

GUTACHTEN

zuhanden

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG)

betreffend

REGULIERUNG DES CANNABISMARKTES

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

DR. FLORIAN FLEISCHMANN, RECHTSANWALT

WENGER PLATTNER

24. Oktober 2023

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG.....	3
II.	UMFANG UND BEDEUTUNG VON ART. 118 BV.....	7
1.	Allgemeine Umschreibung.....	7
2.	Kompetenz zu grundsatzwidrigen Massnahmen?.....	9
3.	Kompetenz zur Erhebung von Steuern und Abgaben?	12
III.	BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN	16
1.	Verkauf von Cannabisprodukten (Monopol und Konzessionierung).....	16
2.	Anbau, Herstellung und Vertrieb von Cannabis	20
3.	Werbeverbot von Cannabis	21
4.	Besteuerung von Cannabis	23
IV.	ZUSAMMENFASSUNG.....	29

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Am 25. September 2020 ist die Parlamentarische Initiative Nr. 20.473, Regulierung des Cannabismarktes für einen besseren Jugend- und Konsumentenschutz, eingereicht worden (vgl. dazu <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200473>). Die Initiative fordert:

«Anbau, Produktion, Handel und Konsum von THC-haltigem Cannabis ist nach den Empfehlungen der eidgenössischen Kommission für Suchtfragen EKSF gesetzlich neu zu regeln. Dies mit folgenden Zielen:

- *Das 4 Säulenmodell der schweizerischen Drogenpolitik wird berücksichtigt;*
- *Kontrolle der Produktion und des Handels durch staatliche Organe, insbesondere betreffend Jugendschutz, Konsumentenschutz und Information;*
- *Trennung von medizinischem und nicht-medizinischem Markt;*
- *Austrocknung des Schwarzmarktes durch Aufhebung der Prohibition;*
- *Regelung der Besteuerung und Bewerbung;*
- *Regelung des Anbaus für den persönlichen Gebrauch.»*

- 2 Die Initiative wird wie folgt begründet:

«In der Schweiz konsumieren 300'000 Personen regelmässig Cannabis als psychoaktive Substanz. Wie der Bundesrat bereits in einer Stellungnahme vom 23. Mai 2018 feststellte, hat das geltende Verbot von Cannabis im BetmG den Zweck, die Bevölkerung zu schützen, nur ungenügend erfüllt. Trotz Verbot nimmt der Konsum nicht ab, der Schwarzmarkt floriert und es gibt keine Qualitätskontrolle und folglich auch keinen Konsumentenschutz. Zudem bedingt ein effektiver Jugendschutz einen regulierten Markt. Da es sich bei THC, wie bei Alkohol, um psychoaktive Substanzen handelt, ist der Schutz der Minderjährigen von zentraler Bedeutung. Die geforderte Gesetzesänderung muss diesen Umständen in allen Punkten Rechnung tragen. So müssen mögliche Steuereinnahmen auch in die Prävention und den Jugendschutz fliessen. Nur eine sinnvolle gesetzliche Regelung wird diesen allgemein bekannten Problemen begegnen können.

Anstatt sich diesen Problemen zu stellen, überlässt der Staat derzeit jedoch die Kontrolle über diesen, bereits bestehenden Markt, illegalen Akteuren. Dies führt zu einer ganzen Reihe negativer Effekte. Z.B. werden natürliche Hanfpflanzen mit künstlichen und giftigen Substanzen «gestreckt». Zum inexistenten Konsumentenschutz und der fehlenden Rückverfolgbarkeit, kommt die fehlende Konsumenteninformation (insb. THC-Wert) dazu.

Hanf ist ausserdem eine der umweltfreundlichsten und vielseitigsten Nutzpflanze, welche sich zu medizinischen Anwendungen, aber auch als nachwachsender Rohstoff einsetzen lässt. Das umweltschonende und wirtschaftliche Potenzial ist daher beachtenswert.

Die Prohibition von Cannabis, im Vergleich zu legalen Drogen, beruht nicht auf aktuellen, wissenschaftlichen Argumenten, zumal die Schädlichkeit von Tabak und Alkohol nicht geringer ist. Diese moralische und juristische Inkonsistenz ist immer weniger zu rechtfertigen. Nur ein regulierter Markt erfüllt die Anforderungen der schweizerischen Suchtpolitik.»

- 3 Am 28. April 2021 hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates der Initiative Folge gegeben; am 19. Oktober 2021 hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates zugestimmt.
- 4 Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) ist mit der Ausarbeitung eines Erlassentwurfs beauftragt worden. Ziel der Vorlage ist die Schaffung eines legalen Cannabismarkts

und eine Regelung von Anbau, Produktion, Handel und Konsum von THC-haltigem Cannabis (nachfolgend Cannabis). Cannabis soll dabei voraussichtlich weiterhin als Betäubungsmittel im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) gelten, hingegen nicht mehr als verbotenes Betäubungsmittel gemäss Art. 8 BetmG definiert werden.

- 5 Im Zusammenhang mit der Cannabismarktregulierung stellen sich diverse verfassungsrechtliche Fragen, welche im Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens geklärt werden sollen. Das Gutachten soll aufzeigen, welche Aspekte aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beachten sind, um die Verfassungskonformität der Cannabisregulierung gewährleisten zu können. Im Vordergrund stehen die Kompetenzen des Bundes. Nicht Gegenstand des Gutachtens sind Fragen des internationalen Rechts.
- 6 Das BAG hat den links Unterzeichnenden am 13. Juni 2023 kontaktiert mit der Bitte, das vorliegende Gutachten zu erstellen. Nach einer ersten Besprechung wurden dem links Unterzeichnenden folgende Fragen vorgelegt:

Verkauf von Cannabisprodukten

Frage 1

Besteht eine Verfassungsgrundlage für die Einführung eines Monopols des Bundes (z.B. Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV) oder der Kantone, welche die Erteilung von Konzessionen an Unternehmen im Bereich des Verkaufs von Cannabis erlauben würden?

Frage 2

Könnte für Cannabisprodukte gestützt auf die geltende Verfassung auf Gesetzesstufe eine analoge Regelung wie im Alkoholbereich (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über die gebrannten Wasser vom 21. Juni 1932, Alkoholgesetz, AlkG, SR 680) vorgesehen werden?

Anbau, Herstellung und Vertrieb von Cannabis

Frage 3

Handelt es sich um eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit i.S. von Art. 94 Abs. 4 BV, wenn Cannabisprodukte nur von staatlich bewilligten Organisationen oder Unternehmen angebaut, hergestellt und vertrieben werden dürften? Verfügt der Bund gegebenenfalls mit Art. 118 BV über eine entsprechende Verfassungsgrundlage?

Werbeverbot bezüglich Cannabis

In der Schweiz existieren nach geltendem Recht diverse Werbeverbote, so beispielsweise das Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel und weitgehende Einschränkungen der Tabakwerbung.

Frage 4

Wäre ein umfassendes Werbeverbot für Cannabis verfassungsrechtlich zulässig (insbesondere unter der Perspektive des Schutzes des Kerngehalts der betroffenen Grundrechte (Art. 16, Art. 17 und Art. 27 BV)?

Frage 5

Wäre ein auf die Publikumswerbung beschränktes Werbeverbot verfassungsrechtlich zulässig?

Besteuerung/Abgaben von Cannabis

Frage 6

Besteht eine genügende Verfassungsgrundlage für die Besteuerung von Cannabis/Cannabisprodukten?

Frage 7

Besteht eine Verfassungsgrundlage für die Erhebung einer Lenkungsabgabe/ Präventionsabgabe (z.B. analog des Alkoholzehntels oder der Abgabe auf Tabakprodukte) durch den Bund, bei der die Einnahmen in die Prävention und den Jugendschutz (Finanzierung von Präventions- und Schadensminderungs-massnahmen, Beratungs- und Therapieangeboten und der Suchtforschung) fliessen?

Frage 8

Bestehen aus der Sicht des Gutachters weitere relevante verfassungsrechtliche Grenzen, die bei der Regulierung des Cannabismarktes (soweit die Regulierungsüberlegungen dem Gutachter bekannt sind) zu beachten sind?

- 7 Dem links Unterzeichnenden wurden weitere Unterlagen übermittelt. Am 7. Juli 2023 fand zwischen den Vertreterinnen und Vertretern sowie dem links Unterzeichnenden eine Besprechung statt. Der links Unterzeichnende hat am 12. Juli 2023 den rechts Unterzeichnenden für die Bearbeitung des Gutachtens beigezogen.
- 8 Das Rechtsgutachten soll aus rechtlicher Sicht klar und nachvollziehbar sein und für die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) sowie die Subkommission «Cannabisregulierung» eine gut verständliche Entscheidungsgrundlage liefern.

- 9 Die Unterzeichnenden haben dem BAG am 10. August 2023 einen ersten Entwurf zugestellt. Nach schriftlichen Rückmeldungen, einer Besprechung vom 19. September 2023 und letztmaligen schriftlichen Rückmeldungen vom 16. Oktober 2023 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.

II. UMFANG UND BEDEUTUNG VON ART. 118 BV

1. Allgemeine Umschreibung

- 10 Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV trifft der Bund «im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit». Er erlässt unter anderem Vorschriften über Betäubungsmittel (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV).
- 11 Art. 118 BV erteilt dem Bund einen allgemeinen Auftrag zum Schutz der Gesundheit (Abs. 1) und verleiht ihm zu diesem Zweck Gesetzgebungskompetenzen bzw. Gesetzgebungsaufträge zur Abwehr bestimmter Gefahren für die Gesundheit (Abs. 2). Der Handlungsauftrag und die Zuständigkeiten des Bundes gemäss Art. 118 BV beschränken sich nicht auf die Abwehr konkreter Gefahren für die Gesundheit, sondern erfassen auch präventive Massnahmen zur Verhinderung des Eintritts solcher Gefahren (POLEDNA/RÜTSCHKE, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2023 [nachfolgend SGK BV], Art. 118 N 3 f.). Trotz der weitgefassten Sachüberschrift besitzt der Bund im Bereich der Gesundheitspolitik aber nur punktuelle Kompetenzen; für das Gesundheitswesen (insb. Spitalwesen) sind im Wesentlichen die Kantone zuständig (BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 [nachfolgend BV Kommentar], Art. 118 N 2).
- 12 Abs. 1 von Art. 118 BV enthält einen an den Bund gerichteten, nicht kompetenzbegründenden Handlungsauftrag. Die programmatische Bedeutung von Abs. 1 ergibt sich aus der Formulierung «im Rahmen seiner Zuständigkeiten». Diese Formulierung weist darauf hin, dass mit Abs. 1 keine neuen Kompetenzen begründet werden. Dieser Handlungsauftrag ist vielmehr im Rahmen anderweitig begründeter Zuständigkeiten und insbesondere im Rahmen des Gesetzgebungsauftrags von Abs. 2 zu erfüllen (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 118 N 3; GÄCHTER/RENOLD-BURCH, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 [nachfolgend BSK BV], Art. 118 N 3; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118 N 6).
- 13 Das Ziel von Art. 118 BV besteht im Schutz der Gesundheit, genauer der öffentlichen Gesundheit, vor unmittelbaren Beeinträchtigungen. Es geht um die Abwehr mehr oder weniger konkreter Gefahren für die Gesundheit der Allgemeinheit und damit um gesundheitspolizeiliche Interessen (BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 4). Der Begriff der Gesundheit, welcher in der BV weder definiert noch näher umschrieben wird, ist restriktiv auszulegen, sodass der Schutz der Gesundheit nicht leichthin im Sinne von «Förderung» der Gesundheit verstanden werden darf. Vielmehr soll ein «Weniger» an Gesundheit verhindert werden. Der vom Bund in Abs. 1 verlangte Schutz der Gesundheit ist vielmehr als Schutz vor Gesundheitsgefährdungen zu verstehen. Die Förderung des allgemeinen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens

und der Lebensqualität ohne Bezug zur Verhütung von Krankheiten fällt daher nicht unter den «Schutz der Gesundheit» im Sinne von Art. 118 Abs. 1 BV (zum Ganzen BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 6; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 10).

- 14 Die vom Bund zum Schutz der Gesundheit zu treffenden Massnahmen sind umfassend zu verstehen. Es kann sich dabei sowohl um Rechts- wie auch um Realakte handeln. In Betracht kommen neben dem klassischen polizeilichen Instrumentarium (Verbote, Gebote, Bewilligungspflichten, Warnungen) insbesondere auch finanzielle Anreize und informierende, sensibilisierende und erziehende Massnahmen (BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 7; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 11). Insgesamt kommt dem Bund bei der Wahrnehmung seines Handlungsauftrags nach Abs. 1 ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Dieser bezieht sich insbesondere auf die Einschätzung und Bewertung von Gesundheitsgefahren sowie das Instrumentarium, mit welchem diesen Gefahren zu begegnen ist (SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 17).
- 15 Art. 118 Abs. 2 BV verleiht dem Bund Gesetzgebungskompetenzen zum Schutz der Gesundheit. Anders als Abs. 1 enthält Abs. 2 kompetenzbegründende Bestimmungen. Aus der Formulierung geht zudem hervor, dass der Bund verfassungsrechtlich verpflichtet ist, seine Zuständigkeiten auszuüben; die in Abs. 2 verankerten Gesetzgebungskompetenzen sind somit zugleich Gesetzgebungsaufträge. Die Gesetzgebungsaufträge in Abs. 2 umfassen drei fragmentarische, mit der grundsätzlichen Zuständigkeit der Kantone konkurrierende Kompetenzen. In den ausdrücklich genannten Teilbereichen verfügt der Bund jedoch über umfassende, nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenzen. Art. 118 Abs. 2 BV begründet somit eine Reihe von verpflichtenden Gesetzgebungskompetenzen des Bundes mit nachträglich derogatorischer Wirkung (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 118 N 6; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 10 f.; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 21 f.).
- 16 Gemäss Art. 118 Abs. 2 lit. a BV hat der Bund Vorschriften über «den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können», zu erlassen. Die Bestimmung bezweckt den Schutz der Allgemeinheit vor Gesundheitsgefährdungen. Geschützt werden soll der gewöhnliche Verbraucher, nicht jedoch der Spezialist, der über besondere Fachkenntnisse verfügt. Die von den in Abs. 2 lit. a genannten Gegenständen usw. ausgehende Gefährdung kann dabei konkret oder abstrakt sein (BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 12; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 25 f.). Der in Abs. 2 lit. a verwendete Begriff «Umgang» ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Erfasst ist der ganze «Lebenszyklus» von Produkten von deren

Herstellung (Beschaffung, Anbau, Verarbeitung, Verpackung, Lagerung, Auslieferung) über das Inverkehrbringen und den Handel bis zur Verwendung unter Einschluss des Konsums (SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHÉ, Art. 118 N 27). Erfasst ist damit grundsätzlich jede erdenkliche Tätigkeit, namentlich das Herstellen, Verarbeiten, Einführen, Ausführen, Inverkehrbringen, Verwenden, Lagern, Transportieren und Entsorgen. Nicht erfasst sein soll lediglich das Herstellen für den Eigenbedarf (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 118 N 8). Damit ist aber nicht gemeint, dass der Gesetzgeber nicht ausnahmsweise auch den Eigenbedarf resp. Eigenkonsum regeln kann; er tut dies heute bei Betäubungsmitteln und darf dies auch weiterhin tun (vgl. Art. 19a und Art. 19b BetmG). Letztlich entscheidet der Gesetzgeber, welche Handlungen und Sachverhalte er – stets mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes vor Augen – regeln will (BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 13).

- 17 Seine Zuständigkeit zur Gesetzgebung betreffend den Umgang mit Betäubungsmitteln hat der Bund mit Erlass des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, BetmG, SR 812.121) und der dazugehörigen Ausführungsverordnungen ausgeschöpft. Die erfassten Stoffe und Präparate ergeben sich aus dem BetmG. Das Gesetz regelt nicht nur den Umgang mit Betäubungsmitteln (Art. 2 lit. a BetmG: «abhängigkeits-erzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain oder Cannabis, sowie Stoffe und Präparate, die auf deren Grundlage hergestellt werden oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben»), sondern auch mit psychotropen Stoffen (Art. 2 lit. b BetmG: «abhängigkeitserzeugende Stoffe und Präparate, welche Amphetamine, Barbiturate, Benzodiazepine oder Halluzinogene wie Lysergid oder Mescaline enthalten oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben»). Cannabis fällt somit unter die Betäubungsmittel nach Art. 2 lit. a BetmG (ausführlich zur Regulierung von Cannabis in der Schweiz vgl. CUPA, Zukünftige Regulierung von Cannabis, Wandel vom Betäubungsmittel zum Lebensmittel, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 113 ff. und 155 ff.).

2. Kompetenz zu grundsatzwidrigen Massnahmen?

- 18 Gemäss Art. 94 Abs. 4 BV sind «Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, [...] nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind». Notwendig ist eine Einzelermächtigung in der Bundesverfassung, wobei eine solche Abweichungsermächtigung eine ausdrückliche oder eine bloss implizite (stillschweigende) sein kann (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 94 N 13; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 661).

- 19 Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit liegen gemäss dem Verfassungswortlaut vor bei «Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten» (Art. 94 Abs. 4 BV). Staatliche Massnahmen geraten mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Konflikt, wenn sie sich entweder direkt «gegen den Wettbewerb richten» (Art. 94 Abs. 4 BV), also vom Eingriffsmotiv her bereits unzulässig erscheinen, oder wenn sich die staatlichen Massnahmen zwar nicht primär gegen den Wettbewerb richten, aber ihre Auswirkungen den Wettbewerb unter den Privaten derart verzerren, dass sie unter Art. 94 BV nicht mehr tragbar erscheinen. Die Grundsatzwidrigkeit kann sich also entweder aus dem staatlichen Regelungsmotiv oder aus den Auswirkungen der staatlichen Massnahme ergeben (BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 7). Jedoch verstösst nicht jede noch so geringfügige staatliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs gegen die Wirtschaftsfreiheit. Die Prüfung der Grundsatzkonformität erfordert vielmehr eine mitunter schwierige, wertungsbedürftige Abwägung. Je gewichtiger dabei das öffentliche Regelungsinteresse, desto eher sind wettbewerbsverzerrende (Neben-)Wirkungen der fraglichen Massnahme hinzunehmen (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 94 N 6 m.H. auf RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, S. 67 f.). Grundsatzwidrig sind im Sinne einer Faustregel Massnahmen, welche die zentralen Elemente des Marktmechanismus nicht respektieren bzw. das Spiel von Angebot und Nachfrage verzerren oder gar ausschalten (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 661).
- 20 Art. 118 Abs. 2 lit. a BV sieht wie dargelegt eine umfassende Kompetenz des Bundes zur Regelung von Betäubungsmitteln vor. Die umfassende Kompetenz ist aber nicht gleichzusetzen mit der Befugnis zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Bei Art. 118 BV wird gemeinhin die Auffassung vertreten, diese Bestimmung erlaube keine Abweichungen. So wird in einer jüngeren Dissertation etwa ausgeführt (WINISTÖRFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 398 f.):

«Implizite Abweichungsermächtigungen werden zuweilen aus umfassenden Gesetzgebungskompetenzen abgeleitet, die den Bund dazu ermächtigen, sämtliche Fragen in einem Sachbereich zu regeln. In solchen Fällen verfügt der Bundesgesetzgeber über eine weitgehende Autonomie bei der Auswahl der wirtschaftspolitischen Instrumente. Die Vermutung liegt nahe, dass der Gesetzgeber auch grundsatzwidrige Massnahmen anordnen darf. Ein Beispiel für eine umfassende Bundeskompetenz ist der sog. Gesundheitsartikel. Art. 118 Abs. 1 BV gestattet dem Bund, im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen. Regelungsgegenstand ist der Umgang mit Lebensmitteln, Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV). Ferner kann der Bund Vorschriften erlassen über die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren und den Schutz vor ionisierenden Strahlen (Art. 118 Abs. 2 lit. b und c BV). Art. 118 BV verschafft dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung in den in Abs. 2 lit. a–c genannten Teilbereichen. Menschen und Tiere sollen vor unmittelbaren Beeinträchtigungen ihrer physischen und psychischen Gesundheit geschützt werden. Trotz einer umfassenden Kompetenz darf der

Gesetzgeber nicht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Umfassende Gesetzgebungskompetenzen sind nicht gleichbedeutend mit impliziten Abweichungsermächtigungen.»

- 21 Ähnlich äussert sich ein Aufsatz jüngerer Datums (SCHOTT, Aufsicht über den Marktzutritt, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, S. 21 ff., 27):
- «Keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erlauben hingegen die Kompetenznormen betreffend die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV), Banken und Versicherungen (Art. 98 BV), Waffen und Kriegsmaterial (Art. 107 BV) sowie Lebensmittel, Heilmittel, Betäubungsmittel, Organismen, Chemikalien und Gebrauchsgegenstände (Art. 118 BV).»*
- 22 Diese Auffassung wird in der Lehre soweit ersichtlich geteilt (vgl. etwa BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 94 N 14a f., welcher Art. 118 BV in seiner «Liste» mit den ausdrücklichen und stillschweigenden Ermächtigungen nicht aufführt) und auch der links Unterzeichnende hat sich im gleichen Sinne geäussert (BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 24, welcher Art. 118 ebenfalls nicht in seiner «Liste» aufführt). Auch das Bundesgericht dürfte diesbezüglich zustimmen, wenn es formuliert (BGer., Urteil 2C_60/2018 vom 31. Mai 2019, E. 6.1):
- «Art. 27 BV ist im Zusammenhang mit Art. 94 Abs. 1 BV zu sehen. Danach dürfen Bund und Kantone prinzipiell nur Vorschriften erlassen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Einklang stehen [...] Als grundsatzkonform gelten Massnahmen, die dem Polizeigüterschutz dienen, sowie sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind [...] Die Anforderungen an den Inhalt von Arzneimittelinformationen dienen in erster Linie dem Gesundheitsschutz (vgl. Art. 118 Abs. 2 lit. a BV und Art. 1 Abs. 1 HMG). Folglich ist der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin grundsatzkonform.»*
- 23 Immerhin ist festzuhalten, dass das Bundesgericht im Gesundheitsbereich teilweise Regelungen als verfassungskonform angesehen hat, deren Grundsatzkonformität mindestens diskutabel erscheint. So hat das Bundesgericht etwa die Beschränkung der Selbstdispensation der Ärztinnen und Ärzte als zulässig erachtet, «um die optimale Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten mittels eines ausreichend dichten Apothekennetzes zu gewährleisten» (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 51 m.w.H.). Auch das Ziel der Kostendämpfung im Gesundheitswesen erlaubt etwa eine Bedürfnisklausel für Ärztinnen und Ärzte zur Abrechnung zulasten der Krankenversicherung oder die Führung von Spitallisten (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 51 m.w.H.). Hier ist aber zu berücksichtigen, dass im Bereich der Regelung der Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV) Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit möglich sind (BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 24). Bei der Regelung von Cannabis spielen diese Bezüge keine Rolle.
- 24 Dementsprechend ist davon auszugehen, dass unter geltendem Verfassungsrecht die Ausgestaltung der Cannabisregulierung grundsatzkonform ausgestaltet werden muss. Die Kompetenz des Bundes zu grundsatzwidrigen Massnahmen unter Art. 118 BV ist

zu verneinen. Auf die Einzelheiten ist bei der Beantwortung der Gutachtensfragen zurückzukommen.

3. Kompetenz zur Erhebung von Steuern und Abgaben?

25 Nach dem geltenden bundesstaatsrechtlichen System erfüllt der Bund die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV). Auch die Abgrenzung der Steuererhebungskompetenzen von Bund und Kantonen folgt dieser für alle Kompetenzen geltenden Regel (REICH, Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, § 4 Rz. 3). Damit also der Bund eine bestimmte Steuer erheben darf, muss sie ihm grundsätzlich durch eine Verfassungsvorschrift zugeteilt sein (BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, S. 61). Die Steuern, die der Bund erheben darf, sind somit nach dem System der Einzelermächtigung ausdrücklich in der BV aufgeführt (REICH, a.a.O., § 4 Rz. 4). Die Befugnis zur Einnahmeerzielung bildet bundesstaatlich eine eigenständige Kompetenz. Das Recht zur Steuererhebung kann nicht aus einer anderen (Sach-)Kompetenz abgeleitet werden. Wenn der Bund also in einem bestimmten Sachgebiet Vorschriften erlassen darf, hat er zwar die Zuständigkeit, Eingriffsnormen oder gar reine Lenkungsabgaben in diesem Sachgebiet zu erlassen, er darf sich jedoch durch diese «Hintertüre» nicht die zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen finanziellen Mittel beschaffen (REICH, a.a.O., § 4 Rz. 7). Eine «reine» Lenkungsabgabe bedeutet, dass die durch die Lenkung erzielten Mittel vollumfänglich an die Bevölkerung zurückfliessen und nicht für andere Zwecke verwendet werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2876; SGK BV-CAVELTI, Art. 131 N 12; KELLER/HAUSER, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe – Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009, S. 803 ff., 810). Damit eine Lenkungsabgabe ihren Lenkungszweck erfüllen kann, nämlich eine Eindämmung des unerwünschten Verhaltens, muss sie eine gewisse Höhe erreichen. Eine Lenkungsabgabe, die dauernd derart tief angesetzt wird, dass sie keinerlei Lenkungswirkung entfaltet, ist nicht geeignet, das mit der Lenkungsabgabe verbundene Ziel zu erreichen. Das Bundesgericht belässt dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum: Es genügt, wenn die Lenkungswirkung nicht als geradezu gänzlich vernachlässigbar bezeichnet werden kann (dazu WIEDERKEHR, Sonderabgaben, recht 2017, S. 43 ff., 53 m.w.H.).

26 Die herrschende Lehre geht somit davon aus, dass der Bund Steuern nur mit ausdrücklicher Grundlage in der Bundesverfassung erheben darf (sog. Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern). Für andere Abgaben, namentlich für Kausalabgaben und für reine Lenkungsabgaben, gilt dieser Verfassungsvorbehalt allerdings nicht (KELLER/HAUSER, Rechtsgutachten vom 13. April 2011 über die Bundeskompetenz zur Erhebung einer Lenkungsabgabe auf alkoholischen Getränken, Zürich, Rz. 7 f.;

KELLER/HAUSER, AJP, S. 804, 808 ff. und 813 m.w.H.; REICH, a.a.O., § 2 Rz. 12; vgl. auch SGK BV-CAVELTI, Art. 131 N 12 ff. m.w.H.; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten vom 15. Januar 2003 zu Art. 28 Abs. 2 lit. b [SOTA-Fonds] und zum Entwurf von Art. 28 Abs. 2 lit. c [Tabakpräventionsfonds] des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung, Bern, S. 5).

27 Im Gegensatz zu Tabak und Tabakwaren (Art. 131 Abs. 1 lit. a BV) und Alkohol (Art. 131 Abs. 1 lit. b u. c BV) besteht für Cannabis im Sinne des geltenden Betäubungsmittelrechts keine Kompetenz des Bundes, darauf eine besondere Verbrauchssteuer zu erheben. Cannabis fällt – auch wenn es geraucht wird – nicht unter den Begriff «Tabak und Tabakwaren» (SGK BV-CAVELTI, Art. 131 N 18 m.w.H.).

28 Damit ist zu klären, welche Steuern und Abgaben der Bund im Zusammenhang mit Cannabis einführen kann. Der Bund verfügt im Bereich von Art. 118 Abs. 2 lit. a BV über eine umfassende Sachkompetenz (vgl. oben Ziff. 10 ff., insb. Ziff. 15). Dies bedeutet, dass der Bund grundsätzlich Abgaben, inkl. Lenkungsabgaben, nicht aber Steuern einführen kann. Im Gegensatz zu Abgaben dienen Steuern einem fiskalischen Zweck. Das Bundesgericht hält zu dieser Frage fest (BGE 140 I 176 E. 5.4):

«Nicht von unmittelbarer Bedeutung für die Abgrenzung von Steuern und Kausalabgaben ist die (von den Beschwerdeführern bestrittene) Lenkungs-komponente [...]: Wie die Beschwerdeführer zutreffend erkannt haben, ist gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Qualifizierung einer Abgabe nicht auf ihren Zweck, sondern auf ihre Natur abzustellen; sowohl Steuern als auch Kausalabgaben können eine Lenkungskomponente haben [...]. Von Relevanz ist das Bestehen einer Lenkungswirkung in erster Linie hinsichtlich der erforderlichen gesetzlichen Grundlage für die Abgabe: Für die Erhebung von Steuern muss eine klare Finanzkompetenz vorhanden sein. Eine Lockerung dieses Prinzipes gilt lediglich für die Statuierung von sog. «reinen» Lenkungsabgaben (beispielsweise CO₂ - oder VOC-Abgaben), welche keinerlei Fiskalzweck verfolgen und welche von der Lehre teilweise als eigenständige dritte Abgabekategorie (neben Steuern und Kausalabgaben) betrachtet werden [...]: Für solche reinen Lenkungsabgaben ist es in der Regel ausreichend, wenn das betreffende Gemeinwesen über eine Sachkompetenz im entsprechenden Gebiet verfügt [...]. Wie im Nachfolgenden aufgezeigt wird, ist im vorliegenden Fall sowohl eine fiskalische Kompetenz der Gemeinde als auch eine sachliche Kompetenz auf dem Gebiet des Raumplanungs- und Baurechts gegeben [...].»

29 Diese Auffassung wird von der Lehre grundsätzlich geteilt (vgl. die Literaturangaben oben Ziff. 26). Für die Erhebung von Steuern muss eine klare *Finanzkompetenz* vorhanden sein. Bezüglich der Regelung von Cannabis bedeutet dies, dass der Bund zwar Abgaben, inkl. Lenkungsabgaben, erheben, nicht aber Cannabis fiskalisch belasten darf.

30 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Bundesversammlung die Grenzen der Abgabemöglichkeiten in jüngerer Vergangenheit stark ausgereizt hat. Umstritten sind etwa die Abgaben, welche der Bund im revidierten CO₂-Gesetz einführen wollte, welches in der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 abgelehnt wurde. Dies gilt insbesondere für die Flugticketabgabe (vgl. Art. 42 ff. Bundesgesetz über die

Verminderung von Treibhausgasemissionen 25. September 2020 [CO₂-Gesetz], BBl 2020 7847, E-CO₂-Gesetz). Diese sollte pro Flugticket mindestens 30 Franken und höchstens 120 Franken betragen (Art. 44 Abs. 1 E-CO₂-Gesetz). Gespiessen werden sollte ein Klimafonds, und zwar wie folgt (Art. 53 Abs. 2 E-CO₂-Gesetz):

«Ein Drittel des Ertrags der CO₂-Abgabe, höchstens aber 450 Millionen Franken pro Jahr, und weniger als die Hälfte des Ertrags aus der Flugticketabgabe und aus der Abgabe Allgemeine Luftfahrt werden für Massnahmen zur wesentlichen Verminderung von Treibhausgasemissionen eingesetzt.»

- 31 Dies ist keine «reine» Lenkungsabgabe mehr. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit hielt der Bundesrat fest (Botschaft zur Totalrevision des CO₂-Gesetzes nach 2020, BBl 2018 247, 368):

«Das CO₂-Gesetz strebt die Eindämmung der Klimaänderung an, welche eine schädliche oder lästige Einwirkung im Sinne von Artikel 74 der Bundesverfassung darstellt. Gestützt auf den Umweltartikel kann der Bund alle verhältnismässigen Massnahmen zur Erreichung des verfassungsmässigen Ziels des Umweltschutzes treffen. Dazu gehört die Erhebung von Lenkungsabgaben wie der CO₂-Abgabe. Die bis Ende 2025 befristete Teilzweckbindung der Erträge dieser Abgabe für das Gebäudeprogramm, für die Förderung der Geothermie und für den Technologiefonds ist insofern als verfassungsmässig zu betrachten, als sie die Erreichung des Lenkungsziels (Verminderung der CO₂-Emissionen) unterstützt und nur den kleineren Teil des Abgabbeertrags betrifft. Der grössere Teil des Ertrags wird wie bisher an die Bevölkerung und an die Wirtschaft rückverteilt. Die CO₂-Abgabe wird ihre Lenkungswirkung demnach weiterhin primär durch die Abgabbeerhebung entfalten.»

- 32 Diese Auffassung blieb aber nicht unbestritten. So hielt René Wiederkehr dazu fest (WIEDERKEHR, CO₂-Abgabe ist verfassungswidrig, in: NZZ Nr. 224 vom 26. September 2022, S. 18):

«Nach geltendem CO₂-Gesetz kann «lediglich» ein Drittel des Ertrags für Klimaschutzmassnahmen verwendet werden; der übrige Ertrag wird an die Bevölkerung und die Wirtschaft verteilt. [...] Teilweise wird auch dann von einer «reinen Lenkungsabgabe» gesprochen, wenn ein Drittel der Abgabe lenkungszielkonform verwendet und «nur» zwei Drittel an die Bevölkerung zurückerstattet werden.

Diese Differenzierung hat Auswirkungen auf die Verfassungsgrundlage: Für die Erhebung von Steuern bedarf der Bund einer expliziten Einzelermächtigung, woraus die Art der Steuer hervorgeht (Enumerationsprinzip); für Kausalabgaben wie auch für reine Lenkungsabgaben genügt hingegen eine allgemeine Sachkompetenz. Lenkungsabgaben können demnach nur dann gestützt auf eine Sachkompetenz erhoben werden, wenn zumindest zwei Drittel der Erträge an die Bevölkerung zurückerstattet werden. Entsprechend handelt es sich bei der vorgesehenen CO₂-Abgabe, wonach bis knapp die Hälfte des Ertrags für Klimaschutzmassnahmen verwendet werden darf, um eine (Lenkungs-)Steuer, die einer Verfassungsgrundlage bedarf, die bis zum heutigen Zeitpunkt jedoch fehlt. [...]

Der Bund täte demnach gut daran, die vorgesehene CO₂-Abgabe auf eine klare verfassungsmässige Grundlage zu stellen. Man kann nur hoffen, dass die Parlamentarier den Mut haben, entweder eine eindeutige verfassungsrechtliche Grundlage für derartige Lenkungsabgaben bzw. eben präzise Lenkungssteuern zu schaffen oder die Mittelverwendung zugunsten von Klimaschutzmassnahmen erheblich zu reduzieren und damit den Rückerstattungsanteil an die Bevölkerung zu erhöhen. In der nun gegenwärtig vorliegenden Konzeption ist die CO₂-Abgabe verfassungswidrig.»

33 Auch sonst ist die Frage sehr umstritten (vgl. etwa GROSZ, Klimaabgaben, Stromabgaben, Energieabgaben – Rechtliche Verhaltenssteuerung hin zur Energiewende?, in: Grosz/Grünwald [Hrsg.], Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 29 m.w.H.; JAGMETTI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, Basel 2005, Rz. 9414b; KELLER/HAUSER, AJP, S. 828; SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH, Art. 74 N 20; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 16 Rz. 77). Wie zu zeigen sein wird, muss sie aber unseres Erachtens nicht im Detail entschieden werden.

III. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

1. Verkauf von Cannabisprodukten (Monopol und Konzessionierung)

34 Frage 1

Besteht eine Verfassungsgrundlage für die Einführung eines Monopols des Bundes (z.B. Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV) oder der Kantone, welche die Erteilung von Konzessionen an Unternehmen im Bereich des Verkaufs von Cannabis erlauben würden?

35 Frage 2

Könnte für Cannabisprodukte gestützt auf die geltende Verfassung auf Gesetzesstufe eine analoge Regelung wie im Alkoholbereich (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 Alkoholgesetz) vorgesehen werden?

1. *Monopolisierung*

36 Ein Monopol liegt vor, «wenn der Staat das Recht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2686). Im Bereich der Produktion und des Handels von Cannabis wäre es ein rechtliches Monopol (vgl. zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2691), weil die Monopolisierung auf Normen des Bundesrechts beruht. Die Monopolisierung entzieht die betreffende Tätigkeit dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.

37 Wie dargelegt erlaubt Art. 118 BV dem Bund keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (vgl. oben Ziff. 18 ff.). Aus der Kompetenznorm allein ergibt sich die Möglichkeit der Monopolisierung (noch) nicht. Der Verfassungsgeber hat für die in Art. 118 Abs. 2 BV genannten Produkte keine Wirtschaftslenkung vorgesehen.

38 Das schliesst aber eine Monopolisierung nicht per se aus. Es bestehen zwar gewisse Unsicherheiten, ob nicht Monopole an sich grundsatzwidrig sind (vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 58), doch in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Praxis ist davon auszugehen, dass Bund und Kantone befugt sind, neue Monopole einzuführen, wenn dies aus polizeilichen Gründen notwendig erscheint (SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27 N 80 ff.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 57, je mit Nachweisen). Ziel des Monopols darf also nicht die Wirtschaftslenkung sein, sondern der Gesundheitsschutz (oder andere polizeiliche Interessen, z.B. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr).

39 Die Monopolisierung stellt in jedem Fall einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Dies bedeutet, dass ein Monopol des Bundes oder der Kantone an Art. 36 BV zu messen ist, d.h. auf einer klaren gesetzlichen Grundlage beruhen, ein

wichtiges öffentliches Interesse (polizeilich oder mindestens sozialpolitisch) erfüllen und verhältnismässig sein muss.

40 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung (gegenüber den Kantonen; gegenüber dem Bund scheitert eine Prüfung in der Regel an Art. 190 BV) darf als einigermaßen «monopolfreundlich» gelten, wenn das Bundesgericht Monopole in den Bereichen Schulunfallversicherung, Kaminfeger, Schädlingsbekämpfung, Abfallbeseitigung und Plakatierung zulässt (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 57 mit Nachweisen). Die genaue Grenzziehung kann aber vorliegend offengelassen werden. Für ein Produkt, dessen Konsum bisher verboten gewesen ist, besteht ein erhebliches gesundheitspolizeiliches Interesse daran, dass der Staat den Handel umfassend kontrolliert. Ein Monopol erscheint durchaus geeignet, diese Kontrolle zu gewährleisten, ist vermutungsweise erforderlich, da Alternativen nicht offensichtlich sind, und auch zumutbar, da bisher überhaupt kein Handel möglich war. Der links Unterzeichnende hat auf jeden Fall bereits früher die Auffassung geäußert, dass hier ein staatliches Monopol vertretbar wäre: «ein zulässiges Bsp. wäre wohl der Verkauf von Cannabis nur durch den Staat, sollte diese Droge legalisiert werden» (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 57).

41 Denkbar (und unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit zu prüfen) ist auch eine Teilmonopolisierung. Je nach gesundheitspolizeilicher Einschätzung könnte es sinnvoll sein, beispielsweise den Eigenbedarf freizugeben, aber den Handel (oder Grosshandel) zu monopolisieren. Bei einer solchen Lösung müsste man natürlich begründen können, weshalb der Eigenbedarf als viel unproblematischer anzusehen ist. Dies bedeutet, dass eine verfassungsrechtliche Analyse der Monopolisierung nicht nur das «Ob» betrifft, sondern auch das «Wie», also den notwendigen Umfang des Monopols. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt allenfalls eine differenzierte Betrachtung.

42 Zu ergänzen ist schliesslich, dass fiskalische Gründe, d.h. die Erzielung von Gewinnen zu Gunsten des Gemeinwesens, grundsätzlich nichts zur Rechtfertigung der Monopolisierung beitragen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2710). Als «Nebenzweck» lässt das Bundesgericht solche Gewinne aber durchaus zu (vgl. etwa BGE 124 I 11 E. 5.a), was von der Lehre teilweise kritisiert wird (vgl. etwa SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 38 ff. m.w.H.).

2. Konzessionierung

43 «Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2718). Teilweise werden auch wirtschaftspolitische (grundsatzwidrige) Bewilligungen als Konzessionen bezeichnet, so etwa die Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb von Spielbanken (Art. 106 Abs. 2 BV), obwohl hier kein eigentliches Monopol vorliegt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN,

a.a.O., Rz. 2719a). Im Bereich von «Konzessionen» sollte dementsprechend genau umschrieben werden, welche wirtschaftliche Regelung genau gemeint ist.

44 Wird ein Wirtschaftsbereich wie hier die Produktion und der Handel mit Cannabis zulässigerweise monopolisiert, muss es auch zulässig sein, dass der Bund die entsprechende Tätigkeit konzessioniert. Soweit dies durch die Kantone oder durch ein vom Bund geschaffenes Unternehmen oder eine Anstalt geschieht, ergeben sich daraus keine besonderen rechtlichen Probleme; die Konzessionierung ist hier im Wesentlichen eine Frage des Staatsorganisationsrechts, d.h. des Föderalismus und der Dezentralisation.

45 Im Rahmen der Konzessionierung darf auch eine *Begrenzung der Menge* angestrebt werden. Die Steuerung der Menge ist zwar ein typischer – und damit grundsätzlich verpönter – Eingriff in den Wettbewerb, kann aber aus polizeilichen Gründen gerechtfertigt sein bzw. die wettbewerbspolitischen Auswirkungen überwiegen. Im Zusammenhang mit Deponien hat das Bundesgericht unlängst formuliert (BGE 148 II 387 E. 3.2.3):

«Weiter unterliegen Deponien insbesondere der Bewilligungspflicht gemäss Art. 30e Abs. 2 USG. Dabei macht diese Bestimmung die Errichtungs- bzw. Bau- wie auch die Betriebsbewilligung für eine Deponie von einem Bedarfsnachweis abhängig. Da jede Deponie Umweltrisiken birgt, besteht ein öffentliches Interesse daran, die Anzahl solcher Anlagen möglichst tief zu halten und für eine möglichst gute Auslastung der bestehenden Deponien zu sorgen. Die in Art. 30e USG verankerte Bedürfnisklausel ist somit ausschliesslich umweltpolizeilich motiviert und erweist sich als grundsatzkonformer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV); allenfalls eintretende wirtschaftslenkende Effekte, namentlich der Ausschluss von Mitbewerbern bei der Vergabe der nur beschränkt verfügbaren Deponiebewilligungen, sind als Nebenwirkung zum umweltpolizeilichen Zweck hinzunehmen [...]»

Natürlich bedarf es auch für eine Mengengrenzung von Cannabis einer entsprechenden gesundheitspolizeilichen Rechtfertigung.

46 Kritischer ist die Festlegung eines *Mindestpreises* zu beurteilen. Im Zusammenhang mit der gleichen Frage für Tabakprodukte ist das Bundesamt für Justiz zum Schluss gelangt, dass die Bundesverfassung keine Grundlage für einen Mindestverkaufspreis für Zigaretten biete, weil ein solcher einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen würde. Ein Mindestverkaufspreis für Zigaretten wäre höchstens zu rechtfertigen, wenn er den Schutz der öffentlichen Gesundheit, d.h. den Schutz der Gesamtbevölkerung vor dem Tabakmissbrauch, zum Ziel hätte. Träfe dies zu, so wäre noch die Frage der Verhältnismässigkeit der Massnahme unter dem Aspekt ihrer Wirksamkeit zu prüfen. Konkret müsste ein Mindestverkaufspreis die Zahl der Rauchenden wesentlich senken, was kaum der Fall sein dürfte (Botschaft zur Änderung des Tabaksteuergesetzes vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 533 ff., 550). Natürlich kann die Präventionsforschung heute an einem anderen Punkt stehen und lassen sich die Überlegungen vielleicht nicht auf Cannabis übertragen; dies ist aber

nicht eine juristische Frage, sondern primär eine Fachfrage, die unter dem (juristischen) Blickwinkel des Gesundheitsschutzes zu beurteilen ist. Das Gleiche gilt für Einschränkungen des Verkaufs auf nicht gewinnorientierte Anbieter oder eines Verbots einer vertikalen Integration im Bereich des Cannabismarktes. Die Frage ist immer die Gleiche: Ist die Einschränkung des Marktes wirksam mit Blick auf das angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes, ist es die mildeste Massnahme, welche dieses Ziel erreicht, und ist die Massnahme im Lichte der damit verbundenen Einschränkungen für die Betroffenen zumutbar (Art. 36 Abs. 3 BV)?

- 47 Heikel wäre auch eine «Konzessionierung in die Breite», wie dies in Art. 3 Abs. 1 und 2 Alkoholgesetz vorgesehen ist. Damit soll nicht gesagt werden, dass Herstellung und Verkauf durch eine Vielzahl von Privatpersonen und Unternehmen nicht möglich seien. Dann ist aber fraglich, ob es tatsächlich noch um eine «Konzessionierung» im Sinne einer notwendigen Kontrolle und Lenkung des Wirtschaftshandelns geht und nicht im Wesentlichen um die Durchsetzung polizeilicher Interessen, insbesondere des Gesundheitsschutzes. In diesem Fall wäre nicht mehr von einem Monopol des Bundes, sondern von einem freien Markt auszugehen – den freilich der Bund aufgrund seiner umfassenden Regelungskompetenz umfassend gestalten und regeln kann. Die Geltung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt nur bedingt vor staatlichen Eingriffen. Der Bund kann insbesondere (strenge) Polizeibewilligungen einführen (vgl. zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2650 f.). Diese sind in vielfältiger Weise möglich und ihre Zulässigkeit ist an den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu messen. Auf einzelne Einschränkungen (z.B. Werbeverbote) ist zurückzukommen (vgl. unten Ziff. 57 ff.).
- 48 Gegen solche «Kleinkonzessionierungen» spricht auch, dass damit die «raison d'être» der Monopolisierung in Frage gestellt werden würde. Weshalb ist ein Monopol des Staates aus polizeilichen Gründen notwendig, wenn im Ergebnis dann doch wieder eine Vielzahl von Akteuren am Markt auftreten? Bei einer Vielzahl von Akteuren scheinen uns reine Polizeibewilligungen eigentlich ausreichend, denn es gilt zu verhindern: «Natürlich kann eine Monopolisierung zu grundsatzwidrigen Zwecken missbraucht werden, insb. durch nachfolgende grundsatzwidrige Konzessionierung, und wäre in diesem Fall klarerweise unzulässig» (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 58).
- 49 Einen gewissen Spielraum des Gesetzgebers sehen wir insofern, als dieser die Marktöffnung teilweise einführen könnte. Zu denken ist an *Experimentierklauseln* in der zukünftigen Gesetzgebung des Bundes (zu den Experimentierklauseln vgl. KÖRBER, Experimentelle Rechtsetzung, LeGes 2015, S. 385 ff.; UHLMANN, Politische Vorstösse für bessere Gesetze, in: Canapa/Landolt/Müller [Hrsg.], Sein und Schein von Gesetzgebung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 1 ff., 7 ff.). Ziel einer Limitierung des Marktes wäre hier nicht eine grundsatzwidrige Absicht, sondern der Gewinn von Erkenntnissen

für die definitive Regelung. Gerade in einem Bereich mit vielen Unwägbarkeiten in den praktischen Auswirkungen muss der Gesetzgeber auch (an sich grundsatzwidrige) Zwischenschritte gehen können. Beschränkte Experimentiermöglichkeiten sind heute schon unter Art. 8a BetmG möglich (vgl. dazu etwa CUPA, Pilotversuche mit Cannabis: ein rechtliches Experiment, *sui generis* 2019, S. 107 ff.; SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022, Art. 8a N 1 ff.). Danach kann das BAG nach Anhörung der betroffenen Kantone und Gemeinden wissenschaftliche Pilotversuche mit Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis bewilligen, sofern diese örtlich, zeitlich und sachlich begrenzt sind, diese es erlauben Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie sich neue Regelungen auf den Umgang mit diesen Betäubungsmitteln zu nicht medizinischen Zwecken auswirken und wie sich der gesundheitliche Zustand der Teilnehmer entwickelt, und diese so durchgeführt werden, dass der Gesundheits- und Jugendschutz, der Schutz der öffentlichen Ordnung sowie die öffentliche Sicherheit gewährleistet sind.

- 50 Zusammenfassend lassen sich Fragen 1 und 2 wie folgt beantworten: Der Bund verfügt in Art. 118 BV über keine Kompetenz zu grundsatzwidrigen Massnahmen. Er kann aber eine Monopolisierung aus polizeilichen Gründen vornehmen. Er kann das Monopol konzessionieren. Bei einer «Konzessionierung in die Breite» ist aber fraglich, ob dadurch nicht die Notwendigkeit der Monopolisierung in Frage gestellt wird und ob nicht Polizeibewilligungen (unter Geltung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV) genügen würden.

2. Anbau, Herstellung und Vertrieb von Cannabis

51 Frage 3

Handelt es sich um eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit i.S. von Art. 94 Abs. 4 BV, wenn Cannabisprodukte nur von staatlich bewilligten Organisationen oder Unternehmen angebaut, hergestellt und vertrieben werden dürften? Verfügt der Bund gegebenenfalls mit Art. 118 BV über eine entsprechende Verfassungsgrundlage?

- 52 Wie dargelegt betrachten das Bundesgericht und die Lehre eine Monopolisierung aus polizeilichen Gründen nicht als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit (vgl. oben Ziff. 38). Wenn aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder anderer polizeilicher Interessen eine Monopolisierung verhältnismässig erscheint, ist es zulässig, dass Cannabisprodukte nur von staatlich bewilligten Organisationen oder Unternehmen angebaut, hergestellt und vertrieben werden dürfen.

- 53 In diesem Fall verfügt der Bund in Art. 118 BV über eine hinreichende Verfassungsgrundlage, da sich die Kompetenz aus der umfassenden Sachzuständigkeit ergibt. Art. 118 BV gibt dem Bund aber keine Kompetenz zu grundsatzwidrigen Massnahmen.

3. Werbeverbot von Cannabis

54 In der Schweiz existieren nach geltendem Recht diverse Werbeverbote, so beispielsweise das Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel (Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel darf sich nur an Personen richten, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben dürfen). Zudem soll die Tabakwerbung weitgehend eingeschränkt werden.

55 Frage 4

Wäre ein umfassendes Werbeverbot für Cannabis zulässig oder wäre der Kerngehalt der betroffenen Grundrechte tangiert (Art. 16, Art. 17 und Art. 27 BV)?

56 Frage 5

Wäre ein Werbeverbot beschränkt auf die Publikumswerbung verfassungsrechtlich zulässig?

1. Werbeverbote für Cannabis

57 Das Bundesgericht hat sich in einer Vielzahl von Fällen mit Werbeverboten auseinandergesetzt (BGE 139 II 173 E. 6.1 [Anwaltswerbung]; 136 I 184 E. 3.2.4 und 4.1 [Arzneimittelwerbung]; 128 I 295 E. 5 [Werbung für Tabak und Alkohol]; 123 I 201, 209; 111 Ib 56, 60 [Fernsehwerbung]; 118 Ib 356, 363; 104 Ia 473, 475). Werbeverbote sind grundsatzkonform, können aber einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) darstellen. Im Zusammenhang mit Medikamenten hat das Bundesgericht formuliert (BGer., Urteil 2C_75/2014 vom 28. Januar 2015, E. 4.2.3):

«Mit dem Verbot der Publikumswerbung fehlt zwar der Angebotsseite eines ihrer wirksamsten Instrumente, um ihre Angebote bekannt zu machen, und die Nachfrageseite hat demzufolge geringeres Wissen (nur bezüglich Preis) über die Angebote. Damit geht indes – wie bereits dargelegt – kein Wettbewerbsausschluss einher; der Wettbewerb ist lediglich weniger breit.»

58 Die Lehre äussert sich teilweise sehr kritisch zu Werbeverboten (vgl. etwa KLEY, Meinungsfreiheit und Werbeverbote, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz [Hrsg.], Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 639 ff.). Grundsätzlich ist aber unbestritten, dass für Werbeverbote die Voraussetzungen von Art. 36 BV zur Anwendung kommen. Wie bereits in der Fragestellung ausgeführt, sind sie in einer Vielzahl von Regelungsbereichen verbreitet.

59 Vorliegend wurde nach der Zulässigkeit eines umfassenden Werbeverbots gefragt. Da unserer Meinung nach der Kerngehalt im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit kaum von Bedeutung ist (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 54 f.), scheitert ein solches Verbot nicht an Art. 27 i.V.m. Art. 36 Abs. 4 BV.

60 Ein umfassendes Werbeverbot stellt aber ohne Zweifel einen schweren Grundrechtseingriff dar, der an Art. 36 Abs. 1-3 BV zu messen ist. Dabei dürften Art. 16

(Meinungs- und Informationsfreiheit), Art. 17 (Medienfreiheit) – wie übrigens auch Art. 26 BV (Eigentumsgarantie) – keine zusätzlichen Gesichtspunkte einbringen, da Werbung für ein bestimmtes Produkt eine dominant kommerzielle Ausrichtung aufweist, die primär von der Wirtschaftsfreiheit abgedeckt ist.

61 Zu bedenken ist, dass unter dem geltenden Recht Cannabis ein verbotenes Betäubungsmittel gemäss Art. 8 BetmG darstellt. Ein Verbot eines Produkts schliesst die privatwirtschaftliche Wirtschaftstätigkeit vollständig aus, geht also deutlich weiter als ein umfassendes Werbeverbot. Man kann vorbringen, dass die Zulässigkeit des heutigen Verbots auch ein milderes Werbeverbot rechtfertigt. *A maiore ad minus* ist dies ein gewichtiges Argument für ein Werbeverbot. Dies gilt erst recht für eine Begrenzung auf Publikumswerbung.

62 Kritisch zu fragen ist aber, welchem Zweck ein Werbeverbot dienen soll. Geht es um die sachgerechte Information der Konsumentinnen und Konsumenten, müsste der Gesetzgeber zeigen, dass staatliche Bewilligungen und Kontrollen nicht genügen, um dieses Ziel zu erreichen. Das Gleiche gilt für den Schutz der Jugendlichen und die Befürchtung, dass Werbung zu einer unkontrollierten Mengenausweitung führt. Damit soll nicht gesagt werden, dass ein umfassendes Werbeverbot nicht zulässig sein kann, aber die Begründungslast liegt auf der Seite des Gesetzgebers. Oder wie es das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Anwaltswerbung formuliert (BGE 139 II 173 E. 6.1):

«Die grundsätzliche Zulässigkeit der Anwaltswerbung ist ein Gebot der Werbefreiheit als eines Teilgehalts der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 BV [...]): Nicht die Werbung, sondern deren Einschränkung ist gemäss verfassungsrechtlich vorgezeichneter und gesetzlich konkretisierter Wertung rechtfertigungsbedürftig [...]. Dies entspricht denn auch der konstanten Bundesgerichtspraxis vor Erlass des BGFA [...] und ist in der Lehre grundsätzlich unstrittig.»

2. Werbeverbot für Tabakprodukte

63 Zu erwähnen im Zusammenhang mit Werbeverboten ist auch Art. 118 Abs. 2 lit. b BV. Danach verbietet der Bund namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht. Cannabis ist kein Tabakprodukt (SGK BV-CAVELTI, Art. 131 N 18 m.w.H.). Es fragt sich aber, ob aus dieser Bestimmung etwas für das Verbot von Cannabis abgeleitet werden kann.

64 Dies scheint uns nicht der Fall, und zwar in beide Richtungen. Das (beschränkte) Werbeverbot für Tabakprodukte geht auf eine Volksinitiative mit einer eng begrenzten Fragestellung zurück (vgl. dazu Botschaft zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung [Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung]» vom 26. August 2020, BBl 2020 7049). Diese Bestimmung verpflichtet den Bund nicht zu Massnahmen in anderen Bereichen (Cannabis, Alkohol etc.), stellt aber natürlich

eine rechtspolitische Wertung dar, die der Gesetzgeber bei der Regelung von Cannabis allenfalls berücksichtigen sollte.

- 65 Zusammenfassend lassen sich Fragen 4 und 5 dahingehend beantworten, dass ein umfassendes Werbeverbot für Cannabis mit hinreichender Begründung zulässig sein sollte und den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit (und weiterer Grundrechte) nicht tangiert. Erst recht sollte ein Werbeverbot beschränkt auf die Publikumswerbung verfassungsrechtlich zulässig sein.

4. Besteuerung von Cannabis

66 Frage 6

Besteht eine genügende Verfassungsgrundlage für die Besteuerung von Cannabis/Cannabisprodukten?

- 67 Nein. Wie oben dargelegt (Ziff. 25 ff.) verschafft die Sachkompetenz dem Bund keine Steuerkompetenz. Eine solche fehlt für die fiskalische Belastung von Cannabis.

68 Frage 7

Besteht eine Verfassungsgrundlage für die Erhebung einer Lenkungsabgabe/ Präventionsabgabe (z.B. analog des Alkoholzehntels oder der Abgabe auf Tabakprodukte) durch den Bund, bei der die Einnahmen in die Prävention und den Jugendschutz (Finanzierung von Präventions- und Schadensminderungsmassnahmen, Beratungs- und Therapieangeboten und der Suchtforschung) fliessen?

1. Tabak und Alkohol

- 69 Auch bezüglich der Erhebung einer Lenkungsabgabe kann zunächst auf die einführenden Bemerkungen verwiesen werden. Eine reine Lenkungsabgabe wird heute als Teil der Sachkompetenz angesehen und ist damit zulässig (vgl. oben Ziff. 26).

- 70 Zu fragen ist aber, welche weiteren Abgaben allenfalls bei der Regulierung von Cannabis zulässig sind. Nur sehr bedingt übertragbar sind unseres Erachtens die rechtlichen Erkenntnisse aus den Bereichen Tabak und Alkohol. Hier bestehen auf Verfassungsstufe zahlreiche Sonderbestimmungen, so insbesondere die Möglichkeit der Erhebung besonderer Verbrauchssteuern (Art. 131 Abs. 1 lit. a-c BV), beim Alkohol mit einer expliziten Verankerung zur Verwendung eines Teils der Erträge zur Bekämpfung der Ursachen und Wirkungen von Suchtproblemen (Art. 131 Abs. 3 BV: «Die Kantone erhalten 10 Prozent des Reinertrags aus der Besteuerung der gebrannten Wasser. Diese Mittel sind zur Bekämpfung der Ursachen und Wirkungen von Suchtproblemen zu verwenden.»). Im Bereich des Alkohols besteht ein expliziter Verfassungsauftrag (Art. 105 Satz 2 BV: «Der Bund trägt insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung.»). Die Reinerträge beider

Steuern tragen zur Deckung der Kosten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung bei (Art. 112 Abs. 5 BV: «Die Leistungen des Bundes werden in erster Linie aus dem Reinertrag der Tabaksteuer, der Steuer auf gebrannten Wassern und der Abgabe aus dem Betrieb von Spielbanken gedeckt.»).

- 71 Gegenüber der Belastung von Cannabis unterscheiden sich Tabak und Alkohol vor allem dadurch, dass deren fiskalische Nutzung bereits auf Verfassungsstufe angelegt ist (und im Wesentlichen die genauen Einsatzmöglichkeiten zu klären sind). Bei Cannabis geht es um eine Lenkungsabgabe, deren Erhebung keinen fiskalischen Zweck verfolgen darf. Wenn die Erträge nicht integral an die Bevölkerung zurückfliessen, kommt nach umstrittener Auffassung nur eine (reine) Kausalabgabe in Frage (vgl. oben Ziff. 25 ff.).

2. Nur «reine» Lenkungsabgabe?

- 72 Die Steuer- bzw. Abgabekompetenz wurde oben ausführlich diskutiert (vgl. oben Ziff. 25 ff.). Für die Regelung von Cannabis ist zu berücksichtigen, dass diese Frage von erheblicher praktischer Relevanz ist. So wären Abgaben auch denkbar im Bereich anderer Produkte, bei denen der Bund die Sachkompetenz besitzt, beispielsweise Lebensmittel (Art. 118 Abs. 1 lit. a BV). Verschiedene Anläufe zur Einführung einer «Zuckersteuer» sind bisher nicht erfolgreich gewesen (vgl. nur Standesinitiative «Für ein Bundesgesetz über zuckerhaltige Produkte und für einen beschränkten Zugang zu Nahrungsmitteln mit hohem Energiegehalt» des Kantons Neuenburg vom 25. April 2017, Geschäfts-Nr. 17.308). Aber auch hier stellt sich die Frage, ob ein Teil der (Lenkungs-)Abgabe für Prävention und andere Massnahmen verwendet werden könnte.
- 73 Wieder näher bei der Diskussion über die CO₂-Abgabe liegt die Diskussion über die Einführung einer «Fleischsteuer», bei welcher Überlegungen des Umweltschutzes im Vordergrund stehen (vgl. dazu GARTENMANN/HÖSLI, Ansätze und Umsetzungsmöglichkeiten einer «Fleischsteuer», ex ante 2/2020, S. 10 ff.). Dazu wird festgehalten:

«Für die Erhebung öffentlicher Abgaben bedarf es keiner ausdrücklichen Verfassungsgrundlage. So können reine Lenkungsabgaben in der Regel basierend auf einer entsprechenden Sachkompetenz in der Bundesverfassung eingeführt werden. Die in Art. 74 BV (Umweltschutz) sowie die in Art. 80 BV (Tierschutz) geregelten Bundeskompetenzen würden somit als verfassungsmässige Grundlage für eine solche reine Lenkungsabgabe genügen, wobei weitere Bundeskompetenzen wie Art. 73 BV (Nachhaltigkeit), Art. 118 BV (Gesundheitsschutz) sowie die Kompetenzen in Art. 104 sowie Art. 104a BV (Landwirtschaft) zusätzlich hinzugezogen werden können.

Sofern eine Lenkungsabgabe nicht haushaltsneutral ausgestaltet bzw. nicht vollständig verteilt wird (ähnlich wie die Flugticketabgabe gemäss totalrevidiertem CO₂-Gesetz, deren Erträge zum Teil zur Aufnung eines Klimafonds vorgesehen sind), es sich also um keine «reine» Lenkungsabgabe handelt, verneinen gewisse Autoren die Verfassungsmässigkeit, weil in die Finanzordnung der Bundesverfassung eingegriffen und so das Steuersubstrat der Kantone beeinflusst werde. Nach anderer Auffassung ist eine Teilbindung verfassungsrechtlich zulässig, wenn

der Ertrag einer Lenkungsabgabe zweckgebunden zur Förderung des mit der Lenkungsabgabe angestrebten Ziels verwendet wird. Ob eine solche Zweckbindung nur den kleineren Anteil der Abgabe umfassen darf, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Zu beachten ist hierbei ohnehin, dass Bundesgesetze – so oder anders – ungeachtet ihrer Verfassungsmässigkeit massgebend sind (Art. 190 BV).

Um eine «Fleischsteuer» einzuführen, wäre somit einerseits eine Lenkungssteuer mit entsprechender ausdrücklicher verfassungsmässiger Grundlage denkbar. Eine Alternative ist die Einführung einer reinen Lenkungsabgabe, für welche die bereits vorhandene Sachkompetenz im Umweltschutz und Tierschutz wohl ausreichen würde. Für die Verfassungsmässigkeit einer nicht reinen Lenkungsabgabe vertritt die Literatur betreffend Haushaltsneutralität sowie den prozentualen Anteil der zweckgebundenen Ertragsverwendung verschiedene Positionen.

Bei Ausgestaltung der «Fleischsteuer» als nicht reine Lenkungsabgabe (analog zur Flugticketabgabe) wäre die entsprechende Verwendung der Erträge festzulegen. Denkbar wäre beispielsweise die Speisung eines zu schaffenden Fonds mit genügend bestimmter Zweckverwendung im Bereich der einschlägigen Sachkompetenzen.»

- 74 Die Beispiele zeigen, dass mittels Lenkungsabgaben praktisch unbegrenzte Rechtsgebiete genutzt werden könnten, um die dortigen Staatsaufgaben mindestens mitzufinanzieren. Verfassungsrechtlich spricht vieles für eine Zurückhaltung des Gesetzgebers, den Bereich reiner Lenkungsabgaben zu verlassen – oder dafür eine klare Verfassungsgrundlage für eine fiskalische Nutzung zu schaffen, wie es im Bereich von Alkohol und Tabak geschehen ist. Nach unserer Auffassung erlaubt eine Sachkompetenz des Bundes nur die Erhebung einer reinen Lenkungsabgabe. Wie dargelegt ist aber der Meinungsstreit in dieser Frage sehr ausgeprägt und gerade mit Blick auf die «Ausreizung» des Kompetenzrahmens können Bundesrat und Bundesversammlung hier eine andere Auffassung einnehmen, wie sie dies in der Vergangenheit getan haben (vgl. auch oben Ziff. 25 ff.).

3. Kausalabgaben?

a) Vorzugslast (Beitrag)

- 75 Es bleibt zu prüfen, ob beim Anbau und Handel von Cannabis allenfalls Kosten entstehen, welche als Kausalabgaben überwältzt werden können. Zu denken ist einerseits an Vorzugslasten (vgl. sogleich Ziff. 76 ff.), andererseits an Aufsichtsabgaben (unten Ziff. 79 ff.).
- 76 Aus dem Blickwinkel des Kausalabgabenrechts ist eine Vorzugslast (Beitrag) zu prüfen (vgl. zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2814). Sie ist eine Abgabe, die als Ausgleich jenen Personen auferlegt wird, denen aus einer öffentlichen Einrichtung ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst. Sie muss von der Kostenanlastungs- oder Zwecksteuer abgegrenzt werden.
- 77 Das Bundesgericht hat sich in verschiedenen Urteilen mit Vorzugslasten auseinandergesetzt. So hat es etwa in BGE 124 I 289 ff. festgehalten, es bestünden keine sachlichen Gründe, die Aufwendungen für die Reinigung öffentlicher Strassen durch den Grundeigentümern auferlegte Sonderabgaben zu decken. Ähnlich hat es in

BGE 131 I 313 ff. entschieden, dass eine von den Eigentümern von Grundstücken im näheren Umkreis einer Strassenlampe erhobene Abgabe zur Deckung der Strassenbeleuchtung verfassungswidrig ist; es fehlt an einem relevanten individuellen Sondervorteil. Wörtlich hielt das Bundesgericht fest (BGE 131 I 313 E. 3.3):

«Voraussetzung für die Abgabenerhebung ist dabei ein individueller, dem einzelnen Pflichtigen zurechenbarer, konkreter Sondervorteil; fehlt es dagegen an einem solchen bzw. knüpft die Abgabepflicht bloss an die abstrakte Interessenlage des belasteten Personenkreises an, so stellt die Abgabe keine Vorzugslast, sondern eine – voraussetzungslos erhobene – sog. Kostenanlastungssteuer dar.»

- 78 Diese Formulierung zeigt, dass bei der Prävention für Cannabis ein solcher Sondervorteil nur schwer erkennbar ist. Die Abgabe wäre wohl mindestens teilweise voraussetzungslos erhoben – und damit fiskalisch und ausserhalb des geltenden Kompetenzrahmens des Bundes.

b) Aufsichtsabgaben

- 79 Zu prüfen bleiben Gebühren (vgl. zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2764). Gebühren sind das Entgelt für eine staatliche Tätigkeit.
- 80 Die Gebührenerhebung ist verfassungsrechtlich unproblematisch, soweit sie eine konkrete staatliche Tätigkeit betrifft. Steht beispielsweise der Verkauf von Cannabis unter dem Vorbehalt einer Polizeibewilligung, können die Kosten für die Prüfung der Unterlagen und die Erteilung der Bewilligung dem Gesuchsteller überwältzt werden.
- 81 In jüngerer Vergangenheit hat der Gesetzgeber in verschiedenen Bereichen begonnen, die Gebührenerhebung für vom Staat kontrollierte Bereiche zu pauschalisieren. Verwendet wird der Begriff «Aufsichtsabgabe». Eine solche liegt vor, wenn sie «für dem Einzelnen nicht zuordenbare Allgemeindienstleistungen» erhoben wird (BGer., Urteil 2A.345/2006 vom 24. Oktober 2006, E. 3.2.2; BVGE 2007/43 E. 4.2). Sie verteilt die Kosten der Aufsicht möglichst verursachergerecht auf die Beaufsichtigten und ist im Bereich der BVG- und Stiftungsaufsicht, der Finanzmarktaufsicht oder im Heilmittelrecht zu finden. Das Kostendeckungsprinzip (kein Gewinn) muss eingehalten werden, während beim Äquivalenzprinzip (verhältnismässige Gegenleistung) teilweise von «Gruppenäquivalenz» gesprochen wird (kritisch dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2794). Die Aufsichtsabgaben sind in der Lehre nicht unbestritten (vgl. etwa LOCHER/MÜLLER, Ist die Haushaltabgabe wirklich eine Steuer?, ZBI 123/2022, S. 459 ff., 465 m.w.H.), aber aus unserer Sicht grundsätzlich rechtlich korrekt und vom Bundesgericht akzeptiert (BGE 141 V 509 ff.).
- 82 Eine solche Aufsichtsabgabe hat der Gesetzgeber beispielsweise in Art. 65 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21; vgl. ausführlich dazu SCHMID/UHLMANN, in: Eichenberger/Jaisli/Richli [Hrsg.], Heilmittelgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2022, Art. 65 N 1 ff., insb. N 44 ff. zur Aufsichtsabgabe) eingeführt. Neben den

Verwaltungsgebühren für einzelne Dienstleistungen (Art. 65 Abs. 1 HMG) wird eine Abgabe von maximal 15 Promille des Fabrikabgabepreises erhoben (Art. 65 Abs. 3 HMG, derzeit 8 Promille, Art. 1 Abs. 3 Verordnung über die Aufsichtsabgabe an das Schweizerische Heilmittelinstitut vom 21. September 2018 [Heilmittel-Aufsichtsabgabeverordnung, SR 812.214.6]). Die Aufsichtsabgabe soll die Kosten des Heilmittelinstituts übernehmen, die weder durch Gebühren nach Art. 65 Abs. 1 HMG noch durch Abgeltungen des Bundes gedeckt sind (Art. 65 Abs. 2 HMG). Der Eigenfinanzierungsgrad des Heilmittelinstituts beträgt rund 84 Prozent (Swissmedic Geschäftsbericht 2022, S. 67; abrufbar unter <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/ueber-uns/publikationen/aktueller-geschaeftsbericht.html>). Aus einer rein verfassungsrechtlichen Perspektive wäre ein höherer Kostendeckungsgrad durchaus zulässig; mindestens finden sich keine Hinweise, dass nicht auch eine vollständige Deckung durch Aufsichtsabgaben zulässig wäre. So führt die Botschaft (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG] vom 1. März 1999, BBl 1999 III 3453 ff, 3547) im Zusammenhang mit der Kostendeckung etwa aus, dass diese auch dann noch gewahrt ist, wenn das Institut angemessene Reserven bilden kann.

- 83 Folgt man der Auffassung, dass Aufsichtsabgaben gewisse Allgemeindienstleistungen finanzieren dürfen, ist es aus unserer Sicht zulässig, dass in einer Aufsichtsabgabe für Cannabisanbieter die Kosten der Kontrolle auf die Marktteilnehmer abgewälzt werden. Es ist zu vermuten, dass bei Cannabis die Kosten für eine Markttöffnung und -beobachtung beträchtlich sein werden; es gibt aus unserer Sicht keinen Grund, diese Kosten zu sozialisieren und nicht auf den Markt zu überwälzen. Auch Gesundheitsschutz im Rahmen des Konsumentenschutzes muss in einem gewissen Mass durch die Aufsichtsabgabe finanziert werden können – in den typischen Aufsichtsbereichen wie Banken und Versicherungen werden die Konsumentinnen und Konsumenten auch geschützt, etwa mit direkten Warnungen der Aufsichtsbehörden über zwielichtige Angebote (Warnlisten der FINMA, vgl. <https://www.finma.ch/de/finma-public/warnliste/>; vgl. auch die Warnliste von Swissmedic unter <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/medicrime/news/warnings.html>). Solche Massnahmen schützen den guten Ruf der Branche und dienen dem Markt selbst, da ansonsten kein hinreichendes Vertrauen in die legalen Angebote besteht. Der Markt hat aus unserer Sicht auch ein gemeinsames Interesse an einem verantwortungsbewussten Konsum von Cannabis, da ansonsten das Vertrauen in den legalen Konsum herabgesetzt wird. Aus diesen Gründen scheint es uns unter dem Titel Aufsichtsabgabe möglich, die Kosten für eine angemessene Prävention auf den Markt zu überwälzen. Das scheint uns zielgenauer – und unter dem Kostendeckungsprinzip kontrollierbarer – als wenn einfach ein bestimmter Teil aus der Lenkungsabgabe für die

Prävention reserviert wird. Eine Aufsichtsabgabe steht der Einführung einer (reinen) Lenkungsabgabe nicht entgegen bzw. kann mit dieser kombiniert werden.

84 Bezüglich der Form der Verwendung der Aufsichtsabgabe sehen wir grundsätzlich keine Einschränkungen. Die Bildung eines Fonds ist denkbar. Auch wird es vielleicht praktisch nicht möglich sein, die Präventionsarbeit im Bereich Cannabis von anderen Präventionsarbeiten (Alkohol, Tabak etc.) strikt zu trennen, da Suchtverhalten mutmasslich aus einer ganzheitlichen Perspektive zu betrachten und zu bekämpfen ist. Auch bei Forschungsvorhaben kann es sinnvoll sein, diese nicht allein auf Fragen des Cannabiskonsums zu verengen. In solchen Fällen sind übergreifende Anstrengungen angezeigt, was bedeutet, dass die Suchtprävention über alle Bereiche zusammengelegt werden kann und die Kosten auf die einzelnen Bereiche aufgeschlüsselt werden (Alkohol, Tabak, Cannabis etc.). Solche Berechnungen müssen aber sachlich nachvollziehbar und rechnerisch korrekt sein. Nicht zulässig wäre eine *Quersubventionierung* anderer Präventionsarbeit. Dies würde der Idee einer Aufsichtsabgabe für den Handel mit Cannabis widersprechen.

85 Zusammenfassend kann Frage 7 in der Weise beantwortet werden, dass zwar eine reine Lenkungsabgabe erhoben werden kann, eine Präventionsabgabe aus unserer Sicht verfassungsrechtlich aber nicht gedeckt wäre – wobei einzuräumen ist, dass Bundesrat und Bundesversammlung in dieser Frage weniger streng gewesen sind. Prävention und Jugendschutz lassen sich aber grundsätzlich über eine Aufsichtsabgabe finanzieren. Fondslösungen und ein Zusammengehen mit anderer Präventionsarbeit (sofern rechnerisch nachvollziehbar) sind denkbar.

86 *Frage 8*

Bestehen aus der Sicht des Gutachters weitere relevante verfassungsrechtliche Grenzen, die bei der Regulierung des Cannabismarktes (soweit die Regulierungsüberlegungen dem Gutachter bekannt sind) zu beachten sind?

87 Nein. Einzelne Hinweise finden sich in der Beantwortung der übrigen Fragen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

- 88 Die geltende Bundesverfassung erlaubt dem Bund die *Monopolisierung* des Cannabismarktes (Polizeimonopol). Er kann den Cannabismarkt auch konzessionieren oder (teilweise) dem Markt freigeben. Den Markt kann der Bund regulieren (Bewilligungen, Werbeverbote etc.). Der Massstab für die rechtliche Beurteilung für all diese Massnahmen ist die gesundheitspolizeiliche Rechtfertigung.
- 89 Der Bund darf den Verkauf und Konsum nicht besteuern, kann darauf aber eine Lenkungsabgabe erheben. Die Einnahmen aus der Lenkungsabgabe müssen nach der hier vertretenen Auffassung vollumfänglich an die Bevölkerung zurückfliessen («reine Lenkungsabgabe»). In dieser Frage besteht innerhalb der Lehre aber keine Einigkeit; die Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung ist grosszügiger, so dass eine andere Auffassung vertretbar ist.
- 90 Möglich ist die Erhebung einer Aufsichtsabgabe, womit Kosten von Aufsicht und Prävention im Bereich des Cannabismarktes abgedeckt werden können. Die Einnahmen aus der Aufsichtsabgabe dürfen für übergreifende Suchtprävention verwendet werden, soweit damit keine Quersubventionierung anderer Bereiche einhergeht. Die Aufsichtsabgabe kann mit einer Lenkungsabgabe verbunden werden.

* * *

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Dr. Florian Fleischmann