., 43; TRANSFORM, 409 ff.

¹⁷⁵ WOLA, 15.

gegenüber den Behörden der UN-Drogenkontrollübereinkommen und der restlichen Vertragsstaaten aufzeigen, dass sie die neuen innerstaatlichen Regelungen mit ihren völkervertraglichen Verpflichtungen in Einklang bringen möchten. Damit zeigen sie ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Respektierung des Völkerrechts. Hierzu sollten diese Staaten auf internationaler Ebene das Gespräch suchen und aktiv Lösungen vorantreiben. Denkbar wäre ein Inter-Se Abkommen mit gleichgesinnten Vertragsstaaten (vgl. Rz. 55 ff.) bei gleichzeitigen Initiativen für eine umfassende Revision (oben Rz. 50 ff.). Zudem sollten diese Staaten ihren verbleibenden Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen nachkommen (z.B. die jährliche Berichterstattung an den INCB).¹⁷⁶

Die Entscheidung von Staaten für eine Reform und die Anerkennung der vorübergehenden respektvollen Nichtkonformität der nationalen Cannabis-Regulierung mit den vertraglichen Pflichten aus den UN-Drogenübereinkommen kann dazu beitragen, die Voraussetzungen für Vertragsreformen zu schaffen.¹⁷⁷

Es findet sich in der Literatur und Praxis kein Hinweis darauf, wie lange der Zustand der vorübergehenden respektvollen Nichteinhaltung andauern darf. Massgeblich dürfte sein, dass der betreffende Staat – wie zuvor beschrieben – ernsthafte Anstrengungen unternimmt, den vertragswidrigen Zustand zu verändern und alle vermeidbaren Vertragsverletzungen unterlässt.

Dabei dürfte der tatsächlichen, in erster Linie am Gesundheitsschutz ausgerichteten Ausgestaltung der nationalen Regulierung eine grosse Bedeutung zukommen.

Im Hinblick darauf, dass unter den derzeit bestehenden völkerrechtlichen Rahmenbedingungen und der heterogenen Auffassung der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen keine rechtlich und politisch korrekte Lösung für die Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für den rekreativen Konsum existiert, ist der Schweiz zu empfehlen, mit dem vorübergehenden Widerspruch zu den UN-Drogenkontrollübereinkommen offen umzugehen (respectful non-compliance). Mit einer sich in erster Linie am Gesundheitsschutz orientierenden Ausgestaltung des nationalen Zugangs zu Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken (Verzicht auf einen kommerziellen Markt, strenger Jugendschutz, Präventionsprogramme etc.¹⁷⁸) und Einhaltung der verbleibenden völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen (strenge Grenzkontrolle, Reporting) würde die Schweiz ihren Wille kundtun, das internationale Drogenkontrollsystem grundsätzlich zu erhalten und ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Die Beibehaltung des UN-Drogenkontrollsystems ist mit Blick auf eine sichere Versorgung der Schweiz mit Betäubungsmitteln für medizinische Zwecke zentral. Bei diesem Vorgehen soll die Schweiz sich an Staaten orientieren, die einen legalen Zugang zu Cannabis zu nicht-

¹⁷⁶ WOLA, 15

¹⁷⁷ TRANSFORM, 409 f.; WOLA, 15.

¹⁷⁸ Vgl. dazu die Empfehlung der EKSND für eine Regulierung von Cannabis, die sich in erster Linie am Gesundheitsschutz orientiert. An die Stelle des Verbots soll eine Regulierung Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken kontrolliert zugänglich machen, aber den Konsum nicht fördern. Medienmitteilung der EKSND vom Dezember 2022 (https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/EKSND-CFANT/medienmitteilungen/cannabis/mm-cannabisregulierung.pdf.download.pdf/221122_Medienmitteilung%20EKSND_Cannabisregulierung_final_DE.pdf), besucht im Dezember 2023).

medizinischen Zwecken bereits geschaffen haben oder dabei sind, dies zu tun. Ebenso sollte sie sich aktiv und zusammen mit gleichgesinnten Staaten um wissenschaftliche Erkenntnisse im Umgang mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken bemühen und auf eine Reform des UN-Kontrollsystems hinarbeiten. Hierzu ist die Möglichkeit von Inter-Se Vertragsänderungen nach Art. 41 WVK zu prüfen. Ein mittel- bis langfristiges Ziel könnte die Einrichtung eines alternativen Kontrollregimes sein, welches Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken umfasst. Aufgrund der heterogenen Auffassung der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen ist ein schrittweises, international koordiniertes Vorgehen mit einem klaren Bezug auf die Menschenrechte, die Gesundheit und die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger empfehlenswert.

7. Menschenrechtlicher Ansatz

- 86 Im Völkerrecht gilt der Grundsatz, dass keine Normenhierarchie besteht. Eine Ausnahme bilden die Normen des zwingenden Völkerrechts (Art. 53, 64 WVK) sowie die Verpflichtungen aus der UN-Charta. Art. 103 der UN-Charta legt fest, dass bei einem Widerspruch zwischen den Verpflichtungen aus der UN-Charta und anderen völkerrechtlichen Verträgen die Pflichten aus der UN-Charta Vorrang haben.¹⁷⁹

Völkerrechtliche Verträge können Kollisionsklauseln enthalten, die festlegen, wie Konflikte mit anderen völkerrechtlichen Verträgen gelöst werden sollen. Im Das EHÜ enthält keine Kollisionsregel. Finden sich keine entsprechenden Regelungen, gilt der Grundsatz des Vorrangs des späteren Vertrags (*lex posterior derogat legi priori*, vgl. Art. 30 WVK) sowie der Spezialitätsgrundsatz der besagt, dass die spezielle Norm der allgemeinen Norm vorgeht (*lex specialis derogati legi generali*).¹⁸⁰

- 87 Im Kontext der Weiterentwicklung der UN-Drogenkontrollübereinkommen wird neben den zuvor genannten Optionen auch ein so genannter *menschenrechtlicher Ansatz* diskutiert. Dieser beruht auf der Tatsache, dass die UN-Drogenkontrollübereinkommen ebenso wie die UN-Menschenrechtsübereinkommen Teil des Rechtssystems der Vereinten Nationen sind.

Um Spannungen zwischen den beiden UN-Regimes zu vermeiden, sollen gemäss dem menschenrechtlichen Ansatz die UN-Drogenkontrollübereinkommen und die UN-Menschenrechtsübereinkommen einheitlich ausgelegt werden.¹⁸¹ Mit Verweis auf die UN-Charta und der darin enthaltenen Menschenrechte wird darüber hinaus argumentiert, dass den Menschenrechtsübereinkommen ein höherer Status zukommt als dem UN-Drogenkontrollregime.¹⁸² Das hat zur Folge, dass bei Widersprüchen und Unstimmigkeiten den Menschenrechten der Vorrang zukommt. ELIASON/HOWSE zeigen unter Verweis auf Resolutionen der Generalversammlung, Erklärungen von UN-Gremien und der internationalen Menschenrechts-Rechtsprechung auf, dass diese Ansicht durch die Praxis der Vereinten Nationen unterstützt wird.¹⁸³ Die

¹⁷⁹ PETERS/PETRIG, Kapitel 5 Rz. 46 f.; ZIEGLER, Rz. 158 ff.

¹⁸⁰ ZIEGLER, Rz. 158, 256 f.

¹⁸¹ ELIASON/HOWSE, 351.

¹⁸² Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 9.

¹⁸³ ELIASON/HOWSE, 351 ff. m.w.Mw.; PETERS/PETRIG, Kapitel 5 Rz. 47.

Konkretisierung der Drogenkontrollverpflichtungen anhand der internationalen Menschenrechte ist ein Novum in der internationalen Drogenpolitik.¹⁸⁴

Der INCB widerspricht dieser Sichtweise. Er erkennt keinen Normenkonflikt zwischen den UN-Drogenkontrollübereinkommen und internationalen Menschenrechtsinstrumenten. Aus Sicht des INCB präzisieren die UN-Drogenkontrollübereinkommen als *lex specialis* die Art und Weise, wie die Menschenrechte im Bereich der Drogenkontrolle zu beachten seien. Die Konventionen spiegeln die Auffassung der internationalen Gemeinschaft wider, dass der wirksamste Weg zur Förderung der Menschenrechte im Bereich der Drogenkontrolle darin besteht, den Gebrauch von Drogen auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.¹⁸⁵ 88

Staaten, die dem menschenrechtlichen Ansatz folgen, anerkennen, dass Menschenrechte die Grundlage für ein würdevolles und gleichberechtigtes Leben sind und das Gerüst einer freien und offenen Gesellschaft bilden. Diese Staaten sehen sich durch ihre positiven menschenrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz der individuellen und öffentlichen Gesundheit, der Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger und der Verbrechensbekämpfung verpflichtet, einen legalen Zugang zu Cannabis zu rekreativen Zwecken zu schaffen, wenn eine solche Regulierung einen besseren Schutz dieser Rechte und Interessen gewährleistet, als eine prohibitive Drogenpolitik im Sinne der UN-Drogenkontrollübereinkommen. Sie tun dies mit der Überzeugung, dass das gegenwärtige Drogenkontrollsystem unter anderen politischen und wissenschaftlichen Bedingungen entstanden ist als sie heute gelten, dass das mit dem UN-Drogenkontrollregime angestrebte Ziel einer drogenfreien Welt deutlich verfehlt wurde und dass der «Krieg gegen Drogen» die Menschenrechte in inakzeptabler Weise verletzt.¹⁸⁶ Dabei setzen Staaten, die sich bei der Regulierung von Cannabis zu rekreativen Zwecken auf ihre menschenrechtlichen Verpflichtungen berufen, je nach Ausgangslage unterschiedliche Schwerpunkte. So steht für Staaten wie Uruguay (vgl. Rz. 103 ff.) und andere Länder, in welchen Drogen angebaut respektive produziert werden und die Bevölkerung massiv unter den Folgen des oftmals mit Waffengewalt geführten Kriegs gegen Drogen leidet (Bandenkriminalität, Entführungen, Einsatz von militärischen Mitteln etc.), der Schutz des Lebens, die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger und der Schutz der Rechtsstaatlichkeit im Vordergrund. Für Länder wie Kanada (vgl. Rz. 105 ff.) und die Schweiz steht – gestützt auf die Erfahrungen und Erkenntnisse der vergangenen Jahrzehnte¹⁸⁷ – bei einer menschenrechtlichen Ausgestaltung der Drogenpolitik der Schutz der individuellen und öffentlichen Gesundheit im Vordergrund. Aus dieser Optik ist einem streng regulierten legalen Zugang zu Cannabis zu Genusszwecken (u.a. Lizenzsystem, Qualitätsvorgaben, nicht-gewinnorientierter Vertrieb, strenger Jugendschutz, Präventionsangebote) der Vorrang vor einem prohibitiven System einzuräumen, welches mit Beschaffungskriminalität, illegalem Drogenhandel, verunreinigten Produkten und 89

¹⁸⁴ Vgl. Dazu die International Guidelines on Human Rights and Drug Policy der Universität Essex (abrufbar unter: <<https://www.undp.org/publications/international-guidelines-human-rights-and-drug-policy>> und <<https://www.humanrights-drugpolicy.org>>, besucht im Dezember 2023).

¹⁸⁵ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 9.

¹⁸⁶ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 5 f.; HABIBI/HOFFMAN, 459.

¹⁸⁷ Vgl. u.a. EKSF, Synthesebericht «Cannabis»; Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik.

damit verbunden einer Gefährdung der individuellen und öffentlichen Gesundheit einhergeht.

- 90 Staaten, die diesen menschenrechtlichen Ansatz verfolgen möchten, sollten transparent und nachvollziehbar darlegen, dass die Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis zu rekreativen Zwecken einen besseren Schutz der Menschenrechte gewährleistet als der prohibitive Ansatz der UN-Drogenkontrollübereinkommen. Bei diesen Menschenrechten handelt es sich in erster Linie um *positive Verpflichtungen*, die sich aus den Rechten auf Gesundheit, Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Freiheit von unmenschlicher Behandlung und Privatsphäre ergeben, soweit diese Verpflichtungen der Gewährleistung der individuellen und öffentlichen Gesundheit, Sicherheit und Verbrechensbekämpfung dienen. Die entsprechenden Regulierungen dieser Staaten müssen jedoch darüber hinaus mit einer Politik einhergehen, die den rekreativen Cannabiskonsum eindämmt.¹⁸⁸
- 91 Das Aufzeigen von Widersprüchen zwischen den beiden UN-Regimes löst jedoch nicht automatisch die daraus resultierenden Spannungen mit den UN-Drogenkontrollübereinkommen auf: Es sind weitere rechtliche Massnahmen erforderlich, um politische Entscheidungen mit dem Völkerrecht in Einklang zu bringen.¹⁸⁹ Denn auch für den menschenrechtlichen Ansatz gilt, dass das internationale Recht und das Vertragssystem der Vereinten Nationen geachtet und nicht untergraben werden sollte.¹⁹⁰
- 92 Staaten, welche die Regulierung von Cannabis zu rekreativen Zwecken anstreben, bietet der menschenrechtliche Ansatz – trotz der derzeit ablehnenden Haltung des INCB – eine prüfenswerte Basis, um ihre Vorgehensweise auf völkerrechtlichen Grundwerte abstützen und eine vorübergehende Periode der respektvollen Nichteinhaltung begründen zu können (vgl. Rz. 82 ff.). Die Orientierung der schweizerischen Drogenpolitik an den Menschenrechten und den Zielsetzungen der öffentlichen Gesundheit ist bereits Teil der Sucht- und Drogenpolitik bis 2030. Gemäss den suchtpolitischen Schwerpunkten der Gesundheitsaussenpolitik (GAP) 2019-2024 wird sich der Bund für «eine Weiterentwicklung der internationalen Drogenpolitik ein[setzen], die evidenzbasiert ist und sich an den Menschenrechten und den Zielsetzungen der öffentlichen Gesundheit orientiert.»¹⁹¹

D. Konsequenzen

- 93 Wie bereits verschiedentlich festgehalten, verfügen die UN-Drogenkontrollübereinkommen über keinen starken Durchsetzungsmechanismus. Dies im Gegensatz zum Recht der EU, dessen Durchsetzungsverfahren wesentlich stärker sind.¹⁹²

1. UN-Drogenkontrollübereinkommen

- 94 Die UN-Drogenkontrollübereinkommen beschränken den Cannabiskonsum ausdrücklich auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke, und Cannabis fällt unter das strengste Kontrollregime der Konventionen (vgl. Rz. 20 ff.). Die

¹⁸⁸ VAN KEMPEN/FEDOROVA Vol. I, 233.

¹⁸⁹ JELSMA, 7.

¹⁹⁰ TRANSFORM, 384.

¹⁹¹ Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, 66.

¹⁹² JELSMA, German Cannabis regulation; LANDWEHR/KAHN, 94.

Verträge gewähren den Vertragsstaaten allerdings einen gewissen Spielraum, so dass die Entkriminalisierung des Drogenbesitzes für den Eigengebrauch und die Einführung einer Reihe von Diensten zur Schadensbegrenzung (z.B. Räumlichkeiten für einen sicheren Drogenkonsum [«Gassenzimmer»] oder Weiterbildung von Präventionsfachleuten¹⁹³) möglich sind. Der durch die Verträge eingeräumte Spielraum hat jedoch Grenzen. Eine der deutlichsten Grenzen ist, dass der Zugang zu nichtmedizinischem Cannabis über einen regulierten Markt unter den UN-Drogenkontrollvereinbarungen nicht zulässig ist.¹⁹⁴

Wie oben unter II.A.1.a. dargelegt, kann der INCB in einem letzten Eskalationsschritt dem ECOSOC empfehlen, die Herstellungs- und Einfuhrquote eines Staates für ein bestimmtes Betäubungsmittel beschränken, der gegen die Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen verstösst. Diese Massnahme wurde bisher allerdings noch nie ergriffen.¹⁹⁵ Ebenso wenig genutzt wurde bisher die in Art. 48 EHÜ vorgesehene Möglichkeiten der friedlichen und gerichtlichen Streitbeilegung (vgl. Rz. 62).¹⁹⁶ Grundsätzlich sind die Ansichten des INCB rechtlich nicht bindend. Doch sie gelten als massgebend und verkörpern den internationalen Konsens. Sie sollten daher von den Vertragsparteien grundsätzlich beachtet werden.¹⁹⁷ 95

JELSMA beurteilt das Risiko, dass Staaten bei Nichteinhaltung der UN-Drogenkontrollübereinkommen praktische Folgen wie wirtschaftliche Sanktionen zu befürchten hätten, als gering. Zu erwarten seien jedoch politische Folgen wie die Schwächung der Position und des internationalen Rufs eines Landes wegen anhaltender Missachtung seiner völkerrechtlichen Pflichten. Der INCB wiederholt in seinen Berichten immer wieder, dass alle Massnahmen, die die Verwendung von Cannabis für nichtmedizinische Zwecke zulassen, gegen die Vertragspflichten der Mitgliedsländer verstossen.¹⁹⁸ Staaten, die aus Sicht der Kontrollorgane ihren Vertragspflichten aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen nicht nachkommen bzw. diese verletzen, haben mit politischen Auseinandersetzungen im CND (wie im Fall von Kanada),» einem unangenehmen Austausch mit dem INCB in Form von Briefen und Ländermissionen (wie im Fall von Uruguay) und mit einer Anprangerung im Jahresbericht des INCB zu 96

¹⁹³ EKSF, Synthesebericht «Cannabis», 17 f.; Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, 40 ff.

¹⁹⁴ Vgl. z.B. INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2020, 29; INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2017, 35 f.: «The Board wishes to reiterate that any measures that permit or would permit the use of cannabis for non-medical purposes are in clear violation of article 4, paragraph (c), and article 36 of the 1961 Convention as amended, and article 3, paragraph 1 (a), of the 1988 Convention. INCB also reiterates that the limitation of the use of controlled substances to medical and scientific purposes is a fundamental principle to which no derogation is permitted by the 1961 Convention as amended.»; TRANSFORM, 387.

¹⁹⁵ JELSMA, 6 erachtet eine solche Massnahme gegen Vertragsstaaten auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Regulierung von Cannabis als unwahrscheinlich. LANDWEHR/KAHN, 94 m.w.Nw.

¹⁹⁶ JELSMA, 6.

¹⁹⁷ HABIBI/HOFFMAN, 438.

¹⁹⁸ Vgl. INCB Report 2022, Ziff. 855: «The Board reminds all parties to the 1961 Convention as amended that, under article 4, paragraph (c), of the Convention, and subject to the provisions of the Convention, the production, manufacture, export, import and distribution of, trade in, and use and possession of drugs are limited exclusively to medical and scientific purposes and that any measures allowing for the use of cannabis for non-medical purposes are in violation of the legal obligation incumbent upon parties to the Convention.»

rechnen.¹⁹⁹ Der INCB nennt dabei auch regelmässig explizit Länder wie Uruguay, Kanada, die USA und die Niederlande, deren Cannabispolitik bereits gegen die Bestimmungen des Vertrags von 1961 verstösst, und warnt Staaten, die Liberalisierungsschritte prüfen, wie Luxemburg, Deutschland und die Schweiz.²⁰⁰

JELSMA kommt zum Schluss, dass bei längerer Nichteinhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen die schädlichste Folge in einer Schwächung der Position des betreffenden Landes bestünde, andere Staaten wegen deren Verletzung anderer internationaler Verpflichtungen, z. B. in Bezug auf die territoriale Integrität, die Todesstrafe, aussergerichtliche Tötungen oder willkürliche Inhaftierungen, anklagen zu können. Wenn ein Staat von einem anderen Land fordert, dass die Grundsätze des Völkerrechts eingehalten werden müssen, muss seinen eigenen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen.²⁰¹

- 97 Das Fehlen eines wirksamen Durchsetzungsmechanismus auf UN-Ebene ermöglicht es den Ländern, sich Zeit zu nehmen, um ihre neue Politik mit ihren internationalen Verpflichtungen in Einklang zu bringen. Zudem können sie sich mit gleichgesinnten Ländern zusammenschliessen und das weitere Vorgehen gemeinsam planen. Ein zu langer Zeitraum der Nichteinhaltung wird jedoch die politischen Spannungen nur weiter verschärfen und die Achtung des Völkerrechts im Allgemeinen untergraben.²⁰²

2. Schengen-Durchführungsübereinkommen

- 98 Nach Art. 3 SAA besteht ein Gemischter Ausschuss. Er überwacht das Funktionieren des Schengen-Besitzstandes und ist für dessen Weiterentwicklung zuständig. Die Schweiz hat als assoziierter Staat bei der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands ein Mitwirkungsrecht, kann aber nicht abstimmen. Die Schweiz übernimmt jedoch die Weiterentwicklungen nicht automatisch, sondern entscheidet darüber eigenständig.

Kommt es zu einem Konflikt über die Anwendung des Schengen-Besitzstands, wird nach Art. 10 Abs. 1 SAA «die Angelegenheit offiziell als Streitigkeit auf die Tagesordnung des auf Ministerebene tagenden Gemischten Ausschusses gesetzt». Der Streit ist nach Art. 10 Abs. 2 SAA innert 90 Tage durch den Gemischten Ausschuss beizulegen. Gelingt dies nicht, so ist nach Art. 10 Abs. 3 SAA «zur endgültigen Beilegung des Streits eine weitere Frist von 30 Tagen vorzusehen.»

Kommt es zu keiner endgültigen Beilegung des Streits, wird das SAA sechs Monate nach Ablauf der Frist von 30 Tagen als beendet angesehen. Die Beendigung des Schengen-Durchführungsübereinkommens hätte zur Folge, dass auch das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) wegfallen würde.

99

¹⁹⁹ JELSMA, 6 f.

²⁰⁰ Vgl. INCB Report 2022, Ziff. 17 ff.; JELSMA, 7.

²⁰¹ JELSMA,

²⁰² JELSMA, 11.

III. Teil 2: Nationale Regulierung von Cannabis zu rekreativen Zwecken - Länderbeispiele

Die Liberalisierung von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken wird derzeit 100 in verschiedenen Ländern diskutiert. Regelungen befinden sich in Vorbereitung oder ein legaler Zugang zu Cannabis zu rekreativen Zwecken wurde bereits im nationalen Recht umgesetzt. Heute ist Cannabis u.a. in Uruguay, Kanada und weiteren US-Bundestaaten legal zu nichtmedizinischen Zwecken erhältlich.²⁰³ Die Regulierung in den einzelnen Ländern, welche Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken legalisiert haben, unterscheidet sich zum Teil erheblich.

Im Vordergrund stehen zwei Varianten wie der rekreative Konsum von Cannabis reguliert werden kann. Während derzeit in verschiedenen europäischen Staaten (insb. Malta, Deutschland und Luxemburg) die Legalisierung des Konsums und des Besitzes von und die Selbstversorgung mit Cannabis angestrebt wird, setzen Staaten wie z.B. Kanada auf weitergehende Varianten, welche den staatlich lizenzierten und marktwirtschaftlich organisierten Anbau, Vertrieb und Verkauf von Cannabis ermöglichen. 101

Im vorliegenden Abschnitt wird geprüft, wie Uruguay, Kanada, Malta und Deutschland, welche den Zugang zu Cannabis für rekreative Zwecke bereits eingeführt haben (Uruguay, Kanada und Malta) oder noch einführen wollen (Deutschland) die Spannungen zum völker- und europarechtlichen Rahmen gelöst bzw. sich dazu positioniert haben. 102

A. Uruguay

1. Regulierung von Cannabis in Uruguay

Uruguay hat 2013 als erstes Land den Konsum von Cannabis zu rekreativen Zwecken legalisiert (Law 19.172²⁰⁴).²⁰⁵ Dabei wählte Uruguay ein schrittweises Vorgehen mit einer strengen Regulierung und einer umfassenden staatlichen Kontrolle mit einem staatlichen Anbaumonopol, einem Register für die Konsumierenden, der Legalisierung des Eigenanbaus, Cannabis Social Clubs sowie die kontrollierte Abgabe über lizenzierte Apotheken.²⁰⁶ Im Zentrum der Regulierung steht die Förderung der öffentlichen Gesundheit und die Verringerung des Schwarzmarktes sowie der damit verbundenen Kriminalität.²⁰⁷ Für den Anbau hat Uruguay zwei privaten Unternehmungen Lizenzen vergeben. Die Cannabiskontrollbehörde bestimmt, wer wieviel Cannabis produzieren darf. Für die Anforderungen an die Produkte bestehen strenge rechtliche Vorgaben.²⁰⁸ Beim Verkauf sind der Einzelhandelspreis und die Art der 103

²⁰³ Bericht Postulat 21.3280, 60.

²⁰⁴ Abrufbar unter: <<https://www.impco.com.uy/bases/leyes/19172-2013>>, besucht im November 2023.

²⁰⁵ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 4; LANDWEHR/KAHN, 93; TRANSFORM, 388. Zu den Hintergründen der Entwicklungen in Uruguay vgl. WALSH/RAMSEY, 2 ff.

²⁰⁶ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 7; Bericht Postulat 21.3280, 61, 74, 77; CLEMENTI, 622 f.; PARDAL et al., 15; WALSH/RAMSEY, 7 ff.

²⁰⁷ Bericht Postulat 21.3280, 82; ROOM, 806; PARDAL et al., 14.

²⁰⁸ Bericht Postulat 21.3280, 72.

erhältlichen Cannabis-Produkte gesetzlich vorgegeben.²⁰⁹ Der Verkauf von Cannabis in Apotheken ist in Uruguay restriktiv geregelt, eng kontrolliert und die Auswahl der Produkte stark begrenzt. Auch müssen sich die Konsumierenden in ein zentrales Register eintragen, um Cannabis in Apotheken kaufen zu können. Ausländer und Minderjährige haben kein Zugang zu Cannabis. Die Vorgaben lassen den Apotheken nahezu keinen Spielraum, so dass das Modell auch als «quasi-staatliche» bezeichnet wird.²¹⁰

2. Uruguay und die UN-Drogenkontrollübereinkommen

- 104 Durch die Liberalisierung des Konsums von Cannabis zu rekreativen Zwecken verstieß Uruguay gegen seine Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen, blieb aber Mitglied. Uruguay argumentiert, seine Politik stehe voll und ganz im Einklang mit den ursprünglichen Zielen, die in den UN-Drogenkontrollverträgen hervorgehoben werden, die aber ohne die von Uruguay vorgenommenen Anpassungen nicht erreicht werden konnten, nämlich der Schutz der Gesundheit und des Wohlergehens der Menschheit.²¹¹ Darüber hinaus argumentierte Uruguay, dass die Schaffung eines regulierten Marktes für den Cannabiskonsum für Erwachsene durch Gesundheits- und Sicherheitsaspekte motiviert sei und daher eine Frage der Menschenrechte sei. Es beruft sich auf seine staatliche Pflicht zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte, welche auf den Grundprinzipien der Vereinten Nationen beruhe und Vorrang vor den Verpflichtungen aus den internationalen Drogenkontrollübereinkommen habe (vgl. zum menschenrechtlichen Ansatz Rz. 86 ff.).²¹² Gleichzeitig tat sich Uruguay zu Beginn schwer offen zuzugeben, dass sein Vorgehen gegen die UN-Drogenkontrollübereinkommen verstösst, obwohl dies vom INCB²¹³ explizit festgestellt wurde.²¹⁴ Bisher zeitigte das Vorgehen von Uruguay – abgesehen von Stellungnahmen des INCB – keine (völkerrechtlichen) Folgen.²¹⁵

A. Kanada

1. Regulierung von Cannabis in Kanada

- 105 In Kanada trat 2018 eine gesetzliche Regelung (Bill C-45, «the Cannabis Act»²¹⁶) zur Legalisierung von Cannabis in Kraft.²¹⁷ Das Bundesgesetz wird

²⁰⁹ Bericht Postulat 21.3280, 74.

²¹⁰ Bericht Postulat 21.3280, 77; WALSH/RAMSEY, 8 f.

²¹¹ Präambel EHÜ; TRANSFORM, 406 f.

²¹² Bericht Postulat 21.3280, 86; ELIASON/HOWSE, 353 f.; HABIBI/HOFFMAN, 447; CLEMENTI, 623 f.; WOLA, 14.

²¹³ International Narcotics Control Board (INCB), «INCB is Concerned About Draft Cannabis Legislation in Uruguay», press release, November 19, 2013. Abrufbar unter: <https://www.incb.org/documents/Publications/PressRelease/PR2013/press_release_191113e.pdf>, besucht im November 2023.

²¹⁴ TRANSFORM, 407; WALSH/RAMSEY, 11 m.w.Nw.

²¹⁵ HOMBERGER.

²¹⁶ Abrufbar unter <<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-45/royal-assent>>, besucht im November 2023.

²¹⁷ ELIASON/HOWSE, 331; LANDWEHR/KAHN, 93.

durch eine Verordnung ergänzt.²¹⁸ Die Regelung setzt den Fokus auf die öffentliche Gesundheit und den Jugendschutz.²¹⁹ Das nationale Gesetz berücksichtigt die föderalistische Organisation Kanadas. Während Anbau und Vertrieb auf Bundesebene einheitlich mit einem Lizenzsystem²²⁰ geregelt werden, liegt der Verkauf in der Zuständigkeit der Provinzen, wobei gewisse Rahmenbedingungen im Hinblick auf die öffentliche Gesundheit durch die nationale Regelung vorgegeben werden.²²¹ Dazu gehören Altersgrenzen, Vorgaben für Verpackung²²², Etikettierung und Werbung, Beschränkung der erlaubten Anzahl Cannabispflanzen für die Selbstversorgung pro Haushalt, Vorgaben für den Import und Export etc.²²³ Während einige Provinzen für den Verkauf in bewilligungspflichtigen Cannabisshops auf lizenzierte private Anbieter setzen, hat Québec ein staatliches Verkaufsmonopol für Cannabis eingeführt.²²⁴

In Kanada sind sowohl das System des medizinischen Cannabis wie auch jenes für Cannabis für den rekreativen Konsum über Lizenzen geregelt.²²⁵ Das kanadische Kontrollsystem sei gemäss ELIASON/HOWSE von den Lizenz- und Genehmigungsbestimmungen bis hin zu den strengen Handelsbeschränkungen, ein hochgradig verwaltetes, staatlich kontrolliertes System für den legalen rekreativen Konsum von Cannabis.²²⁶ Sie kommen zum Schluss, dass die kanadische Regelung – abgesehen von einigen wenigen Abweichungen²²⁷ – das Ziel und den Zweck der in Art. 23 EHÜ vorgesehenen Kontrollen unterstützt. Diese bestehen gemäss ELIASON/HOWSE darin zu verhindern, dass die inländische Produktion und der Handel mit Cannabis negative externe Effekte oder Spillover-Effekte für andere Staaten verursachen.

2. Kanada und die UN-Drogenkontrollübereinkommen

Mit dem gewählten Vorgehen verstösst Kanada gegen seine Pflichten aus den Drogenkontrollübereinkommen der UNO, was auch durch den INCB in verschiedenen Jahresberichten festgestellt wurde.²²⁸ 106

Kanada verfolgt den oben (xy) beschriebenen Ansatz der vorübergehenden respektvollen Nichteinhaltung (respektvolle Nichtbeachtung). Kanada stellt somit sicher, dass es im Umgang mit anderen Staaten die UN-Drogenkontrollübereinkommen einhält. Damit hält sich Kanada gegenüber anderen Staaten weiterhin an die völkerrechtlichen Vorgaben, während sie landesintern nicht mehr alle Vorgaben der Verträge umsetzen.²²⁹ Bisher zeitigte das Vorgehen von Kanada – abgesehen von Stellungnahmen des INCB, mit welchen dieser

²¹⁸ Cannabis Regulations, SOR/2018-144. Abrufbar unter <https://www.canlii.org/en/ca/laws/regu/sor-2018-144/latest/sor-2018-144.html>, besucht im November 2023.

²¹⁹ Bericht Postulat 21.3280, 82; ELIASON/HOWSE, 331; HABIBI/HOFFMAN, 447 f.

²²⁰ § 61 Canada Cannabis Act; ELIASON/HOWSE, 333 f.

²²¹ Bericht Postulat 21.3280, 78; ELIASON/HOWSE, 364; TRANSFORMA, 388 m.w.Nw.

²²² INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 7.

²²³ ELIASON/HOWSE, 332 f.

²²⁴ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 7; Bericht Postulat 21.3280, 61, 73 f.

²²⁵ ELIASON/HOWSE, 333 f.

²²⁶ ELIASON/HOWSE, 340 f.

²²⁷ ELIASON/HOWSE, 340 f. nennen die im kanadischen Cannabis Act vorgesehene Möglichkeit pro Haushalt vier Pflanzen für den Eigenbedarf zu halten sowie das Fehlen einer Regelung, welche die Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 lit a EHÜ umsetzt.

²²⁸ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2016, 31, for 2017, 36; for 2018, 11, 25 f.; for 2022, 9, 113.

²²⁹ Bericht Postulat 21.3280, 86.

die Vertragsverstösse von Kanada festgestellte²³⁰ – keine (völkerrechtlichen) Folgen.²³¹

B. Malta

1. Europarechtlicher Exkurs

- 107 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die beiden zur Europäischen Union gehörenden Länder Malta und Deutschland (vgl. Rz. 107 ff.) und sind somit nicht auf die Schweiz übertragbar. In Bezug auf den innerstaatlichen Umgang mit Betäubungsmitteln besteht bisher kein harmonisiertes EU-Recht²³², so dass die EU-Mitgliedsländer eigenverantwortlich die Verwendung von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken regeln. Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist die Notwendigkeit zur Bekämpfung des Drogenhandels sowie der Vorbeugung der Drogensucht verankert. Im Bereich des unerlaubten Handels mit Drogen kann die Union durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen und die Massnahmen der Mitgliedstaaten ergänzen.²³³

Im Sekundärrecht der Europäischen Union finden im Rahmenbeschluss 2004/757/JI Vorgaben für den Umgang mit Cannabis. Dieser verweist zur Definition des Begriffs «Drogen» auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen. Damit wird Cannabis von europäischen Regelungen in dem Umfang erfasst, wie dies in den UN-Drogenkontrollübereinkommen der Fall ist. Die EU selbst ist Mitglied des Ü88.

Im Zentrum des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI steht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um festgelegte vorsätzliche Handlungen im Zusammenhang mit Drogen unter Strafe zu stellen. Unter anderem sieht Art. 2 Abs. 1 lit. b) des Rahmenbeschlusses vor, dass jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Massnahmen trifft, um sicherzustellen, dass das vorsätzliche Anbauen u. a. der Cannabispflanze unter Strafe gestellt wird, wenn es ohne entsprechende Berechtigung vorgenommen wurde.²³⁴ Der Rahmenbeschluss 2004/757/JI enthält darüber hinaus eine Ausnahme für Handlungen zu privaten Zwecken. Handlungen die gestützt auf nationales Recht²³⁵ ausschliesslich zum Zweck des «persönlichen Konsums» ausgeführt werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Beschlusses. Der Rahmenbeschluss überlässt es somit den Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden, ob, wie und in welchem Ausmass Erwerb, Anbau, Besitz und Konsum von Cannabis für den Eigenbedarf zu nichtmedizinischen Zwecken kriminalisiert werden soll. Je nach Ausgestaltung kann aber auch der private und gemeinschaftliche nicht-kommerzielle Eigenanbau von Cannabis zu Genusszwecken gegen die Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI verstossen.²³⁶

²³⁰ Vgl. Fn. 239.

²³¹ HOMBERGER.

²³² Zu den legislativen Kompetenzen der EU im Bereich des grenzüberschreitenden illegalen Drogenhandels vgl. Bericht Postulat 21.3280, 60 m.w.Nw. LANDWEHR/KAHN, 91 f.

²³³ Gutachten Unionsrecht, 4 f.

²³⁴ Gutachten Unionsrecht, 5.

²³⁵ Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2004/757/JI.

²³⁶ HOMBERGER; JELSMA, 5 f.

Darüber hinaus ist für die Mitgliedstaaten der EU das Schengener Durchführungsübereinkommen einschlägig (vgl. Rz. 31 ff.).

Ein Unterschied zwischen den UN-Drogenkontrollkonventionen und dem EU-Drogenrecht besteht darin, dass Verstöße gegen EU-Recht möglicherweise unmittelbare und schwerwiegendere Folgen nach sich ziehen können als Verstöße gegen Vorgaben der UN-Übereinkommen. Die Europäische Kommission – wie auch der Gerichtshof der Europäischen Union – überprüft die ordnungsgemäße Anwendung von EU-Recht in den Mitgliedstaaten. Sie wird in diesem Zusammenhang als «Hüterin der Verträge» bezeichnet. Im Vergleich zum INCB kann die Europäische Kommission leichter ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, sei es auf eigene Initiative oder als Reaktion auf eine Beschwerde eines EU-Mitgliedstaats oder (unter bestimmten Umständen) sogar von Bürgern, Unternehmen oder anderen Interessengruppen. Beschwerden können auch leichter zu einem Streitverfahren beim Gerichtshof der Europäischen Union führen und letztlich zu der Möglichkeit von finanziellen Sanktionen, um die Mitgliedstaaten zur Einhaltung des EU-Rechts zu zwingen.²³⁷

2. Regulierung von Cannabis in Malta

Als erstes Land in Europa hat Malta im Dezember 2021 mit dem Gesetz über die Behörde für den verantwortungsbewussten Konsum von Cannabis²³⁸ den Eigenanbau für Personen über 18 Jahre und die Gründung und den Betrieb von gemeinnützigen Cannabis Social Clubs erlaubt.²³⁹ Weiterhin untersagt ist der Konsum von Cannabis in der Öffentlichkeit und privat auch vor Kindern. Das Gesetz sieht eine Cannabis-Regulierungsbehörde vor, die für die Überwachung der Cannabis-Vereinigungen zuständig sein wird. Die Cannabis Social Clubs müssen bei der Behörde registriert sein und dieser regelmässig Bericht erstatten.²⁴⁰

Damit ist Malta das erste europäische Land, welches den eingeschränkten rekreativen Konsum von Cannabis erlaubt. Malta verfolgt mit der Regulierung das Ziel, den Konsumierenden einen legalen, risikoärmeren Konsum sowie den Zugang zu schadensmindernden Angeboten zu ermöglichen sowie die Bekämpfung des Schwarzmarktes.²⁴¹

²³⁷ Da bisher noch kein EU-Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren wegen einer Cannabis-Legalisierung durchlaufen musste, erachtet HOMBERGER das mit einem solchen Vorgehen verbundenen Risiko als kaum einschätzbar. HOMBERGER; JELSMA, 8

²³⁸ Legal Notice 478 of 2021 - Authority on The Responsible Use of Cannabis Act, 2021 (Act No. LXVI of 2021) (Cap. 628), Government Gazette of Malta No. 20,753 – 18.12.2021 <<https://legislation.mt/eli/ln/2021/478/eng>>, besucht im November 2023.

²³⁹ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 7 ff., 112; LANDWEHR/KAHN, 94.

²⁴⁰ 18. Dezember 2021, Press Release by the Ministry for Equality, Research and Innovation of Malta. New law on the responsible use of cannabis enters into force, <<https://www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Pages/2021/December/18/pr212248en.aspx>>, besucht im November 2023. Vgl. Auch INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 3 ff.

²⁴¹ Bericht Postulat 21.3280, 82; 18. Dezember 2021, Press Release by the Ministry for Equality, Research and Innovation of Malta. New law on the responsible use of cannabis enters into force, <<https://www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Pages/2021/December/18/pr212248en.aspx>>, besucht im November 2023.

3. Malta und die völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen

109 a. *Europarecht*

Der Eigenkonsum von Cannabis fällt nicht in den Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI zur Festlegung von Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen im Zusammenhang mit dem illegalen Drogenhandel. LANDWEHR/KHAN kommen in ihrer Analyse zum Schluss, dass die Regelung in Malta daher nicht unter den Rahmenbeschluss fällt.²⁴²

Als Mitglied der Europäischen Union sind auch die Bestimmungen des Schengener-Durchführungsübereinkommens für Malta massgebend. In der aktuellen Ausgestaltung scheint sich die Regelung von Malta im vom SDÜ gewährten Regulierungsspielraum für die innerstaatliche Drogenpolitik zu bewegen.

110 b. *UN-Drogenübereinkommen*

Der INCB bekräftigt in seinem Jahresbericht von 2022 – insbesondere auch mit Blick auf das neue Gesetz in Malta – seinen Standpunkt, dass Massnahmen, die den Gebrauch von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken erlauben, im Widerspruch zu Art. 4 lit. c EHÜ stehen, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet sind, vorbehaltlich der Bestimmungen des Übereinkommens die erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen zu treffen, um den Gebrauch von Suchtstoffen ausschliesslich auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.²⁴³ Mit Ausnahme der durch den INCB anerkannten Spielräume hinsichtlich der Entkriminalisierung und Depenalisierung (vgl. oben Rz. 26 i.V.m. Fn. 52), erachtet der INCB sämtliche Legalisierungsmodelle, die den nicht-medizinischen Gebrauch von Cannabis ausdrücklich zulassen, als im Widerspruch zu den Verpflichtungen der Vertragsstaaten unter den UN-Drogenkontrollübereinkommen stehend.²⁴⁴

C. Deutschland

1. Geplante Regulierung von Cannabis in Deutschland

111 Die Einführung einer kontrollierten Abgabe von Cannabis zu Genusszwecken in lizenzierten Geschäften an Erwachsene in Deutschland ist Bestandteil des Koalitionsvertrags von 2021. Im Herbst 2022 hat die Bundesregierung ein entsprechendes Eckwertpapier vorgelegt.²⁴⁵

Nach Abklärungen mit der Europäischen Kommission gab die Regierung in einem zweiten Eckwertpapier im Frühjahr 2023 bekannt, dass die

²⁴² LANDWEHR/KAHN, 94. So auch AMBOS, Rz. 3

²⁴³ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 113: «The Board reminds all parties to the 1961 Convention as amended that, under article 4, paragraph (c), of the Convention, and subject to the provisions of the Convention, the production, manufacture, export, import and distribution of, trade in, and use and possession of drugs are limited exclusively to medical and scientific purposes and that any measures allowing for the use of cannabis for non-medical purposes are in violation of the legal obligation incumbent upon parties to the Convention.»

²⁴⁴ INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 9: «As all the legalizing models described above explicitly allow the non-medical use of cannabis, they are inconsistent with the legal obligations incumbent upon States parties to the international drug control conventions.»

²⁴⁵ Eckpunkt Papier 2022.

Liberalisierung weniger umfangreich sein wird, als ursprünglich geplant. Mit einem zwei Säulen Modell strebt Deutschland einen sicheren Cannabis-Konsum, die Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen sowie die Zurückdrängung des Schwarzmarkts an: «Ziel ist eine progressive prävention-sorientierte Cannabispolitik».²⁴⁶

Die erste Säule umfasst den privaten und gemeinschaftlichen nicht-kommerziellen Eigenanbau von Cannabis zu Genusszwecken. Neben einem straf-freien rechtlich geregelten privaten Eigenanbau dürfen nicht-gewinnorientierte Vereinigungen (Cannabis Social Clubs) mit bis zu max. 500 Mitglieder unter engen vom Gesetz vorgegebenen Rahmenbedingungen (u.a. Mengen-, Qua-litäts- und Jugendschutzvorgaben, Verbot des Im- und Exports, Werbever-bote) Cannabis zu Genusszwecken anbauen und an Mitglieder für den straf-freien Eigenkonsum abgeben. Die Vereinigungen bedürfen einer behördlichen Zulassung auf Stufe der Bundesländer und werden überwacht.²⁴⁷ 112

Die Versorgung mit Cannabis soll durch den Anbau im Inland vollständig ge-deckt werden. Ein Import oder Export von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken ist nicht vorgesehen.

In der zweiten Säule sollen in wissenschaftlich konzipierten, begleiteten und evaluierten regional und zeitlich begrenzten Modellvorhaben die Auswirkun-gen kommerzieller Lieferketten auf den Gesundheits- und Jugendschutz und den Schwarzmarkt untersucht werden. Bei diesen Modellen soll privaten Un-ternehmen die Produktion, der Vertrieb und die Abgabe von Cannabis zu rekreativen Zwecken in Fachgeschäften an Erwachsene in einem lizenzierten und staatlich kontrollierten Rahmen ermöglicht werden. Die Projektlaufzeit be-trägt 5 Jahr ab eingerichteter Lieferkette.²⁴⁸ 113

Die beiden Säulen werden jeweils in eine eigene Gesetzesvorlage gefasst. 114
Stand heute (November 2023) befindet sich die Vorlage für die erste Säule in der parlamentarischen Beratung.

2. Deutschland und die völker- und europarechtlichen Rahmenbedin-gungen

Die Anpassung des ursprünglich geplanten Vorgehens, insbesondere die Um-setzung der Abgabe in Fachgeschäften vorerst nur im Rahmen von wissen-schaftlich konzipierten, regional begrenzten und befristeten Modellvorhaben, begründet die Bundesregierung mit der Berücksichtigung des völker- und eu-roparechtlichen Rahmens. 115

Dabei gilt es zu beachten, dass die UN-Drogenkontrollübereinkommen über keinen starken Durchsetzungsmechanismus verfügen. Dies im Gegensatz zum Recht der EU, dessen Durchsetzungsverfahren wesentliche stärker sind. Es besteht für Deutschland somit eine Gefahr von Vertragsverletzungsverfah-ren und/oder Staatshaftungsklagen, die letztlich vom EuGH entschieden wer-den müssten.²⁴⁹

²⁴⁶ Die Bundesregierung, Zwei-Säulen-Modell zu Cannabis, 12. April 2022: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/tipps-fuer-verbraucher/cannabis-politik-2183814>>, besucht im November 2023.

²⁴⁷ Die Bundesregierung, Zwei-Säulen-Modell zu Cannabis, 12. April 2022: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/tipps-fuer-verbraucher/cannabis-politik-2183814>>, besucht im November 2023; Eckpunktepapier 2023.

²⁴⁸ Eckpunktepapier 2023.

²⁴⁹ JELSMA, German Cannabis regulation.

a. Völkerrecht

- 116 Auf internationaler Ebene soll Kritik sowohl der internationalen Gremien wie auch der anderen Vertragsstaaten am deutschen Vorgehen möglichst vermieden werden. Die Bundesregierung beabsichtigt sich gegenüber den anderen Vertragsparteien der UN-Drogenkontrollübereinkommen sowie den Gremien der UNO (insb. CNB und INCB) auf die durch Deutschland bei der Ratifizierung des UN-Abkommens von 1988 abgegebene Interpretationserklärung²⁵⁰ zu berufen und eine Stellungnahme abzugeben, mit der sie das deutsche Vorgehen als mit dem Zweck und den Vorgaben der Übereinkommen vereinbar erklärt.²⁵¹ Die Bundesregierung wird dabei voraussichtlich betonen, dass der streng kontrollierte Rahmen sowie die mit dem von der Bundesregierung geplanten Vorgehen verbundene Verbesserung der Standards beim Gesundheits- und Jugendschutz beim Anbau, der Abgabe und dem Konsum von Cannabis sowie die Bekämpfung der internationalen und nationalen Drogenkriminalität mit dem Zweck der völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.²⁵²
- 117 Gleichzeitig möchte die Bundesregierung (über ihre Vertretungen im Ausland) auf internationaler Ebene für den von Deutschland verfolgten Ansatz werben. Dadurch möchte Deutschland auch ausloten, ob ausreichend Unterstützung weiterer Staaten besteht, um den völkerrechtlichen Rahmen weiter zu entwickeln.²⁵³
- 118 Das geplante Vorgehen von Deutschland, welches auf eine flexible Vertragsauslegung hinausläuft, wird kritisiert (vgl. Rz. 79). JELSMA betont, dass eine bloße Berufung auf Ziel und Zweck der Verträge nicht sofort einen rechtlichen Ausweg aus den spezifischen Verpflichtungen biete, zu denen sich die Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen verpflichtet haben. Die Übereinkommen würden nicht nur Ziele nennen, sondern auch vorschreiben, wie die Mitgliedstaaten diese zu erreichen hätten. Im Zentrum stehe dabei die Pflicht zur Beschränkung von Drogen auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke und die der Kriminalisierung für die Herstellung und des Verkaufs zu anderen Zwecken.²⁵⁴

b. Europarecht

- 119 Als Mitglied der Europäischen Union hat Deutschland – wie Malta – im Hinblick auf den Umgang mit Cannabis einige EU-rechtliche Vorgaben, insb. den Rahmenbeschluss 2004/757/JI und das Schengen-Durchführungsübereinkommen, zu berücksichtigen (vgl. Rz. 31 ff.).
- 120 Mit Blick auf den europäischen Rahmen betont die Bundesregierung die enge und transparente Abstimmung mit den Europäischen Partnern. Durch die Abstimmung des Vorhabens mit der EU-Kommission möchte Deutschland das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens und/oder Staatshaftungs-

²⁵⁰ Bei der Ratifikation des Ü88 hat Deutschland bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 30.11.1993 folgende Interpretationserklärung abgegeben: „Nach dem Verständnis der Bundesrepublik Deutschland können die in Art. 3 Abs. 2 genannten Grundzüge der Rechtsordnung einem Wandel unterliegen.“ (BGBl 1994 II – Nr. 17 vom 27.4.1994 – S. 496). Eckpunkt Papier 2022, 3.

²⁵¹ Eckpunkt Papier 2023.

²⁵² Eckpunkt Papier 2022, 3; Eckpunkt Papier 2023, 4.

²⁵³ Eckpunkt Papier 2022, 3; Eckpunkt Papier 2023, 4. Interessant ist, dass im zweiten Eckwertpapier von 2023 nur noch die Abstimmung mit europäischen Partnern und die Flexibilisierung und Weiterentwicklung des EU-Rechtsrahmens, nicht aber die Anpassung des völkerrechtlichen Rahmens explizit erwähnt wird.

²⁵⁴ JELSMA, German cannabis regulation. Vgl. Auch TRANSFORM, 390 ff.

ansprüche minimieren.²⁵⁵ Da bis dato keine Gesetzesvorlage besteht, ist noch keine formelle Prüfung der deutschen Regelung durch die EU-Kommission erfolgt.

Gleichzeitig möchte die Bundesregierung (über ihre Vertretungen im Ausland) bei den europäischen Partnern für den von Deutschland verfolgten Ansatz werben. Dadurch möchte Deutschland klären, ob ausreichend Unterstützung der europäischen Staaten besteht, um das Recht der EU zu flexibilisieren und weiter zu entwickeln.²⁵⁶ 121

Ausgangspunkt ist, dass die in Deutschland geplanten gesetzlichen Regelungen zum Umgang mit Cannabis zu Genusszwecken mit Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen kollidieren, die sich auch im EU-Recht widerspiegeln. Dies betrifft vorrangig ein gesetzlich regulierter Cannabismarkt mit staatlich lizenziertem Anbau und Verkauf an Erwachsene für den nichtmedizinischen Gebrauch (Eckpunktpapier 2022). Je nach Ausgestaltung kann aber auch der private und gemeinschaftliche nicht-kommerzielle Eigenanbau von Cannabis zu Genusszwecken (Eckpunktpapier 2023) in den Anwendungsbereich von 2004/757/JI fallen und ein Verstoss darstellen.²⁵⁷ 122

JELSMA beurteilt die Pläne Deutschlands als «Wunschdenken» und erachtet es als unrealistisch, dass die Europäische Kommission, andere EU-Mitgliedstaaten oder letztlich der Europäische Gerichtshof (EuGH) der deutschen Interpretation folgen werden.²⁵⁸ JELSMA empfiehlt Deutschland den Weg, den Uruguay gewählt hat: Deutschland solle sich auf den Gesundheitsschutz und die Verbrechensverhütung, auf die Grundsätze der Menschenrechte und die Ziele des Übereinkommens berufen und gleichzeitig offen mit der Tatsache umgehen, dass dabei ungelöste Spannungen zu den Verpflichtungen aus den Verträgen bestehen. Deutschland solle respektvoll um etwas Zeit bitten, um den geeignetsten Weg zu finden, diese Spannungen im Einklang mit den Grundsätzen des Völkerrechts und in enger Abstimmung mit den zuständigen Institutionen und mit anderen Ländern innerhalb und ausserhalb der EU, die vor den gleichen Hürden stehen, zu lösen.²⁵⁹ Die von Deutschland geplante «Auslegungserklärung» erachtet JELSMA als rechtlich nicht haltbar. Zudem ändere sie nichts an den Verbotsbestimmungen der UN-Drogenkontrollübereinkommen. Es führe daher auch für Deutschland kein Weg an einer pro-aktiven Lösung (am besten gemeinsam mit gleichgesinnten Staaten) der Spannungen mit den Übereinkommen der UNO vorbei. Dies sei auch der einzige Weg für Deutschland um legitim zu argumentieren, dass die deutsche Regelung gemäss dem Rahmenbeschluss 2004/757/JI «im Recht» ist, wodurch auch ein Vertragsverletzungsverfahren vermieden werden kann.²⁶⁰ 123

HOMBERGER gibt darüber hinaus zu bedenken, dass wenn Deutschland den Bedarf für Cannabis zu rekreativen Zwecken nicht selber decken kann und Importe aus Drittstaaten erforderlich werden, eine Anpassung nur des völkerrechtlichen Rahmens, insb. das Anbringen eines Vorbehalts (vgl. Rz. 64 ff.), nicht ausreichen würde. Dies aufgrund der Zuständigkeit der EU für den Aus- und Handel. Der Import von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken durch

²⁵⁵ Eckpunktpapier 2022, 3.

²⁵⁶ Eckpunktpapier 2022, 3; Eckpunktpapier 2023, 4.

²⁵⁷ HOMBERGER; JELSMA, 5 f.

²⁵⁸ JELSMA, German Cannabis regulation. So auch HOMBERGER.

²⁵⁹ JELSMA, German Cannabis regulation.

²⁶⁰ JELSMA, German Cannabis regulation

Deutschland bräuchte die Zustimmung der EU. Da diese den völkerrechtlichen Pflichten aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen unterliegt, muss sie Handel dieser Art unterbinden.²⁶¹

Eine Legalisierung des Konsums von Cannabis zu rekreativen Zwecken, welche mit dem Import und Export von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken einhergeht, erfordert somit aus der Sicht von Deutschland sowohl die Berücksichtigung der völkerrechtlichen wie auch der europarechtlichen Ebene. Da das Recht der EU keine einseitigen Vorbehalte einzelner Staaten erlaubt, bräuchte es neben Änderungen im Völkerrecht auch Änderungen im EU-Sekundärrecht und damit Nachverhandlungen der europäischen Verpflichtungen im Bereich des nicht-medizinischen Cannabis.²⁶²

IV. Teil 3: Freihandelsverpflichtungen und Regulierung von Cannabis

- 124 Die WTO ist eine 1994 mit dem Vertrag von Marrakesch²⁶³ gegründete multilaterale Organisation, die den Handel zwischen den Nationen regelt, basierend auf den Verpflichtungen, die ihre Mitgliedsstaaten in verschiedenen Verträgen eingegangen sind.²⁶⁴ Das Ziel der WTO ist «die wesentliche Senkung von Zöllen und anderen Handelshemmnissen und ... die Beseitigung diskriminierender Behandlung in den internationalen Handelsbeziehungen»²⁶⁵. Die WTO verfügt über ein komplexes Rechtssystem, das den internationalen Handel regelt, und Länder, die Mitglieder der WTO sind, müssen sich an diese Regeln halten. Wenn sie das nicht tun, können sie von anderen Mitgliedstaaten wegen Verletzung der WTO-Regeln vor das Streitbeilegungsgremium der WTO gebracht werden.²⁶⁶
- Das Welthandelsrecht umfasst eine Vielzahl multilateraler Abkommen. Neben Übereinkommen der WTO-Rechtsordnung wie das GATT- und das TRIPS²⁶⁷-Übereinkommen, das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen²⁶⁸) und das Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (SPS-Übereinkommen²⁶⁹), gehören auch regionale und bilaterale Freihandelsabkommen dazu. Darüber hinaus umfasst das WTO-Recht Streitbelegungsregelungen und Vorschriften zur Überwachung der Übereinkommen.
- 125 Je mehr Länder eine medizinische Verwendung sowie den rekreativen Konsum von Cannabis ermöglichen, desto grösser wird der Markt für entsprechende Produkte. Folglich ist es eine Frage der Zeit, bis jene Staaten, welche

²⁶¹ HOMBERGER.

²⁶² HOFMANN, 6; HOMBERGER.

²⁶³ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 15. April 1994, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm>, besucht im November 2023.

²⁶⁴ ZIEGLER, Rz. 792 ff.

²⁶⁵ Präambel Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

²⁶⁶ ELIASON/HOWSE, 358 f. m.w.Nw. Zum Streitbeilegungsverfahren vgl. ZIEGLER, Rz. 795.

²⁶⁷ Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation. Änderung des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS-Abkommen), AS 2017 679.

²⁶⁸ Technical barriers to trade, < https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_e.htm>, besucht im Dezember 2023.

²⁶⁹ Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15sps_01_e.htm>, besucht im Dezember 2023.

in ihrem innerstaatlichen Recht Cannabis zu medizinischen und nicht-medizinischen Zwecken zulassen, einen Weg finden, um ihre völkervertraglichen Verpflichtungen mit der Regulierung ihrer Cannabismärkte in Einklang zu bringen und gegenseitige Handelsabkommen abschliessen, welche auch den Handel von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken umfassen. Voraussetzung dafür ist, dass Kontrollen eingerichtet werden die sicherstellen, dass die Cannabis-Produkte nicht in Länder gelangen, in denen sie weiterhin illegal sind.²⁷⁰

Dabei stufen die UN-Drogenkontrollübereinkommen den Handel mit Drogen, die unter ihre verschiedenen Anhänge fallen, als illegal ein.²⁷¹ Das Einheitsübereinkommen sieht begrenzte Möglichkeiten für die Ausfuhr von Cannabis vor und verbietet den Staaten, die Ausfuhr von Drogen wissentlich zu gestatten, es sei denn, das Bestimmungsland hat eine entsprechende Genehmigung erteilt, und zwar innerhalb der dem INCB mitgeteilten Grenzen für wissenschaftliche oder medizinische Forschungszwecke oder für die Herstellung anderer Drogen (Art. 31 EHÜ). Es schreibt auch die Einrichtung von Regierungsstellen zur Kontrolle der Cannabisregulierung vor (Art. 28 EHÜ). Das Ü88 dehnt Kontrollen auf die gesamte Marktkette aus.²⁷² 126

Wie lassen sich mögliche Spannungen zwischen dem UN-Drogenkontrollregime und den WTO-rechtlichen Verpflichtungen (z.B. Inländerprinzip) auflösen? 127

Nachfolgend wird dieser Frage unter Bezugnahme auf den Beitrag von ELIASON/HOWSE lediglich mit Blick auf das GATT-Übereinkommen nachgegangen. Konkret wird die Zulässigkeit der Errichtung eines staatlichen Monopols und von Einfuhrbeschränkungen geprüft. ELIASON/HOWSE zeigen unter Bezugnahme auf konkrete durch die WTO Gremien entschiedene Streitfälle auf, dass Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen nicht grundsätzlich von den WTO-Verpflichtungen befreien.²⁷³

Eine umfassende Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis und möglichen Spannungen zwischen dem UN-Drogenkontrollregime und den WTO-rechtlichen Verpflichtungen bedarf darüber hinaus einer weiteren Vertiefung unter dem Einbezug weiterer welthandelsrechtlicher Übereinkommen wie dem TBT- und dem SPS-Übereinkommen.

A. Einfuhrbeschränkungen unter dem GATT

In einem jüngeren Entscheid betont die WTO, dass «illegaler Handel» nicht von den WTO-Regeln ausgenommen ist.²⁷⁴ Das bedeutet, dass der rechtliche Rahmen der WTO den Mitgliedsländern erlaubt, den Handel mit Produkten zu verbieten, die auch im Inland verboten sind. Wenn jedoch ein WTO-Mitglied ein Produkt im Inland legalisiert, könnten seine Rechtfertigungen für die Beschränkung internationaler Transaktionen am WTO-Recht scheitern. 128

²⁷⁰ JELSMA, Geman cannabis regulation.

²⁷¹²⁷¹ ELIASON/HOWSE, 359 m.w.Nw.; HOMBERGER.

²⁷² ELIASON/HOWSE, 335.

²⁷³ ELIASON/HOWSE, 361 unter Bezugnahme auf Appellate Body Report, European Communities—Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, 188–91, WTO Doc. WT/DS246/AB/R (angenommen am 7. April 2004).

²⁷⁴ ELIASON/HOWSE, 361 unter Bezugnahme auf Appellate Body Report, Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, 6.1-3, WTO Doc. WT/DS461/AB/R (angenommen 22. Juni 2016).

Inländische Erzeugnisse müssen mit eingeführten gleichartigen Erzeugnissen gleichbehandelt werden.

- 129 Das bedeutet, dass Länder, die einen legalen Zugang zu Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken im Inland geschaffen haben, die Einfuhr von Cannabis zu rekreativen Zwecken nach den Regeln der WTO grundsätzlich nicht verbieten können.

Ein Land, welches sich mit dieser Problematik befassen muss, ist u.a. Kanada. Während Kanada den Import und Export mit medizinischem Cannabis zulässt, sieht der Cannabis Act ein absolutes Verbot der Ein- und Ausfuhr von Cannabis für den Freizeitkonsum vor. Mit diesem Verbot und einem System staatlicher Kontrolle und Regulierung versucht Kanada die Vereinbarkeit des Cannabis Act mit seinen Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen sicherzustellen, insbesondere der Bekämpfung des illegalen Handels. Die Beschränkung der kanadischen Einfuhr- und Ausfuhrlicenzen auf Cannabis für medizinische Zwecke stellt ein Verstoss gegen Artikel XI des GATT-Abkommens dar, da sie mengenmässige Beschränkungen in der Form eines kompletten Verbots der Ein- und von Cannabis für Freizeit Zwecke vorsieht.²⁷⁵

- 130 Die allgemeine Ausnahmebestimmung Art. XX GATT bietet sich als möglicher Rechtfertigungsgrund für ein Import- und Exportverbot für Cannabis zu rekreativen Zwecken an. Eine erfolgreiche Berufung auf Art. XX erfordert, dass einerseits die strittige Massnahme unter eine der in Art. XX aufgelisteten Ausnahmen fällt und sie andererseits mit dem Chapeau von Art. XX GATT²⁷⁶ in Einklang steht.²⁷⁷ Dieser verlangt von dem Land, das sich auf Art. XX GATT beruft, nachzuweisen, dass die Massnahme in einer nicht-diskriminierenden, nicht-willkürlichen Weise angewandt wird und dass sie nicht als verschleierte Beschränkung des internationalen Handels wirkt.²⁷⁸

- 131 ELIASON/HOWSE sind der Ansicht, dass Länder, in welchen nur medizinisches Cannabis legal erhältlich ist, sich auf Art. XX lit. a, b und d GATT berufen können. Solange Cannabis zu rekreativen Zwecken nicht legal erhältlich ist, scheint eine mengenmässige Beschränkung der Einfuhr von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken gerechtfertigt zu sein, auch wenn die Produkte wohl identisch sind.²⁷⁹ Wird jedoch im Inland angebauter Cannabis für nicht-medizinische Zwecke legalisiert und gleichzeitig die Ein- und Ausfuhr dieses Produkts verboten, ist es gemäss ELIASON/HOWSE unwahrscheinlich, dass eine Berufung auf die Ausnahmen von Art. XX lit. a, b und d GATT Erfolg hat.²⁸⁰

- 132 Mit Blick auf einen regulierten nationalen Cannabismarkt zu nicht-medizinischen Zwecken legen ELIASON/HOWSE dar, dass mit Blick auf den relativ

²⁷⁵ ELIASON/HOWSE, 363.

²⁷⁶ «Unter dem Vorbehalt, dass die nachstehenden Massnahmen nicht in einer Weise durchgeführt werden, dass sie ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Beschränkung im internationalen Handel darstellen, soll keine Bestimmung des vorliegenden Abkommens so ausgelegt werden, dass sie einen Vertragspartner hindern würde, folgende Massnahmen zu beschliessen oder durchzuführen:».

²⁷⁷ ELIASON/HOWSE, 367 unter Bezugnahme auf Appellate Body Report, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, at 22, WTO Doc. WT/DS2/AB/R (angenommen am 20. Mai 1996).

²⁷⁸ ELIASON/HOWSE, 371.

²⁷⁹ ELIASON/HOWSE, 367.

²⁸⁰ ELIASON/HOWSE, 367.

unregulierten internationalen Cannabishandel unter Bezugnahme auf Art. XX lit. b GATT (Massnahmen, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren [...] erforderlich sind) ein Verbot des Imports und Exports von Cannabis für nichtmedizinische Zwecke gerechtfertigt werden könnte, um den inländischen Markt von schlecht reguliertem ausländischem Cannabis zu schützen. Dies weil beispielsweise die Vorschriften über den THC-Gehalt sowie die Zusatzstoffe, die in dem Produkt verwendet werden dürfen, von den Vorgaben der inländischen Gesetzgebung abweichen.²⁸¹

B. Staatliche Monopole unter dem GATT

Das GATT erlaubt nach Art. XVII Abs. 1 lit. a und b den Betrieb von Monopolen und Staatshandelsunternehmen unter der Voraussetzung, dass sie Käufe und Verkäufe auf kommerzieller Basis tätigen und bei ihrer Tätigkeit die Nichtdiskriminierungsnormen des GATT beachten.²⁸² 133

Dieser Bestimmung liegt ein weites Verständnis von Staatsunternehmen zu Grunde. Dieses schliesst nicht nur Unternehmen ein, die sich in staatlichem Besitz befinden oder staatlich kontrolliert werden. Es umfasst ebenfalls Unternehmungen, denen der Staat «ausschliessliche oder besondere Privilegien de jure oder de facto gewährt».²⁸³ Unter diese Kategorie scheinen auch private Unternehmen zu fallen, die staatliche Lizenzen erhalten, wie dies in einigen kanadischen Provinzen beim Vertrieb von Cannabis zu rekreativen Zwecken der Fall ist.²⁸⁴ 134

Unter Bezugnahme auf Berichte von verschiedenen GATT Panel erläutern ELIASON/HOWSE, dass staatliche Handelsunternehmen inländische Wirtschaftsakteure und Wirtschaftsakteure anderer WTO-Mitglieder gleich behandeln müssen.²⁸⁵ 135

Wenn eine nationale Regelung Personen und Einrichtungen Lizenzen für die legale Herstellung und den Verkauf von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken vergibt und gleichzeitig ein Verbot für den Import und Export vorsieht, ist eine Berufung auf die oben (Rz. 130) erwähnte allgemeine Ausnahmebestimmung Art. XX GATT nicht erfolgsversprechend, bzw. werden die Anforderungen des Chapeaus (Rz. 130) nicht erfüllt. Es besteht keine Rechtfertigung dafür, ausländische Hersteller von Freizeit-Cannabis anders zu behandeln als inländische, insbesondere wenn die Einfuhr von medizinischem Cannabis gemäss dem Gesetz erlaubt ist. Entsprechend ist eine solche Regelung willkürlich und nicht zu rechtfertigen.²⁸⁶ Darüber hinaus können sich Staaten, welche den Konsum von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken legalisiert haben bzw. eine Legalisierung beabsichtigen, nicht von ihren GATT-Verpflichtungen befreien, indem sie allfällige Import- und Exportbeschränkungen unter Berufung auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen rechtfertigen.²⁸⁷ 136

²⁸¹ ELIASON/HOWSE, 369.

²⁸² ELIASON/HOWSE, 365.

²⁸³ Art. XVII Abs. 1 lit. a GATT.

²⁸⁴ ELIASON/HOWSE, 366.

²⁸⁵ ELIASON/HOWSE, 365 m. w. Nw.

²⁸⁶ ELIASON/HOWSE, 372.

²⁸⁷ ELIASON/HOWSE, 370.

V. Teil 4: Resultate und Zusammenfassung

A. Frage 1

Welches sind die wichtigsten Spannungsfelder, die sich aus dem anwendbaren internationalen Rahmen, insbesondere aus den drei UN-Konventionen zur Drogenkontrolle und dem Schengen-Recht im Falle der Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für den rekreativen Konsum ergeben?

- 137 Für die Schweiz auf internationaler Ebene massgebend sind einerseits die Übereinkommen des Drogenkontrollsystems der UNO und andererseits auf europäischer Ebene das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 (SDÜ).
Das Drogenkontrollsystem der Vereinten Nationen setzt sich zusammen aus dem am 30. März 1961 unterzeichneten Einheits-Übereinkommen über die Betäubungsmittel (EHÜ) mit dem Zusatzprotokoll vom 25. März 1972, dem Übereinkommen über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971 (Ü71) sowie dem Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988 (Ü88).
- 138 Das gemeinsame Ziel dieser Abkommen ist gemäss der Präambel des EHÜ der Schutz der «körperliche[n] und sittliche[n] Gesundheit der Menschheit» vor den Gefahren von Betäubungsmitteln und psychotropen Substanzen sowie die Sicherstellung der Versorgung mit Betäubungsmitteln zu medizinischen Zwecken (insb. Schmerzlinderung). Das durch die drei Abkommen begründete UN-Drogenkontrollsystem soll Missbrauch von Betäubungsmitteln verhindern und gleichzeitig sicherstellen, dass kontrollierte Substanzen der Bevölkerung *nur zu medizinischen und wissenschaftlichen Verwendungszwecken zur Verfügung stehen*. Hierzu sollen die Übereinkommen den Verkehr von Betäubungsmitteln zu anderen als medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken unterbinden. Um dieses Ziel zu erreichen, sehen die Übereinkommen ein prohibitives, repressives und vielschichtiges Durchsetzungssystem vor, das den Vertragsparteien ein breites Spektrum unterschiedlicher strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher und anderer Verpflichtungen auferlegt.
Diese Ausgangslage und die strikte Auslegung der Übereinkommen durch die Vertragsorgane, insbesondere den INCB, verunmöglichen derzeit eine völkerrechtskonforme Schaffung eines nationalen Marktes für Cannabis für den rekreativen Konsum (Rz. 26 i.V.m. Fn. 52).
- 139 Neben den Übereinkommen des Drogenkontrollsystems der UNO ist für die Schweiz im Umgang mit Cannabis auch das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990 (SDÜ) zu beachten. Bei den Schengener Abkommen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge mit dem primären Ziel der Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen der teilnehmenden Staaten zur Erleichterung des Transports und des Warenverkehrs. Art. 70 ff. SDÜ umfassen die Grundlagen der betäubungsmittelrechtlichen Vorgaben der Schengener Zusammenarbeit. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der «Unterbindung des unerlaubten Handels» mit «Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art. Das SDÜ verweist in Art. 71 Abs. 1 auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen, wobei die Abkommen im Rahmen von Schengen in dem Ausmass gelten, wie sie für die Staaten verbindlich geworden sind. Die

Frage, was unter einem «unerlaubten Handel» nach SDÜ zu verstehen ist, ist mit Blick auf die in Art. 71 Abs. 1 SDÜ genannten völkerrechtlichen Abkommen zu beantworten. Somit gilt im Kontext des SDÜ ein grundsätzliches Verkehrsverbot für Cannabis mit Ausnahmen für medizinische und wissenschaftliche Zwecke (vgl. Rz. 26 i.V.m. Fn. 25). Das SDÜ geht somit nicht über die Vorgaben der UN-Drogenkontrollübereinkommen hinaus.

Fragen stelle sich insbesondere in Bezug auf:

- *Die Beschränkungen, die in Art. 4 lit. c des UN-Einheitsübereinkommens über die Betäubungsmittel von 1961 (EHÜ) vorgesehen sind;*

Art. 4 EHÜ legt die *zentralen allgemeinen Verpflichtungen* der Vertragsstaaten fest. Nach Art. 4 lit. c EHÜ sind die Vertragsstaaten verpflichtet «die notwendigen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen» zu treffen, «um unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Übereinkommens die Gewinnung, Herstellung, Aus- und Einfuhr, Verteilung, Verwendung und den Besitz von Betäubungsmitteln sowie den Handel damit auf ausschliesslich ärztliche und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.» Bei der Wahl der hierfür erforderlichen Massnahmen lässt das EHÜ den Vertragsstaaten einen gewissen Spielraum. Kein Spielraum besteht bei der Auslegung von Art. 4 lit. c EHÜ. Es ist eine *zwingende Norm*, deren Umsetzung eine unabdingbare Voraussetzung für die Einhaltung des internationalen rechtlichen Rahmens für die Drogenkontrolle ist. 140

Die Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis für den rekreativen Konsum ist nicht mit Art. 4 lit. c EHÜ vereinbar, da dies die Beschränkung auf ärztliche und wissenschaftliche Zwecke überschreitet (Rz. 26). 141

- *Die Verpflichtung gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. d und e in Verbindung mit Art. 28 EHÜ einen einzigen staatlichen Organismus vorzusehen, der die gesamte nationale Cannabisernte in Besitz nimmt und das alleinige Recht hat, Cannabis zu importieren, zu exportieren, im Grosshandel zu verkaufen und Vorräte zu halten;*

Art. 28 EHÜ zur «Kontrolle von Cannabis» sieht vor, dass eine Vertragspartei des Übereinkommens «den Anbau der Hanfkrautpflanze im Hinblick auf die Gewinnung von Cannabis oder von Cannabisharz» erlauben kann. Dieser Anbau untersteht dem in Art. 23 EHÜ vorgesehenen «Kontrollsystem». 142

Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ beziehen sich auf Anbau von Cannabis für unter dem EHÜ zugelassene Zwecke (medizinische Anwendung und Forschung). Gemäss den Vorgaben aus Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ haben die Vertragsstaaten ein staatliches Lizenz-System einzurichten. In dessen Rahmen vergibt eine staatliche Behörde Lizenzen für den Anbau und entscheidet über den Ort und die Fläche des Anbaus (Art. 23 Abs. 2 lit. a – c EHÜ). Diese staatliche Agentur hat Cannabis nach der Ernte in Besitz zu nehmen und ist für den Grosshandel und die Lagerhaltung zuständig (Art. 23 Abs. 2 lit. d – e EHÜ) 143

Eine mit dem Ziel und Zweck des Übereinkommens im Allgemeinen und dem Ziel und Zweck von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ (staatliche Kontrolle des Hanfanbaus) im Besonderen in Einklang stehende Auslegung erachtet die Wahl anderer (staatlicher) Massnahmen als zulässig, mit denen eine staatliche Kontrolle des Hanfanbaus sichergestellt wird. Dabei ist beispielsweise an den 144

Einsatz von heute (im Gegensatz zu den Zeiten, als die EHÜ formuliert wurde) verfügbaren technologischen Mitteln zur Überwachung von Anlagen, zum Tracking von Ware oder zur Kontrolle Lieferketten zu denken.

145 Ebenso spricht die Auslegung der Konvention unter Berücksichtigung des Kommentars dafür, dass die Erfüllung der Verpflichtungen von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ nicht zwingend nur mit der Errichtung einer Cannabis-Agentur möglich ist. Denkbar ist – mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich vorgegebenen Strukturen und Kompetenzaufteilungen – auch eine andere Organisationsform (mehrere Behörden auf verschiedenen föderalen Ebenen, ein Lizenzsystem), solange diese sicherstellt, dass die Ziele und Zwecke der Konvention im Allgemeinen und die Ziele und Zwecke von Art. 23 i.V.m. Art. 28 EHÜ im Besonderen erreicht werden. (Rz. 27 ff.)

- *Die Verpflichtungen, die sich aus der Schengen-Assoziierung der Schweiz ergeben, insbesondere aus den Art. 71 bis 73 des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990 (insbesondere die Verpflichtung nach Art. 71 Abs. 2, die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen sowie den Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden, unter Berücksichtigung der Gemeinsamen Erklärung zu Art. 71 Abs. 2).*

146 Der Schwerpunkt der betäubungsrechtlichen Bestimmungen im SDÜ liegt auf der «Unterbindung des unerlaubten Handels» mit «Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art». Das SDÜ verweist in Art. 71 Abs. 1 auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen, wobei die Abkommen im Rahmen von Schengen in dem Ausmass gelten, wie sie für die Staaten verbindlich geworden sind. Somit gilt im Kontext des SDÜ ein grundsätzliches Verkehrsverbot für Cannabis mit Ausnahmen für medizinische und wissenschaftliche Zwecke (vgl. Rz. 26 i.V.m. Fn. 52). Das SDÜ geht somit nicht über die Vorgaben der UN-Drogenkontrollübereinkommen hinaus.

Nach Art. 71 Abs. 2 SDÜ sowie die gemeinsame Erklärung²⁸⁸ beziehen sich auf die «unerlaubten Ausfuhr». Unter dem SDÜ verbleibt den Vertragsstaaten damit ein Handlungsspielraum mit Blick auf *innerstaatliche* drogenpolitische Massnahmen.²⁸⁹ Das SDÜ überlässt es folglich den Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden ob, wie und in welchem Ausmass Erwerb, Anbau, Besitz und Konsum von Cannabis für den Eigenbedarf zu nichtmedizinischen Zwecken (ent-)kriminalisiert werden soll. Die am Schengen-Raum teilnehmenden Staaten haben gemäss SDÜ aber Massnahmen zu ergreifen (u.a. strenge Ein- und Ausfuhrkontrollen), so dass eine allfällige liberale nationale Drogenpolitik keine negativen Auswirkungen auf andere Staaten im Schengenraum entfaltet (z.B.

²⁸⁸ «Soweit eine Vertragspartei im Rahmen ihrer nationalen Politik zur Vorbeugung und Behandlung der Abhängigkeit von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von dem in Artikel 71 Absatz 2 festgeschriebenen Grundsatz abweicht, treffen alle Vertragsparteien die erforderlichen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Massnahmen, um die unerlaubte Ein- und Ausfuhr dieser Stoffe, insbesondere in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien, zu unterbinden.»

²⁸⁹ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6102 f.

Drogentourismus).²⁹⁰ Folglich ist eine gesundheitspolitisch motivierte Regulierung des Cannabiskonsums auf nationaler Ebene für den Freizeitgebrauch für Erwachsene als mit dem SDÜ als vereinbar zu betrachten. Dies unter der Voraussetzung, dass die nationalen Regulierungsmodelle den Gesundheitsschutz in Zentrum stellen und folglich darauf abzielen, zur Suchtprävention beizutragen, strenge staatliche Kontrollen vorsehen, nicht-kommerziell ausgestaltet sind und vorausgesetzt, dass verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen ergriffen werden, um den grenzüberschreitenden illegalen Drogenhandel zu verhindern und zu bestrafen.²⁹¹

B. Frage 2:

Wie haben Uruguay, Kanada, Malta, Deutschland – die einen legalen Zugang zu Cannabis für rekreative Zwecke eingeführt haben oder einführen wollen – diese Spannungen gelöst bzw. wie haben sie sich dazu positioniert? Welche Massnahmen haben diese Länder ergriffen, um die Konformität mit dem internationalen Rechtsrahmen zu gewähren?

Uruguay hat 2013 als erstes Land den Konsum von Cannabis zu rekreativen Zwecken legalisiert und ging dabei schrittweise mit einer strengen Regulierung und einer umfassenden staatlichen Kontrolle vor. 147

Mit der Liberalisierung des Konsums von Cannabis zu rekreativen Zwecken versties Uruguay gegen seine Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen, blieb aber Mitglied. Uruguay argumentiert, seine Politik stehe voll und ganz im Einklang mit den ursprünglichen Zielen der UN-Drogenkontrollverträgen. Diese könnten jedoch ohne die von Uruguay vorgenommenen Anpassungen nicht erreicht werden. Darüber hinaus beruft es sich auf seine staatliche Pflicht zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte, welche auf den Grundprinzipien der Vereinten Nationen beruhe und Vorrang vor den Verpflichtungen aus den internationalen Drogenkontrollübereinkommen habe. Bisher zeitigte das Vorgehen von Uruguay – abgesehen von Stellungnahmen des INCB – keine (völkerrechtlichen) Folgen. (Rz. 104.)

Kanada legalisierte 2018 den rekreativen Konsum von Cannabis. Der kanadische Cannabis Act setzt den Fokus auf die öffentliche Gesundheit und den Jugendschutz und berücksichtigt die föderalistische Organisation Kanadas. Während Anbau und Vertrieb auf Bundesebene einheitlich mit einem Lizenzsystem geregelt werden, liegt der Verkauf in der Zuständigkeit der Provinzen, wobei gewisse Rahmenbedingungen im Hinblick auf die öffentliche Gesundheit durch die nationale Regelung vorgegeben werden. Dazu gehören Altersgrenzen, Vorgaben für Verpackung, Etikettierung und Werbung, Beschränkung der erlaubten Anzahl Cannabispflanzen für die Selbstversorgung pro Haushalt, ein Verbot für den Import und Export von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken etc. Während einige Provinzen für den Verkauf in 148

²⁹⁰ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6102: «Gefordert wird damit im Ergebnis die Schaffung einer nationalen Betäubungsmittelkontrolle, deren Beachtung namentlich durch entsprechende strafrechtliche Sanktionen garantiert werden soll.»

²⁹¹ AMBOS, Rz. 2; LANDWEHR/KAHN, 96. Anderer Ansicht ist HOMBERGER.

bewilligungspflichtigen Cannabisshops auf lizenzierte private Anbieter setzen, hat Québec ein staatliches Verkaufsmonopol für Cannabis eingeführt.

Die kanadische Regulierung von Cannabis verstösst gegen die UN-Drogenkontrollübereinkommen (Rz. 106). Kanada verfolgt den Ansatz der vorübergehenden respektvollen Nichteinhaltung (respectful non-compliance). Damit stellt Kanada sicher, dass es im Umgang mit anderen Staaten die UN-Drogenkontrollübereinkommen einhält. Bisher zeitigte das Vorgehen von Kanada – abgesehen von Stellungnahmen des INCB, mit welchen dieser die Vertragsverstösse von Kanada feststellte – keine (völkerrechtlichen) Folgen. (Rz. 106)

- 149 **Malta** hat als erstes europäisches Land 2021 mit dem Gesetz über die Behörde für den verantwortungsbewussten Konsum von Cannabis den Eigenanbau für Personen über 18 Jahre und die Gründung und den Betrieb von gemeinnützigen Cannabis Social Clubs erlaubt. Das Gesetz sieht eine Cannabis-Regulierungsbehörde vor, die für die Überwachung der Cannabis-Vereinigungen zuständig sein wird. Die Cannabis Social Clubs müssen bei der Behörde registriert sein und dieser regelmässig Bericht erstatten. Damit ist Malta das erste europäische Land, welches den eingeschränkten rekreativen Konsum von Cannabis erlaubt. Malta verfolgt mit der Regulierung das Ziel, den Konsumierenden einen legalen, risikoärmeren Konsum sowie den Zugang zu schadensmindernden Angeboten zu ermöglichen sowie die Bekämpfung des Schwarzmarktes.

Als Mitglied der Europäischen Union haben Malta und Deutschland im Hinblick auf den Umgang mit Cannabis EU-rechtliche Vorgaben, insb. den Rahmenbeschluss 2004/757/JI und das Schengen-Übereinkommen, zu berücksichtigen (vgl. Rz. 31 ff.). In der aktuellen Ausgestaltung scheint sich die Regelung von Malta im vom SDÜ gewährten Regulierungsspielraum für die innerstaatliche Drogenpolitik zu bewegen (Rz. 109).

Gemäss der Auffassung des INCB steht die Regelung in Malta im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen von Malta unter den UN-Drogenkontrollübereinkommen (Rz. 110).

- 150 **Deutschland** strebt derzeit mit einem zwei Säulen Modell einen sicheren Cannabis-Konsum, die Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen sowie die Zurückdrängung des Schwarzmarkts an. Die beiden Säulen werden jeweils in eine eigene Gesetzesvorlage gefasst.

Die erste Säule umfasst neben einem straffreien rechtlich geregelten privaten Eigenanbau auch nicht-gewinnorientierte Vereinigungen (Cannabis Social Clubs) mit bis zu max. 500 Mitglieder, die unter engen vom Gesetz vorgegebenen Rahmenbedingungen (u.a. Mengen-, Qualitäts- und Jugendschutzvorgaben, Verbot des Im- und Exports, Werbeverbote) Cannabis zu Genusszwecken anbauen und an Mitglieder für den straffreien Eigenkonsum abgeben dürfen. Die Versorgung mit Cannabis soll durch den Anbau im Inland vollständig gedeckt werden. Ein Import oder Export von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken ist nicht vorgesehen.

Im Rahmen der zweiten Säule sollen in wissenschaftlich konzipierten, begleiteten und evaluierten regional und zeitlich begrenzten Modellvorhaben die Auswirkungen kommerzieller Lieferketten auf den Gesundheits- und Jugendschutz und den Schwarzmarkt untersucht werden. Bei diesen Modellen soll privaten Unternehmen die Produktion, der Vertrieb und die Abgabe von

Cannabis zu rekreativen Zwecken in Fachgeschäften an Erwachsene in einem lizenzierten und staatlich kontrollierten Rahmen ermöglicht werden. Die Projektlaufzeit beträgt 5 Jahr ab eingerichteter Lieferkette.

Die Bundesregierung beabsichtigt sich gegenüber den anderen Vertragsparteien der UN-Drogenkontrollübereinkommen sowie deren Gremien auf die durch Deutschland bei der Ratifizierung des UN-Abkommens von 1988 abgegebene Interpretationserklärung²⁹² zu berufen und eine Stellungnahme abzugeben, mit der sie das deutsche Vorgehen als mit dem Zweck und den Vorgaben der Übereinkommen vereinbar erklärt. Mit Blick auf den europäischen Rahmen betont die Bundesregierung die enge und transparente Abstimmung mit den Europäischen Partnern. Durch die Abstimmung des Vorhabens mit der EU-Kommission möchte Deutschland das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens und/oder Staatshaftungsansprüche minimieren. 151

Gleichzeitig möchte die Bundesregierung bei anderen Staaten sowohl auf europäischer wie auf internationaler Ebene für den Deutschland verfolgten Ansatz werben. Dadurch möchte Deutschland klären, ob ausreichend Unterstützung für die Anpassung und Weiterentwicklung des europäischen und des internationalen Rechts besteht (Rz. 115 ff.).

C. Frage 3:

Welchen Spielraum gibt es im internationalen Recht in Bezug auf diese Spannungen für die Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken?

Veränderungen des nationalen Rechts, wie die Schaffung eines legalen Marktes für Cannabis zu rekreativen Zwecken, sollten wenn immer möglich unter Nutzung der bestehenden völkerrechtlichen Spielräume in einer Weise vorgenommen werden, die mit den Regeln und Verfahren des internationalen Rechts vereinbar sind. 152

Die aktuelle Auffassung des INCB («By contrast, the concept of legalization which allows and regulates the supply and use of drugs for non-medical purposes is in contradiction to the obligations set out in the drug control conventions.»²⁹³) zeigen jedoch auf, dass zur Schaffung eines legalen Marktes von Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken letztendlich Veränderungen des internationalen Drogenkontrollsystems erforderlich sein werden.

Folgende Spielräume und Optionen bietet das internationale Recht im Umgang mit diesen Spannungen: 153

Veränderungen des UN-Drogenkontrollsystems:

- Änderung der völkerrechtlichen Grundlagen durch eine umfassende oder partielle Reform(en) (Rz. 46 ff.)
- Vertragsreform, die nur für eine ausgewählte Gruppe von Staaten gilt: Inter-Se Abkommen (Rz. 55 ff.)

²⁹² Bei der Ratifikation des Ü88 hat Deutschland bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 30.11.1993 folgende Interpretationserklärung abgegeben: „Nach dem Verständnis der Bundesrepublik Deutschland können die in Art. 3 Abs. 2 genannten Grundzüge der Rechtsordnung einem Wandel unterliegen.“ (BGBl 1994 II – Nr. 17 vom 27.4.1994 – S. 496). Eckpunktepapier 2022, 3.

²⁹³ Report of the International Narcotics Control Board for 2022, 9. Vgl. zu den Spielräumen oben Rz. 26 i.V.m. Fn. 52.

Massnahmen, die das bestehende UN-Drogenkontrollregime unberührt lassen:

- Austritt aus den völkerrechtlichen Verträgen (Rz. 68 ff.)
- Kündigung und anschliessender Wiedereintritt mit Vorbehalt (Rz. 70 ff.)
- Flexible Vertragsauslegung und Neuinterpretation (Rz. 79 ff.)
- vorübergehende Respektvolle Nichteinhaltung (Rz. 82 ff.)
- Menschenrechtlicher Ansatz (Rz. 86 ff.)

Das Risiko, dass Staaten bei Nichteinhaltung der UN-Drogenkontrollübereinkommen praktische Folgen wie wirtschaftliche Sanktionen zu befürchten hätten, ist gering. Zu erwarten sind politische Folgen wie die Schwächung der Position und des internationalen Rufs eines Landes wegen anhaltender Missachtung seiner völkerrechtlichen Pflichten.

154 Das Fehlen eines wirksamen Durchsetzungsmechanismus auf UN-Ebene ermöglicht es den Ländern, sich Zeit zu nehmen, um ihre neue Politik mit ihren internationalen Verpflichtungen in Einklang zu bringen. Zudem können sie sich mit gleichgesinnten Ländern zusammenschliessen und das weitere Vorgehen gemeinsam planen. Ein zu langer Zeitraum der Nichteinhaltung wird jedoch die politischen Spannungen nur weiter verschärfen und die Achtung des Völkerrechts im Allgemeinen untergraben. Bei längerer Nichteinhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den UN-Drogenkontrollübereinkommen kann eine Schwächung der Position des betreffenden Landes einhergehen, andere Staaten wegen deren Verletzung anderer internationaler Verpflichtungen, z. B. in Bezug auf die territoriale Integrität, die Todesstrafe, aussergerichtliche Tötungen oder willkürliche Inhaftierungen, anklagen zu können. Wenn ein Staat von einem anderen Land fordert, dass die Grundsätze des Völkerrechts eingehalten werden müssen, muss er seinen eigenen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen.

155 Im Hinblick auf das Schengener-Durchführungsübereinkommen regelt das SAA das Vorgehen bei einem Konflikt. Der Gemischte Ausschuss nach Art. 3 SAA überwacht das Funktionieren des Schengen-Besitzstandes und ist für dessen Weiterentwicklung zuständig (vgl. Rz. 98). Kommt es zu einem Konflikt über die Anwendung des Schengen-Besitzstands, wird nach Art. 10 Abs. 1 SAA «die Angelegenheit offiziell als Streitigkeit auf die Tagesordnung des auf Ministerebene tagenden Gemischten Ausschusses gesetzt». Der Streit ist nach Art. 10 Abs. 2 SAA innert 90 Tage durch den Gemischten Ausschuss beizulegen. Gelingt dies nicht, so ist nach Art. 10 Abs. 3 SAA «zur endgültigen Beilegung des Streits eine weitere Frist von 30 Tagen vorzusehen.»

Kommt es zu keiner endgültigen Beilegung des Streits, wird das SAA sechs Monate nach Ablauf der Frist von 30 Tagen als beendet angesehen. Die Beendigung des Schengen-Durchführungsübereinkommens hätte zur Folge, dass auch das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) wegfallen würde.

D. Frage 4:

Welche Optionen stehen der Schweiz zur Verfügung, um diese Spannungen im Rahmen des internationalen Rechts bei der Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für rekreative Zwecke zu lösen?

156 Aus den in Antwort auf Frage 3 aufgelisteten Spielräumen sollte die Schweiz im Umgang mit Spannungen im Rahmen des internationalen Rechts, die bei

der Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für rekreative Zwecke entstehen, eine Kombination der nachfolgenden Optionen näher prüfen:

- Vertragsreform, die nur für eine ausgewählte Gruppe von Staaten gilt: Inter-Se Abkommen (Rz. 52 ff.)
- vorübergehende Respektvolle Nichteinhaltung (Rz. 76 ff.)
- Menschenrechtlicher Ansatz (Rz. 79 ff.)

Im Hinblick darauf, dass unter den derzeit bestehenden völkerrechtlichen Rahmenbedingungen und der heterogenen Auffassung der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen keine rechtlich und politisch korrekte Lösung für die Schaffung eines legalen Zugangs zu Cannabis für den rekreativen Konsum existiert, ist der Schweiz zu empfehlen, mit dem vorübergehenden Widerspruch zu den UN-Drogenkontrollübereinkommen offen umzugehen (respectful non-compliance). Mit einer sich in erster Linie am Gesundheitsschutz orientierenden Ausgestaltung des nationalen Zugangs zu Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken (Verzicht auf einen kommerziellen Markt, strenger Jugendschutz, Präventionsprogramme etc.) und Einhaltung der verbleibenden völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen (strenge Grenzkontrolle, Reporting) zeigt die Schweiz ihr Wille, das internationale Drogenkontrollsystem grundsätzlich zu erhalten und ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Die Beibehaltung des UN-Drogenkontrollsystems ist darüber hinaus für die sichere Versorgung der Schweiz mit Betäubungsmitteln für medizinische Zwecke zentral.

Bei diesem Vorgehen soll die Schweiz sich an Staaten zu orientieren, die einen legalen Zugang zu Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken bereits geschaffen haben oder dabei sind, dies zu tun. Ebenso sollte sie sich aktiv und zusammen mit gleichgesinnten Staaten um wissenschaftliche Erkenntnisse im Umgang mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken bemühen und auf eine Reform des UN-Kontrollsystems hinarbeiten. Hierzu ist die Möglichkeit von Inter-Se Vertragsänderungen nach Art. 41 WVK zu prüfen. Ein mittel- bis langfristiges Ziel könnte die Einrichtung eines alternativen Kontrollregimes sein, welches Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken umfasst. Aufgrund der heterogenen Auffassung der Vertragsstaaten der UN-Drogenkontrollübereinkommen ist ein schrittweises, international koordiniertes Vorgehen mit einem klaren Bezug auf die Menschenrechte, die Gesundheit und die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger empfehlenswert. Die Orientierung der schweizerischen Drogenpolitik an den Menschenrechten und den Zielsetzungen der öffentlichen Gesundheit ist bereits Teil der Sucht- und Drogenpolitik bis 2030. Gemäss den suchtpolitischen Schwerpunkten der Gesundheitsaussenpolitik (GAP) 2019-2024 wird sich der Bund für «eine Weiterentwicklung der internationalen Drogenpolitik ein[setzen], die evidenzbasiert ist und sich an den Menschenrechten und den Zielsetzungen der öffentlichen Gesundheit orientiert.»²⁹⁴

Das SDÜ verweist in Art. 71 Abs. 1 auf die UN-Drogenkontrollübereinkommen, wobei die Abkommen im Rahmen von Schengen in dem Ausmass gelten, wie sie für die Staaten verbindlich geworden sind. Somit gilt im Kontext des SDÜ – wie unter den UN-Drogenkontrollübereinkommen – ein grundsätzliches

²⁹⁴ Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, 66.

Verkehrsverbot für Cannabis mit Ausnahmen für medizinische und wissenschaftliche Zwecke (vgl. Rz. 26 i.V.m. Fn. 52)

- 159 Unter dem SDÜ verbleibt den Vertragsstaaten ein Handlungsspielraum mit Blick auf innerstaatliche drogenpolitische Massnahmen (Rz. 38). Das SDÜ überlässt es den Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden ob, wie und in welchem Ausmass Erwerb, Anbau, Besitz und Konsum von Cannabis für den Eigenbedarf zu nichtmedizinischen Zwecken (ent-)kriminalisiert werden soll. Die am Schengen-Raum teilnehmenden Staaten haben gemäss SDÜ aber Massnahmen zu ergreifen (u.a. strenge Ein- und Ausfuhrkontrollen), so dass eine allfällige liberale nationale Drogenpolitik keine negativen Auswirkungen auf andere Staaten im Schengenraum entfaltet (z.B. Drogentourismus).²⁹⁵ Folglich ist eine gesundheitspolitisch motivierte Regulierung des Cannabiskonsums auf nationaler Ebene für den Freizeitgebrauch für Erwachsene als mit dem SDÜ als vereinbar zu betrachten. Es ist davon auszugehen, dass nationalen Regulierungsmodelle, die den Gesundheitsschutz in Zentrum stellen und folglich darauf abzielen, zur Suchtprävention beizutragen, strenge staatliche Kontrollen vorsehen, nicht-kommerziell ausgestaltet sind, eher den völkerrechtlichen Vorgaben entsprechen. Dies setzt zudem voraus, dass verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen ergriffen werden, um den grenzüberschreitenden illegalen Drogenhandel zu verhindern und zu bestrafen.

E. Frage 5:

Wie haben die Länder die Verpflichtungen aus Art. 23 Abs. 2 des EHÜ umgesetzt? Insbesondere:

- *Nehmen die Länder auch Cannabis zu rekreativen Zwecken in Besitz? Ist der Grosshandel staatlich?*
- *Wurden diese Verpflichtungen durch ein staatliches Monopol auf den Grosshandel in Verbindung mit einem Konzessionssystem für den Einzelhandel umgesetzt*

- 160 Für den Anbau hat **Uruguay** zwei privaten Unternehmungen Lizenzen vergeben. Die Cannabiskontrollbehörde bestimmt, wer wieviel Cannabis produzieren darf. Für die Anforderungen an die Produkte bestehen strenge rechtliche Vorgaben. Beim Verkauf sind der Einzelhandelspreis und die Art der erhältlichen Cannabis-Produkte gesetzlich vorgegeben. Der Verkauf von Cannabis in Apotheken ist in Uruguay restriktiv geregelt, eng kontrolliert und die Auswahl der Produkte stark begrenzt. Auch müssen sich die Konsumierenden in ein zentrales Register eintragen, um Cannabis in Apotheken kaufen zu können. Ausländer und Minderjährige haben kein Zugang zu Cannabis. Die Vorgaben lassen den Apotheken nahezu keinen Spielraum, so dass das Modell auch als «quasi-staatliche» bezeichnet wird.

- 161 In **Kanada** sind sowohl das System des medizinischen Cannabis wie auch jenes für Cannabis für den rekreativen Konsum über Lizenzen geregelt. Das kanadische Kontrollsystem ist von den Lizenz- und Genehmigungsbestimmungen bis hin zu den strengen Handelsbeschränkungen, ein hochgradig verwaltetes, staatlich kontrolliertes System für den legalen rekreativen Konsum

²⁹⁵ Botschaft Genehmigung bilaterale Abkommen, 6102: «Gefordert wird damit im Ergebnis die Schaffung einer nationalen Betäubungsmittelkontrolle, deren Beachtung namentlich durch entsprechende strafrechtliche Sanktionen garantiert werden soll.»

von Cannabis. Abgesehen von einigen wenigen Abweichungen unterstützt das kanadische Modell das Ziel und den Zweck der in Art. 23 EHU vorgesehenen Kontrollen. Diese bestehen darin zu verhindern, dass die inländische Produktion und der Handel mit Cannabis negative externe Effekte oder Spillover-Effekte für andere Staaten verursachen.

F. Frage 6:

Wie haben die Länder ihre internationalen Freihandelsverpflichtungen berücksichtigt? insbesondere:

- *Im Hinblick auf die Errichtung eines staatlichen Monopols?*
- *Im Hinblick auf Einfuhrbeschränkungen?*

Die WTO ist eine 1994 gegründete multilaterale Organisation, die den Handel zwischen den Nationen regelt, basierend auf den Verpflichtungen, die ihre Mitgliedsstaaten in verschiedenen Verträgen eingegangen sind. Das Ziel der WTO ist «die wesentliche Senkung von Zöllen und anderen Handelshemmnissen und ... die Beseitigung diskriminierender Behandlung in den internationalen Handelsbeziehungen». Die Schaffung eines nationalen Marktes für Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken kann zu Spannungen zwischen dem UN-Drogenkontrollregime und den WTO-rechtlichen Verpflichtungen (z.B. Inländerprinzip) führen. Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, inwieweit staatliche Monopole und Einfuhrbeschränkungen mit dem Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) vereinbar sind. Eine umfassende Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis und möglichen Spannungen zwischen dem UN-Drogenkontrollregime und den WTO-rechtlichen Verpflichtungen bedarf darüber hinaus einer weiteren Vertiefung unter dem Einbezug weiterer welthandelsrechtlicher Übereinkommen wie dem TBT- und dem SPS-Übereinkommen. 162

Das GATT erlaubt nach Art. XVII Abs. 1 lit. a und b den Betrieb von **Monopolen** und Staatshandelsunternehmen unter der Voraussetzung, dass sie Käufe und Verkäufe auf kommerzieller Basis tätigen und bei ihrer Tätigkeit die Nichtdiskriminierungsnormen des GATT beachten. 163

Dieser Bestimmung liegt ein weites Verständnis von Staatsunternehmen zu Grunde. Dieses schliesst nicht nur Unternehmen ein, die sich in staatlichem Besitz befinden oder staatlich kontrolliert werden. Es umfasst ebenfalls Unternehmungen, denen der Staat «ausschliessliche oder besondere Privilegien de jure oder de facto gewährt». Unter diese Kategorie scheinen auch private Unternehmen zu fallen, die staatliche Lizenzen erhalten. Staatliche Handelsunternehmen müssen inländische Wirtschaftsakteure und Wirtschaftsakteure anderer WTO-Mitglieder gleich behandeln.

Wenn eine nationale Regelung Personen und Einrichtungen Lizenzen für die legale Herstellung und den Verkauf von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken vergibt und gleichzeitig ein Verbot für den Import und Export vorsieht, ist eine Berufung auf die allgemeine Ausnahmebestimmung Art. XX GATT nicht erfolgsversprechend, bzw. werden die Anforderungen des Chapeaus nicht erfüllt. Es besteht keine Rechtfertigung dafür, ausländische Hersteller von Freizeit-Cannabis anders zu behandeln als inländische, insbesondere wenn die 164

Einfuhr von medizinischem Cannabis gemäss dem Gesetz erlaubt ist. Entsprechend ist eine solche Regelung willkürlich und nicht zu rechtfertigen.

165 Im Hinblick auf **Einfuhrbeschränkungen** ist zu beachten, dass «illegaler Handel» nicht von den WTO-Regeln ausgenommen ist. Das bedeutet, dass der rechtliche Rahmen der WTO den Mitgliedsländern erlaubt, den Handel mit Produkten zu verbieten, die auch im Inland verboten sind. Wenn jedoch ein WTO-Mitglied ein Produkt im Inland legalisiert, könnten seine Rechtfertigungen für die Beschränkung internationaler Transaktionen am WTO-Recht scheitern. Inländische Erzeugnisse müssen mit eingeführten gleichartigen Erzeugnissen gleichbehandelt werden. Das bedeutet, dass Länder, die einen legalen Zugang zu Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken im Inland geschaffen haben, die Einfuhr von Cannabis zu rekreativen Zwecken nach den Regeln der WTO grundsätzlich nicht verbieten können.

166 Länder, in welchen nur medizinisches Cannabis legal erhältlich ist, können sich nach der Analyse von ELIASON/HOWSE (vgl. Rz. 128) auf die Ausnahmen von Art. XX lit. a, b und d GATT berufen. Solange Cannabis zu rekreativen Zwecken nicht legal erhältlich ist, scheint eine mengenmässige Beschränkung der Einfuhr von Cannabis zu nichtmedizinischen Zwecken gerechtfertigt zu sein, auch wenn die Produkte wohl identisch sind. Wird jedoch im Inland angebauter Cannabis für nichtmedizinische Zwecke legalisiert und gleichzeitig die Ein- und Ausfuhr dieses Produkts verboten, ist es unwahrscheinlich, dass eine Berufung auf die Ausnahmen von Art. XX lit. a, b und d GATT Erfolg hat. Im Bezug auf Länder mit einem regulierten nationalen Cannabismarkt zu nichtmedizinischen Zwecken legen ELIASON/HOWSE unter Bezugnahme auf Art. XX lit. b GATT (Massnahmen, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren [...] erforderlich sind) dar, dass ein Verbot des Imports und Exports von Cannabis für nichtmedizinische Zwecke unter Verweis auf die unzureichende Regulierung des internationalen Cannabishandels zu rekreativen Zwecken gerechtfertigt werden könnte, um den inländischen Markt von schlecht reguliertem ausländischem Cannabis zu schützen. Dies weil beispielsweise die Vorschriften über den THC-Gehalt sowie die Zusatzstoffe, die in dem Produkt verwendet werden dürfen, von den Vorgaben der inländischen Gesetzgebung abweichen.