

Fortgeschrittenenklausur: „CBD – alles entspannt!?“*

Von Wiss. Mitarbeiter **Felix Krämer**, Wiss. Hilfskraft **Thomas Schenk**, Gießen**

Sachverhalt

Die C-GmbH, die ihren Sitz in Gießen hat, und deren Geschäftsführer der A ist, vermarktet unter der Bezeichnung „Cannadampf“ eine elektronische Zigarette, deren Flüssigkeit Cannabidiol („CBD“) enthält. CBD ist ein Molekül, das aus Hanf gewonnen wird, genauer gesagt aus Cannabis sativa L. Hierbei wird die gesamte Hanfpflanze (d.h. Stängel, Deckblätter, Blätter und Blüten) verwendet und durch Zugabe von Kohlendioxid bei hohem Druck und niedriger Temperatur CBD-Öl extrahiert. Obwohl CBD nach dem Verkaufsprospekt von Cannadampf entspannende Eigenschaften besitzt, hat es im Unterschied zu dem ebenfalls aus Hanf gewonnenen Tetrahydrocannabinol („THC“), jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, keine psychotropen (d.h. bewusstseinsverändernden, die menschliche Psyche beeinflussende) Wirkungen.

Im Dezember 2014 führte die C-GmbH eine Informationskampagne zur Einführung von Cannadampf durch. Aufgrund dieser Kampagne ordnete der zuständige Gießener Staatsanwalt Ermittlungen an. Diese ergaben, dass das für Cannadampf verwendete CBD-Öl aus Pflanzen stammte, die in der Tschechischen Republik angebaut wurden, wo auch die Extraktion dieses Öls erfolgte. Die Ermittlungen ergaben ferner, dass auch dort die gesamte Hanfpflanze einschließlich Blättern und Blüten für die Herstellung des CBD-Öls verwendet wurde. Die gesamte Hanfpflanze wird verwertet, da es technisch ausgesprochen schwierig und wirtschaftlich nicht rentabel ist, CBD allein aus Hanffasern und -samen herzustellen. Das Öl wurde dann nach Fertigstellung von der C-GmbH nach Deutschland eingeführt und dort in Patronen für Cannadampf abgepackt.

Mit Urteil vom 8.1.2018 durch das AG Gießen wurde A wegen Verstoßes gegen das Hanfgesundheitsgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten auf Bewährung verurteilt. Das Strafgericht stellte insbesondere fest, dass nach dem Hanfgesundheitsgesetz die Herstellung von Hanföl zur Aufnahme in Cannadampf nur dann „rechtmäßig ist, wenn es allein durch Pressung der Fasern oder Samen erlangt wird“, während „eine rechtswidrige Verwendung der Cannabis-Pflanze zu industriellen und gewerblichen Zwecken bereits dann vorliegt, wenn in das genannte Erzeugnis Blätter, Deckblätter oder Blüten untergemischt werden“. Da für die Herstellung des CBD-Öls, das in Cannadampf eingebracht worden sei, die gesamte Hanfpflanze einschließlich Blättern und

Blüten verwendet worden sei, sei der Straftatbestand erfüllt. A wurde hingegen nicht wegen Vermarktung eines Erzeugnisses, dessen THC-Gehalt über der gesetzlichen und für die internationale Einordnung als Betäubungsmittel maßgeblichen Schwelle von 0,2 % lag, strafrechtlich verfolgt, da eine Sachverständigenanalyse ergeben hatte, dass diese Schwelle nicht erreicht wurde. Einen Verstoß gegen die Binnenmarktfreiheiten der EU-Verträge lehnte das Strafgericht knapp mit der Begründung ab, dass „das Dealen mit Drogen ja wohl kaum den Schutz des freien Warenverkehrs genießen“ könne. Selbst wenn hier Grundfreiheiten betroffen wären, wäre eine Beschränkung durch den Gesundheitsschutz gerechtfertigt, da aus der Gesetzesbegründung des Hanfgesundheitsgesetzes – was zutrifft – hervorgehe, dass man gerade auch für die wissenschaftlich noch nicht gänzlich durchleuchteten Wirkungen von Substanzen „nach dem Vorsorgeprinzip“ vorgehen und diese bis zur endgültigen wissenschaftlichen Klärung verbieten wolle.

A hat gegen das Urteil des AG Gießen Rechtsmittel eingelegt. Er ist der Ansicht, dass aus reiner Vorsorge ein Produkt, bei dem es – was zutrifft – bisher keine wissenschaftlichen Erkenntnisse zu dessen Schädlichkeit gibt und diesbezüglich keine umfassende Risikobewertung durch den Gesetzgeber erfolgt ist, nicht einfach so ins Blaue hinein verboten werden könne.

Der vorsitzende Richter des angerufenen und letztinstanzlich zuständigen Rechtsmittelgerichts (R) stellt sich die Frage, ob §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs vereinbar sind, da darin die Einfuhr eines Erzeugnisses beschränkt wird, das in Deutschland wie in allen anderen Mitgliedstaaten der EU nicht als Suchtstoff und nicht als Betäubungsmittel gilt. Fraglich sei auch, ob das Verbot mit der Verordnung Nr. 1308/2013 vereinbar bzw. sogar durch diese geboten sei.

R bittet Sie zunächst um die rechtliche Begutachtung dieser Fragen und sodann um einen Vorschlag für das weitere prozessuale Vorgehen.

Bearbeitervermerk

Gehen Sie davon aus, dass nach dem hier maßgeblichen „Harmonisierten System zur Bezeichnung und Codierung der Waren“ die Definition für Rohhanf lautet: „Hanf, so wie er ausgeraut wird, auch mit Samen“. Gehen Sie ferner davon aus, dass abgesehen von Art. 189 der EU-Verordnung Nr. 1308/2013 keine sekundärrechtlichen Bestimmungen über die Einfuhr von Erzeugnissen der Hanfpflanze bestehen.

Art. 189 der EU-Verordnung Nr. 1308/2013

(1) Folgende Erzeugnisse dürfen in die Union nur eingeführt werden, wenn die nachstehenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Rohhanf nur, wenn der Tetrahydrocannabinolgehalt der verwendeten Sorten nicht mehr als 0,2 % beträgt
[...]

* Angelehnt an die Schlussanträge des Generalanwalts *Tanchev*, EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, welchen der EuGH in seinem Urteil vom 19.11.2020 im Wesentlichen gefolgt ist. Dieses Verfahren war Besprechungsfall in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene an der JLU-Gießen im Wintersemester 2020/2021.

** Die Autoren sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Bettina Schöndorf-Haubold an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

(Fiktives) Hanfgesundheitsgesetz

§ 25

(1) Verboten sind die Erzeugung, die Herstellung, der Transport, die Einfuhr, die Ausfuhr, der Besitz, das Angebot, die Veräußerung, der Erwerb oder der Gebrauch

1. von Cannabis, seiner Pflanze oder Wurzel, von Erzeugnissen, die dies enthalten oder die aus Cannabis, seiner Pflanze oder Wurzel gewonnen werden,

2. von Tetrahydrocannabinol, seiner Ester, Ether, Salze und von Salzen der genannten Derivate und Erzeugnisse, die diese enthalten.

(2) Der Anbau, die Einfuhr, die Ausfuhr und die industrielle und gewerbliche Nutzung von Fasern und Samen von Cannabis sativa L.-Sorten bzw. deren Erzeugnisse sind zulässig, wenn der THC-Gehalt nicht höher als 0,2 % ist.

§ 26

Wer gegen § 25 Absatz 1 verstößt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Lösungsvorschlag

A. Verstoß gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit

Fraglich ist, ob die §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs in der EU, das heißt gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV, verstoßen.

I. Unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit

Damit ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegen kann, müssten zunächst die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit unmittelbar anwendbar sein.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit von Grundfreiheiten

Grundsätzlich sind die Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar.¹ Dies hat zur Folge, dass der Einzelne sich auf sie berufen und entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht nicht angewandt werden kann.²

2. Keine abschließende Harmonisierung

Die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit könnte jedoch durch eine abschließende Harmonisierung ausgeschlossen sein. Ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten ist nur insoweit zulässig, als durch den Unionsgesetzgeber nicht einheitliche Standards zur Rechtsangleichung durch Verordnungen und Richtlinien getroffen wurden.³ Insoweit gilt der Vorrang der „positiven Integration“ durch sekundärrechtliche Harmonisie-

rung.⁴ Die Grundfreiheiten wären also dann nicht unmittelbar anwendbar, wenn sekundärrechtliche Spezialvorschriften den Rückgriff auf die Grundfreiheiten ausschließen.

In Betracht kommt eine abschließende Regelung durch die EU-Verordnung Nr. 1308/2013. Damit für den vorliegenden Sachverhalt eine abschließende Regelung besteht, müsste die Verordnung auf das CBD-Öl Anwendung finden. Gem. Art. 189 Abs. 1 lit. a EU-Verordnung Nr. 1308/2013 wird von der Regelung allerdings nur Rohhanf erfasst. Das „CBD-Öl, um das es in der vorliegenden Rechtssache geht, wird aus der Hanfpflanze durch Zugabe von Kohlendioxid bei hohem Druck und niedriger Temperatur gewonnen. Es kann somit nicht als Rohhanf angesehen werden, da dieser als „Hanf „wie er ausgeraut wird“ definiert ist.“⁵ Die Verordnung findet schon aus diesem Grund keine Anwendung auf CBD-Öl. Zudem wird in der Verordnung lediglich die Einfuhr in die EU aus einem Drittland geregelt.⁶ Der Hanf wird aus der Tschechischen Republik, also aus einem anderen Mitgliedstaat, eingeführt. Somit erfolgt die Einfuhr nicht aus einem Drittland in die Union. Damit ist der vorliegende Sachverhalt auch aus diesem Grund nicht von der Regelung des Art. 189 EU-Verordnung Nr. 1308/2013 erfasst. Es liegt keine abschließende Harmonisierung durch Sekundärrecht vor. Folglich sind die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit anwendbar.

II. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit müsste eröffnet sein. Die Warenverkehrsfreiheit umfasst nach Art. 28 Abs. 2 AEUV sämtliche aus den Mitgliedstaaten stammende Waren sowie diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden. Ein „persönlicher Schutzbereich“ der Warenverkehrsfreiheit besteht insoweit nicht.⁷

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Dazu müsste es sich bei dem CBD-Öl um eine „Ware“ handeln. Unter „Ware“ in diesem Sinne ist jeder körperliche Gegenstand, der einen Marktwert hat und Gegenstand eines Handels-

⁴ Vgl. dazu m.w.N.: *Sauer*, JuS 2017, 310 (312).

⁵ EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 35.

⁶ EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 49: „Was die Verordnung Nr. 1308/2013 betrifft, so untersagt Art. 189 Abs. 1 dieser Verordnung, den das vorlegende Gericht ebenfalls heranzieht, zwar die Einfuhr von Rohhanf, sofern sein THC-Gehalt mehr als 0,2 % beträgt. Es handelt sich jedoch um die Einfuhr von Hanf aus einem Drittland „in die Union“, nicht aber um die Einfuhr von Hanf aus einem anderen Mitgliedstaat. Art. 189 der Verordnung Nr. 1308/2013 gehört überdies zu deren Teil III („Handel mit Drittländern“), nicht aber zu Teil II („Binnenmarkt“).“.

⁷ *Leible/Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: August 2020, AEUV Art. 34 Rn. 31; kritisch: *Kingreen* (Fn. 3), AEUV Art. 36 Rn. 33.

¹ EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62 (Van Gend & Loos).

² EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6/64 (Costa/E.N.E.L.), insb. Rn. 48 f.

³ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 863; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 18.

geschäfts sein kann, zu verstehen.⁸ Fraglich ist, ob CBD-Öl demnach als Ware eingestuft werden kann. Nach Ansicht des EuGH wird der nicht legale Handel mit Betäubungsmitteln nicht von der Warenverkehrsfreiheit erfasst.⁹ Eine Einstufung des CBD-Öls als Ware wäre also problematisch, wenn es sich hierbei um ein verbotenes Betäubungsmittel handelt.

Konkret wurde vom Generalanwalt im vorliegenden Fall vorgebracht:¹⁰ „[...] [D]a die Schädlichkeit von Betäubungsmitteln allgemein anerkannt ist, [ist]¹¹ ihr Inverkehrbringen in allen Mitgliedstaaten verboten; lediglich ein streng überwachter Handel, der der Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke dient, ist davon ausgenommen.¹² Betäubungsmitteln, die, wie das in den niederländischen Coffeeshops verkaufte Cannabis, außerhalb des von den zuständigen Stellen streng überwachten Handels zur Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke vertrieben werden, kommt der freie Warenverkehr daher nicht zugute.¹³ Demgegenüber fallen Betäubungsmittel, die, wie Diacetylmorphin – ein Opiumderivat, das im Rahmen ärztlicher Behandlungen als schmerzlinderndes Mittel verwendet wird –, einem solchen streng überwachten Handel unterliegen, unter den freien Warenverkehr.“¹⁴

CBD-Öl ist weder in Deutschland noch in den übrigen Mitgliedstaaten als Suchtstoff oder Betäubungsmittel eingestuft. Zudem überschreitet es mit weniger als 0,2 % THC-Gehalt auch nicht die international anerkannte Grenze für ein Betäubungsmittel.¹⁵ Das CBD-Öl stellt daher eine Ware i.S.d. Art. 28 ff. AEUV dar.

Es müsste zudem ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen.¹⁶ Das CBD-Öl wird von der Tschechischen Republik nach Deutschland eingeführt. Ein innerunionaler grenzüberschreitender Bezug liegt somit ebenfalls vor. Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist damit eröffnet.

Hinweis: Auch ohne Kenntnis der Rechtsprechung wäre aufgrund der im Sachverhalt enthaltenen Hinweise die Frage zu diskutieren, ob die Warenverkehrsfreiheit auch den Handel mit illegalen Gütern erfasst. Es ist wohl am ehesten das in der Rechtsprechung des EuGH gefundene Ergebnis vertretbar, auch unter Verweis darauf, dass illegale Güter kein Gegenstand eines „Handelsgeschäfts“ im Sinne der oben genannten Definition sein können.¹⁷

III. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

Es müsste eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vorliegen.

1. Grundsätzlich: Vorliegen einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

Die fragliche staatliche Maßnahme besteht in der Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz. § 25 Abs. 1 Nr. 1 Hanfgesundheitsgesetz verbietet unter anderem die Einfuhr von Cannabis, seiner Pflanze oder Wurzel, von Erzeugnissen, die dies enthalten oder die aus Cannabis, seiner Pflanze oder Wurzel gewonnen werden. § 26 Hanfgesundheitsgesetz stellt einen diesbezüglichen Verstoß unter Strafe. Das CBD-Öl wird aus der Hanfpflanze hergestellt und fällt damit unter den Verbotstatbestand des § 25 Abs. 1 Nr. 1 Hanfgesundheitsgesetz. Es könnte zwar eine Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Hanfgesundheitsgesetz bestehen. Da das CBD-Öl einen THC-Gehalt von 0,2 % nicht überschreitet, es jedoch nicht lediglich aus den Fasern und Samen, sondern aus der gesamten Pflanze hergestellt wird, liegt eine Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Hanfgesundheitsgesetz nicht vor. Damit besteht durch die Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz eine einschränkende staatliche Maßnahme.

Gemäß Art. 34 AEUV müsste durch die Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegen. Eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung besteht durch die Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz nicht. Es könnte jedoch eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegen. Als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen i.S.d. Art. 34 AEUV ist nach der Dassonville-Formel jede Maßnahme eines Mitgliedstaats anzusehen, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.¹⁸ Es ist technisch ausgesprochen schwierig und wirtschaftlich nicht rentabel, CBD allein aus Hanffasern und -samen herzustellen. Aus diesem Grund machen die §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz die Einfuhr von CBD-Öl nach Deutschland jedenfalls faktisch unmöglich. Somit liegt eine

⁸ EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – C-7/68 (Kunstschatze) = Slg. 1968, 635 (642).

⁹ EuGH, Urt. v. 16.12.2010 – C-137/09 (Josemans), Rn. 41: „[...] folgt, dass Betäubungsmittel außerhalb des von den zuständigen Stellen streng überwachten Handels zur Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke bereits ihrem Wesen nach unter ein Einfuhr- und Verkehrsverbot fallen“.

¹⁰ EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 68.

¹¹ Eingefügt durch *Verf.*

¹² Bezug zu EuGH, Urt. v. 16.12.2010 – C-137/09 (Josemans), Rn. 36.

¹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.2010 – C-137/09 (Josemans), Rn. 31, 42 und 54.

¹⁴ Bezug zu EuGH, Urt. v. 28.3.1995 – C-324/93 (Evans Medical und Macfarlan Smith), Rn. 20.

¹⁵ EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 75 mit Verweis auf ein Schreiben des Generalsekretärs der Weltgesundheitsorganisation an den Generalsekretär der Vereinten Nationen vom 24.1.2019.

¹⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 3), Rn. 908.

¹⁷ Kritisch zur Rechtsprechung des EuGH: *Leible/Strein* (Fn. 7), AEUV Art. 34 Rn. 29; *Purnhagen*, EuZW 2011, 224 ff.; *Schröder*, JZ 2011, 629 ff.

¹⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74 (Dassonville), Rn. 5; EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-333/14 (Scotch Whisky Association u.a.), Rn. 31; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 3), Rn. 917.

Maßnahme gleicher Wirkung vor.¹⁹ Damit besteht nach der Dassonville-Formel eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.

2. Ausnahmen bei Maßnahmen gleicher Wirkung nach der Keck-Rechtsprechung?

Die Dassonville-Formel könnte jedoch nach der Keck-Rechtsprechung einzuschränken sein. Nach der Keck-Rechtsprechung ist jedenfalls für die Warenverkehrsfreiheit „entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville [...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“²⁰ § 25 Abs. 1 Nr. 1 Hanfgesundheitsgesetz verbietet die Einfuhr der Ware. Es ist also schon der Zugang zum Markt betroffen. Es besteht damit keine Ausnahme nach der Keck-Rechtsprechung des EuGH. Folglich stellt die Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar.

IV. Rechtfertigung der Beschränkung

Fraglich ist, ob die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden kann.

1. Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit?

Als Möglichkeit zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit bestehen sowohl geschriebene als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Nach den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV sind Einfuhrverbote als Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen gemäß Art. 36 S. 2 AEUV jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV besteht eine Ausweitung der Rechtfertigungsmöglichkeit auf „ungeschriebene Rechtfertigungsgründe“ für Maßnahmen nach Art. 34 f. AEUV durch die sog. Cassis-

Rechtsprechung: „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“²¹

Hinweis: Die Cassis-Rechtsprechung ist eindeutig anwendbar für nichtdiskriminierende und nicht anwendbar für unmittelbar diskriminierende Maßnahmen; umstritten ist die Anwendbarkeit hinsichtlich mittelbar diskriminierender Maßnahmen.²²

2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Es könnte ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV vorliegen. Das Einfuhrverbot der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz erfolgt aus Gründen des Gesundheitsschutzes. Der Gesundheitsschutz ist grundsätzlich ein tauglicher geschriebener Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV. Das in den §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz enthaltene Verbot ist auch weder mittelbar noch unmittelbar diskriminierend i.S.d. Art. 36 S. 2 AEUV. Damit liegt ein Rechtfertigungsgrund vor.

Hinweis: Ergänzend könnte an dieser Stelle auch der Verbraucherschutz²³ herangezogen werden. Da der Gesundheitsschutz bereits einen geschriebenen Rechtfertigungsgrund darstellt, sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der Cassis-Formel jedoch insoweit nicht relevant.

Somit stellt sich die Frage, ob das Einfuhrverbot der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz verhältnismäßig ist. Es „lässt sich eine Regelung, die eine durch den Vertrag gewährleistete Grundfreiheit wie den freien Warenverkehr beschränken kann, nur dann mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen i.S.v. Art. 36 EUV rechtfertigen, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“²⁴

a) Legitimes Ziel

Es müsste für die Regelung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz ein legitimes Ziel bestehen. Ein legitimes Ziel besteht

¹⁹ Vgl. EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 50.

²⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 (Keck und Mithouard), Rn. 16; dazu auch *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 3), Rn. 922.

²¹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Cassis-de-Dijon), Rn. 8.

²² Nachweise bei: *Sauer*, JuS 2017, 310 (313).

²³ Zum Verbraucherschutz allgemein *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 36 ff.

²⁴ So EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 78 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 8.6.2017 – C-296/15 (Medisanus), Rn. 82 und 83, EuGH, Urt. v. 3.7.2019 – C-387/18 (Delfarma), Rn. 29 und EuGH, Urt. v. 18.9.2019 – C-222/18 (VIPA), Rn. 67, 69 und 71.

unter anderem bei dem Schutz der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsgründe.²⁵ Die Regelung ist auf den Gesundheitsschutz als geschriebenen Rechtfertigungsgrund gerichtet. Damit liegt ein legitimes Ziel vor.

b) Geeignetheit

Das in den §§ 25 f. Hanfgesundheitsschutzgesetz enthaltene Verbot müsste zum Gesundheitsschutz geeignet sein. Ausreichend ist dafür, dass durch die staatlichen Maßnahmen das Erreichen des legitimen Ziels zumindest gefördert wird.²⁶

aa) Gesundheitsschutz

Die Regelungen könnten dem Gesundheitsschutz dienen. Gesundheitsschädigende Auswirkungen in Form von psychotropen Wirkungen von CBD sind nach derzeitigem wissenschaftlichem Stand nicht erwiesen. Damit kann nicht von einer Gesundheitsgefahr ausgegangen werden. Ein Verbot ist insoweit nicht zum Schutz der Gesundheit geeignet.

bb) Vorsorgeprinzip

Fraglich ist jedoch, ob vorsorglich ein Einfuhrverbot erlassen werden kann, um gegebenenfalls Gesundheitsgefahren, die noch nicht erforscht sind, abzuwehren. Für etwaige, noch nicht erforschte Gesundheitsgefahren wäre das Einfuhrverbot von CBD grundsätzlich geeignet, da so diese etwaigen Gesundheitsgefahren verhindert werden könnten.

c) Erforderlichkeit

Ein solches vorsorgliches Verbot müsste auch erforderlich sein. Es dürfte also keine andere Maßnahme ersichtlich sein, durch die das legitime Ziel ebenso gefördert werden kann und durch die der Handel geringfügiger beschränkt wird.²⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH „kann ein Mitgliedstaat angesichts einer wissenschaftlichen Unsicherheit in Bezug auf das Bestehen oder die Reichweite tatsächlicher Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung nach dem Vorsorgeprinzip Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargetan sind. Eine korrekte Anwendung des Vorsorgeprinzips erfordert erstens die Bestimmung der möglicherweise negativen Auswirkungen der betreffenden Stoffe oder Lebensmittel auf die Gesundheit und zweitens eine umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung.“²⁸

Hinweis: Eine Kenntnis dieser Problematik kann nicht erwartet werden. Jedoch ist durch die Sachverhaltshinweise jedenfalls die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls

unter welchen Voraussetzungen ein rein vorsorgliches Verbot erlassen werden darf.

Hier sprechen nach dem Sachverhalt sämtliche wissenschaftliche Erkenntnisse gegen eine Gesundheitsgefährdung durch CBD. Zudem wurde keine umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos vorgenommen. Dies spricht dafür, dass ein Einfuhrverbot von CBD auch unter Beachtung des Vorsorgeprinzips nicht als erforderliches Mittel angesehen werden kann. Eine Rechtfertigung unter Beachtung des Vorsorgeprinzips scheidet somit ebenfalls aus.²⁹

V. Ergebnis

Die durch die §§ 25 f. Hanfgesundheitsschutzgesetz erfolgende Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 34 AEUV ist nicht gem. Art. 36 AEUV gerechtfertigt. Art. 34 und 36 AEUV verwehren es damit einem Mitgliedstaat, die Einfuhr von CBD-Öl aus einem anderen Mitgliedstaat zu untersagen, wenn dieses Öl aus der gesamten Hanfpflanze und nicht allein aus ihren Fasern und Samen gewonnen wird.³⁰ Folglich verstoßen die §§ 25 f. Hanfgesundheitsschutzgesetz gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV.

B. Prozessuales Vorgehen

Es stellt sich die Frage, wie R prozessual vorgehen sollte. In Betracht kommt hier die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV. Fraglich ist, ob ein solches Vorabentscheidungsverfahren zulässig ist.

I. Vorlageberechtigung

R müsste zur Vorlage berechtigt sein. Gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV ist jedes „Gericht eines Mitgliedstaats“ zur Vorlage berechtigt. Dieser Gerichtsbegriff ist unionsrechtlich zu bestimmen und umfasst alle unabhängigen Organe, die in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten mit Rechtskraftwirkung verbindlich entscheiden können.³¹ Das Rechtsmittelgericht erfüllt diese Voraussetzungen. Grundsätzlich sieht Art. 267 Abs. 2 AEUV ein Vorlageermessen vor. Gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV muss eine Vorlage erfolgen, wenn die Entscheidung des Gerichts nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann.³² Als letztinstanzliches Gericht ist das Rechtsmittelgericht hier somit gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet.

²⁹ Die Einordnung der Prüfung des Vorsorgeprinzips im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung auf Erforderlichkeitsebene ist im Originalfall so nicht eindeutig vorgegeben, scheint jedoch an dieser Stelle am sinnvollsten. Denkbar wäre auch eine Prüfung bereits auf der Ebene der Geeignetheit.

³⁰ So das Ergebnis des Generalanwalts EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 86.2.

³¹ Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 701.

³² Zur umstrittenen Frage, ob die Einordnung eines Gerichts als letztinstanzlich aufgrund einer konkreten oder einer abstrakten Betrachtungsweise erfolgen sollte: Streinz (Fn. 31), Rn. 709; Wegener, in: Callies/Ruffert (Fn. 3), AEUV Art. 267 Rn. 28 m.w.N.

²⁵ Kingreen (Fn. 3), AEUV Art. 36 Rn. 90.

²⁶ Kingreen (Fn. 3), AEUV Art. 36 Rn. 92.

²⁷ Kingreen (Fn. 3), AEUV Art. 36 Rn. 93.

²⁸ EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 14.5.2020 – C-663/18, Rn. 82 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 28.1.2010 – C-333/08 (Kommission/Frankreich), Rn. 91, 92 und EuGH, Urt. v. 19.1.2017 – C-282/15 (Queisser Pharma), Rn. 56, 60.

Diese Vorlagepflicht entfällt auch nicht, da das Auslegungsergebnis (auch nach dem oben unter A. dargestellten) nicht offensichtlich ist (*acte clair*)³³ und auch nicht durch den EuGH bereits in der Vergangenheit entschieden wurde (*acte éclairé*)³⁴.³⁵

Hinweis: R ist insbesondere auch deshalb zur Vorlage zu raten, da ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht einen Entzug des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellen kann.³⁶ Eine Alternative wäre im vorliegenden Sachverhalt die Nichtanwendung der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz wegen Unionsrechtswidrigkeit.

II. Taugliche Vorlagefrage

R müsste dem EuGH eine taugliche Vorlagefrage vorlegen. Nach dem hier einzig in Betracht kommenden Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV muss sich die Vorlagefrage auf die Auslegung der Verträge beziehen. Eine uneindeutig formulierte Vorlagefrage legt der EuGH gegebenenfalls jedoch auch aus.³⁷ Es wäre beispielsweise folgende Vorlagefrage möglich: „Sind die EU-Verordnungen [...] Nr. 1308/2013 sowie Art. 34, 36 AEUV dahin auszulegen, dass sie nationalen Regelungen wie denjenigen, die mit §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz eingeführt worden sind, entgegenstehen, weil diese eine mit dem Unionsrecht unvereinbare Beschränkung vorsehen, indem sie den Anbau von Hanf, seine industrielle Nut-

zung und seine Vermarktung allein auf Fasern und Samen beschränken?“

III. Entscheidungserheblichkeit

Die Beantwortung der Vorlagefrage müsste für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV entscheidungserheblich sein. Es besteht dabei ein Einschätzungsspielraum des vorlegenden Gerichts.³⁸ Da die Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Hanfgesundheitsgesetz nicht greift,³⁹ hängt die Aufrechterhaltung des Urteils des AG Gießen von der Anwendbarkeit der §§ 25 f. Hanfgesundheitsgesetz ab. Folglich ist die Rechtsfrage für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts auch entscheidungserheblich.

IV. Form und Frist

Eine Frist existiert im Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV nicht. Die Vorlage ist schriftlich einzureichen. Die inhaltlichen Erfordernisse ergeben sich aus Art. 94 EuGH-VerfO.

V. Ergebnis

In prozessualer Hinsicht wäre R die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV zu raten.

³³ EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81 (CILFIT), Rn. 16.

³⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81 (CILFIT), Rn. 14.

³⁵ Zu den Ausnahmen *Ehricke*, in: Streinz (Fn. 23), AEUV Art. 267 Rn. 47; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 3), Rn. 592.

³⁶ Vgl. dazu: *Britz*, NJW 2012, 1313 ff.

³⁷ So auch im vorliegenden Originalfall. Das französische Gericht hatte gefragt: „Sind die Verordnungen [...] Nr. 1308/2013 sowie der Grundsatz des freien Warenverkehrs dahin auszulegen, dass die mit der Verordnung vom 22. August 1990 [hier: das „Hanfgesundheitsgesetz“] eingeführten Ausnahmebestimmungen eine mit dem Unionsrecht unvereinbare Beschränkung vorsehen, indem sie den Anbau von Hanf, seine industrielle Nutzung und seine Vermarktung allein auf Fasern und Samen beschränken?“ Daraufhin hat der Generalanwalt ausgeführt: „die Bezugnahme des vorlegenden Gerichts auf den ‚Grundsatz des freien Warenverkehrs‘, [ist] [...] als eine Bezugnahme auf die Art. 34 und 36 AEUV über die mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und die Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen Mitgliedstaaten zu verstehen. Ohne Belang ist es, dass sich das vorlegende Gericht in der Begründung des Vorlageurteils auf die Art. 28, 29, 30 und 32 AEUV bezieht. Diese Artikel betreffen das Verbot, zwischen den Mitgliedstaaten Ein- und Ausfuhrzölle und Abgaben gleicher Wirkung zu erheben. Die Verordnung vom 22.8.1990 beschränkt zwar u. a. die Einfuhr von Hanf auf bestimmte Teile der Pflanze, enthält jedoch keine Bestimmung über Zölle oder Abgaben gleicher Wirkung. Die Vereinbarkeit einer Maßnahme wie der des Ausgangsverfahrens mit dem vom vorlegenden Gericht angeführten ‚Grundsatz des freien Warenverkehrs‘ ist somit allein anhand der Art. 34 und 36 AEUV zu beurteilen.“

³⁸ *Ehricke* (Fn. 35), AEUV Art. 267 Rn. 36.

³⁹ Dazu schon oben, A. III. 1.