

RECHTSGUTACHTEN

Produktion von medizinischem Cannabis: Ist das bisher praktizierte Vergabesystem über die staatliche Cannabisagentur zwingend völkerrechtlich vorgeschrieben?

Prof. Dr. Kai Ambos

apl. Prof. Dr. Peter Rackow

Göttingen, 7. September 2023

Executive Summary

1. Der deutsche Gesetzgeber orientiert sich bei der Ausgestaltung der Regulierung der inländischen Produktion von medizinischem Cannabis in § 19 Abs. 2a BtMG in einer wort(laut)getreuen Weise an Artikel 23 Abs. 2 lit. d) des *Einheits-Übereinkommens über Suchtstoffe von 1961* („EinheitsÜbk“). Auf den ersten Blick scheint eine (isolierte) Wortlautauslegung dieser Norm in der Tat nahezu liegen, dass die – im Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte („BfArM“) angesiedelte – *deutsche Cannabis-Agentur* die *gesamte* inländische Produktion *vergeben* und *aufkaufen muss*.

Wesentlich für die Bewertung der *Spielräume*, die dem deutschen Gesetzgeber bezüglich möglicher *Veränderungen des inländischen Rechtsrahmens* zur Verfügung stehen, ist die Frage, ob sich das *EinheitsÜbk* – unter Rückgriff auf systematische und teleologische Erwägungen und unter Berücksichtigung abweichender Vertragspraxis – in einer Weise lesen lässt, die (zumindest) Raum für ein Verfahren bietet, in dessen Rahmen die (deutsche) Cannabis-Agentur das inländisch produzierte Cannabis nicht auf der Basis von Kaufverträgen erlangt. Beispielsweise erschiene es denkbar, dass die Cannabis-Agentur den Abschluss von Kaufverträgen zwischen Produzenten und Abnehmern genehmigt, sich das produzierte Cannabis liefern lässt und an die Abnehmer weiterverteilt. Eine solche Auslegung (des völkerrechtlichen Rechtsrahmens) erscheint jedenfalls vertretbar.

2. Soweit das BfArM die Einfuhr von medizinischem Cannabis aus dem Ausland, das nicht von der jeweiligen dortigen Cannabis-Agentur angekauft worden ist, genehmigt, stellt sich eine solche Praxis als rechtswidrig dar. Dass darin eine relevante Inländerdiskriminierung im europarechtlichen Sinne vorliegt, ist jedoch zweifelhaft, weil ausländische Unternehmen, die sich entschließen, im Inland medizinisches Cannabis zu produzieren, denselben Beschränkungen unterliegen würden, wie deutsche Unternehmen. Geltend machen ließe sich insoweit aber jedenfalls ein unverhältnismäßiger Eingriff in Artikel 12 GG.

3. Es ist zweifelhaft, ob auf der Grundlage eines (engen) Verständnisses, wonach Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk den Mitgliedsstaaten zwingend ein Verfahren vorschreibt, in dessen Rahmen die nationale Cannabis-Agentur in eigenem Namen die gesamte Ernte medizinischen Cannabis aufkauft und in Besitz nimmt, das gegenwärtige vergaberechtliche Verfahren durch ein Open-house-Verfahren ersetzt werden könnte.

I. Ausgangspunkt: Deutsches Recht

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte („BfArM“) kauft gemäß § 19 Abs. 2a BtMG sämtliches inländisch zu medizinischen Zwecken angebautes Cannabis auf. § 17 Abs. 2 MedCanG-E¹ übernimmt diese Regelung unverändert. Der Ankauf erfolgt dabei auf vergabe-rechtlicher Basis. Schon an dieser Stelle ist jedoch aus rechtspraktischer Sicht darauf hinzuweisen, dass das aufgekaufte (inländische) Cannabis nicht die Nachfrage nach medizinischem Cannabis deckt; deshalb muss ausländisches Cannabis importiert werden.²

II. Völkerrechtlicher Maßstab: Rechtsrahmen des Einheits-Übereinkommens über Suchtstoffe von 1961, insbesondere Artikel 23 Abs. 2 lit. d)

1. Vorbemerkungen

Der genannte § 19 Abs. 2a BtMG will ausdrücklich die Vorgaben des Einheits-Übereinkommens über Suchtstoffe von 1961 („EinheitsÜbk“)³ umsetzen.⁴ Entsprechendes gilt für § 17 Abs. 2 MedCanG-E. Eine Änderung der innerstaatlichen Rechtslage im Hinblick auf den Anbau und die Abgabe von Cannabis zu medizinischen Zwecken ist dementsprechend insbesondere an Artikel 23 und 29 EinheitsÜbk zu messen. Artikel 23 („Staatliche Opiumstellen“) ist über Artikel 28 EinheitsÜbk⁵ auf Cannabisanbau entsprechend anwendbar und lautet wie folgt:

„(1) Gestattet eine Vertragspartei den Anbau von Opiummohn zur Gewinnung von Opium, so errichtet sie, wenn dies nicht bereits geschehen ist, und unterhält eine oder mehrere *staatliche Stellen* (in diesem Artikel als „Stelle“ bezeichnet) zur Wahrnehmung der in diesem Artikel vorgesehenen Aufgaben.

(2) Jede solche Vertragspartei wendet auf den Anbau von Opiummohn zur Gewinnung von Opium und auf Opium folgende Bestimmungen an:

¹ Vgl. Reg-E eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Cannabis/Gesetzentwurf_Cannabis_Kabinett.pdf, zuletzt aufgerufen am 20.8.2023), S. 146.

² Nach Angaben der Bundesregierung wurden von Januar bis September 2022 8,4 Tonnen medizinisches Cannabis an Apotheken geliefert, wovon lediglich 1 Tonne aus inländischer Produktion herrührt (BT-Drs. 20/4755, S. 4).

³ BGBl. 1977 II S. 111. Es wird hier nach dieser deutschen Fassung zitiert, wobei es sich allerdings nicht um eine verbindliche Vertragssprache handelt (vgl. Artikel 40 Abs. 1 EinheitsÜbk), weshalb zur genauen Auslegung auf diese (s. Haupttext) rekuriert werden muss.

⁴ BT-Drs. 18/8965, S. 20 f.

⁵ Artikel 28 EinheitsÜbk lautet wie folgt:

„(1) Gestattet eine Vertragspartei den Anbau der Cannabispflanze zur Gewinnung von Cannabis oder Cannabisharz, so wendet sie auf diese Pflanze das in Artikel 23 für den Opiummohn vorgesehene Kontrollsystem an.

(2) Dieses Übereinkommen findet auf den Anbau der Cannabispflanze zu ausschließlich gärtnerischen und gewerblichen Zwecken (Fasern und Samen) keine Anwendung.

(3) Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen Maßnahmen, um den Mißbrauch der Blätter der Cannabispflanze und den unerlaubten Verkehr damit zu verhindern.“

- a) Die Stelle bezeichnet die Gebiete und Landparzellen, auf denen der Anbau von Opiummohn zur Gewinnung von Opium gestattet wird;
- b) nur Anbauer, die einen Genehmigungsschein der Stelle besitzen, dürfen den Anbau betreiben;
- c) in jedem Genehmigungsschein ist die Größe der Fläche anzugeben, auf welcher der Anbau zulässig ist;
- d) alle *Anbauer* von Opiummohn haben die *gesamte* Opiumernte an die Stelle *abzuliefern*. So bald wie möglich, spätestens jedoch vier Monate nach Beendigung der Ernte, *kauft die Stelle* die geernteten Mengen und *nimmt sie körperlich in Besitz*;
- e) die Stelle hat in bezug auf Opium das ausschließliche Recht der Ein- und Ausfuhr, des Großhandels und der Unterhaltung von Beständen mit Ausnahme derjenigen, die von Personen unterhalten werden, welche Opiumalkaloide, medizinisches Opium oder Opiumzubereitungen herstellen. Die Vertragsparteien brauchen dieses ausschließliche Recht *nicht auf medizinisches Opium und Opiumzubereitungen zu erstrecken*.

(3) Die in Absatz 2 bezeichneten staatlichen Aufgaben werden von einer einzigen *staatlichen Stelle* wahrgenommen, sofern die Verfassung der betreffenden Vertragspartei dies zulässt.“⁶

Damit wird also die Einrichtung einer zuständigen staatlichen Stelle (insbesondere Abs. 1 und 3) – hier: staatliche Cannabisagentur beim BfArM (vgl. § 19 Abs. 2a S. 1 und 2 BtMG)⁷ – vorgeschrieben, sobald eine Vertragspartei den Cannabisanbau gestattet (Artikel 28 Abs. 1 EinheitsÜbk). Diese Stelle ist auch für die Kontrolle von natürlichen oder juristischen Personen zuständig, die Cannabis herstellen (Artikel 29 EinheitsÜbk); insbesondere haben die „Anbauer“ das Cannabis an die Stelle abzuliefern, sie kauft es auf und „nimmt“ es „körperlich in Besitz“ (Artikel 23 Abs. 2 lit. d EinheitsÜbk).

Aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich allerdings die Frage, ob die *zentrale Regelung* in Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk das in § 19 Abs. 2a und § 17 Abs. 2 MedCanG-E vorgesehene System einer staatlichen Cannabisagentur, in der diese auf vergaberechtlicher Basis und als einzige Aufkäuferin der gesamten mitgliedstaatlichen Produktion agiert, *zwingend* vorschreibt.

Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk lautet in seinen verbindlichen englischen, französischen, spanischen, chinesischen und russischen Sprachfassungen⁸ (Artikel 40 Abs. 1 EinheitsÜbk) wie folgt:

„All cultivators of the opium poppy shall be required to deliver their total crops of opium to the Agency. The Agency shall purchase and take physical possession of such crops as soon as possible, but not later than four months after the end of the harvest.“

⁶ Herv. d. Verf.

⁷ § 19 Abs. 2a S. 1 und 2 BtMG lauten: „Der Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken unterliegt der Kontrolle des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte. Dieses nimmt die Aufgaben einer staatlichen Stelle nach Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe d und Artikel 28 Absatz 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe vom 30. März 1961 (BGBl. 1973 II S. 1354) wahr“. § 17 Abs. 2 S. 1 und 2 MedCanG-E (o. Fn. 1) sieht eine wortgleiche Regelung vor. Die Cannabisagentur ist als Fachgebiet in der Abteilung Zulassung 4 (Besondere Therapierichtungen und traditionelle Arzneimittel) angesiedelt (vgl. *Cremer-Schaeffer/Knöss*, Bundesgesundheitsblatt 2019, 801 [804]; *Hochstein*, in: BeckOK BtMG, 19. Ed., 15.6.2023, § 19 Rn. 4).

⁸ Es gibt keine arabische Fassung. Wir danken Herrn Dr. Mohamed El-Zeid für diesen Hinweis.

“Tout cultivateur de pavot à opium sera tenu de livrer à l'organisme la totalité de sa récolte d'opium; l'organisme achètera cette récolte et en prendra matériellement possession dès que possible, mais au plus tard dans un délai de quatre mois à compter de la fin de la récolte;”

“Todos los cultivadores de adormidera estarán obligados a entregar la totalidad de sus cosechas de opio al Organismo. El Organismo comprará y tomará posesión material de dichas cosechas, lo antes posible, a más tardar cuatro meses después de terminada la recolección“;

“凡种植鸦片罂粟者必须将其鸦片收成全部缴与该机关。该机关应尽快收购并实际取有此项收成，至迟不得迟于收获完毕后四个月。”;

„все земледельцы, занимающиеся культивированием опийного мака, обязаны сдавать весь собранный ими опий Учреждению. Учреждение покупает и вступает в фактическое владение собранного опия возможно скорее, но не позднее чем через четыре месяца по окончании уборки урожая“.

2. Wortlaut als Ausgangspunkt

In einem völkerrechtlichen Vertrag bildet der Vertragstext im Sinne eines „objective“ oder „textual approach“ die Grundlage jeglicher Auslegung.⁹ Dies wird auch darin deutlich, dass die Rechtsprechung des IGH die evolutive bzw. dynamische Auslegung davon abhängig macht, dass sie an entwicklungsoffene Begriffe anknüpft („generic terms“) (näher u. 5.).¹⁰ Allerdings besteht zwischen den in Artikel 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention („WVK“)¹¹ genannten Auslegungsmethoden kein Vorrangverhältnis oder eine Hierarchie, insbesondere bildet der Wortlaut „nur den Ausgangspunkt“¹² und es muss nicht „stets mit dem Wortlaut begonnen werden“.¹³

Bei der Wortlautauslegung gemäß Artikel 31 Abs. 1 WVK ist an der *üblichen Bedeutung* der maßgeblichen Sprachfassung(en) anzusetzen. Insoweit besteht ein Unterschied zwischen den englischen und französischen/spanischen Sprachfassungen. Die englische Fassung bietet Raum für eine Interpretation, wonach die staatliche Stelle die tatsächliche Gewalt über die Ernte nicht unbedingt im Wege von Kaufverträgen erlangen muss. Das folgt aus der Verwendung des Verbs „to purchase“, das nicht nur den zivilrechtlichen Erwerb durch Kauf meint.¹⁴

⁹ Heintschel v. Heinegg, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, § 15 Rn. 4 f. m.w.N.; Kempen/Hillgruber/Grabenwarter, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2021, § 13 Rn. 50; Dörr, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2012, Artikel 31 Rn. 38; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 164.

¹⁰ *IGH v. 19.12.1978, Griechenland v. Türkei*, I.C.J. Reports 1978, para. 77; *IGH v. 13.7.2009, Costa Rica v. Nicaragua*, I.C.J. Reports 2009, paras. 66 f.

¹¹ BGBl. 1985 II, S. 926

¹² Vgl. etwa Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Aufl. 2023, § 15 Rn. 29 f. („übliche Wortsinn bildet ... nur den Ausgangspunkt“).

¹³ Vgl. etwa Krajewski, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2023, § 4 Rn. 84.

¹⁴ Vgl. *Black's Law Dictionary*, 11. Aufl. 2019, S. 1491, wo „to purchase“ wie folgt definiert wird: „... 2. The acquisition of an interest in real or personal property by sale, discount, negotiation, mortgage, pledge, lien, issue, reissue, gift or any other voluntary transaction. 3. The acquisition of real property by one's own or another's act (as by will or gift) rather than by descent or inheritance. ...“. Vgl. auch *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11. Aufl. 2003, S. 1010.

Doch scheinen insbesondere die spanische („comprará y tomará posesión material“)¹⁵ und die französische Fassung („achètera cette récolte et en prendra matériellement possession“)¹⁶ eher eng zu verstehen zu sein. Die chinesische und russische Fassungen bestätigen diese enge Auslegung.¹⁷

Anerkannt ist vor dem Hintergrund des Artikel 31 Abs. 1 WVK indes, dass nach dem objektiven Parteiwillen auszulegen ist, wie er im *gesamten* Vertragstext seinen Ausdruck gefunden hat. Denn ein Vertrag ist auszulegen „in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen seinen Bestimmungen *in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes*“.¹⁸ Bei der Auslegung des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk ist also zunächst im Sinne systematischer Auslegung auch dessen Kontext miteinzubeziehen, hier insbesondere die Vorschriften der Artikel 23 Abs. 2 lit. e) und Artikel 30 EinheitsÜbk (dazu sogleich 3.). Ferner sind im Sinne teleologischer Auslegung¹⁹ Ziel und Zweck zu berücksichtigen (u. 4.). Schließlich sind die Grundsätze evolutiver/dynamischer Auslegung und die abweichende Staatenpraxis zu beachten (u. 5.).

3. Systematische Auslegung: Artikel 23 Abs. 2 lit e) letzter Satz und Artikel 30 EinheitsÜbk

Nach Artikel 23 Abs. 2 lit e) letzter Satz ist eine Lockerung für medizinisches Opium (Cannabis) insofern vorgesehen, als die Vertragsparteien das ausschließliche Recht der Ein- und Ausfuhr etc. der staatlichen Stelle nicht darauf erstrecken müssen („Parties need not extend this exclusive right ... to medicinal opium and opium preparations“). Dabei geht es zwar nicht um die Produktion und ihren Ankauf, es zeigt sich aber, dass die Vertragsparteien zwischen medizinischen (erlaubten) und sonstigen Suchtstoffen differenzieren wollten. In diesem Sinne ist im UN-Kommentar zu lesen:

„Medicinal opium and opium preparations would otherwise be subject to the same measures of control as opium.“²⁰

¹⁵ Erläutert wird „comprar“ in *Becher*, Diccionario de derecho, economía y política, Bd. 1 – Spanisch-Deutsch, 3. Aufl. 2008, S. 233 wie folgt: „kaufen, einkaufen, abkaufen, erwerben, anschaffen, beziehen, einhandeln, abnehmen (Ware), bestechen“.

¹⁶ Was die französische Sprachfassung anbelangt, wird „acheter“ in *Fleck/Güttler/Kettler*, Wörterbuch Recht, Wirtschaft und Politik, Bd. 1 – Französisch-Deutsch, 2017, S. 14 übersetzt wie folgt: „kaufen, ankaufen, anschaffen, beschaffen, einkaufen, erstehen ...“.

¹⁷ Wir danken Frau Yingxin He und Herrn Andriy Ilyuk für Zugänglichmachung dieser Sprachfassungen.

¹⁸ Vgl. *Herdegen* (o. Fn. 12), § 15 Rn. 30 f.; eingehend *Dörr* (o. Fn. 9), Artikel 31 Rn. 44 ff., insbes. 45 (“entire text of the treaty is to be taken into account as ‘context’”); anerkannt etwa in *IGH v. 19.12.1978, Tschad v. Libyen*, I.C.J. Reports 1994, para. 41; vgl. auch *Sorel/Boré/Eveno, Corten/Klein* (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Vol. I, 2011, S. 818 f.

¹⁹ Vgl. zur teleologischen Auslegung im Völkerrecht allg. etwa *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, § 15 Rn. 6 f., 22 m.w.N.

²⁰ *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* (o. Fn. 21), S. 284.

Selbst der (tendenziell prohibitive) UN-Kommentar geht damit also davon aus, dass die Vertragsparteien gerade *keine Gleichstellung* des Kontrollregimes für medizinisches Opium/Cannabis mit dem allgemeinen Kontrollregime beabsichtigt haben.

Artikel 30 EinheitsÜbk über „Handel und Verteilung“ sieht unter anderem „eine Genehmigungspflicht für den Suchtstoffhandel und die Suchtstoffverteilung vor, soweit diese nicht durch staatliche Unternehmen erfolgen“ (Abs. 1 lit. a)). Damit wird vorausgesetzt, dass es (genehmigungsfähigen) Suchtstoffhandel durch Private bzw. allein zwischen diesen geben kann und dass dieser (erlaubte) Handel dann marktwirtschaftlichen Gesetzen unterfällt. Zwar dürfte Artikel 23 i.V.m. Artikel 28 EinheitsÜbk als spezielle Vorschrift in unserem Zusammenhang vorgehen, doch ändert dies nichts an dem in Artikel 30 EinheitsÜbk zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, dass es Produktion und Handel jenseits eines strikten Vergabesystems geben kann.

Vergleicht man nun also Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk über den Anbau von Opiummohn bzw. Cannabis mit den Artikeln 23 Abs. 2 lit. e) und 30 EinheitsÜbk über die Ein-/Ausfuhr bzw. über den Handel/die Verteilung, so fällt der Gegensatz auf: einerseits gibt es eine (gemessen an dem isoliert betrachteten Wortlaut des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk) sehr restriktive Regelung zum Anbau von medizinischem Cannabis, andererseits existieren differenziertere Regelungen zu Ein-/Ausfuhr bzw. zu Handel/Verteilung, die privaten Akteuren wesentlich größere Spielräume an die Hand geben. Der damit im Raum stehende Wertungswiderspruch muss sich zwangsläufig verstärken, wenn ein Bedarf nach medizinischem Cannabis durch eine Kombination aus inländischer legaler Produktion, die Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk unterliegt, und Importen gedeckt wird (vgl. unten III. 1.).

4. Teleologische Auslegung

Die (teleologische) Auslegung nach Maßgabe des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk. von den Verfassern seinerzeit beigegebenen Sinns und Zwecks scheint zunächst ein enges Verständnis zu bestätigen: Die staatliche Stelle soll als (einzige) sichere Abnehmerin bereitstehen, um Anreize für illegale Nebengeschäfte der Produzenten zu vermeiden.²¹ Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk sollte den Mitgliedsstaaten damit auftragen, dass die staatliche Stelle die jeweilige gesamte inländische Cannabis-Ernte aufkauft und physisch in Besitz nimmt.

Sieht man den Zweck der Regelung – insbesondere mit Blick auf Artikel 23 Abs. 2 lit. e) EinheitsÜbk (vgl. o. 4.) – jedoch (auch) darin, eine optimale Deckung der inländischen Nachfrage nach medizinischem Cannabis (aus inländischer Produktion) sicherzustellen, so gerät dieser Zweck mit der hiesigen Praxis (III. 1.) in Konflikt. Denn diese zeichnet sich dadurch aus, dass

²¹ Vgl. auch *UN-Secretary-General, Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* (Prepared by the in accordance with paragraph 1 of Economic and Social Council resolution 914 D (XXXIV) of 3 August 1962), 1973, S. 283: “Prompt payment, a good price and other favourable conditions of purchase may be incentives to producers to deliver speedily their total opium crop, particularly in countries in which legal opium production is still profitable (that is, where its profitability does not depend on the diversion of a part of the harvest into illicit channels).”

eine zu geringe Produktion vergeben wird, um die inländische Nachfrage zu decken, so dass auf ausländische Importe zurückgegriffen werden muss. Damit wird aber der Zweck der Regelung auf den Kopf gestellt, weshalb es zwingend erscheint, über ein flexibleres Produktionssystem nachzudenken, zumindest so lange die staatliche Cannabisagentur ihre Vergabepolitik nicht an die Marktbedürfnisse/Nachfrage anpasst.

5. Evolutive bzw. dynamische Auslegung und abweichende Staatenpraxis

Anerkannt in der Rechtspraxis und Literatur ist des Weiteren, dass gerade bei der Auslegung älterer Rechtsinstrumente – wie dem EinheitsÜbk – evolutiv bzw. dynamisch ausgelegt und damit auf die Situation und den *Zeitpunkt des Auslegungsvorgangs* abgestellt werden darf.²² Insoweit stellt sich aus heutiger Sicht vor dem Hintergrund einer uneinheitlichen Anwendungspraxis die Frage, ob Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk nicht offener dahingehend interpretiert werden kann, dass seine Vorgaben auch in Form eines *Systems von Erlaubnissen mit Auflagen* umgesetzt werden können. In ebendiesem Sinne gestaltet sich die innerstaatliche Umsetzungspraxis in Kanada, Portugal und Dänemark. Die jeweilige staatliche Stelle ist entgegen Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk, soweit ersichtlich, nicht in An- und Verkauf des inländisch produzierten medizinischen Cannabis eingebunden.²³

Die Rechtsprechung des IGH setzt für eine evolutive Auslegung jedoch voraus, dass diese sich auf entwicklungs offene Begriffe („generic terms“) bezieht. Verwendet ein Vertrag derartige generic terms (z.B. Handel), darf bei seiner Auslegung in Rechnung gestellt werden, dass „its meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law in force at any given time“.²⁴ Soweit sich die Vertragsparteien also entschieden haben, entwicklungs offene Begriffe in einem Vertrag zu verwenden, der auf eine lange bzw. unbefristete Geltungsdauer ausgelegt ist, ist davon auszugehen, dass sie beabsichtigten, den fraglichen Begriffen einen sich entwickelnden Begriffsinhalt zu geben.²⁵ Dies scheint nun aber bezüglich Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk nicht angenommen werden zu können. Denn die maßgeblichen Begriffe (in der deutschen Fassung: „kauft“;

²² Vgl. etwa *EGMR v. 25.4.1978*, No. 5856/72 – *Tyrer v. United Kingdom*, para. 31 („The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.“); *Henrich*, Vertragsgewohnheitsrecht und Parlamentsbeteiligung, 2020, S. 38 ff. m.w.N.

²³ Vgl. insoweit auch *INCB Report 2018* (https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2018/Annual_Report_Chapters/03_Chapter_I_Annual_Report_2018_E_.pdf, zuletzt aufgerufen am 20.8.2023), S. 12: „Under medical cannabis programmes implemented in Canada and possibly in some other States, and in some states in the United States, the medical use of cannabinoids is poorly regulated. Those programmes are inconsistent with the international drug control treaties in failing to control cannabis production and supply. They fail to ensure that good-quality medicines are provided under medical supervision and they enable cannabis and its derivatives to be diverted to non-medical use.“

²⁴ *IGH v. 19.12.1978*, *Griechenland v. Türkei*, I.C.J. Reports 1978, para. 77.

²⁵ *IGH v. 13.7.2009*, *Costa Rica v. Nicaragua*, I.C.J. Reports 2009, paras. 66 f.: „...the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is “of continuing duration”, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an

„nimmt sie körperlich in Besitz“) scheinen eine feststehende Bedeutung zu haben, insbesondere die Vorgabe der *körperlichen* (sic!) Inbesitznahme („take *physical* possession of such crops“; „prendra *matériellement* possession“; „tomará posesión *material* de dichas cosechas“) lässt kaum Raum für eine entwicklungsoffene Auslegung.

Zu berücksichtigen ist andererseits jedoch, dass die Beschränkung der dynamischen Auslegung auf entwicklungsoffene Begriffe diese sachwidrig zu sehr einschränken würde. Wird man sagen können, dass entwicklungsoffene Begriffe eine solche Auslegung erleichtern bzw. ihr eben offener gegenüberstehen, so kann das nicht zugleich bedeuten, dass eine dynamische Auslegung bei „geschlossenen“ (weniger offenen) Begriffen vollständig ausgeschlossen ist,²⁶ wenn die gesellschaftliche Entwicklung seit Verabschiedung des entsprechenden Vertrags eine solche neue Auslegung fordert. Insoweit ist eine Vorschrift wie Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk nicht nur isoliert anhand ihres Wortlauts auszulegen, sondern, wie oben durchgeführt (3., 4.), in ihrem systematischen Zusammenhang und nach Sinn und Zweck. Der oben erwähnte „*textual* approach“ ist im Lichte des Art. 31 Abs. 1 WVK eben von vornherein nicht als ein „*literal* approach“ misszuverstehen.²⁷

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass in der gerade erwähnten *abweichenden Praxis* einiger Vertragsstaaten im Zusammenhang mit Anbau und Verteilung von medizinischem Cannabis eine „spätere Übung *bei der Anwendung des Vertrags*“²⁸ im Sinne von Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK zu erblicken sein dürfte.²⁹ Eine solche abweichende Praxis führt zwar nicht ohne Weiteres zu einer Vertragsänderung, weil insoweit grundsätzlich der entsprechende Wille *aller* Vertragsparteien erforderlich ist,³⁰ sie ist aber im Rahmen der Auslegung der betreffenden Vorschrift zu berücksichtigen (Artikel 31 Abs. 3 lit. b, „shall be taken into account“). Zwar hat sich Deutschland unter der von Angela Merkel geführten Regierung noch ausdrücklich zu Artikel 23, 28 EinheitsÜbk bekannt,³¹ doch ist diese Position nur schwer mit dem liberaleren Ansatz der neuen Bundesregierung zu Genusscannabis vereinbar.³²

evolving meaning. This is so in the present case in respect of the term ‘comercio’ as used in Article VI of the 1858 Treaty. First, this is a generic term, referring to a class of activity. Second, the 1858 Treaty was entered into for an unlimited duration; from the outset it was intended to create a legal régime characterized by its perpetuity.”

²⁶ Vgl. insoweit auch *Herdegen* (o. Fn. 12), § 15 Rn. 32 („dynamische Auslegung ist nach Ziel und Zweck eines Vertrages *insbesondere* bei Begriffen angezeigt, die durch ihre Allgemeinheit entwicklungsoffen sind“ [Herv.d.Verf.]).

²⁷ *Gardiner* (o. Fn. 9), S. 463.

²⁸ Herv. d.Verf.

²⁹ Vgl. *Henrich* (o. Fn. 22), S. 116 ff. m.w.N.

³⁰ Vgl. insoweit Artikel 39 ff. WKV, insbesondere Art. 39 („agreement between *the parties*“), Art. 40 Abs. 2 („... proposal to amend ... as between *all the parties* ...“) [Herv.d.Verf.].

³¹ Vgl. schon o. Haupttext zu Fn. 4 mit Verweis auf BT-Drs. 18/8965, S. 20 f.

³² Betrachtete man die geschilderte Praxis nicht mehr als *auslegungsrelevant* (vgl. o. Fn. 29), sondern als bereits *vertragswidrig* und damit potenziell vertragsändernd (vgl. *Henrich* [o. Fn. 22], S. 127 ff. m.w.N.), stünde also wohl zumindest Deutschland selbst der Annahme eines stillschweigenden bzw. konkludenten Konsenses (*Henrich* [o. Fn. 22], S. 127 ff. m.w.N.) hinsichtlich einer Vertragsänderung nicht im Wege.

6. Zwischenergebnis

Nach dem Vorgesagten gibt der Vertragswortlaut bei isolierter Betrachtung des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk den Vertragsstaaten einen denkbar geringen Spielraum, die erlaubte Produktion von medizinischem Cannabis jenseits der vorgesehenen staatlichen Cannabisagentur zu organisieren (oben 2.). Eine Wortlautauslegung stellt allerdings nur einen Ausgangspunkt dar, der insbesondere durch systematische und teleologische Erwägungen zu ergänzen ist. Die systematische Zusammenschau von Artikel 23 Abs. 2 lit. d) mit Artikel 23 Abs. 2 lit. e) und Artikel 30 EinheitsÜbk (oben 3.) sowie das Ziel einer Deckung der inländischen Nachfrage mit einheimischen medizinischen Cannabis (oben 4.) sprechen insoweit für eine liberalere Auslegung von Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk. Diese liberalere Auslegung wird auch von dem Grundsatz evolutiver dynamischer Auslegung und der zu konstatierenden abweichenden Vertragspraxis gestützt (oben 5.).

III. Ergänzende Bemerkungen

1. Genehmigungspraxis des BfArM

Es liegt auf der Hand, dass inländische Produzenten medizinischen Cannabis, die gem. § 19 Abs. 2a BtMG (bzw. § 17 Abs. 2 MedCanG-E) ihre Produktion (nach vergaberechtlichen Regeln) ausschließlich an das BfArM verkaufen, *wirtschaftlich* im Vergleich zu ausländischen *Konkurrenten* benachteiligt werden, die einem solchen Procedere – aufgrund der genannten abweichenden Staatenpraxis – nicht unterworfen werden. Insoweit scheint eine gegen Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk verstoßende (abweichende) Staatenpraxis mit einer – am deutschen Recht gemessen – rechtswidrigen Genehmigungspraxis des BfArM in Bezug auf Importe zusammenzutreffen. Insbesondere aus den Antworten 2-4 der Bundesregierung zu der Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 29.11.2022 wird erkennbar,³³ dass das BfArM davon ausgeht, dass Anträge, die die Einfuhr von medizinischem Cannabis nach § 3 Abs. 1 BtMG betreffen, nur dann erlaubnisfähig sind, wenn die Herstellung den Vorgaben des Artikel 23 Abs. 2 EinheitsÜbk entspricht. Die Antwort zu Frage 2 lässt jedoch daran zweifeln, dass das BfArM *effektiv* prüft, ob im konkreten Fall Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk gewahrt ist:

„... Hierzu erfragt das BfArM vor einer möglichen ersten Einfuhr aus einem konkreten Ausfuhrland bei der zuständigen nationalen Behörde des Ausfuhrlandes, ob das Ausfuhrland über eine sogenannte „Cannabisagentur“ gemäß den oben genannten völkerrechtlichen Regelungen verfügt und ob in dem Ausfuhrland Cannabis zu medizinischen Zwecken nach diesen Maßgaben legal angebaut wird. Sofern die zuständige nationale Behörde des Ausfuhrlandes bei ihrer Antwort das *Vorhandensein einer entsprechenden Cannabisagentur bestätigt* und zu einzelnen lizenzierten Anbauern auf öffentlich verfügbare Quellen im Internet verweist, erfolgt die Überprüfung einzelner lizenzierter Anbauer durch den *Abgleich der im Erlaubnisverfahren vom Antragstellenden vorgelegten ausländischen Anbaulizenz mit den behördlich veröffentlichten Angaben*. Andernfalls *erfragt das BfArM bei der zuständigen nationalen Behörde des Ausfuhrlandes zusätzlich, ob die vorgelegte Anbaulizenz authentisch und gültig ist.*“³⁴

³³ BT-Drs. 20/4755, S. 2 ff.

³⁴ BT-Drs. 20/4755, S. 2 f. Herv.d.Verf.

Aus dieser Auskunft der Bundesregierung ergibt sich, dass effektiv lediglich geprüft wird, ob eine Cannabisagentur besteht und ob die Anbauer durch diese lizenziert sind. Ob ein § 19 Abs. 2a BtMG entsprechendes Verfahren, also ein Aufkaufen der Ernte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durch die Cannabis-Agentur stattfindet,³⁵ wird hingegen nicht geprüft. Soweit es sich nun so darstellt, dass das BfArM Importe ausländischen Cannabis genehmigt, das unter Verstoß gegen Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk produziert worden ist, erscheint eine derartige Genehmigungspraxis unter dem Aspekt des Artikel 4 Abs. 1 lit c) EinheitsÜbk zumindest bedenklich.³⁶ Da die Vorgaben des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk ihrem Zweck nach dazu dienen, Anreize für illegale Nebengeschäfte der Produzenten medizinischen Cannabis zu vermeiden,³⁷ würde das Anliegen, gem. Artikel 4 lit. c) EinheitsÜbk, „nach Maßgabe dieses Übereinkommens die Gewinnung, Herstellung ... von Suchtstoffen sowie den Handel damit auf ausschließlich medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken“ unterlaufen, wenn das BfArM bei der Genehmigung der Einfuhr von medizinischem Cannabis nicht sicherstellt, dass dieses im Ausland entsprechend der Vorgaben des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk hergestellt worden ist.

Aus der Perspektive des deutschen Rechts verstößt die Genehmigung von Importen aus Staaten, in denen Cannabis für medizinische Zwecke unter Verstoß gegen Artikel 23 EinheitsÜbk (die hierzulande bisher herrschende strikte Auslegung zugrunde gelegt) produziert wird, gegen das BtMG. Cannabis ist grundsätzlich von vornherein nicht verkehrsfähig (vgl. Anl. I zu § 1 Abs. 1 BtMG). Anl. III erklärt dann nur solches Cannabis für verkehrs- und verschreibungsfähig, welches „aus einem Anbau“ herrührt, der zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle gemäß den Artikeln 23 und 28 Absatz 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe erfolgt“. Eine Genehmigungspraxis des BfArM, die medizinisches Cannabis umfasst, das beispielsweise in Kanada oder in Portugal deshalb unter Verstoß gegen Artikel 23 EinheitsÜbk (nach hierzulande bisher herrschender strikter Auslegung) produziert worden ist, weil die jeweilige dortige Cannabis-Agentur nicht zunächst die gesamte inländische Ernte aufgekauft und in Besitz genommen hat, liefe also darauf hinaus, dass das BfArM dazu beiträgt, dass nicht verkehrsfähige und nicht verschreibungsfähige Betäubungsmittel in Deutschland in den Verkehr gebracht werden.

Dass sich eine möglicherweise (*völker-*)*rechtswidrige* Genehmigungspraxis des BfArM für wirtschaftlich (benachteiligte) deutsche Produzenten (unmittelbar) fruchtbar machen lässt, erscheint aber fraglich, weil die Regelungen, gegen die das BfArM eventuell verstößt, den Inte-

³⁵ Vgl. o. Haupttext zu Fn. 1.

³⁶ Artikel 4 lit. c) EinheitsÜbk lautet wie folgt:

„Die Vertragsparteien treffen alle erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen, ...

c) um nach Maßgabe dieses Übereinkommens die Gewinnung, Herstellung, Ausfuhr, Einfuhr, Verteilung, Verwendung und den Besitz von Suchtstoffen sowie den Handel damit auf *ausschließlich medizinische und wissenschaftliche Zwecke* zu beschränken.“ [Herv.d.Verf.].

³⁷ S. o. Haupttext zu und Fn. 21.

ressen des Gesundheitsschutzes dienen bzw. (auf völkerrechtlicher Ebene) kein Regelungsregime erkennbar ist,³⁸ dass (auch) einer (wirtschaftlichen) Ungleichbehandlung der Produzenten medizinischen Cannabis entgegenwirken soll bzw. diesen entsprechende Rechte an die Hand geben will. Des Weiteren dürfte sich eine rechtswidrige Genehmigungspraxis des BfArM auch nicht als *europarechtswidrige* „Inländerdiskriminierung“ ausweisen lassen. Soweit ein deutscher Produzent nämlich lediglich geltend machen kann, bei Produktion und Vertrieb inländisch hergestelltem medizinischen Cannabis aufgrund der hiesigen Umsetzung des Artikel 23 Abs. 2 lit.d) EinheitsÜbk Nachteilen ausgesetzt zu sein, da bzw. soweit sie sich mit ihrer Produktion nicht im Rahmen des EU-Binnenmarkts betätigt, dürfte von vornherein ein *reiner Inlandssachverhalt* vorliegen.³⁹ Entschlüsse sich ein ausländisches Unternehmen, in Deutschland medizinisches Cannabis zu produzieren und zu vermarkten, unterläge es nämlich denselben restriktiven Regeln (§ 19 Abs. 2a BtMG) wie der deutsche Produzent.⁴⁰ Die faktische Privilegierung ausländischer, importierender Unternehmen mag sich also zwar wirtschaftlich diskriminierend für ein inländisches Unternehmen der gleichen Sparte auswirken (und demnach eine *faktische* Inländerdiskriminierung darstellen), eine *europarechtliche* Diskriminierung liegt darin aber nicht.⁴¹

Argumentieren ließe sich aber, dass sich die restriktive Regelung des § 19 Abs. 2a BtMG im Lichte der extensiven Genehmigungspraxis des BfArM als ein unverhältnismäßiger Eingriff in die *Berufsfreiheit* (Artikel 12 GG) darstellt.⁴² § 19 Abs. 2a BtMG stellt sich, wie dargelegt, als eine wortlautgetreue Umsetzung von Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk dar. Es erscheint aber fraglich, ob sich die mit § 19 Abs. 2a BtMG verbundenen Beschränkungen „unter den veränderten rechtlichen und wirtschaftlichen Umständen“ noch als verhältnismäßig ausweisen lassen.⁴³ Denn zum einen haben sich mit der Praxis anderer Mitgliedsstaaten, der offensichtlich ein liberaleres Verständnis des Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk zugrundeliegt, die rechtlichen Rahmenbedingungen verändert; und zum anderen benachteiligt die (rechtswidrige) Importgenehmigungspraxis des BfArM offensichtlich inländische Produzenten medizinischen Cannabis in wirtschaftlicher Hinsicht.

³⁸ Vgl. Präambel des EinheitsÜbk . Vgl. auf der innerstaatlichen Ebene auch § 5 Abs. 2 BtMG.

³⁹ Vgl. nur *Streinz*, *Europarecht*, 12. Aufl. 2023, Rn. 853 ff., insbes. 856 („Das Unionsrecht verbietet diese Inländerdiskriminierung nicht, da die Grundfreiheiten nach gefestigter Rechtsprechung einen zwischenstaatlichen Sachverhalt voraussetzen.“); *Classen*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2021, § 22 Rn. 13 („Insbesondere das mit den Grundfreiheiten verbundene ‘Herkunftslandprinzip’ ... kann bewirken, dass für Importwaren bzw. -leistungen niedrigere Standards bestehen als für heimische Produkte“).

⁴⁰ So schon die mündliche Antwort des niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Gleichstellung v. 13.5.2015 (https://www.ms.niedersachsen.de/startseite/uber_uns/presse/presseinformationen/cannabisanbau-antwort-der-landesregierung-auf-die-muendliche-anfrage-landtagssitzung-am-130515-133679.html).

⁴¹ Vgl. *Streinz* (o. Fn. 39), Rn. 856 („Die Inländerdiskriminierung widerspricht zwar dem Binnenmarktgedanken, nicht aber dem Binnenmarktrecht.“).

⁴² Vgl. *Classen* (o. Fn. 39), § 22 Rn. 13 f.

⁴³ Vgl. *BVerfG* JZ 2007, 354 (355) (Meisterzwangentscheidung).

2. Einführung eines Open-house-Verfahrens als kleine Lösung?

Ein sogenanntes Open-house-Verfahren liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (wie das BfArM) *nicht bestimmte einzelne Vertragspartner* aussucht und mit diesen abschließt, sondern – offener – Bedingungen definiert, unter denen mit Anbietern, welche diese Bedingungen erfüllen, abgeschlossen wird.⁴⁴ Es erscheint indes fraglich, ob das gegenwärtige vergaberechtliche System (im Sinne einer gegenüber der Einführung eines Systems von Erlaubnissen mit Auflagen kleinen Lösung) durch ein derartiges „Open-house-Verfahren“, das „allen geeigneten inländischen Herstellern den Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken außerhalb der bereits geschlossenen Verträge ermöglicht“,⁴⁵ ersetzt werden kann (einer – entgegen unserer Überlegungen unter II. – engen Auslegung von Artikel 23 Abs. 2 lit. d) EinheitsÜbk das Wort redend).

Zunächst betreffen schon die Leitentscheidung des *EuGH* zur (europarechtlichen) Vergaberechtsfreiheit eines Open-house-Modells (Dr. Falk Pharma)⁴⁶ und die Folgeentscheidung (Tirkkonen)⁴⁷ anders gelagerte Sachverhalte als den Aufkauf der inländischen Produktion von medizinischem Cannabis: Dr. Falk Pharma hat sog. Rabattverträge von gesetzlichen Krankenkassen mit Arzneimittelherstellern zum Gegenstand. Soweit für ein bestimmtes Medikament ein derartiger Rabattvertrag besteht, muss die Apotheke im Falle einer Verschreibung, in der die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen ist, das betreffende (günstigere) Präparat verschreiben. Die Folgeentscheidung Tirkkonen betrifft das finnländische System der landwirtschaftlichen Betriebsberatung. Hier schließt die Maaseutuvirasto („Agentur für den ländlichen Raum“) Rahmenverträge mit Beratern, an die sich dann Landwirte wegen Beratungsleistungen wenden können, die wiederum durch die Agentur finanziert werden. In beiden Fällen betrifft das Open-house-procedere der deutschen Krankenkassen bzw. der finnischen Agentur also nur die *Zulassung* von Anbietern. Bereits vor diesem Hintergrund ist es zweifelhaft, ob auch ein „vollständiges Beschaffungsverfahren“,⁴⁸ in dessen Rahmen der öffentliche Auftraggeber eine Leistung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung beschafft, also etwa die inländische Produktion von medizinischem Cannabis aufkauft, europarechtskonform als Open-house-Modell ausgestaltet werden kann.⁴⁹

⁴⁴ Vgl. etwa *Burgi*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 15 Rn. 7; vgl. etwa auch von *Engelhardt/Kaelble*, *GWB* 2. Aufl. 2023, § 103 Rn. 81 („... Beschaffung von Waren und Dienstleistungen über ein reines Zulassungssystem ..., bei dem der öffentliche Auftraggeber sich bereit erklärt, mit allen interessierten Unternehmen einen Vertrag oder eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen abzuschließen“).

⁴⁵ In diese Richtung das Schreiben der Kanzlei HFK-Rechtsanwälte, Az. 451-17/SC/kl v. 27.4.2023, S. 3.

⁴⁶ *EuGH* v. 2.6.2016 – C-410/14 (Dr. Falk Pharma/DAK).

⁴⁷ *EuGH* v. 1.3.2018 – C-9/17 (Tirkkonen).

⁴⁸ Skeptisch zur Anwendbarkeit der Dr. Falk-Rspr. jenseits von Zulassungsverfahren daher *Schabel* *EuZW* 2016, 708 (709): „Es geht ... nicht um ein vollständiges Beschaffungsverfahren, sondern nur um eine Vorstufe, nämlich um die Zulassung“.

⁴⁹ Vgl. insoweit auch *Burgi* (o. Fn. 44), § 15 Rn. 7: „vor einer vorschnellen Zuordnung von Konstellationen zu dieser Kategorie (und damit zur Vergaberechtsfreiheit) [ist] zu warnen“.

Dem mag man nun entgegenhalten, dass für den *EuGH* der entscheidende Aspekt für die Zulässigkeit eines vergaberechtsfreien Open-house-Modells das Fehlen einer (potenziell diskriminierenden) *Auswahlentscheidung* darstellt.⁵⁰

„Auf die erste Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass ein Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinie darstellt.“

Dementsprechend bildet die *Auswahl* unter zulässigen Angeboten (Selektivität) und die anschließende Mitbewerber ausschließende Auftragsvergabe (Exklusivität) ein (ungeschriebenes) Merkmal eines öffentlichen Auftrags nach § 103 Abs. 1 GWB.⁵¹ Inwieweit europa- bzw. vergaberechtlich Raum für die Einführung eines Open-house-Verfahrens besteht, entscheidet sich vor diesem Hintergrund weniger an der Frage, ob lediglich ein Zulassungsverfahren vorliegt, sondern daran, ob eine durch Selektivität im vorstehenden Sinne gekennzeichnete Auswahlentscheidung stattfindet. Was nun den Ankauf der *gesamten* Produktion medizinischen Cannabis durch das BfArM anbelangt, lässt sich argumentieren, dass *insoweit* keine durch Selektivität gekennzeichnete Auswahlentscheidung erfolgt. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass es dabei um die Produktion zuvor lizenzierter Produzenten geht (vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. b) und c) EinheitsÜbk⁵²), sodass immer dann eine Auswahlentscheidung des BfArM im Raum steht und dem Aufkauf vorangeht, soweit nicht sämtliche Anbieter, die sich um Lizenzierung bemüht haben, im beantragten Umfang berücksichtigt werden.

Prof. Dr. Kai Ambos

apl. Prof. Dr. Peter Rackow

Göttingen, 7.9.2023

⁵⁰ *EuGH* v. 2.6.2016 – C-410/14 (Dr. Falk Pharma/DAK), para. 42.

⁵¹ *Heuvels*, in *Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht*, 2. Aufl. 2021, § 103 GWB, Rn. 14; vgl. auch *von Engelhardt/Kaelble, GWB* 2. Aufl. 2023, § 103 Rn. 81.

⁵² Vgl. o. Fn. 5.