

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Reformen des Zivilprozessrechts?

- > Problemfelder, Denkanstöße, Lösungen
- > Von Fast-Track-Verfahren bis hin zu neuen Sammelklagen

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



Hass im Netz: Zivilrecht
und E-Commerce

Corona: Zum Impfstatus
im Arbeitsverhältnis

Kein Rausch: CBD und
die Warenverkehrsfreiheit

EKEG in der Praxis:
Bilanzieller und tatsächlicher
Reorganisationsbedarf

Replik: Kartellrecht und
Arbeitsgemeinschaften

Forschungsprämie:
Digitalisierung und
Industrie 4.0



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Berauschend unberauschend: CBD fällt unter die EU- Warenverkehrsfreiheit

BEITRAG. Kosmetika, Lebensmittel und Medikamente mit Cannabidiol (CBD) – einem nicht psychoaktiv wirkenden Inhaltsstoff der Hanfpflanze – sind in den vergangenen Jahren zunehmend beliebter geworden. Die Rechtslage idZ ist jedoch weitgehend unklar. Der EuGH hat nunmehr eine wesentliche Rechtsfrage geklärt: CBD ist kein Suchtmittel und fällt unter die Warenverkehrsfreiheit nach Art 34 AEUV. Ferner beurteilte der EuGH ein französisches Vermarktungsverbot für CBD-haltige E-Zigaretten als unionsrechtswidrig. Damit hat der EuGH der rechtssicheren Vermarktung von CBD-Produkten in der EU zumindest teilweise den Weg geebnet. **ecolex 2021/197**



Dr. **Thomas Talos**, LL.M. (Virginia), ist Partner bei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH.
Mag. **Stephan Strass**, LL.M. (Harvard), ist Rechtsanwalt bei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH.

A. Einleitung

Im Oktober 2020 hatte die EU-Kommission verlautbart, das aus den Blüten- und Fruchtständen der Hanfpflanze (*Cannabis sativa*) gewonnene Cannabidiol (CBD) sei Betäubungsmittel und kein Lebensmittel. Der EuGH ist dieser Rechtsansicht in seiner E v 19. 11. 2020, C-663/18, *BS und CA*, entgegengetreten und hat ein französisches Vermarktungsverbot für CBD, das in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt wurde, als unionsrechtswidrig beurteilt. Dieser Beitrag gibt einen kurzen Überblick über die E des EuGH (Pkt B) und beleuchtet deren Auswirkungen (Pkt C).

B. EuGH: CBD-Vermarktungsverbot verletzt Warenverkehrsfreiheit

1. Ausgangsverfahren

Anlass der E war ein Urteil des Strafgerichts Marseille. Der Vertrieb der E-Zigarette *KanaVape*, deren Flüssigkeit CBD enthält, verstieß nach Ansicht des Gerichts gegen französisches Recht. Dieses erlaube lediglich die industrielle Nutzung und Vermarktung von Samen und Fasern der Hanfpflanze – das aus der Tschechischen Republik stammende CBD in *KanaVape* wurde jedoch aus der gesamten *Cannabis sativa*-Pflanze gewonnen.¹⁾

Der EuGH hatte sich daher mit der Frage zu befassen, ob ein Mitgliedstaat die Vermarktung von in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestelltem CBD verbieten darf, wenn es aus der gesamten Cannabis-Pflanze und nicht nur aus ihren Fasern und Samen gewonnen wird.²⁾

2. CBD ist kein Suchtstoff

Unter Hinweis auf das Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe³⁾ (*Einheits-Übereinkommen*) hielt der EuGH in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rsp⁴⁾ fest, dass die Verwendung von Suchtstoffen nur zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken zulässig sei.⁵⁾ Bei einer Vermarktung zu anderen Zwecken scheidet eine Berufung auf die EU-Grundfreiheiten aus.⁶⁾

Die Suchtstoffdefinition des Einheits-Übereinkommens erfasst neben Cannabis ua auch Cannabisextrakte.⁷⁾ Unter „Cannabis“ versteht das Einheits-Übereinkommen die „(...) Blüten- oder Fruchtstände der Cannabispflanze, denen das Harz nicht

entzogen worden ist“ (davon ausgenommen sind lediglich die nicht mit solchen Ständen vermengten Samen und Blätter).⁸⁾ Eine reine Wortinterpretation könne daher zu dem Ergebnis führen, dass CBD – soweit es aus einer Cannabis-Pflanze gewonnen wird, die in ihrer Gesamtheit (einschließlich ihrer Blüten- oder Fruchtstände) verwendet wird – als Cannabisextrakt iSd Art 1 Abs 1 lit j iVm Anh I des Einheits-Übereinkommens zu qualifizieren sei.⁹⁾

Nach dem EuGH sei das Einheits-Übereinkommen jedoch auch teleologisch – unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels des Gesundheitsschutzes – auszulegen.¹⁰⁾ IdZ sei nicht ersichtlich, dass CBD auf der Grundlage der verfügbaren wissenschaftlichen Daten psychotrope Wirkungen oder sonstige schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit habe.¹¹⁾ Eine Einbeziehung von CBD in die Suchtstoffdefinition des Einheits-Übereinkommens würde dessen Ziel und Grundgedanken widersprechen – folglich sei CBD kein Suchtstoff iSd Einheits-Übereinkommens.¹²⁾

3. Verletzung der Warenverkehrsfreiheit

Daraus folgt, dass die Warenverkehrsfreiheit gem Art 34 AEUV auch auf CBD anwendbar ist. Das ggst Vermarktungsverbot sei nach Ansicht des EuGH „unstreitig“ als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung iSv Art 34 AEUV und damit grundsätzlich als Verletzung der Warenverkehrsfreiheit zu qualifizieren.¹³⁾

¹⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 28ff.

²⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 44f.

³⁾ Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll von 1972 geänderten Fassung, Vereinte Nationen, Verträge Band 978, Nr 14152.

⁴⁾ EuGH 16. 12. 2010, C-137/09, *Josemans*, Rn 36ff.

⁵⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 59ff.

⁶⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 62; 16. 12. 2010, C-137/09, *Josemans*, Rn 41.

⁷⁾ Vgl Art 1 Abs 1 lit j iVm Anh I des Einheits-Übereinkommen.

⁸⁾ Vgl Art 1 Abs 1 lit b und c des Einheits-Übereinkommen.

⁹⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 71.

¹⁰⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 73f; 10. 1. 2006, C-344/04, *IATA und ELFAA*, Rn 40.

¹¹⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 72.

¹²⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 75f.

¹³⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 82.

Ein solches Verbot könne nur gerechtfertigt sein, wenn es „(...) geeignet ist, die Erreichung des Ziels des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“. ¹⁴⁾ Wenngleich eine derartige Rechtfertigung vom zuständigen nationalen Gericht zu beurteilen sei, bezweifelt der EuGH deren Erfolgsaussichten im vorliegenden Fall sowohl mit Blick auf die Eignung als auch die Erforderlichkeit des Vermarktungsverbots: Zum einen lege der Umstand, dass das Vermarktungsverbot nur für natürliches, nicht jedoch auch für synthetisches CBD gilt (welches jedoch vergleichbare Eigenschaften aufweist), nahe, dass die betr Regel nicht geeignet ist, das vorgebrachte Ziel „(...) in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. ¹⁵⁾ Zum anderen dürfe „(...) die geltend gemachte tatsächliche Gefahr für die öffentliche Gesundheit nicht auf rein hypothetischen Erwägungen beruhen“ ¹⁶⁾ – die dem EuGH vorliegenden wissenschaftlichen Daten ließen jedoch keinerlei Schlüsse auf psychotrope Wirkungen oder sonstige schädliche Auswirkungen von CBD auf die menschliche Gesundheit zu. ¹⁷⁾

C. Folgen für die CBD-Branche

Die E des EuGH, CBD nicht als Suchtstoff zu qualifizieren, kommt wenig überraschend. So war bereits GA Tachev in seinen SA mit nahezu identer Begründung zum gleichen Ergebnis gelangt; ¹⁸⁾ ferner hatte die WHO bereits im Jänner 2019 empfohlen, klarzustellen, dass CBD-Präparate mit einem Tetrahydrocannabinol-Gehalt (THC) unter 0,2% nicht unter das Einheits-Übereinkommen fallen. ¹⁹⁾ Darüber hinaus entspricht dieses Ergebnis – soweit ersichtlich – durchgängig der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten, wonach CBD (als Reinsubstanz) idR nicht unter die relevanten nationalen suchtmittelrechtlichen (Straf-)Bestimmungen fällt. ²⁰⁾

Nichtsdestotrotz zieht die E – zumindest auf rechtlicher Ebene – wesentliche Folgen nach sich, die im Folgenden kurz beleuchtet werden.

1. Unionsrechtliche Grenzen für CBD-Verkehrsbeschränkungen

Wenngleich CBD nicht als Suchtstoff zu qualifizieren ist, wird seine Verwendung in (mitgliedstaatlichen) Produktvorschriften beschränkt und zT sogar gänzlich ausgeschlossen. Die vorl E gibt zum einen Aufschlüsse darüber, wann eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit in Bezug auf CBD-Produkte vorliegt. Zum anderen erteilt der EuGH klare Anweisungen, unter welchen Voraussetzungen eine solche gerechtfertigt sein kann.

a) Zum Vorliegen eines Eingriffs in Art 34 AEUV

Der EuGH stellt klar, dass die in stRsp seit *Dassonville* und *Cassis-de-Dijon* aufgestellten Grundsätze auch auf CBD-bezogene (Handels-)Beschränkungen Anwendung finden:

- Demnach verstoßen auch bloß mittelbare oder potenzielle Beeinträchtigungen des CBD-Handels innerhalb der EU gegen Art 34 AEUV ²¹⁾ – das Ausmaß einer Beeinträchtigung für den jeweiligen Vermarkter von CBD-Präparaten ist insoweit unbeachtlich.
- Ferner ist irrelevant, ob die betr Norm zwischen nationalen CBD-Produkten und solchen aus anderen Mitgliedstaaten unterscheidet (Diskriminierung) oder nicht ²²⁾ – aus der Warenverkehrsfreiheit resultiert ein generelles Beschränkungsverbot.

b) Zur Rechtfertigung

Eine CBD-Vermarktungsbeschränkung kann durch einen der in Art 36 AEUV genannten Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein – etwa zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. ²³⁾ IdZ fordert der EuGH jedoch (ua) die Erfüllung folgender Voraussetzungen:

- **Umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos:** Der EuGH fordert vom jeweiligen Mitgliedstaat die Vornahme einer umfassenden Risikobewertung: Der Mitgliedstaat müsse zum einen die negativen Auswirkungen des betr CBD-Erzeugnisses auf die Gesundheit bestimmen, zum anderen das Gesundheitsrisiko auf Grundlage der internationalen wissenschaftlichen Forschungsergebnisse umfassend bewerten. ²⁴⁾ IdZ verlangt der EuGH, dass „(...) die geltend gemachte tatsächliche Gefahr für die öffentliche Gesundheit nicht auf rein hypothetischen Erwägungen beruht“. ²⁵⁾ Dies gilt selbst dann, wenn in Bezug auf die Risikobewertung erhebliche wissenschaftliche und praktische Unsicherheit bestehen sollte. Mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind dabei die Wahrscheinlichkeit der schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit sowie deren Schwere zu prüfen: Ein gänzlich Vermarktungsverbot für CBD-Produkte ist demnach nur im Falle einer hohen Wahrscheinlichkeit besonders schädlicher Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit denkbar – im Lichte der dzt wissenschaftlichen Erkenntnisse ist ein solches uE wohl nicht rechtfertigbar.
- **Wahrung des Kohärenzgebots:** Eine beschränkende Maßnahme muss ferner tatsächlich geeignet sein, das Ziel des Gesundheitsschutzes „(...) in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. ²⁶⁾ Damit fordert der EuGH eine konsequente und widerspruchsfreie Regulierung der Mitgliedstaaten in Bezug auf CBD-Produkte. Die Kohärenzkontrolle soll verhindern, dass vergleichbare Sachverhalte unterschiedlichen Regeln unterworfen werden und die Erreichung des ver-

¹⁴⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 93 (eigene Hervorhebungen).

¹⁵⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 94 (eigene Hervorhebungen).

¹⁶⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 95 (eigene Hervorhebungen).

¹⁷⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*.

¹⁸⁾ SA GA *Tachev* 14. 5. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 73f.

¹⁹⁾ Vgl Brief der WHO an UN-Generalsekretär António Guterres v 24. 1. 2019, <http://faaat.net/wp-content/uploads/ECDD-cannabis-final-outcome.pdf> (abgerufen am 31. 12. 2020). Ein entsprechender Antrag wurde durch die UN-Suchtstoffkommission (*Commission on Narcotic Drugs*) am 2. 12. 2020 jedoch abgelehnt, vgl <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2020/December/cnd-votes-on-recommendations-for-cannabis-and-cannabis-related-substances.html> (abgerufen am 31. 12. 2020).

²⁰⁾ Für Österreich vgl etwa *Hinterhofer*, Suchtmittelgesetz² (2018) zu §§ 1–4 SMG Rz 32; für Deutschland vgl § 1 Abs 1 iVm Anl I BtMG; für Frankreich vgl SA GA *Tachev* 14. 5. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 71.

²¹⁾ EuGH 11. 7. 1974, C-8/74, *Dassonville*, Rn 5; EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 80. Demnach fällt jede Maßnahme, „(...) die geeignet ist, den Handel innerhalb der EU unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“, unter das Verbot nach Art 34 AEUV.

²²⁾ EuGH 20. 2. 1979, C-120/78, *Cassis-de-Dijon*, Rn 14f; 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 81.

²³⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 83 u 85.

²⁴⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 91.

²⁵⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 95 (eigene Hervorhebungen).

²⁶⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 84; vgl ferner 23. 12. 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association*, Rn 37.

meintlich vorgebrachten Ziels dadurch *konterkariert* wird.²⁷⁾ Damit schiebt der EuGH ua auch einer (unsachlichen) *Ungleichbehandlung verschiedener Industriezweige* einen Riegel vor: Das vorl Vermarktungsverbot betraf lediglich natürliches, *nicht* jedoch auch *synthetisch hergestelltes CBD*. Eine solche Differenzierung (zugunsten der Hersteller von synthetischem CBD) verstößt nach Auffassung des EuGH gegen das Kohärenzgebot.²⁸⁾

Der EuGH hat in der vorl E zahlreiche Grundsätze aus seiner stRsp auf CBD übertragen und damit *enge Grenzen* für dbzgl Vermarktungsbeschränkungen festgelegt. Aufgrund der Vielzahl der idZ noch offenen Rechtsfragen (s dazu auch sogleich) ist jedoch davon auszugehen, dass auf die vorl E noch zahlreiche weitere folgen werden.

2. CBD als novel food?

Trotz der hilfreichen Klarstellungen des EuGH fehlt es für Hersteller und Händler von *CBD-haltigen Lebensmitteln* weiterhin an Rechtssicherheit. Dies liegt ua daran, dass ein „lebensmittelrechtlicher Dauerbrenner“ – die Einstufung von CBD-Produkten unter der Novel Food-VO²⁹⁾ – nach wie vor offen ist. Aufgrund der EuGH-E ist die EU-Kommission in der Zwischenzeit zwar zu ihrer ursprünglichen Auffassung zurückgekehrt, dass CBD-Produkte keine Betäubungsmittel sind und *grundsätzlich als Lebensmittel* qualifiziert werden können – nach Ansicht der Kommission würden diese jedoch als *neuartige Lebensmittel (novel food)* einer *Zulassung* bedürfen.³⁰⁾ Auch das österr Sozialministerium hat in einem Erlass 4. 12. 2018 den Vertrieb von *Cannabinoid-haltigen Extrakten in Lebensmitteln* mangels Zulassung nach der Novel-Food-VO pauschal für *unzulässig* erklärt.³¹⁾ Dies, obwohl nach Ansicht des Branchenverbands EIHA (*European Industrial Hemp Association*) Lebensmittel mit *traditionellen Extrakten aus Hanfblüten oder -blättern*, die das in der Hanfpflanze enthaltene natürliche Vollspektrum von Cannabinoiden (einschließlich CBD) aufweisen, bereits vor dem 15. 5. 1997 (ie dem maßgeblichen Stichtag nach der Novel Food-VO) in nennenswertem Umfang in der EU konsumiert wurden.³²⁾

Sollte ein derartiger Nachweis nicht gelingen, werden vermutlich erst die Zulassungsentscheidungen der EU-Kommission nach der Novel Food-VO Klarheit bringen können. Aufgrund der vorl EuGH-E hat die EU-Kommission die – vorläufig ausgesetzten – Prüfungen der Zulassungsanträge wieder aufgenommen. Ob erste Entscheidungen demnächst vorliegen werden, ist aufgrund der mehrmonatigen Dauer der Verfahren vor der EU-Kommission und der Europäischen Agentur für Lebensmittelsicherheit (EFSA) aber fraglich.

3. Einsatz von CBD in Kosmetika ist zulässig

Die österr Rechtslage wird durch die vorl EuGH-E zumindest in einem Teilbereich von Unschärfen befreit. Das österr Sozialministerium hat bislang auch den Einsatz von Cannabis und daraus hergestellten Extrakten – somit auch CBD – in *kosmeti-*

schen Mitteln für *generell unzulässig* gehalten, weil deren Verwendung gem der VO (EG) 1223/2009 EU-Kosmetikverordnung³³⁾ verboten sei.³⁴⁾ Art 14 Abs 1 lit a iVm Anh II Nr 306 EU-Kosmetikverordnung verbietet jedoch lediglich den Einsatz von *natürlichen und synthetischen Betäubungsmitteln iS des Einheits-Übereinkommens*. In Übereinstimmung mit dem EuGH ist diese Auffassung in Bezug auf Kosmetika *nicht mehr haltbar* und der Einsatz von *CBD in kosmetischen Mitteln* nach Maßgabe der anwendbaren Produktvorschriften *in Österreich zulässig*.

Schlussstrich

- CBD ist kein Suchtstoff und fällt unter die Warenverkehrsfreiheit nach Art 34 AEUV.
- Die vorl EuGH-E legt enge Grenzen für CBD-Vermarktungsbeschränkungen fest:
 - Demnach sind Mitgliedstaaten verpflichtet, eine umfassende Risikobewertung auf Grundlage der internationalen Forschungsergebnisse vorzunehmen und dabei ua etwaige negative Auswirkungen von CBD-Präparaten auf die menschliche Gesundheit hinreichend genau zu bestimmen.
 - Ein gänzlich Vermarktungsverbot für CBD-Produkte als restriktivste Handelsbeschränkung ist uE nicht rechtfertigbar.
 - Eine Ungleichbehandlung vergleichbarer CBD-Präparate (natürliches vs synthetisches CBD) verstößt nach Ansicht des EuGH gegen das Kohärenzgebot.
- Die Einordnung von CBD-haltigen Lebensmitteln nach der Novel-Food-VO ist nach wie vor ungeklärt – die Rechtsunsicherheit für Hersteller und Vermarkter von CBD-Produkten bleibt idZ bestehen. Der Einsatz von CBD in Kosmetika ist – nach Maßgabe der anwendbaren Produktvorschriften – in Österreich jedoch zulässig.

²⁷⁾ Vgl auch *Talos/Strass*, Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481 (482) mwN.

²⁸⁾ EuGH 19. 11. 2020, C-663/18, *B S und C A*, Rn 94.

²⁹⁾ VO (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates v 25. 11. 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der VO (EU) 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der VO (EG) 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der VO (EG) 1852/2001 der Kommission, ABl L 2015/327, 1.

³⁰⁾ Vgl Pressemitteilung EU-Kommission 3. 12. 2020, https://ec.europa.eu/germany/news/20201203-cannabidiol-produkte_de (abgerufen am 31. 12. 2020). Vgl zur Subsumtion von CBD-Extrakten unter die Novel Foods-VO auch *Hütthaler-Brandauer*, Pflanzenextrakte: Alles novel, oder was? LMuR 2019, 93.

³¹⁾ Erlass des BM für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz 4. 12. 2018, BMASGK-75100/0020-IX/B/16a/2018.

³²⁾ Vgl Pressemitteilung EIHA 3. 3. 2020, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200303_OTS0114/eiha-versus-bvl-cannabidiol-cbd-nicht-zwingend-als-novel-food-zulassungspflichtig (abgerufen am 31. 12. 2020). Demnach seien nur CBD-Isolate und Anreicherungen von CBD als neuartig zu qualifizieren.

³³⁾ VO (EG) 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v 30. 11. 2009 über kosmetische Mittel, ABl L 2009/342, 59.

³⁴⁾ Vgl FN 31.