SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI vom 22. Oktober 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Cour d'appel Brüssel ersucht Sie im Rahmen eines Strafverfahrens gegen einen belgischen Staatsangehörigen, dem vorgeworfen wird, mit nicht zugelassenen Farbstoffen zubereitete Nahrungsmittel eingeführt zu haben, um Auslegung der Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr und insbesondere des in Artikel 36 Satz 1 niedergelegten Grundsatzes, wonach Einfuhrverbote oder -beschränkungen, „die zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen ... gerechtfertigt sind", nicht verboten sind. Sie haben zu entscheiden, ob dieser Grundsatz auf innerstaatliche Rechtsvorschriften anwendbar ist, die im allgemeinen (jedoch mit einem Genehmigungsvorbehalt für die Verwaltung) das Inverkehrbringen von Lebensmitteln verbieten, denen Farbstoffe zugesetzt sind und die aus anderen Mitgliedstaaten, in denen ihre Vermarktung zulässig ist, eingeführt werden.

Ich fasse den Sachverhalt zusammen. Im Jahre 1978 beschlagnahmte die belgische Lebensmittelbehörde in einem Lager in Brüssel einige Konserven mit rot und schwarz eingefärbtem Lumpfischrogen, um sie zu analysieren. Dieses Erzeugnis der Marke „Popoff" wird von der Firma Wilhelm Erbst in Hamburg in den Verkehr gebracht und von Léon Motte aus Woluwé-Saint-Pierre nach Belgien eingeführt. Bei der Untersuchung stellte sich heraus, daß der Rogen zwei Farbstoffe (Cochenillerot A und Indigotin oder Indigo-Karmin) und ein Konservierungsmittel (Hexamethylentetramin) enthielt, die nach den belgischen Rechtsvorschriften nicht zugelassen waren.

Herr Motte wurde von der 18. Kammer des Tribunal correctionnel Brüssel mit Urteil vom 9. Mai 1984 von der Anklage freigesprochen, Lebensmittel, die verbotene Zusatzstoffe enthalten, eingeführt zu haben. Das erstinstanzliche Gericht stellte folgendes fest: a) Das zum Zeitpunkt der fraglichen Vorfälle verbotene Hexamethylentetramin sei später in die Liste der bei ungeräuchertem Fischrogen zugelassenen Zusatzstoffe aufgenommen worden; der Angeklagte komme somit in den Genuß des Artikels 2 Absatz 2 des Strafgesetzbuches, der wie folgt laute: „si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée"; b) das Verbot der Verwendung der beiden Farbstoffe, die im übrigen für andere Lebensmittel erlaubt seien, bei der Zubereitung von Lumpfischrogen stelle eine Vorschrift dar, die geeignet sei, die Einfuhren mengenmäßig zu beschränken, und die somit gegen die Artikel 30, 31 und 32 EWG-Vertrag verstoße.

Die Staatsanwaltschaft legte gegen das Urteil Berufung ein, und die 8. Strafkammer der Cour d'appel Brüssel bestätigte das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich des Vorwurfs der Verwendung von Hexamethylentetramin; im übrigen setzte sie das Verfahren mit Urteil vom 26. September 1984 aus, um dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: „Ist das Verbot im Arrêté royal vom 27. Juli 1978, Indigotin und Cochenillerot A bei der Zubereitung

* Aus dem Italienischen übersetzt.

von ungeräuchertem Fischrogen zu verwenden, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung des freien Warenverkehrs?"

2. Für das richtige Verständnis des Falles sind einige Bemerkungen zu den in Belgien geltenden Rechtsvorschriften über die Verwendung von Zusatzstoffen in Lebensmitteln und über die Gemeinschaftsregelung hinsichtlich der Farbstoffe erforderlich.

Die belgische Regelung ist recht einfach. Ein Farbstoff kann dann bei der Herstellung eines Lebensmittels verwendet werden, wenn die Kombination Farbstoff/Erzeugnis in der Liste der zulässigen Zusatzstoffe enthalten ist (Artikel 4 Absatz 1 der Loi relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits vom 24. Januar 1977 — Gesetz über den Schutz der Gesundheit der Verbraucher in bezug auf Nahrungsmittel und andere Erzeugnisse; *Moniteur belge* vom 8.4.1977, S. 4501). Das Verfahren für die Aufnahme des Stoffes in diese Liste umfaßt die Einholung einer Stellungnahme des Conseil supérieur d'hygiène, der die Schädlichkeit des Zusatzstoffes, den Grad der Verträglichkeit dieses Stoffes für den menschlichen Organismus sowie die Notwendigkeit, Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwendung des Zusatzstoffes zu beurteilen hat. Zur Durchführung der entsprechenden Bestimmung (Artikel 4 Absatz 2) wurde durch den Arrêté royal vom 27. Juli 1978 die Liste der in Nahrungsmitteln zulässigen Zusatzstoffe aufgestellt (*Moniteur belge*, 1978, S. 12523); sie wurde übrigens mehrmals nach dem im Arrêté royal vom 1. Dezember 1977 vorgesehenen Verfahren geändert (17. April 1980, 15. Oktober 1981, 22. Juni 1982 und 12. Juli 1984).

Die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Farbstoffe dürfen bei der Herstellung zahlreicher Erzeugnisse (Eis, einige Süßigkeiten, alkoholische Getränke) verwendet werden, nicht jedoch bei der Herstellung von Fischrogen. Für die Färbung dieses Erzeugnisses können hingegen andere Stoffe wie Brillantschwarz BN, Tartrazin, Amaranth, Erythrosin und Gelborange S verwendet werden.

Die gemeinschaftsrechtliche Regelung ist in der Richtlinie des Rates vom 23. Oktober 1962 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für färbende Stoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen, (ABl. 1962, S. 2645) enthalten. Für ein erstes Stadium der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sieht diese Richtlinie die Aufstellung einer einheitlichen Liste der färbenden Stoffe vor, deren Verwendung in Lebensmitteln zulässig ist. Gemäß Artikel 1 dürfen die Mitgliedstaaten nur die in der Gemeinschaftsliste aufgezählten färbenden Stoffe zulassen und die Verwendung der dort genannten Stoffe nicht allgemein verbieten. Gemäß Artikel 5 gilt die Richtlinie ferner „nicht für innerstaatliche Rechtsvorschriften, in denen festgelegt wird, welche Lebensmittel mittels der ... aufgezählten färbenden Stoffe gefärbt werden dürfen und unter welchen Bedingungen dies zu erfolgen hat".

3. In dem Verfahren vor dem Gerichtshof sind schriftliche Erklärungen vom Angeklagten des Ausgangsverfahrens, von der belgischen und der niederländischen Regierung und von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eingereicht worden. Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und Dänemarks haben nur in der mündlichen Verhandlung Ausführungen gemacht.

Alle vier Regierungen haben sich für die Vereinbarkeit des belgischen Verfahrens, das übrigens dem in den meisten anderen Mitgliedstaaten geltenden entspricht, mit dem Gemeinschaftsrecht ausgesprochen. Wie Artikel 5 der genannten Richtlinie zu entnehmen sei, werde dieses Verfahren angewandt, weil die Vorschriften über fär-

bende Stoffe bis jetzt nur ansatzweise harmonisiert seien. Dieses Verfahren entspreche im übrigen dem Grundsatz des Artikels 36 Satz 1 EWG-Vertrag, wonach Einfuhrverbote oder -beschränkungen nicht untersagt seien, die zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt seien.

Nach Ansicht der belgischen Regierung steht die streitige Regelung mit der Richtlinie von 1962 im Einklang. Erstens seien Cochenillerot und Indigotin nicht allgemein verboten, da sie zum Färben zahlreicher Erzeugnisse zugelassen seien; zweitens seien bei der Zubereitung von ungeräuchertem Fischrogen nur Stoffe zugelassen, die in der Gemeinschaftsliste aufgeführt seien. Bei der Auslegung gleichartiger Richtlinien für konservierende Stoffe und Stoffe mit antioxydierender Wirkung habe der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Festlegung der in Nahrungsmitteln zugelassenen Zusatzstoffe eingeräumt, wenn nur diese beiden Voraussetzungen erfüllt seien (Urteile vom 12. Juni 1980 in der Rechtssache 88/79, Grunert, Slg. 1980, 1827, und vom 5. Februar 1981 in der Rechtssache 108/80, Kugelmann, Slg. 1981, 433).

Das Gesetz vom 24. Januar 1977 und der Arrêté royal vom 27. Juli 1978 könnten also nicht gegen die Artikel 30 ff. EWG-Vertrag verstoßen. Der Handel zwischen Mitgliedstaaten würde nur dann behindert, wenn sich ergäbe, daß die Verwendung eines bei eingeführten Erzeugnissen verbotenen Farbstoffes für die gleichen Erzeugnisse inländischer Herstellung zugelassen wäre; das Verfahren für die Aufnahme von Zusatzstoffen in die belgische Liste gelte hingegen für beide Gruppen von Nahrungsmitteln.

Die niederländische und die dänische Regierung sowie die Bundesregierung stimmen diesem letzten Argument nicht zu. Ihres Erachtens ist ein in innerstaatlichen Vorschriften enthaltenes Verbot, bestimmte Farbstoffe bei der Zubereitung von Lebensmitteln zu verwenden, grundsätzlich geeignet, die Einfuhr von Nahrungsmitteln aus einem Mitgliedstaat, in dem diese Farbstoffe zugelassen sind, mittelbar zu behindern. Dies sei jedoch mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da durch die Richtlinien über die färbenden Stoffe, die Konservierungsstoffe und die Stoffe mit antioxydierender Wirkung im Bereich der Zusatzstoffe bei Nahrungsmitteln nur eine sehr bruchstückhafte Harmonisierung erfolgt sei und auch im Hinblick auf die Auslegung dieser Richtlinien durch den Gerichtshof (Urteile vom 5. Februar 1981 in der Rechtssache 53/80, Kaasfabriek Eyssen, Slg. 1981, 409, und vom 14. Juli 1983 in der Rechtssache 174/82, Sandoz, Slg. 1983, 2445).

4. Für die umgekehrte Lösung, nämlich die Rechtswidrigkeit der streitigen Regelung, haben sich die Kommission und natürlich der Angeklagte des Ausgangsverfahrens ausgesprochen.

Das Vorbringen der Kommission ist stark gegliedert. Sie räumt ein, daß die belgische Regelung der Richtlinie vom 23. Oktober 1962 entspreche (die beiden Zusatzstoffe seien jedenfalls nicht verboten und für Lumpfischrogen sei die Verwendung der Stoffe erlaubt, die in der Liste im Anhang der Richtlinie aufgezählt seien; sie verstoße jedoch gegen die Regelung der Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag. Zum Nachweis hierfür verweist sie zunächst auf die Note, die sie nach Erlaß des Urteils vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, „Cassis de Dijon", Slg. 1979, 649) verfaßt und den Mitgliedstaaten übermittelt habe. Darin werde festgestellt, daß die technischen und kommerziellen Vorschriften, die insbesondere die Zusammensetzung, die Bezeichnung, die Aufmachung und die Verpackung von Erzeugnissen regelten, jedes Hindernis für die Vermarktung aller Erzeugnisse in einem Mitgliedstaat, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig

hergestellt und in den Verkehr gebracht worden seien, ausschließen müßten. Bei Regelungen wie der belgischen sei dies offensichtlich nicht der Fall. Um nicht unter das Verbot des Artikels 30 EWG-Vertrag zu fallen, müßten sie also aus einem der Gründe des Artikels 36 oder unter einer der im Urteil „Cassis de Dijon" niedergelegten zwingenden Voraussetzungen gerechtfertigt sein.

Vor diesem Hintergrund untersucht die Kommission den Standpunkt des Gerichtshofes in den genannten Urteilen Grunert, Kugelmann, Eyssen, Sandoz und in den Urteilen vom 30. November 1983 in der Rechtssache 227/82 (van Bennekom, Slg. 1983, 3883) und vom 19. September 1984 in der Rechtssache 94/83 (Heijn, Slg. 1984, 3263). Wie bekannt, befassen sich diese mit innerstaatlichen Regelungen über Zusatzstoffe in Lebensmitteln, die als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen angesehen werden können, jedoch von der jeweiligen Regierung mit dem Erfordernis des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt wurden.

Dieser Rechtsprechung sind nach Auffassung der Kommission folgende Kriterien zu entnehmen: a) Die Verwendung von Farbstoffen sei im Gemeinschaftsrecht noch nicht geregelt, weshalb es den Mitgliedstaaten obliege, diese Verwendung im Hinblick auf die Schädlichkeit der Stoffe durch innerstaatliche Vorschriften zu regeln; b) die innerstaatlichen Regelungen dürften jedoch nicht gegen die Grundsätze über den freien Warenverkehr und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag) verstoßen; das Verbot der Verwendung eines bestimmten Stoffes dürfe also nicht die Möglichkeit ausschließen, diesen Stoff zuzulassen, wenn seine Verwendung mit dem Schutz der Gesundheit vereinbar sei und einem echten ernährungstechnischen Bedürfnis entspreche; c) es obliege den innerstaatlichen Behörden, die sich zur Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Warenverkehrs auf Artikel 36 beriefen, jeweils nachzuweisen, daß diese tatsächlich erforderlich seien, um die in dieser Vorschrift genannten Interessen, insbesondere die Gesundheit der Bevölkerung, zu schützen; d) unter Berücksichtigung der in der Wissenschaft bestehenden Unsicherheit über die Schädlichkeit der Farbstoffe sowie der verschiedenen Ernährungsgewohnheiten innerhalb der Gemeinschaft seien nach Artikel 36 auch Maßnahmen gerechtfertigt, die von den in bezug auf die gleichen Stoffe in einem anderen Mitgliedstaat angewandten abwichen.

Auf dieser Grundlage bewertet die Kommission die streitige Regelung. Wie schon gesagt, verstößt ihres Erachtens die Ausdehnung des Genehmigungsverfahrens auf in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnisse, auch wenn die Regelung mit der Richtlinie von 1962 in Einklang stehe, gegen das System der Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag. Dies wird Ihrer Rechtsprechung entnommen, wonach ein Mitgliedstaat die Einfuhr eines mit einem Farbstoff angereicherten Nahrungsmittels dann nicht behindern darf, wenn a) dieser Stoff in der der Richtlinie vom 23. Oktober 1962 beigefügten Liste enthalten ist, b) der Zusatz des Farbstoffes im Ursprungsstaat erlaubt ist und c) die Färbung des Erzeugnisses einem ernährungstechnischen Erfordernis entspricht.

Das Cochenillerot und das Indigotin seien zum Zeitpunkt der Einfuhr schon zweimal kontrolliert gewesen. Vor allem sei vor ihrer Aufnahme in die Gemeinschaftsliste ihre Schädlichkeit im Lichte der internationalen wissenschaftlichen Erkenntnisse und insbesondere der Arbeiten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses der Gemeinschaft über die Tageshöchstdosis von Zusatzstoffen ohne gesundheitliche Gefährdung untersucht worden. Außerdem seien die Risiken der Verwendung der beiden Stoffe vom Ursprungsstaat im Rahmen seines Genehmi-

gungsverfahrens für die Verwendung des Erzeugnisses geprüft worden. Hinzuzufügen sei, daß im Fall von Lumpfischrogen die Färbung einer unbestreitbaren ernährungstechnischen Notwendigkeit Rechnung trage.

Vorschriften wie die in Belgien geltenden stellten also Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen dar und fielen unter Artikel 30. Es lasse sich einwenden, die Mitgliedstaaten könnten den freien Warenverkehr unter Berufung auf die Ausnahmeregelung des Artikels 36 einschränken, da die Harmonisierung auf dem Gebiet der Farbstoffe nur teilweise erfolgt sei. Nach Auffassung der Kommission trifft dies jedoch hier nicht zu. Die streitige Regelung erfülle nicht die Voraussetzungen, die der Gerichtshof dieser Bestimmung entnehme, da die Einfuhr von mit Farbstoffen angereicherten Erzeugnissen darin a priori verboten werde, und zwar ohne Nachweis der durch ihre Einfuhr gegebenen Gesundheitsgefährdung. Auch die Berufung der Regierungen auf die Urteile in den Rechtssachen Eyssen, Sandoz und van Bennekom sei nicht relevant: Die in diesen Rechtssachen in Frage stehenden Zusatzstoffe (Nisin und Vitamine) seien nämlich nicht in den Gemeinschaftslisten enthalten gewesen, während die beiden heute zu beurteilenden Stoffe im Anhang der Richtlinie von 1962 aufgeführt seien.

In jedem Falle sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, da die Ausdehnung des Genehmigungsverfahrens auf eingeführte Erzeugnisse im Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck zu weit gehe. Das gleiche Ergebnis wäre zulässigerweise zu erreichen, wenn man den Importeur, der das mit dem Farbstoff zubereitete Erzeugnis in den Verkehr bringen wolle, verpflichte, die zuständigen Behörden davon zu unterrichten. Eine solche Regelung würde den Behörden nämlich die Möglichkeit geben, festzustellen, ob die Einfuhr des Erzeugnisses unter Berücksichtigung der Ernährungsgewohnheiten und des Vorhandenseins von Nahrungsmitteln auf dem Markt, die den gleichen Zusatz enthielten, für die Verbraucher die Gefahr mit sich bringen könnte, mehr als die Tageshöchstdosis zu sich zu nehmen. Der Handel würde jedoch dadurch in sehr viel geringerem Maße behindert.

Nach dem Vorbringen des Angeklagten des Ausgangsverfahrens wird die Unvereinbarkeit der betreffenden Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht durch zwei weitere Faktoren bewiesen: a) durch den Widerspruch zwischen dem Arrêté royal vom 27. Juli 1978 und Artikel 32 EWG-Vertrag, der den Mitgliedstaaten verbiete, die bei Inkrafttreten des Vertrages bestehenden Maßnahmen gleicher Wirkung einschränkender zu gestalten; b) durch die Unmöglichkeit, die vom belgischen Conseil supérieur d'hygiène vorgenommenen Beurteilungen der Notwendigkeit, Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwendung der Zusatzstoffe als nach Artikel 36 gerechtfertigte Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit zu verstehen.

5. Die Frage der Cour d'appel Brüssel, in eine dem Artikel 177 angemessenere Form gebracht, betrifft die Vereinbarkeit innerstaatlicher Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht, nach denen es vorbehaltlich einer behördlichen Genehmigung verboten ist, Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, die a) unter Verwendung von in der Gemeinschaftsliste der zugelassenen Zusatzstoffe genannten Farbstoffen hergestellt sind und b) im Ursprungsmitgliedstaat in den Verkehr gebracht worden sind. Dem vorlegenden Gericht sind also Kriterien an die Hand zu geben, die ihm erlauben, zu entscheiden, ob die für das Genehmigungsverfahren erforderliche vorherige Kontrolle auch für eingeführte Erzeugnisse, die schon im Herkunftsstaat einer gleichartigen Überprüfung unterworfen waren, vorgeschrieben werden darf oder ob sie mit den Bestimmungen des EWG-Vertrags und des abgeleiteten Rechts über den freien Warenverkehr unvereinbar ist.

So formuliert, ist die Frage nicht neu. Der Gerichtshof hat sich mit ihr in einigen Urteilen beschäftigt (in den schon genannten Rechtssachen Grunert, Eyssen, Sandoz, Kugelmann, van Bennekom, Heijn und in dem Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, Slg. 1981, 3277), die, abgesehen von den Besonderheiten jedes Einzelfalls, eine solide Grundlage für die Beantwortung der Vorlagefrage bieten. Ich sage gleich, daß die Argumente, die von den vier Regierungen für die Rechtmäßigkeit der streitigen Regelung angeführt werden, meines Erachtens in Ihrer Rechtsprechung zahlreiche Bestätigungen finden. Hingegen schließen die von Ihnen aufgestellten Grundsätze die Begründetheit der von der Kommission und vom Angeklagten des Ausgangsverfahrens vertretenen Thesen aus.

6. Zunächst ist festzustellen, daß alle Beteiligten, mit Ausnahme der belgischen Regierung, die betreffende Regelung für mit Artikel 30 EWG-Vertrag unvereinbar halten. Daran besteht übrigens kein Zweifel: Es liegt auf der Hand, daß ein allgemeines Verbot (mit Genehmigungsvorbehalt im Einzelfall), einem Lebensmittel bestimmte Farbstoffe zuzusetzen, die Einfuhr und das Inverkehrbringen des so hergestellten Erzeugnisses unmöglich macht (vgl. das Urteil Sandoz, Randnr. 8 der Entscheidungsgründe). Nach dieser Feststellung und dem Schluß daraus, daß Vorschriften wie die des Arrêté royal vom 27. Juli 1978 den innergemeinschaftlichen Handel behindern, ist zu entscheiden, ob und innerhalb welcher Grenzen die Mitgliedstaaten in ihrer Rechtsordnung solche Vorschriften erlassen oder beibehalten dürfen. Wie wir gesehen haben, sind die hierfür zu berücksichtigenden Bestimmungen in der Richtlinie des Rates vom 23. Oktober 1962 und in Artikel 36 EWG-Vertrag enthalten.

Vor diesem Hintergrund gehe ich nun auf die einzelnen Argumente der Kommission und des Angeklagten des Ausgangsverfahrens in der Reihenfolge, in der ich sie erwähnt habe, ein. Das erste wird darauf gestützt, daß Cochenillerot und Indigotin in der Liste im Anhang der Richtlinie enthalten seien: Nach Auffassung der Kommission verpflichtet die Aufnahme eines Zusatzstoffs in diese Liste die Mitgliedstaaten, ihn in jedem Falle zuzulassen, und bedeutet, da sie aufgrund der Untersuchungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses erfolgt sei, eine echte Garantie der Unschädlichkeit. Nun, die erstere Aussage ist sicher falsch. Der Zweck der Liste liegt nicht in der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Verwendung der in ihr aufgezählten Stoffe zuzulassen, sondern im Gegenteil darin, zu verhindern, daß die Staaten die Verwendung anderer als der aufgezählten Stoffe zulassen. Mit anderen Worten, die Liste stellt eine *negative* Verpflichtung oder — wenn man so will — ein Verbot auf.

Diese Auslegung wird durch die Artikel 1 und 5 der Richtlinie bestätigt: Gemäß Artikel 1 *dürfen* (also nicht: müssen) die Mitgliedstaaten die Verwendung eines Stoffes bei einem bestimmten Erzeugnis zulassen; gemäß Artikel 5 *gilt* die Richtlinie *nicht für* innerstaatliche Rechtsvorschriften, in denen festgelegt wird, welche Erzeugnisse mittels der aufgezählten Stoffe gefärbt werden dürfen. Aber auch der Zweck der Richtlinie (und das zählt mehr) geht in eben diese Richtung. Gemäß ihren Begründungserwägungen stellt sie nur das erste Stadium des Verfahrens zur Harmonisierung der einschlägigen Rechtsvorschriften dar, und dieses Stadium ist eben durch die Aufstellung einer abschließenden Liste der Stoffe gekennzeichnet, deren Verwendung zulässig ist. Wie ich schon sagte, liegt erst der Ansatz einer Angleichung vor: zu wenig, um tief in die Befugnis der Mitgliedstaaten einzugreifen, ihrerseits eine Liste von Erzeugnissen aufzustellen, die mit den in der Richtlinie aufgezählten Farbstoffen gefärbt werden dürfen, und die Voraussetzungen für ihre Verwendung festzulegen.

Mehr noch. Die Abfolge der Stadien, in denen die Harmonisierung dieses Bereichs erfolgen wird (heute die Liste, morgen die Spezifizierung der Erzeugnisse und der für jedes von ihnen zugelassenen Zusatzstoffe) ist mit derjenigen identisch, die der Gemeinschaftsgesetzgeber in den anderen Richtlinien über Lebensmittelzusatzstoffe (64/54 betreffend Konservierungsstoffe und 70/357 betreffend Antioxydierungsstoffe) vorgesehen hat. Auf den vorliegenden Fall können also die Ausführungen des Gerichtshofes in den Urteilen Grunert und Kugelmann zur Auslegung jener Richtlinien angewandt werden. Er führte aus: „Die Mitgliedstaaten haben eine gewisse Freiheit bei der Festlegung ihrer eigenen Regelung für den Zusatz von konservierenden Stoffen und Stoffen mit antioxydierender Wirkung in Lebensmitteln behalten, unter der zweifachen Voraussetzung, daß kein konservierender Stoff oder Stoff mit antioxydierender Wirkung zugelassen wird, der nicht in einer der den Richtlinien als Anhang beigefügten Listen enthalten ist, und daß die Verwendung eines konservierenden Stoffes oder Stoffes mit antioxydierender Wirkung, der dort aufgeführt ist, nicht vollständig untersagt wird" (Grunert, Randnr. 8 der Entscheidungsgründe). Dies gilt natürlich nicht für den Fall, daß der Zusatz einer „technologischen Notwendigkeit" entspricht (Kugelmann, Randnr. 7 der Entscheidungsgründe).

Zweitens scheint mir die These, wonach die Aufnahme eines Zusatzstoffs in die Gemeinschaftsliste ein Beleg für dessen Unschädlichkeit darstellt, etwas gewagt. Zunächst halte ich es für unwahrscheinlich, daß eine am 23. Oktober 1962 erlassene Richtlinie die jüngsten Forschungsergebnisse berücksichtigt. Außerdem ist es zweifelhaft, ob die Ergebnisse der Untersuchungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses die von der Kommission behauptete absolute Zuverlässigkeit für sich in Anspruch nehmen können. Ich schicke voraus, daß die zulässige Tageshöchstdosis eines Stoffes (0,5 Milligramm pro Kilogramm Körpergewicht im Fall der vorliegenden Farbstoffe) aufgrund der bei Tierversuchen gewonnenen Ergebnisse festgesetzt wurde. In der Stellungnahme des Ausschusses, die die Kommission ihren Erklärungen beigefügt hat, wird jedoch ausgeführt: „Die Ergebnisse werden um so besser übertragbar sein, je mehr die gewählte Tierart mit dem Menschen vergleichbar ist. Diese idealen Voraussetzungen sind leider selten gegeben, und es ist der Unterschiedlichkeit der Reaktionen und der Empfindlichkeit der verschiedenen für Labortests ausgewählten Tierarten und Rassen Rechnung zu tragen" (Bericht vom 22. Februar 1980, S. 22).

Aber dies ist nicht alles. Sehen wir uns andere Berichte des Ausschusses an: Wir können feststellen, daß für Cochenillerot A die Mutagenitätsstudien in vitro erfolgten und keine Stoffwechselexperimente stattfanden. Wir erfahren außerdem, daß das Indigotin zumindest „vom Darm ... geringfügig absorbiert" wird (Bericht 1984, Dok. EUR 8752, S. 59 bis 61, Anlage zu den Erklärungen der Kommission). Unter diesen Umständen muß auch im vorliegenden Fall der von Ihnen im Urteil Frans-Nederlandse Maatschappij aufgestellte und in den Urteilen Sandoz und van Bennekom bekräftigte Grundsatz angewandt werden. Sie haben dort festgestellt: „Soweit beim jeweiligen Stand der Forschung noch Unsicherheiten bestehen, [ist es] mangels einer Harmonisierung Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs ... zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollen." Man kann auch nicht, wie es die Kommission tut, einwenden, daß es sich in diesem Fall um Stoffe (Nisin und Vitamine) gehandelt habe, die nicht in den Gemeinschaftslisten enthalten seien. Nisin ist nämlich ausdrücklich in Artikel 6 der Richtlinie 64/54 erwähnt, und die Vitamine tauchen in diesen Listen nicht auf, weil sie fast immer unschädlich sind.

7. Das zweite Argument der Kommission ist noch schwächer: Da der Zusatz von Farbstoffen bei Lumpfischrogen im Ursprungsstaat zulässig sei, könne er im einführenden Staat nicht erneut zulassungspflichtig sein. Im Urteil Frans-Nederlandse Maatschappij — wo es um das Verbot eines mit giftigen Substanzen angereicherten Desinfektionsmittels ging — haben Sie demgegenüber ausgeführt, daß es einem Mitgliedstaat „nicht untersagt ist, [für die genannten Erzeugnisse] eine vorherige Zulassung vorzuschreiben, selbst wenn diese Erzeugnisse bereits in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen worden sind" (Randnr. 16 der Entscheidungsgründe). Der von Ihnen im Urteil Heijn aufgestellte Grundsatz ist für unsere Zwecke nicht weniger aufschlußreich: Die Mitgliedstaaten können hinsichtlich der Lebensmittel, die Zusatzstoffe enthalten, Regelungen treffen, die „je nach Land nach Maßgabe der klimatischen Verhältnisse, der Ernährungsgewohnheiten der Bevölkerung sowie deren Gesundheitszustand unterschiedlich sein mögen. Sie können dabei [für ein und denselben Stoff] bei verschiedenen Nahrungsmitteln unterschiedliche Prozentsätze zulassen" (Randnr. 16 der Entscheidungsgründe).

Bekanntlich sind diese Grundsätze in diesen und in anderen Urteilen abgeschwächt worden. So darf der einführende Mitgliedstaat nicht ohne Not technische oder chemische Analysen oder Laborversuche verlangen, wenn die gleichen Analysen und Versuche bereits in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt worden sind und ihre Ergebnisse ihm zur Verfügung stehen (sinngemäß Frans-Nederlandse Maatschappij, Randnr. 14 der Entscheidungsgründe). Sie bleiben jedoch gültig, und der Gerichtshof sollte sie weiter energisch vertreten, wenn er verhindern will, daß die Ausübung der in Artikel 36 jedem Mitgliedstaat eingeräumten Befugnis alle anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft bindet. Würde man der These der Kommission folgen, so wären diese Staaten nämlich gezwungen, ihre Rechtsvorschriften denen desjenigen Staates anzupassen, der im Bereich des Gesundheitsschutzes die großzügigste Haltung eingenommen hätte. Die Vertragsbestimmung würde dadurch in einem ihnen völlig fremden Sinne die Rolle eines Instruments zur Harmonisierung der innerstaatlichen Vorschriften aufgrund der geringeren Sensibilität für die Gesundheitsprobleme spielen.

8. Das dritte Argument der Kommission stützt sich auf das technologische oder ernährungstechnische Erfordernis, dem die Färbung des Lumpfischrogens entspreche. Der Staat, der dieses Erfordernis nicht beachte, indem er die Stoffe verbiete, die geeignet seien, es zu erfüllen, handele Ihrer Rechtsprechung zuwider. Auch hier bin ich nicht einverstanden. Lebensmittelzusätze sind nämlich nur dann technologisch erforderlich, wenn ihre Verwendung in den Stadien des Herstellungsprozesses des Erzeugnisses unerläßlich ist (man denke an die Konservierungsstoffe, die Emulgatoren und die Geliermittel). Der Grund für die Färbung unserer Nahrung ist ein wesentlich anderer: Er ist organoleptischer oder, wenn man so will, psychologischer Art, was durch die Tatsache bewiesen wird, daß auf dem Gemeinschaftsmarkt für diejenigen Geister, die dem gastronomischen Blendwerk gegenüber eher standhaft sind oder mehr auf die Unverfälschtheit ihrer Nahrungsmittel achten, ungefärbter Fischrogen erhältlich ist. Es erscheint mir deshalb völlig abwegig, ein Erfordernis, wie es das ist, Fischrogen dadurch appetitlicher zu machen, daß man sein Aussehen — aber natürlich nicht seinen Geschmack — demjenigen des edleren Erzeugnisses, nämlich des Kaviars und des Rogens bestimmter Lachse und Karpfen, annähert, als ein technologisches oder ernährungstechnisches Erfordernis auszugeben.

9. In vierter Linie trägt die Kommission vor, die streitige Regelung verbiete die Einfuhr der gefärbten Erzeugnisse a priori; sie

enthebe nämlich den einführenden Staat der Verpflichtung, die von der Einfuhr solcher Erzeugnisse ausgehende Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung zu begründen. Dieses Vorbringen ist leicht zu widerlegen. In der vorliegenden Regelung ist das Verbot nämlich nicht absolut, sondern stellt die zentrale Bestimmung eines flexiblen Systems dar, in dem es möglich ist, den Anträgen der Erzeuger und Importeure stattzugeben, zumindest wenn der Schutz der Gesundheit dies nicht hindert. Der Beweis für das Vorliegen eines solchen Hindernisses ist natürlich von der Behörde zu erbringen.

Aus den Akten ergibt sich außerdem, daß die Genehmigung zur Vermarktung des gefärbten Lumpfischrogens deshalb nicht erteilt wurde, weil weder der Angeklagte des Ausgangsverfahrens noch andere Importeure das vorgeschriebene Verfahren in Gang gesetzt hatten.

10. Schließlich trägt die Kommission vor, die belgische Regelung sei im Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck nicht angemessen und verletze also den von Ihnen in den Urteilen Sandoz und van Bennekom (Randnrn. 18 und 39 der Entscheidungsgründe) auf den Bereich des Gesundheitsschutzes für anwendbar erklärten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine Verpflichtung des Importeurs, den eigenen Behörden die Absicht mitzuteilen, ein Erzeugnis, das den im Ursprungsstaat rechtmäßig hergestellten und zum Verbrauch zugelassenen Farbstoff enthalte, zu vermarkten, wäre ebenso wirksam und weniger beschränkend.

Auch hier bin ich anderer Meinung, und nicht nur deshalb, weil die eingeführten Erzeugnisse, wenn man sie von dem Genehmigungsverfahren ausnähme, eine Vorzugsstellung erhalten würden, die geeignet wäre, das Gleichgewicht des Marktes zu stören, und die im Hinblick auf den Vertrag nicht gerechtfertigt wäre. Entscheidend ist, daß das von der Kommission vorgeschlagene System die Gefahr in sich birgt, die Dinge so zu lassen, wie sie sind, oder sie bedeutend zu verschlechtern. Es würde nämlich entweder eine ernsthafte Überprüfung zur Feststellung der eventuellen Schädlichkeit des Erzeugnisses bedeuten und damit schließlich nicht weniger einschränkend sein als das zu ersetzende Verfahren, oder aber es würde sich auf eine bürokratische Formalität reduzieren und damit sicher zur Verwirklichung der Ziele der Lebensmittelkontrolle ungeeignet sein. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

11. Keines der Argumente der Kommission hält also einer eingehenden Prüfung stand. Das gleiche gilt für die Argumente des Angeklagten des Ausgangsverfahrens. Sein Hinweis auf die „Stand still"-Verpflichtung (Artikel 32 EWG-Vertrag) ist nämlich unbegründet, da sich die Ausnahmeregelung des Artikels 36 ausdrücklich auf alle „Bestimmungen der Artikel 30 bis 34" bezieht. Sein zweites Argument ist ebenso unzutreffend. Er macht geltend, die vom belgischen Conseil supérieur d'hygiène durchgeführten Untersuchungen zur Feststellung der Notwendigkeit, Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwendung der Zusatzstoffe stehe in keinem Zusammenhang mit dem Schutz der Gesundheit. Das mag zutreffen. Der Angeklagte des Ausgangsverfahrens vergißt jedoch, daß die betreffende Einrichtung auch die Schädlichkeit des Zusatzstoffs und den Grad seiner Verträglichkeit für den Menschen zu beurteilen hat.

12. Ich schlage dem Gerichtshof demgemäß vor, die von der 8. Strafkammer der Cour d'appel Brüssel mit Urteil vom 26. September 1984 im Rahmen des Strafverfahrens gegen Léon Motte aus Woluwé-Saint-Pierre vorgelegte Frage folgendermaßen zu beantworten:

Beim gegenwärtigen Stand der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Lebensmittel, denen färbende Stoffe zugesetzt sind, sind die Bestimmungen des EWG-Vertrages und des abgeleiteten Rechts auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs dahin gehend auszulegen, daß sie es einem Mitgliedstaat nicht verbieten, Bestimmungen zu erlassen, die den Zusatz dieser Stoffe aus den in Artikel 36 EWG-Vertrag genannten Gründen des Gesundheitsschutzes vorbehaltlich einer behördlichen Genehmigung untersagen, wenn die Modalitäten für die einheimischen und die eingeführten Erzeugnisse die gleichen sind und den letzteren keine über das erforderliche Maß hinausgehenden Belastungen auferlegen.

Eine Genehmigung für das Inverkehrbringen kann vorgesehen werden, auch wenn die Herstellung und die Zulassung zum Verbrauch dieser Erzeugnisse bereits in einem anderen Mitgliedstaat genehmigt worden sind. Die Behörden des einführenden Staates dürfen jedoch nicht ohne Not technische oder chemische Analysen oder Laborversuche verlangen, wenn solche Untersuchungen bereits in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt worden sind und ihre Ergebnisse diesen Behörden zur Verfügung stehen oder auf Verlangen zur Verfügung gestellt werden können.