SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 27. Februar 2003 [1]

1. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beantragt beim Gerichtshof, festzustellen, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 28 EG und 30 EG verstoßen hat, dass sie auf in anderen Mitgliedstaaten hergestellte und in den Verkehr gebrachte Getränke eine Regelung angewandt hat, die die Vermarktung von Energiegetränken, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze übersteigt, in Italien verbietet, ohne darzutun, weshalb diese Grenze zum Schutz der Gesundheit erforderlich und verhältnismäßig sein soll.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Die gemeinschaftliche Regelung*

2. Es gibt keine gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften, die den Zusatz von Nährstoffen zu Lebensmitteln des allgemeinen Verzehrs bestimmen.

B — *Das nationale Recht*

3. Artikel 15 Absatz 3 des Decreto del Presidente della Repubblica Nr. 719 vom 19. Mai 1958 (GURI Nr. 178 vom 24. Juli 1958, S. 3081, im Folgenden: DPR Nr. 719/58) mit dem Titel „Verordnung über Hygienevorschriften für die Herstellung von und den Handel mit in geschlossenen Behältnissen abgefülltem kohlensäurehaltigem Mineralwasser sowie nichtalkoholischen Getränken mit oder ohne Kohlensäure" bestimmt:

„Der Zusatz von anderen als in dieser Verordnung angegebenen Stoffen, die nicht schon durch das Hochkommissariat für Hygiene und die Gesundheit der Bevölkerung anerkannt wurden, muss von dem Hochkommissariat auf Vorschlag der Gesundheitsbehörde der Provinz, in der die Fabrik ihren Sitz hat, und nach Stellungnahme des Provinzialrats für Gesundheit im Einzelfall genehmigt werden."

II — Sachverhalt und Vorverfahren

4. Die Kommission wurde auf Import- und Vermarktungshindernisse in Italien für be-

1 — Originalsprache: Französisch.

stimmte Energiegetränke aufmerksam gemacht, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden. Diese Getränke, zu denen auch die Marken Red Bull, CULT und GUVI gehörten, sind durch einen Koffeingehalt, dessen Menge zwischen 250 und 320 mg/l variiert, und oft durch das Vorhandensein anderer Substanzen wie z. B. Taurin gekennzeichnet.

5. Auf der Grundlage des Decreto legislativo Nr. 111 vom 27. Januar 1992 und nach einer Stellungnahme des Obersten Rates für Gesundheit (im Folgenden: ORG) vom 13. Dezember 1995 verboten die italienischen Behörden zunächst die Vermarktung dieser Getränke, insbesondere derjenigen, die Taurin enthielten.

6. Später änderten die italienischen Behörden jedoch ihre Meinung und genehmigten die Vermarktung der genannten Getränke in Italien, allerdings unter der Bedingung, dass ihr Koffeingehalt 125 mg/l nicht übersteigt.

7. Da die Kommission diese Höchstgrenze als eine nach Artikel 28 EG verbotene und nicht nach Artikel 30 EG gerechtfertigte Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung ansieht, richtete sie mit Datum vom 4. Oktober 1996 eine schriftliche Aufforderung zur Äußerung an die italienische Regierung, da es keine geeigneten wissenschaftlichen Beweise gebe, dass die Überschreitung dieser Höchstgrenze der Gesundheit schaden könne.

8. In ihrem Antwortschreiben vom 8. Januar 1997 stellten die italienischen Behörden fest, dass infolge der Entscheidungen des Gesundheitsministeriums vom 13. Dezember 1995 in Italien künftig keine Hindernisse für die Vermarktung der betreffenden Getränke mehr bestünden, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig verkauft würden, sofern ihr Koffeingehalt nicht die Höchstgrenze 125 mg/l überschreite, die übereinstimmend mit den geltenden italienischen Rechtsvorschriften, insbesondere dem DPR Nr. 719/58, bald auf 150 mg/l heraufgesetzt werde.

9. Da die Kommission die Antwort der italienischen Behörden als unzureichend betrachtete, schickte sie ihnen am 23. September 1997 eine mit Gründen versehene Stellungnahme.

10. Mit Schreiben vom 11. Dezember 1997 wiesen die italienischen Behörden darauf hin, dass das Gesundheitsministerium eine neue Stellungnahme des ORG angefordert habe, und baten die Kommission, vorläufig das Vertragsverletzungsverfahren auszusetzen und die Antwort des ORG abzuwarten.

11. Mit Schreiben vom 6. März 1998 informierten die italienischen Behörden die Kommission darüber, dass der ORG fest-

gestellt habe, dass die betreffenden Getränke nach gegenwärtigem Wissensstand keine begründete Besorgnis bezüglich der Gesundheit hervorriefen und dass ihre Vermarktung durch ein Rundschreiben, von dem sie eine Kopie beilegten, genehmigt worden sei. Dieses sehe vor, dass dem Verbraucher bestimmte Informationen durch Angaben und Warnungen auf einem Etikett mitzuteilen seien.

12. Mit Schreiben vom 2. April 1998 antwortete die Kommission insbesondere, dass die italienischen Behörden, obwohl ein Rundschreiben eine geeignete Lösung sei, um die sofortige Beachtung gemeinschaftlicher Vorschriften im Bereich des freien Warenverkehrs zu garantieren, von der Verpflichtung, die streitigen Vorschriften endgültig und nach den üblichen Verfahren innerhalb kürzester Frist abzuändern, nicht befreit seien.

13. Mit Schreiben vom 18. Juni 1998 teilte das Gesundheitsministerium der Kommission die Veröffentlichung des Rundschreibens Nr. 5 vom 3. April 1998 (GURI Nr. 101, Serie generale, vom 4. Mai 1998, S. 72) mit dem Titel „Getränke gemeinschaftlichen Ursprungs mit hohem Koffein- und Tauringehalt" mit und erklärte, dass die Bemerkungen der Kommission bei der Anwendung des Rundschreibens beachtet werden.

14. Unterdessen nahm die Kommission mit den Wirtschaftsteilnehmern, die sich beschwert hatten, Kontakt auf, die ihr bestätigten, dass der freie Warenverkehr von Getränken aus anderen Mitgliedstaaten in Italien aufgrund des Rundschreibens Nr. 5 vom 3. April 1998 in der Praxis sichergestellt sei.

15. Mit Telefax vom 14. April 1999 erinnerte die Kommission die italienischen Behörden jedoch daran, dass sie sich verpflichtet hätten, eine geeignete Vorschrift, nämlich eine gesetzliche Änderung zur Regelung der fraglichen Materie, zu verabschieden.

16. Die italienischen Behörden übermittelten der Kommission einen Entwurf einer Verordnung des Ministeriums für Industrie, Handel und Handwerk mit dem Titel „Regelung der Herstellung von und des Handels mit Tafelwasser und nichtalkoholischen Getränken".

17. Auch wenn die Kommission der Ansicht war, dass zu dem Verordnungsentwurf in Bezug auf die Reichweite der Klausel über die gegenseitige Anerkennung Verschiedenes zu bemerken sei, wies sie in einem Schreiben vom 22. November 1999 darauf hin, dass mit Annahme des genannten Entwurfs das Vertragsverletzungsverfahren abgeschlossen werde.

18. Nachdem die Kommission die italienischen Behörden noch mehrmals darauf hingewiesen hatte, dass es notwendig sei, eine Gesetzesänderung bei der streitigen Vorschrift vorzunehmen, teilten diese am 13. November 2000 der Kommission einen als Anhang den Text des DPR Nr. 719/58

enthaltenden Verordnungsentwurf mit, der die Gesetzgebung im Bereich der Herstellung und des Verkaufs von nichtalkoholischen Getränken im Allgemeinen, einschließlich der koffeinhaltigen, aktualisieren sollte und in Artikel 9 eine Klausel über die gegenseitige Anerkennung enthält, die die in anderen Staaten der Europäischen Union und in den Signatarstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten nichtalkoholischen Getränke vom Anwendungsbereich der Verordnung ausschließt.

19. Wie schon in ihrem Schreiben vom 22. November 1999 wies die Kommission die italienischen Behörden darauf hin, dass die Klausel über die gegenseitige Anerkennung in einigen Punkten abgeändert werden müsse, um jegliche Zweideutigkeit zu vermeiden. Da die Italienische Republik darauf nicht reagierte, fragte die Kommission mit Schreiben vom 9. April 2001 unter Bezugnahme auf ihr vorhergehendes Schreiben vom 22. November 1999 die italienischen Behörden, ob sie die Bemerkungen zum mitgeteilten Entwurf erhalten hätten und innerhalb welcher Frist die italienische Regierung die Verordnung anzunehmen beabsichtige.

20. Da der ursprüngliche Text des DPR Nr. 719/58 immer noch in Kraft war und keine gesetzliche Änderung zur Anpassung an die gemeinschaftliche Gesetzgebung bezüglich der Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten hergestellten und in den Verkehr gebrachten nichtalkoholischen Getränke vorgenommen wurde, hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

III — Anträge der Parteien

21. Die Kommission beantragt in ihrer am 23. Oktober 2001 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingereichten Klageschrift,

— festzustellen, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 28 EG und 30 EG verstoßen hat, dass sie auf in anderen Mitgliedstaaten hergestellte und in den Verkehr gebrachte Getränke eine Regelung angewandt hat, die die Vermarktung von Energiegetränken, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze übersteigt, in Italien verbietet, ohne darzutun, weshalb diese Grenze zum Schutz der Gesundheit erforderlich und verhältnismäßig sein soll;

— die Italienische Republik zur Tragung der Kosten des Verfahrens zu verurteilen.

22. Die Italienische Republik beantragt, die Klage als unbegründet abzuweisen.

IV — Analyse

A — *Vorbringen der Parteien*

23. Die *Kommission* macht geltend, auch wenn es nicht möglich sei, die rechtliche Grundlage für das Importverbot und das Verbot für die Vermarktung von nichtalkoholischen Getränken mit einem höheren Koffeingehalt als 125 mg/l in Italien eindeutig zu identifizieren, sei unbestreitbar, dass ein solches Verbot weiter bestehe. Dies werde bestätigt durch die Beschwerden von einigen Herstellern von nichtalkoholischen Energiegetränken in der Gemeinschaft ihr gegenüber, durch den Wortlaut des Artikels 15 Absatz 3 des DPR Nr. 719/58 und durch die Tatsache, dass die italienischen Behörden selbst die Notwendigkeit, wenn nicht sogar die Verpflichtung anerkannt hätten, verschiedene z. Zt. gültige Vorschriften im Bereich der nichtalkoholischen Getränke abzuändern und aufzuheben, wie die Verabschiedung des ministeriellen Rundschreibens Nr. 5 vom 3. April 1998 und des ihr mitgeteilten Verordnungsentwurfs bewiesen.

24. Die Kommission ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Artikeln 28 EG und 30 EG sowie insbesondere des Urteils vom 12. März 1987 (Kommission/Deutschland, „Reinheitsgebot für Bier")[2] der Ansicht, dass die zugrunde liegende Frage somit offenbar unstreitig sei.

25. Auf jeden Fall macht die Kommission in Bezug auf eine eventuelle Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen geltend, dass man kaum, wie es die italienischen Behörden tun, einerseits behaupten könne, dass die Getränke mit höherem Koffeingehalt eine Gefahr für die Gesundheit darstellten, und andererseits ihre Vermarktung gestatten könne, was die Italienische Republik durch das ministerielle Rundschreiben Nr. 5 vom 3. April 1998 getan habe.

26. Außerdem unterstreicht die Kommission, dass die Mitteilung des ORG vom 13. Dezember 1995, auf die die italienischen Behörden sich beziehen, überholt sei, da der ORG danach noch eine Stellungnahme abgegeben habe, wonach die streitgegenständlichen Getränke der Gesundheit nicht schadeten. Nach Ansicht der Kommission werde diese letzte Stellungnahme u. a. durch die des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses vom 21. Januar 1999 bestätigt.

27. Nach Meinung der Kommission betrifft der Streit vielmehr die von der Italienischen Republik ergriffene Maßnahme zur Anpassung ihres Rechts an die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze, nachdem dessen Unvereinbarkeit einmal festgestellt gewesen sei. Da ein Mitgliedstaat gemäß dem Urteil Kommission/Deutschland vom 20. März 1997[3] seinen Verpflichtungen aus einer Richtlinie nicht durch ein ein-

2 — Rechtssache 178/84 (Slg. 1987, 1227).

3 — Rechtssache C-96/95 (Slg. 1997, I-1653).

faches Rundschreiben, das die Verwaltung beliebig ändern könne, nachzukommen vermöge, könne man nicht der Meinung sein, dass schon das Rundschreiben Nr. 5 vom 3. April 1998 Artikel 15 des DPR Nr. 719/58, der die streitigen Bestimmungen enthalte, abändern könne.

28. Die *italienische Regierung* verteidigt sich, indem sie geltend macht, die Festlegung einer Höchstgrenze des Koffeingehalts sei insbesondere durch die vom Gesundheitskontrollorgan durchgeführten Auswertungen gerechtfertigt. Sie ist der Ansicht, dass der ganze Fragenkomplex unter dem Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit der von den italienischen Gesundheitsbehörden eingenommenen wissenschaftlichen Positionen zu lösen sei. Eine andere Lösung führe dazu, dass Artikel 30 EG ausgehöhlt werde, indem das nicht willkürliche Ermessen des Mitgliedstaates durch die subjektive Meinung der Gesundheitsbehörden eines anderen Mitgliedstaates ersetzt werde, was rechtmäßig, aber seinem Wesen nach sicherlich nicht unangreifbar sei.

29. Die Kommission sei verpflichtet, wissenschaftliche Beweise dafür vorzulegen, dass bei den italienischen Umweltbedingungen die Festlegung der Höchstgrenze des zulässigen Koffeingehalts, die in der Mehrzahl der Fälle für die Gesundheit der Verbraucher nicht schädlich sei, nicht den Kriterien einer verantwortungsvollen Abwägung der betroffenen Interessen entspreche.

30. Die italienische Regierung fügt jedoch hinzu, dass sie weiter beabsichtige, ihren Standpunkt bezüglich des maximal zulässigen Koffeingehalts alkoholischer Getränke unter Einbeziehung der Regelungen, die die Zusammensetzung der nichtalkoholischen Getränke reglementierten, zu formalisieren. Jedoch besteht sie darauf, dass diese Absicht weder einer rechtlichen Verpflichtung noch einer absoluten Notwendigkeit entspreche, da eine technische Regelung, wie die in Aussicht genommene, notwendigerweise an den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse gebunden sei und mögliche Wechselwirkungen von in den anwendbaren Vorschriften genannten oder nicht genannten Zutaten bestimmter alkoholischer Getränke nicht berücksichtige. Die Beibehaltung eines spezifischen Befugnisvorbehalts in Bezug auf die Verwendung nicht vorgesehener Zutaten diene im Gegenteil der genauen Bewertung der Wechselwirkungen zwischen ihnen und folglich dazu, das Leben und die Gesundheit der Verbraucher zu schützen, die nicht der Gewinnorientierung oder abstrakten Auslegungen des EG-Vertrags geopfert werden dürften.

31. Die italienische Regierung weist auch darauf hin, dass die für importierte Getränke aus anderen Mitgliedstaaten anwendbare Vorschrift ebenso für die in Italien produzierten Getränke gelte.

32. In ihrer Gegenerwiderung bestätigt die italienische Regierung nochmals, dass ein Gesetz ausgearbeitet worden sei, das die Regelungen abändern soll, die als nicht an die ständige Verwaltungsübung der anderen Gesundheitsbehörden der Gemeinschaft angeglichen angesehen worden seien, und dass der betreffende Text dem Organ, das alle betroffenen Gebietskörperschaften

repräsentiere, im April 2002 zur Prüfung vorgelegt worden sei. Außerdem habe es das Rundschreiben Nr. 5 vom 3. April 1998 erlaubt, in Italien Waren mit höherem Koffeingehalt in den Verkehr zu bringen, als nach den einschlägigen Vorschriften zulässig gewesen sei.

B — *Würdigung*

33. Aus den Akten geht hervor, dass zum Zeitpunkt des Ablaufs der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist, der nach ständiger Rechtsprechung [4] der Zeitpunkt ist, zu dem das Vorliegen einer Vertragsverletzung zu beurteilen ist und der im vorliegenden Fall Ende November 1997 [5] liegt, in Italien ein Vermarktungsverbot für rechtmäßig in anderen Mitgliedstaaten verkaufte Energiegetränke bestand, deren Koffeingehalt 125 mg/l überschritt.

34. Zwar bestehen sogar nach einer schriftlichen Frage des Gerichtshofs zu diesem Punkt immer noch Ungenauigkeiten über die internen italienischen Rechtsgrundlagen für dieses Verbot — Artikel 15 Absatz 3 des DPR Nr. 719/58 sieht in der Tat kein solches Verbot vor —, doch hat die italienische Regierung bis zum genannten Zeitpunkt nie das Vorliegen dieses Verbots bestritten. Sie hat es insbesondere in der Antwort vom 8. Januar 1997 auf die schriftliche Aufforderung zur Äußerung sogar ausdrücklich eingeräumt.

35. Auch wenn das Verbot nur in Form einer Verwaltungspraxis bestanden hätte, könnte sie eine Vertragsverletzung darstellen [6].

36. Da dieses Vermarktungsverbot, insoweit als es auf importierte Waren angewandt wird, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Importbeschränkung im Sinne des Artikels 28 EG darstellt, stellt sich folglich die Frage, ob sie durch Erfordernisse nach Artikel 30 EG, insbesondere durch das Erfordernis des Schutzes des Lebens und der Gesundheit von Menschen, gerechtfertigt ist.

37. Nach ständiger Rechtsprechung obliegt es den zuständigen nationalen Behörden, in jedem Fall nachzuweisen, dass ihre Regelung zum effektiven Schutz der in

4 — Siehe insbesondere Urteil vom 2. Mai 1996 in der Rechtssache C-133/94 (Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2323, Randnr. 17) und vom 16. Januar 2003 in der Rechtssache C-122/02 (Kommission/Belgien, Slg. 2003, I-833, Randnr. 11).

5 — Im vorliegenden Fall sah die mit Gründen versehene Stellungnahme eine Frist von zwei Monaten ab der Mitteilung an die italienische Regierung für den Erlass der Maßnahmen vor, die erforderlich waren, um die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen. Die Mitteilung der mit Gründen versehenen Stellungnahme an die italienische Regierung erfolgte mit Schreiben vom 23. September 1997. Das Datum des Ablaufs der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist liegt folglich Ende November 1997.

6 — Siehe z. B. Urteile vom 9. Mai 1985 in der Rechtssache 21/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 1355, Randnr. 12), vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-187/96 (Kommission/Griechenland, Slg. 1998, I-1095, Randnr. 23) und vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-185/96 (Kommission/Griechenland, Slg. 1998, I-6601, Randnr. 35).

Artikel 30 EG genannten Belange erforderlich ist und insbesondere dass die Vermarktung der betreffenden Ware ein Gesundheitsrisiko darstellt [7].

38. Nun schließe ich mich aber der Ansicht der Kommission an, nach der die italienische Regierung nicht nachweist, dass das ab Ende November 1997 geltende Verbot zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt ist.

39. Denn der einzige von der italienischen Regierung vorgelegte Beweis besteht in der Stellungnahme des ORG vom 13. Dezember 1995.

40. Nun bezieht sich diese Stellungnahme aber, unabhängig davon, dass sie der ORG selbst, wie sich aus dem Schreiben der italienischen Behörden vom 6. März 1998 ergibt, später revidiert hat, ihrem Inhalt nach auf jeden Fall auf Getränke, die einen hohen Koffein- *und* Tauringehalt haben und außerdem einen Koffeingehalt von 320 mg/l haben, was mehr als das Doppelte der Höchstgrenze von 125 mg/l darstellt.

41. Man kann folglich aus dieser Stellungnahme nicht ableiten, dass das Vermarktungsverbot in Italien von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig verkauften Energiegetränken mit einem Koffeingehalt, der 125 mg/l übersteigt, notwendig ist, um die Gesundheit und das Leben von Menschen wirksam zu schützen.

42. In ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes macht die italienische Regierung nochmals geltend, dass das der Vertragsverletzungsklage zugrunde liegende Problem ihrer Ansicht nach durch die Annahme des Rundschreibens Nr. 5 vom 3. April 1998 gelöst worden sei.

43. Dieser Umstand erlaubt jedoch nicht den Schluss, dass die Vertragsverletzungsklage nicht begründet ist. Wie schon oben ausgeführt, ist „nach ständiger Rechtsprechung das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Lage zu beurteilen..., in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde; später eingetretene Veränderungen können vom Gerichtshof nicht berücksichtigt werden“ [8].

44. Im Übrigen kann man sich nicht der in der Klageschrift vorgebrachten Ansicht der Kommission anschließen, dass der Streit vielmehr auf die vom italienischen Staat angenommene Maßnahme zur Anpassung seines Rechts an die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze betreffe, nachdem dessen Unvereinbarkeit einmal festgestellt gewesen sei, und folglich auf die Frage, ob die ita-

7 — Siehe insbesondere Urteile vom 6. Mai 1986 in der Rechtssache 304/84 (Muller u. a., Slg. 1986, 1511, Randnr. 25), vom 12. März 1987 („Reinheitsgebot für Bier“), vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-42/90 (Bellon, Slg. 1990, I-4863, Randnr. 16) und vom 4. Juni 1992 in den Rechtssachen C-13/91 und C-113/91 (Debus, Slg. 1992, I-3617, Randnrn. 17 und 18).

8 — Urteil vom 16. Januar 2003, Kommission/Belgien, Randnr. 11.

lienische Regierung durch Annahme des Rundschreibens Nr. 5 vom 3. April 1998 die festgestellte Vertragsverletzung geheilt habe.

45. Denn ich bin der Meinung, dass diese Frage im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits nicht erheblich ist.

46. Es empfiehlt sich, insoweit auf das Urteil Kommission/Italien vom 10. März 1970 [9] zurückzugreifen, das einen ähnlichen Fall wie den vorliegenden behandelte.

47. In jenem Fall hatte die Kommission beim Gerichtshof eine Vertragsverletzungsklage gegen die Italienische Republik wegen einer Umsatzsteuerregelung erhoben, die ihrer Ansicht nach gegen Artikel 95 EWG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 90 EG) verstieß.

48. In ihrer Klagebeantwortung hatte die Italienische Republik sich auf ein Decreto-legge berufen, das die streitigen steuerlichen Vorschriften geändert habe und ihrer Meinung nach zur Klagerücknahme führen könne. Die Kommission bestritt diese Ansicht, und zwischen den Parteien entwickelte sich zu den Wirkungen des Steuersystems, das durch das betreffende Decreto-legge eingeführt wurde, und der tatsächlichen Belastung durch dieses System eine derartige Diskussion, dass sie den Gerichtshof aufforderten, die so entstandene Lage im Ganzen zu sehen.

49. Daraufhin hat der Gerichtshof in Randnummer 4 des genannten Urteils Kommission/Italien entschieden, dass „die Klägerin [hiermit] den Gegenstand ihrer Klage dahin geändert [hat], dass diese nicht mehr nur die Frage betrifft, ob im Zeitpunkt der Klageerhebung ein Verstoß der Italienischen Republik gegen deren Verpflichtungen aus Artikel 95 vorgelegen hat, sondern hauptsächlich die, ob seit dem Inkrafttreten des Decreto-legge ein solcher Verstoß noch fortbesteht".

50. In den Randnummern 5 und 6 desselben Urteils hat der Gerichtshof weiter ausgeführt:

„5 [Der Gerichtshof] kann daher im vorliegenden Fall darüber, ob nach einer während des Verfahrens eingetretenen Gesetzesänderung ein Verstoß gegeben ist, nicht entscheiden, ohne damit das Recht des Mitgliedstaats zu schmälern, seine Verteidigungsmittel auf der Grundlage einer Formulierung der Vorwürfe im Verfahren nach Artikel 169 vorzubringen.

9 — Rechtssache 7/69 (Slg. 1970, 111).

6 Hiernach *wäre es Sache der Kommission, hinsichtlich der Auswirkungen des Decreto-legge Nr. 319 ein neues Verfahren nach Artikel 169 einzuleiten und gegebenenfalls den Gerichtshof wegen eines deutlich bezeichneten Verstoßes anzurufen, den er ahnden soll. ...*" [10]

51. Dieses Urteil ist der Vorläufer einer inzwischen gefestigten Rechtsprechung, nach der die gemäß Artikel 226 EG eingereichte Klage auf die gleichen Gründe und das gleiche Vorbringen gestützt sein muss wie die mit Gründen versehene Stellungnahme [11].

52. Nun ist aber im vorliegenden Fall der von der Kommission vorgebrachte Vorwurf, dass die Italienische Republik die Artikel 28 EG und 30 EG verletzt habe, indem sie ein dem Vertrag widersprechendes Vermarktungsverbot durch ein Rundschreiben aufgehoben habe, ein anderer Vertragsverletzungsgrund als der Vorwurf gegenüber demselben Mitgliedstaat, dass er dieselben Vorschriften allein durch das Bestehen dieses Verbots verletzt habe.

53. Die mit Gründen versehene Stellungnahme bezieht sich nur auf den zweiten Vertragsverletzungsgrund. Der erste ist folglich unzulässig.

54. Zudem frage ich mich, ob wir über genügend Einzelheiten verfügen, um diesen ersten Vertragsverletzungsgrund, ohne dass er Gegenstand eines Vorverfahrens war, zweckdienlich zu prüfen, wobei nach dem Gerichtshof „[d]er ordnungsgemäße Ablauf... nicht nur eine vom EG-Vertrag vorgeschriebene wesentliche Garantie für den Schutz der Rechte des betroffenen Mitgliedstaats [ist], sondern auch dafür, dass ein etwaiges streitiges Verfahren einen eindeutig festgelegten Streitgegenstand hat (vgl. Urteil vom 13. Dezember 2001 in der Rechtssache C-1/00, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-9989, Randnr. 53)" [12].

55. Es ist nämlich an die Ungenauigkeiten hinsichtlich der Regelungsgrundlage des streitigen Verbots im internen italienischen Recht zu erinnern. Auch wenn die Kommission der Ansicht ist, dass das Rundschreiben Nr. 5 vom 3. April 1998 den Artikel 15 des DPR Nr. 719/58 nicht habe abändern können, so hat sie bei der Beantwortung einer schriftlich gestellten Frage des Gerichtshofs doch anerkannt, dass das streitige Verbot sich möglicherweise nicht aus dem genannten Artikel, sondern aus einer reinen Verwaltungspraxis ergeben habe.

56. Die Frage der Regelungsgrundlage des streitigen Verbots erscheint mir aber von

10 — Hervorhebung von mir.

11 — Siehe insbesondere Urteile vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88 (Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747, Randnr. 16), vom 15. Januar 2002 in der Rechtssache C-439/99 (Kommission/Italien, Slg. 2002, I-305, Randnr. 11) und vom 20. Juni 2002 in der Rechtssache C-287/00 (Kommission/Deutschland, Slg. 2002, I-5811, Randnr. 18).

12 — Urteil vom 20. Juni 2002, Kommission/Deutschland, Randnr. 17.

grundlegender Bedeutung für die Beurteilung der Art und Weise, in der die Italienische Republik der Vertragsverletzung abhelfen muss, die nach meiner Meinung erwiesen ist und sich aus dem Vorliegen dieses Verbotes im Zeitpunkt des Ablaufs der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist ergibt.

57. Denn wenn es einem Mitgliedstaat auch nicht erlaubt ist, eine nationale Verwaltungsvorschrift, die Ursache einer Vertragsverletzung ist, durch ein Rundschreiben „aufzuheben", vermag ich doch fürs Erste nicht zu erkennen, weshalb es einem Mitgliedstaat außerhalb des Kontextes einer Richtlinienumsetzung, die im vorliegenden Fall nicht vorliegt, nicht erlaubt sein sollte, durch ein Rundschreiben eine dem Vertrag widersprechende Verwaltungspraxis in eine mit dem Vertrag übereinstimmende Verwaltungspraxis umzuändern.

V — Ergebnis

58. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich vor,

— festzustellen, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 28 EG und 30 EG verstoßen hat, dass sie auf in anderen Mitgliedstaaten hergestellte oder in den Verkehr gebrachte Getränke eine Regelung angewandt hat, die die Vermarktung von Energiegetränken, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze übersteigt, in Italien verbietet, ohne darzutun, weshalb diese Grenze zum Schutz der Gesundheit erforderlich und verhältnismäßig sein soll;

— der Italienischen Republik die Kosten aufzuerlegen.