# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO

## vom 30. Mai 2002 [1]

Inhaltsverzeichnis


I — Rechtlicher Rahmen ..... I-2649

A — Gemeinschaftsrecht ..... I-2649

1. EG-Vertrag ..... I-2649

2. Harmonisierungsrichtlinien ..... I-2652

a) Die Richtlinie 89/107/EWG ..... I-2653

b) Die Richtlinie 95/2/EG ..... I-2655

B — Dänische Rechtsvorschriften ..... I-2658

II — Sachverhalt und Verfahren ..... I-2659

A — Die Reaktion Dänemarks auf die Richtlinie 95/2 ..... I-2659

B — Entscheidung der Kommission ..... I-2660

C — Klage ..... I-2661

III — Rechtliche Prüfung ..... I-2661

Vorbemerkung ..... I-2661

A — Rüge eines Verstoßes gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens I-2662

B — Sachrügen ..... I-2667

Vorbemerkung ..... I-2667

a) Fehlerhafte Auslegung der Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 95 Absatz 4 EG ..... I-2667

Das Vorbringen der Parteien ..... I-2668

Beurteilung ..... I-2669


1 — Originalsprache: Italienisch.

b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der dänischen Maßnahmen ..... I-2678
Vorbringen der Parteien ..... I-2678
Beurteilung ..... I-2682
c) Der diskriminierende Charakter der dänischen Maßnahmen ..... I-2684
d) Fehlerhafte Bezugnahme auf die Artikel 4 und 7 der Richtlinie 9 ..... I-2685
e) Fehlerhafte Sachverhaltswürdigung bezüglich der Sulfite ..... I-2686
f) Fehlende Stellungnahme nach Artikel 95 Absatz 6 EG ..... I-2687
C — Die Rüge bezüglich der Begründung der Entscheidung ..... I-2688
Abschließende Erwägungen ..... I-2688
Kosten ..... I-2689
IV — Ergebnis ..... I-2689

1. In der vorliegenden Rechtssache ist der Gerichtshof erstmals mit der Klage eines Mitgliedstaats befasst, die sich gegen die Weigerung der Kommission richtet, die Beibehaltung einzelstaatlicher Bestimmungen zu genehmigen, mit denen von einer nach Artikel 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) erlassenen Richtlinie abgewichen wird. Dänemark klagt nämlich gemäß Artikel 230 EG auf Nichtigerklärung der Entscheidung 1999/830/EG der Kommission vom 26. Oktober 1999 [2], mit der die Beibehaltung bestimmter nationaler Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Verwendung von Sulfiten, Nitriten und Nitraten in Lebensmitteln verweigert wurde, die von der Richtlinie 95/2/EG über andere Lebensmittelzusatzstoffe als Farbstoffe und Süßungsmittel (im Folgenden: Richtlinie 95/2) [3] abweichen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Genehmigung zwar gemäß Artikel 100a EG-Vertrag beantragt wurde, die Entscheidung der Kommission jedoch erst nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam und daher auf der Grundlage des neuen Artikels 95 Absatz 4 EG erlassen wurde.

## I — Rechtlicher Rahmen

### *A — Gemeinschaftsrecht*

#### 1. EG-Vertrag

2. Bekanntlich war Artikel 100 EG-Vertrag (nach geringfügigen Änderungen durch den

2 — ABl. L 329, S. 1.

3 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 1995 über andere Lebensmittelzusatzstoffe als Farbstoffe und Süßungsmittel (ABl. L 61, S. 1).

Vertrag von Maastricht jetzt Artikel 94 EG) lange Zeit die einzige allgemeine Bestimmung über die Rechtsvereinheitlichung zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes; nach dieser Vorschrift kann der Rat einstimmig Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Um die in Artikel 7a EG-Vertrag (jetzt Artikel 14 EG) vorgesehene Verwirklichung des Binnenmarktes zu erleichtern, wurde später durch die Einheitliche Europäische Akte mit Artikel 100a EG-Vertrag eine neue Bestimmung aufgenommen, die in der Folge bei den verschiedenen Vertragsänderungen mehrmals neu gefasst wurde.

3. Artikel 100a hat gegenüber Artikel 100 EG-Vertrag, von dem er nach seinem ausdrücklichen Wortlaut eine Ausnahme darstellt, dem Rat praktisch die Möglichkeit eröffnet, mit qualifizierter Mehrheit im Verfahren der Zusammenarbeit nach Artikel 189b EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 251 EG) Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. In diesem Zusammenhang verlangte Artikel 100a Absatz 3, dass die entsprechenden Maßnahmen ein hohes Schutzniveau anstreben müssen, soweit sie sich auf die Bereiche Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz beziehen. Dabei wurde der Kommission auferlegt, bei ihren Vorschlägen von einem hohen Schutzniveau auszugehen. Gerade weil die betreffenden Maßnahmen mit qualifizierter Mehrheit erlassen werden sollten und folglich das Risiko bestand, dass schutzwürdige nationale Erfordernisse aufgegeben werden, sah Artikel 100a EG-Vertrag für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, von den Harmonisierungsmaßnahmen abzuweichen, um solchen Erfordernissen Rechnung zu tragen.

4. Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag enthielt folgende Regelung:

„Hält es ein Mitgliedstaat, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen hat, für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen der Kommission mit.

Die Kommission bestätigt die betreffenden Bestimmungen, nachdem sie sich vergewissert hat, dass sie kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 169 und 170 kann die Kommission

oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht."

5. Durch den Vertrag von Amsterdam wurde Artikel 100a EG-Vertrag wesentlich geändert; die Absätze 3, 4 und 5 dieses Artikels wurden in acht neue Absätze (Absätze 3 bis 10) umgewandelt. Der jetzige Artikel 95 EG hat nach diesen Änderungen folgenden Wortlaut:

„(1) Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 die nachstehende Regelung. Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

(3) Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

(4) Hält es ein Mitgliedstaat, wenn der Rat oder die Kommission eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen hat, für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 30 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Beibehaltung der Kommission mit.

(5) Unbeschadet des Absatzes 4 teilt ein Mitgliedstaat, der es nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch den Rat oder die Kommission für erforderlich hält, auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen Problems für diesen Mitgliedstaat, das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen, die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung der Kommission mit.

(6) Die Kommission beschließt binnen sechs Monaten nach den Mitteilungen nach den Absätzen 4 und 5, die betreffenden einzelstaatlichen Bestimmungen zu billigen oder abzulehnen, nachdem sie geprüft hat, ob sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarktes behindern.

Trifft die Kommission innerhalb dieses Zeitraums keine Entscheidung, so gelten die in den Absätzen 4 und 5 genannten einzelstaatlichen Bestimmungen als gebilligt.

Die Kommission kann, sofern dies aufgrund des schwierigen Sachverhalts gerechtfertigt ist und keine Gefahr für die menschliche Gesundheit besteht, dem betreffenden Mitgliedstaat mitteilen, dass der in diesem Absatz genannte Zeitraum gegebenenfalls um einen weiteren Zeitraum von bis zu sechs Monaten verlängert wird.

(7) Wird es einem Mitgliedstaat nach Absatz 6 gestattet, von der Harmonisierungsmaßnahme abweichende einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, so prüft die Kommission unverzüglich, ob sie eine Anpassung dieser Maßnahme vorschlägt.

(8) Wirft ein Mitgliedstaat in einem Bereich, der zuvor bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen war, ein spezielles Gesundheitsproblem auf, so teilt er dies der Kommission mit, die dann umgehend prüft, ob sie dem Rat entsprechende Maßnahmen vorschlägt.

(9) In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 226 und 227 kann die Kommission oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht.

(10) Die vorgenannten Harmonisierungsmaßnahmen sind in geeigneten Fällen mit einer Schutzklausel verbunden, welche die Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren der in Artikel 30 genannten nichtwirtschaftlichen Gründe vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem gemeinschaftlichen Kontrollverfahren unterliegen."

2. Harmonisierungsrichtlinien

6. In dem hier fraglichen Bereich sind insbesondere die Richtlinie 89/107/EWG und die Richtlinie 95/2 von Bedeutung.

a) Die Richtlinie 89/107/EWG

7. Die Richtlinie 89/107/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Zusatzstoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen [4] (im Folgenden: Richtlinie 89/107 oder Rahmenrichtlinie) ist eine Rahmenrichtlinie, die auf der Grundlage des Artikels 100a EG-Vertrag erlassen wurde.

8. Soweit hier von Belang, definiert die Richtlinie den Begriff des Lebensmittelzusatzstoffs (Artikel 1 Absatz 2) als einen „Stoff mit oder ohne Nährwert, der in der Regel weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Lebensmittelzutat verwendet wird und einem Lebensmittel aus technologischen Gründen bei der Herstellung, Verarbeitung, Zubereitung, Behandlung, Verpackung, Beförderung oder Lagerung zugesetzt wird, wodurch er selbst oder seine Nebenprodukte (mittelbar oder unmittelbar) zu einem Bestandteil des Lebensmittels werden oder werden können". In Anhang I der Richtlinie werden die einzelnen Kategorien von Stoffen aufgeführt, in die sich die so umschriebenen Lebensmittelzusatzstoffe untergliedern.

9. Die Richtlinie sieht ferner vor, dass besondere Bestimmungen „in einer Globalrichtlinie festgelegt [werden], in die insbesondere die bestehenden Einzelrichtlinien über besondere Kategorien von Zusatzstoffen aufgenommen werden" (Artikel 3 Absatz 1). Die Einzelrichtlinien müssen insbesondere — für jede Kategorie — die einzelnen Stoffe, die verwendet werden dürfen, sowie die Bedingungen für diese Verwendung festlegen (Artikel 3 Absatz 2).

10. Gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie sind die allgemeinen Kriterien für die Verwendung von Lebensmittelzusatzstoffen in Anhang II aufgeführt, wo es in Absatz 1 heißt:

„1. Lebensmittelzusatzstoffe dürfen nur dann genehmigt werden,

— wenn eine hinreichende technische Notwendigkeit nachgewiesen werden kann und wenn das angestrebte Ziel nicht mit anderen, wirtschaftlich und technisch brauchbaren Methoden erreicht werden kann;

— wenn sie bei der vorgeschlagenen Dosis für den Verbraucher gesundheitlich unbedenklich sind,

4 — ABl. L 40, S. 27.

soweit die verfügbaren wissenschaftlichen Daten ein Urteil hierüber erlauben;

— wenn der Verbraucher durch ihre Verwendung nicht irregeführt wird."

11. Die Verwendung eines Lebensmittelzusatzstoffes kommt nach Absatz 2 des Anhangs II überdies „nur dann in Betracht, wenn erwiesen ist, dass die vorgeschlagene Verwendung des Zusatzstoffes für den Verbraucher nachweisbare Vorteile bietet; mit anderen Worten, es muss der Fall nachgewiesen werden, der gemeinhin als 'Notwendigkeit' bezeichnet wird".

12. Um die etwaigen gesundheitsschädlichen Wirkungen eines Lebensmittelzusatzstoffes oder seiner Folgeerzeugnisse zu ermitteln, muss dieser gemäß Absatz 3 des Anhangs II „geeigneten toxikologischen Untersuchungen und einer geeigneten toxikologischen Beurteilung unterzogen werden. In dieser Bewertung müssten auch beispielsweise die in Verbindung mit ihrer Verwendung auftretenden kumulativen, synergistischen oder verstärkenden Auswirkungen sowie das Phänomen der Unverträglichkeit des menschlichen Organismus auf körperfremde Stoffe berücksichtigt werden."

13. Gemäß Absatz 6 des Anhangs II müssen Genehmigungen von Lebensmittelzusatzstoffen die Lebensmittel, denen diese Zusatzstoffe zugegeben werden können, sowie die Bedingungen für diese Zugabe spezifizieren; die Zugabe der Zusatzstoffe muss auf die geringste Dosis begrenzt werden, die notwendig ist, um den gewünschten Effekt zu erzielen, und muss alle Bewertungen auf der Grundlage des täglichen Konsums berücksichtigen (zulässige Tagesdosis, im Folgenden: ADI) [5].

14. Nach Artikel 6 der Richtlinie können Bestimmungen, die Auswirkungen auf die Volksgesundheit haben, nach Anhörung des wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses verabschiedet werden [6].

15. Artikel 4 schließlich führt eine Schutzklausel ein, die wie folgt lautet:

„(1) Hat ein Mitgliedstaat aufgrund neuer Informationen oder einer seit Annahme der vorliegenden oder der nach Artikel 3 erlassenen Globalrichtlinie getroffenen Neubewertung vorhandener Informationen triftige Gründe zu der Annahme, dass die Verwendung eines Zusatzstoffes in Lebensmitteln gesundheitlich nicht unbedenklich ist, obwohl sie den Vorschriften der vorliegenden Richtlinie oder einer nach

5 — Die zulässige Tagesdosis entspricht der durchschnittlichen Menge, die eine Person täglich das ganze Leben lang ohne Gefährdung der Gesundheit zu sich nehmen kann.

6 — Vgl. auch sechste Begründungserwägung. Der wissenschaftliche Lebensmittelausschuss wurde durch den Beschluss 74/234/EWG der Kommission vom 16. April 1974 zur Einsetzung eines wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses (ABl. L 136, S. 1) eingesetzt.

Artikel 3 erstellten Liste entspricht, so kann er die Anwendung der betreffenden Vorschriften in seinem Hoheitsgebiet vorübergehend aussetzen oder beschränken. Er unterrichtet die anderen Mitgliedstaaten und die Kommission unverzüglich über solche Maßnahmen und die Gründe dafür.

(2) Die Kommission prüft so bald wie möglich innerhalb des Ständigen Lebensmittelausschusses die von dem Mitgliedstaat nach Absatz 1 geltend gemachten Gründe, gibt umgehend ihre Stellungnahme ab und trifft die geeigneten Maßnahmen.

(3) Ist die Kommission der Auffassung, dass zur Behebung der in Absatz 1 genannten Schwierigkeiten und zum Schutz der menschlichen Gesundheit diese Richtlinie oder die nach Artikel 3 erlassene Globalrichtlinie geändert werden muss, so leitet sie zu diesem Zweck das Verfahren nach Artikel 11 ein; in diesem Fall kann ein Mitgliedstaat, der Schutzmaßnahmen erlassen hat, diese bis zur Verabschiedung der Änderungen beibehalten."

b) Die Richtlinie 95/2/EG

16. Die Listen der zugelassenen Lebensmittelzusatzstoffe werden gemäß der Rahmenrichtlinie in drei spezifischen Richtlinien aufgeführt, zu denen die bereits erwähnte Richtlinie 95/2 gehört [7].

17. Die Richtlinie 95/2 ist nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 „eine Einzelrichtlinie und bildet einen Teil der Globalrichtlinie im Sinne des Artikels 3 der Richtlinie 89/107/EWG; sie findet Anwendung auf Zusatzstoffe", insbesondere auf Konservierungsmittel und Antioxidationsmittel. Konservierungsmittel werden in Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a definiert als „Stoffe, die die Haltbarkeit von Lebensmitteln verlängern, indem sie sie vor den schädlichen Auswirkungen von Mikroorganismen schützen"; Antioxidationsmittel werden in Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe b definiert als „Stoffe, die die Haltbarkeit von Lebensmitteln verlängern, indem sie sie vor den schädlichen Auswirkungen der Oxidation wie Ranzigwerden von Fett und Farbveränderungen schützen". Die Richtlinie lässt als Konservierungsmittel und Antioxidationsmittel die Verwendung verschiedener Stoffe zu, die zu den Kategorien der Nitrite, Nitrate und Sulfite gehören.

18. Es erscheint mir angebracht, bereits hier darauf hinzuweisen, dass die Sulfite einen Konservierungseffekt und/oder eine Antioxidationswirkung haben, durch die

7 — Die anderen beiden Richtlinien sind die Richtlinie 94/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1994 über Süßungsmittel, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (ABl. L 237, S. 3), und die Richtlinie 94/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1994 über Farbstoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (ABl. L 237, S. 13).

die Bildung von Bakterien, Schimmel und Hefe gehemmt wird; wegen dieser Merkmale werden sie häufig im Wein [8], im Bier, bei der Konservierung von Krustentieren, in Gemüse- und Obstzubereitungen, in Konfitüre, in Keksen, in Dörrobst und in zahlreichen anderen Nahrungsmitteln verwendet. In großen Mengen eingenommen sind die Sulfite gesundheitsschädlich, da sie zu Schäden am Verdauungsapparat führen können; die größte Gefahr für die menschliche Gesundheit liegt jedoch in den starken allergischen Reaktionen, die bei hierzu veranlagten Menschen, insbesondere bei Asthmatikern, selbst bei Einnahme nur geringer Mengen hervorgerufen werden können.

19. Die Zugabe von Nitraten und Nitriten in Nahrungsmitteln soll vor allem bei den Fleischerzeugnissen den Konservierungseffekt der Räucherung, des Einsalzens und Kochens verstärken, indem die Entwicklung von Mikroorganismen, die das Erzeugnis verderben können, oder die Entwicklung von krankheitserregenden Bakterien, insbesondere des Clostridium botulinum, gehemmt oder zum Stillstand gebracht wird. Der Befall eines Fleischerzeugnisses mit diesen Bakterien kann während der gesamten Produktionskette und sogar beim Verbrauch eintreten. Die Nitrit- und Nitratmengen müssen deshalb so berechnet werden, dass die Haltbarkeit des Erzeugnisses bis zum Zeitpunkt des Endverbrauchs garantiert ist. Sobald die Nitrate einem Fleischerzeugnis zugesetzt sind, wandeln sie sich in Nitrite um, die sich ihrerseits in Nitrosamine umwandeln mit der Folge, dass die Menge der beiden erst genannten Stoffe im Verlauf der Zeit beträchtlich abnimmt. Die Nitrosamine — das Endprodukt dieser Abbaus — sind als krebserregende und genotoxische Stoffe bekannt.

20. Um zur angefochtenen Richtlinie zurückzukehren, erinnere ich nochmals daran, dass Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie entsprechend den Bestimmungen des Artikels 6 der Rahmenrichtlinie und des entsprechenden Anhangs II bestimmt, dass in Lebensmitteln nur Zusatzstoffe verwendet werden dürfen, die die Auflagen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses erfüllen. Dieser gab, nachdem er um eine Bewertung der Unbedenklichkeit der Zusatzstoffe gebeten worden war, mehrere Gutachten ab, die die Grundlage für die Richtlinienvorschläge der Kommission in diesem Bereich bildeten.

21. Was die Sulfite anbelangt, nahm der Wissenschaftliche Untersuchungsausschuss die erforderlichen toxikologischen Bewertungen im Gutachten vom 15. Januar 1981 [9] und später im Gutachten vom 25. Februar 1994 [10] vor. In diesem letztgenannten Gutachten setzte er eine zulässige Tagesdosis (ADI) in Höhe von 0,7 mg Schwefeldioxid pro Kilogramm Körpergewicht fest, was für Erwachsene einer Dosis von 49 mg pro Tag und für Kinder einer Dosis von 21 mg pro Tag entspricht.

8 — Wegen der Vorschriften über die Sulfite im Wein verweist die Richtlinie 95/2 auf die Verordnung (EWG) Nr. 822/87 des Rates vom 16. März 1987 über die gemeinsame Marktorganisation für Wein (ABl. L 84, S. 1), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1627/98 des Rates vom 20. Juli 1998 (ABl. L 210, S. 8). Gemäß Artikel 65 dieser Verordnung darf der Gesamtschwefeldioxidgehalt nichtschäumender Weine „160 mg/l bei Rotwein, [und] 210 mg/l bei Weißwein und Roséwein" nicht überschreiten.

9 — *Berichte des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses*, 11. Folge.

10 — *Berichte des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses*, 35. Folge.

Der Ausschuss wies ferner darauf hin, dass die Sulfite zwar für die meisten Menschen keine Gefahr darstellten, jedoch schwerwiegende Probleme für Menschen mit Asthma aufwerfen könnten. Er empfahl daher, die Verwendung von Sulfiten nach Möglichkeit auf Lebensmittel zu beschränken, bei denen diese Verwendung aus triftigen Gründen gerechtfertigt ist, so dass die Anzahl der Lebensmittel, die diese Art von Zusatzstoff enthalten, nicht erhöht wird, und forderte jedenfalls, dass auf dem Etikett ein Hinweis auf das Vorhandensein dieser Stoffe angebracht wird.

22. Was die Nitrite und Nitrate angeht, untersuchte der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss die technologischen Erfordernisse und die mit der Verwendung dieser Stoffe in Lebensmitteln verbundene Gesundheitsgefährdung in seinen Gutachten vom 19. Oktober 1990[11] und 22. September 1995[12]. Bereits im erstgenannten Gutachten wurde der Zusammenhang zwischen der Zugabe von Nitriten und der Entstehung von — krebserregenden und genotoxischen — Nitrosaminen hervorgehoben und empfohlen, die Zugabe von Nitriten und Nitraten in Lebensmitteln auf die Menge zu beschränken, die als Minimum zur Erzielung des Konservierungseffekts und zur Gewährleistung der Unbedenklichkeit in mikrobiologischer Hinsicht erforderlich ist, damit die Belastung des Verbrauchers durch Nitrosamine eingeschränkt wird.

23. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 95/2 sieht vor, dass nur die in Anhang III der Richtlinie aufgeführten Stoffe — auf der Grundlage der Angaben des wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses — in Lebensmitteln für die Zwecke der Konservierung und der Antioxidation verwendet werden dürfen. Nach Artikel 2 Absatz 4 dürfen die in Anhang III aufgeführten Zusatzstoffe nur in den in diesem Anhang aufgeführten Lebensmitteln und unter den dort festgelegten Bedingungen verwendet werden.

24. Insbesondere sind in Anhang III Teil B in Form einer Tabelle die Bedingungen für die Verwendung von Schwefeldioxid (E 220) und von Sulfiten geregelt, und zwar für Natriumsulfit (E 221), Natriumhydrogensulfit (E 222), Natriummetabisulfit (E 223), Kaliummetabisulfit (E 224), Calciumsulfit (E 226), Calciumhydrogensulfit (E 227) und Kaliumhydrogensulfit (E 228). Diese Tabelle[13] enthält eine Liste mit 61 Lebensmitteln, für die jeweils die zulässige Höchstmenge angegeben wird, ausgedrückt als $SO_2$ in mg/kg bzw. in mg/l.

25. In Anhang III Teil C sind die Bedingungen für die Verwendung von Kaliumnitrit (E 249), Natriumnitrit (E 250), Natriumnitrat (E 251) und Kaliumnitrat (E 252) geregelt. In Anbetracht der erwähnten Umwandlung, die stattfindet, sobald Nitrate und Nitrite einem Fleischerzeugnis

11 — Berichte des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses, 26. Folge.

12 — Berichte des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses, 38. Folge.

13 — Sie wird in Nummer 4 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben und braucht daher meines Erachtens hier nicht wiedergegeben zu werden.

zugegeben werden, wird in Anhang III Teil C für diese sowohl ein Richtwert bei der Zugabe als auch die höchstzulässige Restmenge festgelegt.

26. In Artikel 9 der Richtlinie 95/2 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am 25. September 1996 nachzukommen; danach sind

— spätestens am 25. September 1996 der Handel mit und die Verwendung von Erzeugnissen, die dieser Richtlinie entsprechen, zugelassen;

— spätestens am 25. März 1997 der Handel mit und die Verwendung von Erzeugnissen, die dieser Richtlinie nicht entsprechen, untersagt; jedoch können vor diesem Termin in Verkehr gebrachte oder gekennzeichnete Erzeugnisse, die nicht dieser Richtlinie entsprechen, bis zum Abbau der Vorräte vermarktet werden."

B — *Dänische Rechtsvorschriften*

27. Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 95/2 legten die einschlägigen dänischen Rechtsvorschriften aus dem Jahr 1973 die Bedingungen für die Verwendung von Zusatzstoffen, einschließlich Nitraten, Nitriten und Sulfiten, in Lebensmitteln durch eine Liste fest, in der unter Angabe der entsprechenden zulässigen Mengen die Erzeugnisse aufgeführt waren, in denen diese Stoffe verwendet werden durften; diese Liste wurde unter Berücksichtigung der veränderten gesundheitsbezogenen und technischen Anforderungen mehrfach geändert.

28. Die Richtlinie 95/2 wurde in Dänemark durch die Verordnung Nr. 1055 des Gesundheitsministers vom 18. Dezember 1995 [14] umgesetzt, die durch die nachfolgende Verordnung Nr. 834 vom 23. September 1996 ergänzt wurde. Mit dieser letztgenannten Verordnung wurden u. a. die Bedingungen für die Verwendung von Sulfiten in anderen Lebensmitteln als Wein festgelegt. Die Bestimmungen der zwei Verordnungen übernehmen im Wesentlichen die vor dem Erlass der Richtlinie bezüglich der Sulfite geltenden Bestimmungen. Sie lassen die genannten Stoffe in 16 Kategorien von Lebensmitteln zu, während die Richtlinie 95/2 diese Stoffe in 61 Kategorien zulässt, und verringern darüber hinaus die zulässige Menge an Zusatzstoffen. Auch in Bezug auf die Ver-

14 — Sundhedsministeriets bekendtgørelse nr. 1055 af 18.12.1995 om tilsætningsstoffrer til levnedsmidler. Sundhedsmin., j.nr. 95-3400-24. Levnedsmiddelstyrelsen, j.nr. 100-0066. Lovtidende A hæfte 198 udgivet den 30.12.1995 s. 5571. GBEK.

wendung von Nitriten und Nitraten in Fleischerzeugnissen folgt die dänische Verordnung von 1995 einem anderen Ansatz als die Richtlinie 95/2. Während diese Grenzen für die Restmengen von Nitriten und Nitraten im Lebensmittel aufstellt und Richtwerte für die zugesetzten Mengen vorgibt, stellt die dänische Regelung Grenzen für die zulässige Zugabemenge auf; überdies sind diese Mengen tendenziell geringer als die in der Richtlinie angegebenen Mengen. Für mehrere typisch dänische Erzeugnisse jedoch ist die Verwendung von Nitriten und Nitraten in Mengen zugelassen, die bedeutend höher als die allgemein festgesetzten Mengen sind.

## II — Sachverhalt und Verfahren

A — *Die Reaktion Dänemarks auf die Richtlinie 95/2*

29. Bei Erlass der Richtlinie 95/2 durch den Rat verband die dänische Delegation am 15. Dezember 1994 ihre Ablehnung mit folgender Erklärung:

„Die dänische Delegation stimmt gegen den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über andere Lebensmittelzusatzstoffe als Farbstoffe und Süßungsmittel. Die Richtlinie genügt im Hinblick auf die Verwendung von Nitriten/Nitraten, Sulfiten und Natriumaluminiumphosphat nicht in ausreichendem Umfang den gesundheitsbezogenen Anforderungen, denen die dänische Delegation für die Regelung der Lebensmittelzusatzstoffe entscheidende Bedeutung zumisst...

Die dänische Regierung legt weiterhin größtes Gewicht darauf, dass der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss sich gemäß den Erklärungen der Kommission so bald wie möglich zu der Frage der Nitrite/Nitrate und Sulfite äußert. Die dänische Regierung wird die Schlussfolgerungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses prüfen und behält sich das Recht vor, gemäß Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag nationale Bestimmungen beizubehalten, die zum Schutz des Lebens und der Gesundheit erforderlich sind." [15]

30. Entsprechend dieser Erklärung beschloss Dänemark, die restriktiveren einzelstaatlichen Bestimmungen für Nitrite, Nitrate und Sulfite, von denen ich oben gesprochen habe, beizubehalten. Gemäß Artikel 100a Absatz 4 teilte Dänemark deshalb diese Bestimmungen der Kommission in der Zeit von Juli 1996 bis Mai 1997 mit.

15 — Dokument Nr. 11620/94 Add. 1 des Rates vom 5. Dezember 1994.

31. In einem ersten Schreiben vom 15. Juli 1996 erklärte Dänemark zusammen mit der Notifizierung der Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 95/2, dass es die Bestimmungen dieser Richtlinie über Nitrate und Nitrite in Fleischerzeugnissen sowie über Sulfite nicht umgesetzt habe, und verwies auf die erwähnte Erklärung bei der Abstimmung. Dänemark habe die Absicht, einzelstaatliche Bestimmungen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes anzuwenden, wie es in Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag vorgesehen sei. Es fügte außerdem einen wissenschaftlichen Bericht zur Begründung seines Standpunkts bei.

32. Diesen bestätigte Dänemark in einem weiteren Schreiben an die Kommission, die ihrerseits das Schreiben zur Kenntnis nahm, jedoch erklärte, sie werde sich äußern, sobald der Antrag Dänemarks ihr offiziell übermittelt worden sei.

33. Aufgrund einer im November 1996 von privaten Wirtschaftsunternehmen eingereichten Beschwerde bat die Kommission unterdessen mit Schreiben vom 20. Januar 1997 die dänische Regierung um Informationen, auf das diese am 20. Mai 1997 ausführlich antwortete.

34. Diese Antwort in Verbindung mit der durch den erwähnten Briefwechsel ergänzten Erklärung vom Juli 1996 sah die Kommission als offizielle Übermittlung des dänischen Antrags an.

35. Aufgrund neuer Beschwerden privater Wirtschaftsteilnehmer, die auf Handelshemmnisse in Dänemark für sulfithaltige Lebensmittel und nitrit- und/oder nitrathaltige Fleischerzeugnisse hinwiesen, fanden zwischen den Dienststellen der Kommission und den dänischen Behörden erneut informelle Gespräche statt. So trafen sich u. a. Beamte der Kommission und der dänischen Regierung am 19. November 1997. Schließlich übersandte die dänische Regierung am 14. Juli 1998 weitere ergänzende Informationen an die Kommission.

36. Die Kommission hatte den anderen Mitgliedstaaten während dieses Verfahrens die Akten mit dem dänischen Antrag zur Stellungnahme übersandt. Von den sieben Mitgliedstaaten, die antworteten, äußerten vier Vorbehalte gegenüber dem Antrag Dänemarks. Ihre Antworten wurden der dänischen Regierung allerdings nicht förmlich mitgeteilt.

B — *Entscheidung der Kommission*

37. Während des Verfahrens trat (am 1. Mai 1999) der Vertrag von Amsterdam

in Kraft, mit dem, wie bereits erwähnt, auch Artikel 100a EG-Vertrag geändert wurde. Mit Schreiben vom 29. Juli 1999 teilte die Kommission der dänischen Regierung deshalb mit, dass sie die Notifizierung über die Verwendung von Sulfiten, Nitriten und Nitraten in Lebensmitteln von nun an im Rahmen der neuen Bestimmung, dem jetzigen Artikel 95 EG, behandeln werde.

38. Auf der Grundlage dieser Rechtsvorschrift lehnte die Kommission am 26. Oktober 1999 eine Genehmigung der dänischen Maßnahmen mit der Begründung ab, sie erfüllten nicht die in dieser Vorschrift aufgestellten Voraussetzungen. Insbesondere seien die genannten Maßnahmen im Hinblick auf das verfolgte Ziel weder notwendig noch angemessen, noch durch eine spezifische Situation Dänemarks gerechtfertigt; außerdem wiesen die Maßnahmen Anzeichen von Diskriminierung auf.

C — *Klage*

39. Nach Bekanntgabe dieser Entscheidung [16] erließ die dänische Regierung unverzüglich ihre Verordnung Nr. 822 vom 5. November 1999 zur Aufhebung der einzelstaatlichen Bestimmungen über Nitrite, Nitrate und Sulfite. Am 6. Januar 2000 erhob sie jedoch die vorliegende Klage, mit der sie die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission und die Verurteilung der Letzteren zur Tragung der Kosten beantragt hat.

40. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2000 hat der Gerichtshof das Königreich Norwegen und die Republik Island als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge Dänemarks zugelassen. Auch wurden vor der Sitzung bestimmte Fragen an die Parteien gerichtet.

**III — Rechtliche Prüfung**

*Vorbemerkung*

41. Die dänische Regierung stützt den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission auf zahlreiche, unter Nummer III der Klageschrift ausführlich dargelegte Klagegründe, mit denen formelle und materielle Fehler geltend gemacht werden. Was die erstgenannten Fehler angeht, so wirft die dänische Regierung der Kommission vor, in dem Verfahren bis zum Erlass der angefochtenen Entscheidung den Grundsatz des kontradiktorischen Ver-

16 — Die angefochtene Entscheidung wurde der dänischen Regierung am 28. Oktober 1999 mit Schreiben SG(99) D/8669 bekannt gegeben.

fahrens verletzt und die Entscheidung unzureichend begründet zu haben. Zahlreicher sind dagegen, wie weiter unten zu sehen sein wird, die in der Klageschrift gerügten materiellen Fehler. Im Folgenden werde ich zunächst den ersten formellen Fehler prüfen, der sich auf den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens bezieht. Den zweiten Fehler werde ich hingegen erst nach der Untersuchung der materiellen Fehler behandeln, weil seine Prüfung die Erörterung der materiellen Fehler voraussetzt.

A — *Rüge eines Verstoßes gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens*

42. Die dänische Regierung, insoweit unterstützt durch die isländische Regierung, trägt vor, die Entscheidung der Kommission verstoße gegen wesentliche Formvorschriften, da sie unter Missachtung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens erlassen worden sei, wie dieser in der Rechtsprechung des Gerichtshofes definiert werde. Dies gelte vor allem deshalb, weil trotz der von Anfang an zwischen der dänischen Regierung und der Kommission bestehenden regelmäßigen Kontakte die Letztere der dänischen Regierung weder Gelegenheit gegeben habe, sich vor dem Erlass der Entscheidung zu deren Inhalt oder möglichen Folgen zu äußern, noch die Gründe klar und vollständig beschrieben habe, auf denen die Entscheidung beruhe. Ferner sei der dänischen Regierung keine Gelegenheit geboten worden, die Stellungnahmen der anderen Mitgliedstaaten zu den von ihr notifizierten einzelstaatlichen Maßnahmen kennen zu lernen und sich zu ihnen zu äußern. Dies sei umso schwerwiegender, als, wie dargelegt, einige dieser Stellungnahmen von der Kommission in der Begründung der Entscheidung ausdrücklich berücksichtigt worden seien.

43. Um zu diesem Angriffsmittel Stellung nehmen zu können, ist es zunächst erforderlich, auf das Wesen des Verfahrens einzugehen, das zum Erlass einer Entscheidung nach Artikel 95 Absatz 4 EG führt. Die Kommission ist nämlich der Ansicht, dass „[d]er Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens... ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts [ist], der in allen Verwaltungsverfahren anwendbar ist, die gegen eine bestimmte Person eröffnet werden und zu einer diese Person beschwerenden Maßnahme führen können ...; er gilt aber nicht in Gesetzgebungsverfahren“ [17]. Um ein solches Verfahren aber handele es sich bei dem Verfahren nach Artikel 95 Absätze 4 und 6 EG, da es nur einen Abschnitt in dem in diesem Artikel vorgesehenen Verfahren darstelle, welches gerade deshalb ein Gesetzgebungsverfahren sei, weil es zum Erlass eines Rechtsakts von allgemeiner Tragweite führe. Dieselbe Natur sei daher dem Verfahren zuzusprechen, in dem die Beibehaltung abweichender einzelstaatlicher Maßnahmen genehmigt werde, da es zu einer teilweisen Änderung des subjektiven und/oder objektiven Anwendungsbereichs der Richtlinie führen könne und dabei Folgen nicht nur für den Staat als unmittelbaren Adressaten, sondern auch für die anderen Mitgliedstaaten haben könne.

17 — Urteile des Gerichts vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache T-199/96 (Bergaderm und Goupil/Kommission, Slg. 1998, II-2805, Randnr. 58) und vom 11. Dezember 1996 in der Rechtssache T-521/93 (Atlanta u. a./Kommission, Slg. 1996, II-1707, Randnr. 70).

44. Dieser Auffassung kann ich jedoch nicht folgen. Zwar führt, wie die Kommission vorgetragen hat, die Abweichung von einem Rechtsakt mit allgemeiner Tragweite, auch wenn sie durch individuelle Erfordernisse bedingt ist, zur Änderung des Anwendungsbereichs des Rechtsakts, von dem abgewichen wird, mit Wirkung erga omnes, da sie mittelbar Auswirkungen auch auf die Rechtssphäre der übrigen Adressaten des Rechtsakts hat. Deshalb darf jedoch nicht auch das Verfahren, das die abweichende Entscheidung hervorbringt, als Teil des Gesetzgebungsverfahrens angesehen werden, das zum Erlass des allgemeinen Rechtsakts geführt hat. Zutreffend ist dies natürlich, wenn es um eine unmittelbare Änderung des Rechtsakts geht; so sieht denn Artikel 95 Absatz 7 vor, dass eine allgemein geltende „Anpassung" der Harmonisierungsmaßnahme, die die Kommission in Anbetracht der durch die genehmigten einzelstaatlichen Bestimmungen zutage getretenen Erfordernisse für sachdienlich hält, das normale Gesetzgebungsverfahren durchlaufen muss, das durch einen dem Parlament und dem Rat von der Kommission vorgelegten Vorschlag in Gang gesetzt wird. Etwas anderes gilt jedoch für das Genehmigungsverfahren des Artikels 95 Absatz 4 EG, das sich formal und aufgrund wesentlich anderer Merkmale von dem Verfahren unterscheidet, welches zum Erlass (oder zur Änderung) der Harmonisierungsmaßnahme führt, von der abgewichen werden soll. Man denke nur daran, dass jenes beginnt, wenn das Gesetzgebungsverfahren bereits abgeschlossen ist, und dass die Entscheidung der Kommission auch nach dem Inkrafttreten des gesetzgeberischen Aktes ergehen kann. Überdies sind für den Erlass des Letzteren und für die Genehmigung der Abweichung unterschiedliche Organe zuständig, und die Genehmigung unterliegt den für ein Verwaltungsverfahren typischen Regeln und Strukturen. Wenn sich z. B. die Kommission nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums äußert, gelten nach dem Verwaltungsgrundsatz der stillschweigenden Zustimmung die abweichenden Bestimmungen als genehmigt [18].

45. Da somit das hier in Frage stehende Verfahren seinem Wesen nach ein Verwaltungsverfahren ist, muss geprüft werden, ob in ihm der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens eingehalten wurde. Der Gerichtshof hat dazu klargestellt, dass nach diesem Grundsatz der Adressat einer Entscheidung, die seine Interessen spürbar beeinträchtige, seinen Standpunkt im Verwaltungsverfahren in sachdienlicher Weise vortragen können und somit auch in der Lage sein müsse, Einsicht in die von der Kommission verwendeten Schriftstücke zu nehmen [19]. Mit anderen Worten, ihm muss im Verwaltungsverfahren Gelegenheit gegeben werden,

18 — Zu demselben Ergebnis kam übrigens Generalanwalt Saggio in der Rechtssache Burstein. Dort heißt es: „Artikel 100a Absatz 4 erlaubt einem Mitgliedstaat, der es nach Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme für erforderlich hält, einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden, die durch wichtige (nicht wirtschaftliche) Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder aus Gründen des Schutzes der Arbeitsumwelt oder des Umweltschutzes gerechtfertigt sind, dies zu tun, sofern er ein bestimmtes Verfahren einhält, das einer zweifachen *Kontrolle*, nämlich einer *verwaltungsmäßigen (durch die Kommission)* und gegebenenfalls einer gerichtlichen, unterliegt" (Schlussanträge in der Rechtssache C-127/97, Burstein, Slg. 1998, I-6006, Nr. 19, Hervorhebung von mir). In diesem Sinne auch Schlussanträge des Generalanwalts Saggio in der Rechtssache C-319/97 (Kortas, Slg. 1999, I-3145, Nr. 17).

19 — Vgl. insbesondere Urteile vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 40/85 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2321), vom 12. Februar 1992 in den Rechtssachen C-48/90 und C-66/90 (Niederlande u. a./Kommission, Slg. 1992, I-566, Randnr. 44), vom 29. Juni 1994 in der Rechtssache C-135/92 (Fiskano/Kommission, Slg. 1994, I-2885, Randnr. 39) und vom 24. Oktober 1996 in der Rechtssache C-32/95 P (Kommission/Lisrestal, Slg. 1996, I-5373, Randnr. 21).

„zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie gegebenenfalls zu den herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen“ [20].

46. Hierzu ist jedoch nicht die Einhaltung bestimmter Formen vorgeschrieben, sofern solche nicht in besonderen Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen sind [21]. Die Anwendung des Prinzips muss vielmehr unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens und der Wirkungen, die der erlassene Rechtsakt hervorbringen soll, modifiziert werden. Bei dem hier fraglichen Verfahren erscheint es mir völlig eindeutig, dass der Staat, der die Genehmigung beantragt, ein unmittelbares und besonderes Interesse an der Maßnahme hat und somit in der Lage sein muss, seine Gründe im Verwaltungsverfahren vor der Kommission in sachdienlicher Weise darzulegen. Aber genauso interessiert am Ausgang des fraglichen Verfahrens sind die anderen Mitgliedstaaten, da die Genehmigung der Beibehaltung abweichender Maßnahmen immer auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs einer allgemeinen Rechtsvorschrift zur Folge hat. Somit wird eine etwaige Entscheidung, mit der die Kommission nach Artikel 95 Absatz 4 EG dem antragstellenden Staat die Beibehaltung abweichender einzelstaatlicher Bestimmungen genehmigt, zwangsläufig Auswirkungen auch auf die anderen Mitgliedstaaten haben. Obwohl Artikel 95 EG keine dahin gehende Verpflichtung begründet, ist es daher — meines Erachtens zu Recht — Praxis der Kommission, die anderen Mitgliedstaaten von einem Antrag nach Artikel 95 Absatz 4 EG in Kenntnis zu setzen und jedem einzelnen Mitgliedstaat die Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme zum Verfahren abzugeben [22]. Allerdings betrifft die Mitteilung an die anderen Mitgliedstaaten formal nicht die Ausübung der Verteidigungsrechte, sondern soll nur denen, die es wünschen, die Möglichkeit einer Stellungnahme zum laufenden Verfahren geben.

47. Die Kommission behauptet nun in unserem Fall, den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens auf jeden Fall, zumindest faktisch, eingehalten zu haben, da Dänemark die Möglichkeit gehabt habe, seine Gründe in den verschiedenen Sitzungen und während des Schriftwechsels vorzutragen, den ich bei der Darstellung des Sachverhalts erwähnt habe [23]. Insbesondere habe die dänische Regierung ihren Standpunkt nach Einreichung ihres

20 — Urteil des Gerichtshofes vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-69/89 (Nakajima/Rat, Slg. 1991, I-2069, Randnr. 108). Vgl. auch das neuere Urteil vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-288/96 (Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-8237, Randnrn. 99 ff.), in dem der Gerichtshof bestätigte, dass „die Gewährung rechtlichen Gehörs in allen Verfahren, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts [ist] und... auch dann sichergestellt werden [muss], wenn eine besondere Regelung fehlt“. Vgl. auch Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffman-La Roche, Slg. 1979, 461) zu einem Verfahren im Bereich des Wettbewerbs, vom 20. März 1985 in der Rechtssache 264/82 (Timex Corp., Slg. 1985, 849) im Bereich eines Antidumpingverfahrens und vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 234/84 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263) zum Verfahren wegen staatlicher Beihilfen.

21 — Wie z. B. bei dem Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG im Bereich der staatlichen Beihilfen.

22 — In der Klagebeantwortung weist die Kommission darauf hin, dass sie sich an diese Praxis in der Entscheidung vom 14. September 1994 über das von Deutschland gemeldete Verbot von Pentachlorphenol (ABl. L 316, S. 43), in der Entscheidung vom 26. Februar 1996 über das von Dänemark gemeldete Verbot von Pentachlorphenol (PCP) (ABl. L 68, S. 32) sowie in der Entscheidung vom 21. Dezember 1998 zu den vom Königreich Schweden notifizierten nationalen Bestimmungen über die Verwendung bestimmter Farbstoffe und Süßungsmittel in Lebensmitteln (ABl. 1999, L 3, S. 13) gehalten habe.

23 — Vgl. oben, Nrn. 33 bis 35.

Antrags, jedoch vor Erlass der angefochtenen Entscheidung in einer Sitzung am 19. November 1997 vorgetragen. Außerdem habe die Kommission dem Antrag Dänemarks entsprochen, indem sie das Verfahren genau auf der Grundlage der von Dänemark zur Verfügung gestellten Informationen und unter Berücksichtigung der verfügbaren und ohnehin allgemein bekannten wissenschaftlichen Daten (die Berichte des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses) eingeleitet habe.

48. Die dänische Regierung meint dagegen, dass die erwähnte Sitzung vom 19. November 1997 nicht als echte Anhörung betrachtet werden könne und dass der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens nicht schon dann eingehalten worden sei, wenn dem betreffenden Staat die Möglichkeit eingeräumt worden sei, seine Gründe vorzutragen. Ihm müsse vielmehr Gelegenheit gegeben werden, sich zum Entwurf der Entscheidung der Kommission und dessen Begründung zu äußern und vor allem die Stellungnahmen der anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis zu nehmen.

49. Nach Ansicht der Kommission geht jedoch aus dem Schriftverkehr zwischen Herrn Martin Bangemann, dem Kommissionsmitglied, und Herrn Henrik Dam Kristensen, dem dänischen Minister für Ernährung (Schreiben vom 8. Februar 1999 und vom 16. März 1999), eindeutig hervor, dass die Kommission um solche Stellungnahmen gebeten und diese erhalten habe und dass die dänische Regierung hierüber unterrichtet gewesen sei; trotzdem habe die dänische Regierung weder um eine Kopie dieser Stellungnahmen gebeten noch sich dazu äußern wollen. Sie sei bereits im Besitz des Entwurfs der Entscheidung gewesen und habe sogar ihre Bewertung in einem Schreiben an die Kommissionsmitglieder Byrne und Liikanen vom 22. Oktober 1999 zum Ausdruck gebracht.

50. Aus den Akten geht somit hervor, dass der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens zwar nicht streng eingehalten wurde, die dänische Regierung aber jedenfalls in das gesamte Verfahren mit einbezogen war und sowohl über die Aufforderung an die anderen Mitgliedstaaten zu Stellungnahmen (was die dänische Regierung angesichts der Vorgeschichte in jedem Fall hätte wissen müssen) als auch über den Eingang einzelner Stellungnahmen unterrichtet war. Ebenso ergibt sich aus den Akten, dass die dänische Regierung trotzdem zu keiner Zeit eine Einsichtnahme in die Stellungnahmen beantragt hatte; erst nach Klageerhebung entschloss sie sich zu der Rüge, dass sie sich zu den Stellungnahmen und zu der Reaktion der Kommission nicht habe äußern können.

51. Ich komme somit zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens nicht verletzt worden ist.

52. Doch auch wenn der Gerichtshof anders entscheiden sollte, bliebe auf jeden Fall festzustellen, ob die Verletzung des hier fraglichen Grundsatzes Auswirkungen auf den vorliegenden Fall hatte. Nach ständiger Rechtsprechung führt nämlich eine Verlet-

zung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht zur Nichtigerklärung der Entscheidung, wenn sie keine Auswirkung auf den Ausgang des Verfahrens hatte [24].

53. In diesem Zusammenhang muss ich darauf hinweisen, dass die streitige Entscheidung auf eine Reihe wissenschaftlicher, im Wesentlichen auf den erwähnten Gutachten des Wissenschaftlichen Ausschusses beruhender Erkenntnisse gestützt war, über die die dänische Regierung bestens unterrichtet war und zu denen sie ausführlich Stellung nehmen konnte. Die angefochtene Entscheidung gründet sich somit nicht auf die Stellungnahmen, die die anderen Mitgliedstaaten im Laufe des Verfahrens abgegeben haben; auch wenn diese wahrscheinlich dazu beitrugen, die Kommission in ihrer Auffassung zu bestärken, so beschränkten sie sich in Wirklichkeit darauf, die Vereinbarkeit des dänischen Antrags mit Artikel 95 EG unter Berücksichtigung derselben wissenschaftlichen Erkenntnisse zu beurteilen, die von der Kommission und von Dänemark herangezogen worden waren. Der Gerichtshof hat gegenüber einem ähnlichen Einwand festgestellt, dass „die streitige Entscheidung durch die in ihrer Begründung genannten objektiven Gesichtspunkte, über die die belgische Regierung vollständig unterrichtet war und zu denen sie in jeder Weise Stellung nehmen konnte, ausreichend fundiert war. Infolgedessen wäre die Entscheidung selbst bei Fehlen der Erklärungen, die während des Verfahrens von betroffenen Dritten bei der Kommission eingereicht wurden, nicht anders ausgefallen. Somit rechtfertigt der bloße Umstand, dass die Kommission in ihrer Entscheidung auf diese Erklärungen verwies, ohne dem betreffenden Mitgliedstaat Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, nicht die Aufhebung dieser Entscheidung." [25]

54. Schließlich geht, wie bereits ausgeführt, aus den Akten hervor, dass die dänische Regierung von dem Entwurf der Entscheidung Kenntnis erlangt hatte, bevor die Entscheidung erlassen worden war, und dass sie somit die Möglichkeit gehabt hatte, sich sowohl zu den tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten, die die Kommission für die Ablehnung der beantragten Genehmigung als ausschlaggebend ansah, als auch zu den Stellungnahmen zu äußern, die die anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des beanstandeten Konsultierungsverfahrens abgegeben hatten. Zwar lässt die Tatsache, dass sich dies sozusagen mittelbar und nicht auf dem Amtsweg vollzog, auch Zweifel zu, ob der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens voll und ganz eingehalten wurde, doch kann ausgeschlossen werden, dass die angebliche Verletzung des Grundsatzes die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte konkret behindert und damit letztlich den Ausgang des Verfahrens in einem Ausmaße verändert hat, dass allein aus diesem Grund die Nichtigerklärung des Rechtsakts gerechtfertigt wäre.

55. Die Rüge Dänemarks, mit der eine Verletzung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens geltend gemacht wird, ist somit zurückzuweisen.

24 — Urteile vom 11. November 1987 in der Rechtssache 259/85 (Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393, Randnr. 13) und vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87 (Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959, Randnr. 48).

25 — Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 234/84 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, Randnr. 30).

B — *Sachrügen*

Vorbemerkung

56. In der Sache macht Dänemark, wie oben dargelegt, geltend, dass die Entscheidung unter verschiedenen Gesichtspunkten rechtswidrig sei, und gliedert diese Gesichtspunkte in unterschiedliche Klagegründe, die nicht ohne weiteres in der Reihenfolge der Klageschrift behandelt werden können, da man sonst den Kern des Streites aus den Augen verlieren könnte, der erst im Laufe des Verfahrens klarer geworden ist. Um vor allem diesen zu verdeutlichen, werde ich mich nicht genau an die Reihenfolge in der Klageschrift halten, sondern vor allem versuchen, dem logischen Faden zu folgen.

57. Dänemark geht davon aus, dass ein Mitgliedstaat gemäß Artikel 95 Absatz 4 EG einzelstaatliche Maßnahmen, die von der gemeinschaftlichen Harmonisierungsregelung abweichen, beibehalten könne, wenn er aufgrund einer einseitig von ihm vorgenommenen Bewertung diese Maßnahmen für notwendig halte, um die in dieser Bestimmung genannten Erfordernisse besser zu schützen. Zur Rechtfertigung der abweichenden Maßnahme müsse der Staat somit nicht weitere Gründe anführen, vor allem nicht unbedingt spezifische Erfordernisse dieses Staates geltend machen, sondern lediglich beweisen, dass diese Maßnahmen wirklich erforderlich seien, um den von ihm angestrebten höheren Schutz zu gewährleisten, und dass sie über dieses Ziel nicht hinausgingen. Unberührt bleibe selbstverständlich auch die Einhaltung der Voraussetzungen, die der Kontrolle der Kommission nach Artikel 95 Absatz 6 EG unterlägen.

58. Dänemark weist daher den Einwand der Kommission, die Abweichung sei nicht durch eine spezifische Situation Dänemarks gerechtfertigt, zurück und widerspricht der Bewertung der in Frage stehenden einzelstaatlichen Regelungen, wonach diese weder notwendig noch angemessen und angeblich diskriminierend seien. Es beanstandet schließlich neben bestimmten weniger wichtigen Aspekten der angefochtenen Entscheidung, dass die Vorschrift des Artikels 95 Absatz 6 EG nicht berücksichtigt worden sei.

59. Ich werde die Sachrügen genau in dieser logischen Reihenfolge prüfen.

a) Fehlerhafte Auslegung der Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 95 Absatz 4 EG

60. Ich beginne also mit der Frage, die vom Grundsatz her meines Erachtens den zentralen und schwierigsten Punkt der vorliegenden Rechtssache bildet: Kann die

Abweichung nur genehmigt werden, wenn eine spezifische Situation des antragstellenden Staates vorliegt? Diese Frage ist in der Verhandlung anfangs in der Tat wenig erörtert worden, gewann aber im weiteren Verlauf der Rechtssache in dem Maße Gewicht, in dem die jeweiligen Auffassungen deutlicher wurden.

Das Vorbringen der Parteien

61. Bei seiner Begründung, warum diese Frage zu verneinen ist, hat Dänemark, das teilweise auch von Island und von Norwegen unterstützt worden ist, zwar auch berücksichtigt, dass der lapidare Wortlaut der fraglichen Bestimmung dazu schweigt, ob eine spezifische Situation Voraussetzung ist, hat aber vor allem auf den historisch-politischen Kontext verwiesen, in dem seinerzeit Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag, jetzt Artikel 95 Absatz 4 EG, entstanden ist. Artikel 100a sei durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführt worden, um einen Ausgleich für den Übergang von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit beim Erlass der Harmonisierungsmaßnahmen nach Absatz 1 dieses Artikels zu schaffen. Den Mitgliedstaaten habe eine Sicherheit gegen die Gefahr geboten werden sollen, infolge der Harmonisierung das in der eigenen Rechtsordnung bereits erreichte Schutzniveau absenken zu müssen. Die Bestimmung sei somit Ausdruck eines „politischen Kompromisses", der den Mitgliedstaaten im Tausch gegen die Änderung der Abstimmungsregeln die Freiheit habe erhalten sollen, sich anders als die Gemeinschaft zu entscheiden.

62. Gerade weil Artikel 100a EG-Vertrag von Anfang an einen Bruch mit den bis dahin im Bereich der Harmonisierung geltenden Grundsätzen dargestellt habe, könne er nicht den restriktiven Kriterien unterliegen, die normalerweise für die abweichenden Bestimmungen gälten. Artikel 100a müsse vielmehr unter Berücksichtigung des in ihm zum Ausdruck gekommenen politischen Kompromisses ausgelegt werden, also dahin gehend, dass er dem betroffenen Mitgliedstaat weitgehende Freiheit bei der Abwägung der in Rede stehenden Interessen lasse, die unter Umständen auch anders ausfallen könne als die des Gemeinschaftsgesetzgebers.

63. Die Kommission teilt diese Auffassung nicht, auch wenn sie bei der Begründung ihrer eigenen Auffassung zwischen ihren Argumenten in der angefochtenen Entscheidung und denen in den Schriftsätzen schwankt, was meines Erachtens Ausdruck einer fortbestehenden Unsicherheit in der Sache ist. Ausgehend jedenfalls davon, dass die Bewertungen des politischen Kontextes bezüglich der Einheitlichen Europäischen Akte und Artikel 100a nicht eindeutig für die Auffassung Dänemarks sprechen, weist die Kommission darauf hin, dass der Gerichtshof mehrfach bestätigt habe, dass ein Mitgliedstaat nach dem Erlass einschlägiger Harmonisierungsmaßnahmen nicht die in Artikel 30 EG (früher Artikel 36

EG-Vertrag) genannten Erfordernisse geltend machen könne, um sich der Anwendung dieser Maßnahmen zu entziehen [26]. Dies müsse auch für die Harmonisierungsmaßnahmen nach Artikel 95 Absatz 1 EG gelten, und zwar umso mehr, als diese nach Artikel 95 Absatz 3 EG in Bezug auf die wichtigen Erfordernisse in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz per definitionem darauf angelegt seien, ein hohes Schutzniveau anzustreben. Sobald daher der Gemeinschaftsgesetzgeber die einschlägigen Faktoren geprüft, das erstrebenswerte Schutzniveau festgelegt und die Maßnahme erlassen habe, könne ein Mitgliedstaat die eigene Risikobewertung nicht einfach an die Stelle der Bewertung des Gemeinschaftsgesetzgebers setzen und allein deswegen verlangen, von der sich ergebenden Harmonisierungsregelung abweichen zu dürfen. Er müsse vielmehr aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse oder aufgrund von Faktoren, die der Gemeinschaftsgesetzgeber hätte berücksichtigen müssen, beweisen, dass diese Regelung ein hohes Schutzniveau für die „wichtigen Erfordernisse" gemäß dieser Bestimmung nicht gewährleisten könne; der betreffende Mitgliedstaat könne insoweit auch eine für ihn spezifische Situation geltend machen, die die Abweichung rechtfertige. Anders als Absatz 5 verlange Artikel 95 Absatz 4 somit nicht zwangsläufig, dass diese zuletzt genannte Voraussetzung erfüllt sei, sondern gestatte dem betreffenden Staat, sich hierauf als zusätzliche Möglichkeit zur Begründung der beantragten Abweichung zu berufen.

26 — Vgl. u. a. Urteile vom 5. Oktober 1977 in der Rechtssache 5/77 (Tedeschi, Slg. 1977, 1555, Randnr. 35), vom 5. April 1979 in der Rechtssache 148/78 (Ratti, Slg. 1979, 1629, Randnr. 36), vom 8. November 1979 in der Rechtssache 251/78 (Denkavit, Slg. 1979, 3369, Randnr. 14), vom 20. September 1988 in der Rechtssache 190/87 (Moormann, Slg. 1988, 4689, Randnr. 10) und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93 (Crespelle, Slg. 1994, I-5077, Randnr. 30).

Beurteilung

64. Die vorliegende Rüge betrifft, wie dargelegt, einen zentralen Aspekt des von Artikel 95 EG geschaffenen Systems, insbesondere die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen bei der Beurteilung des Schutzniveaus in den Bereichen Gesundheit, Arbeitsumwelt und Umweltschutz nach Erlass einer gemeinschaftlichen Maßnahme zur Harmonisierung nationaler Bestimmungen, die die Errichtung des Binnenmarktes berühren. Insoweit hat sich zwischen den Parteien eine tief greifende Meinungsverschiedenheit gezeigt, die sehr unterschiedliche Auffassungen über dieses System offenbart. Es müssen also Sinn und Tragweite der hier fraglichen Bestimmung umfassend geprüft werden, nicht zuletzt deshalb, weil ich weder der Auffassung Dänemarks folgen noch mich der der Kommission völlig anschließen kann.

65. Wie ich mehrfach erwähnt habe, begründet Artikel 95 EG (früher Artikel 100a EG-Vertrag) eine allgemeine Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Erlass von Maßnahmen zur Harmonisierung der einschlägigen einzelstaatlichen Bestimmungen im Hinblick auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes. Diese Zuständigkeit wird vom Rat im Verfahren der Mitentscheidung (früher in Zusammenarbeit) mit dem Europäischen Parlament ausgeübt. Sowohl die Kommission (bei der Ausübung ihres eigenen Vor-

schlagsrechts) als auch die beiden anderen Protagonisten des Gesetzgebungsverfahrens haben, wenn es um die Gebiete Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz geht, von einem hohen Schutzniveau auszugehen; sie haben insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen zu berücksichtigen (Absatz 3). Ist die Harmonisierung aber einmal durchgeführt worden (wobei nach der Änderung des Artikels 100a EG-Vertrag nicht mehr wichtig ist, ob mit qualifizierter Mehrheit oder einstimmig), kann ein Mitgliedstaat eine Ausnahmegenehmigung beantragen, die aus Gründen des Schutzes (des Lebens, der Gesundheit) der Arbeitsumwelt oder des Umweltschutzes (oder durch sonstige wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 30 EG) gerechtfertigt ist, um bereits geltende, den harmonisierten Vorschriften jedoch widersprechende einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten (Absatz 4) oder um wegen eines aufgetretenen Problems derartige Vorschriften neu einzuführen (Absatz 5). Absatz 6 schließlich definiert die Rolle der Kommission bei der Genehmigung in den beiden genannten Fällen und behält ihr die Überwachung des Verbots der willkürlichen Diskriminierung und der verschleierten Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels vor.

66. Auch aus dieser knappen Darstellung wird sehr deutlich, dass die in Frage stehende Bestimmung zwei verschiedenen und nicht immer leicht miteinander zu vereinbarenden Erfordernissen gerecht werden soll: Sie soll einerseits die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes fördern und andererseits hohe Standards in Bezug auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit sowie den Umweltschutz und den Verbraucherschutz gewährleisten. Was das letztgenannte Erfordernis angeht, so zeigt Artikel 95 EG deutlich, dass den berechtigten Anliegen der Mitgliedstaaten in einem Gesetzgebungsverfahren Rechnung getragen werden soll, in dem seit der Einführung des Artikels 100a auch mit qualifizierter Mehrheit entschieden werden kann, wobei allerdings vermutet werden muss, dass diesen Anliegen grundsätzlich bereits durch die Harmonisierungsmaßnahme entsprochen worden ist, da diese zwangsläufig von einem hohen Schutzniveau ausgehen muss. Wenn dem aber so ist, d. h. wenn dieses hohe Schutzniveau sozusagen bereits als DNS in der Harmonisierungsmaßnahme angelegt ist, lassen sich schon jetzt zwei wichtige Schlüsse ziehen, auf die ich später aber noch zurückkommen werde. Erstens erscheint es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, die fragliche Bestimmung von der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes auszunehmen, wonach die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Abweichung von den Grundregeln des Gemeinschaftsrechts (hier: Einheit des Marktes) eng auszulegen sind [27]. Zweitens genügt es für die Beibehaltung oder Einführung einer Abweichung von der Harmonisierungsmaßnahme nicht, sich allgemein darauf zu berufen, dass der von der Harmonisierungsmaßnahme garantierte Schutz unzureichend sei.

67. Wenn ich nun die hier maßgebliche Frage näher prüfe, muss ich zunächst auf

27 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651), vom 5. Dezember 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-267/95 und C-268/95 (Merck und Beecham, Slg. 1996, I-6285), vom 11. Januar 2000 in der Rechtssache C-285/98 (Kreil, Slg. 2000, I-69).

das Argument der dänischen Regierung eingehen, in Artikel 95 Absatz 4 seien nicht die Voraussetzungen des Absatzes 5 des genannten Artikels aufgenommen worden. Der letztgenannte Absatz ist in der Tat viel detaillierter und zumindest nach seinem Wortlaut restriktiver als der unmittelbar vorangehende Absatz, da er für die Einführung einzelstaatlicher, von der gemeinschaftlichen Harmonisierung abweichender Maßnahmen drei Voraussetzungen aufstellt: Die abweichenden einzelstaatlichen Bestimmungen müssen auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse in den genannten Bereichen gestützt sein, es muss ein spezifisches Problem für den antragstellenden Staat vorliegen, und dieses Problem muss sich nach dem Erlass der Richtlinie ergeben haben.

68. Die allgemeinere Regelung des Absatzes 4 des Artikels 95 für die Beibehaltung einzelstaatlicher, von der gemeinschaftlichen Harmonisierung abweichender Maßnahmen lässt nach Ansicht der dänischen Regierung den Schluss zu, dass in diesem Fall keine der vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllt sein müsse. Zum einen würden hier nämlich die einzelstaatlichen Maßnahmen nicht neu eingeführt, so dass auch keine neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse beigebracht werden müssten; zum anderen müsse der betreffende Staat keine spezifische Situation geltend machen, da die Vorschrift hierzu schweige. Er müsse lediglich beweisen, dass die genannten Maßnahmen tatsächlich das höchste Schutzniveau — ohne allerdings über dieses Ziel hinauszugehen — gewährleisteten, das nach Auffassung dieses Staates erforderlich sei, um den „wichtigen Erfordernissen" im Sinne der genannten Bestimmung gerecht zu werden. Etwas anderes werde von dem Staat nicht verlangt, da dieser den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsregelung in zulässiger Weise beschränken könne, unbeschadet selbstverständlich der Kontrolle durch die Kommission gemäß Artikel 95 Absatz 6 EG.

69. Auch wenn die Auslegung des Artikels 95 zugegebenermaßen alles andere als einfach ist, so fällt es mir doch sehr schwer, die soeben vorgetragene Auffassung zu teilen. Meines Erachtens widerspricht diese Auffassung nämlich nicht nur, wie noch zu zeigen sein wird, der Logik und der Zielsetzung des Systems, sondern beruht sehr wahrscheinlich auch auf einer falschen Betrachtungsweise, d. h. auf einem oberflächlichen Vergleich zwischen Absatz 4 und Absatz 5 der genannten Vorschrift und vielleicht auch auf einem ebenso oberflächlichen Verständnis der Entwicklung der Regelung von Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag zu Artikel 95 Absatz 4 EG. Anders ausgedrückt, die besagte Auffassung geht meines Erachtens davon aus, dass Artikel 100a Absatz 4 einzig und allein den Fall geregelt habe, dass einzelstaatliche, von der gemeinschaftlichen Harmonisierung abweichende Rechtsvorschriften aufgrund einer dem betroffenen Mitgliedstaat überlassenen Bewertung der Erforderlichkeit dieser Vorschriften beibehalten würden; der spätere Artikel 95 habe dann in Absatz 4 diesen Tatbestand übernommen und in Absatz 5 einen anderen Tatbestand vorgesehen, der differenzierter und restriktiver sei und die etwaige Einführung einer neuen, von der genannten Harmonisierung abweichenden einzelstaatlichen Rechtsvorschrift regele.

70. Ich bin jedoch, wie gesagt, der Auffassung, dass dieses Verständnis ober-

flächlich ist und von einer zutreffenden Auslegung der genannten Bestimmungen wegführt, und zwar aus einer Reihe von Gründen, die ich im Folgenden darlegen möchte.

71. Erstens beschränkte sich Artikel 100a Absatz 4 ganz und gar nicht auf die „Beibehaltung" einzelstaatlicher, von der Harmonisierung abweichender Bestimmungen; er bezog sich im Gegenteil allgemeiner auf den Fall, dass ein Mitgliedstaat beabsichtigte, diese Bestimmungen „anwenden" zu wollen, und deckte damit bereits beide in Betracht kommenden Fallgruppen ab, d. h. sowohl die Beibehaltung bestehender Bestimmungen als auch die Einführung neuer Bestimmungen [28]. In dem späteren Artikel 95 EG wurden diese beiden Fallgruppen klar unterschieden und der allgemeine Ausdruck „anwenden" wurde durch die spezielleren Begriffe „beibehalten" und „einführen" ersetzt, was meines Erachtens mittelbar bestätigt, dass bereits Artikel 100a in Wirklichkeit beide Fallgruppen erfasste.

72. Es könnte allerdings eingewandt werden, dass nur Artikel 95 Absatz 4 die allgemeine Formulierung des Artikels 100a übernommen hat, während Artikel 95 Absatz 5 ausdrücklich eine spezifische Situation des betreffenden Mitgliedstaats voraussetzt; dies spräche dann dafür dass eine Kontinuität *nur* zwischen Artikel 100a Absatz 4 und Artikel 95 Absatz 4 bestände und dass die genannte Voraussetzung für Artikel 100a Absatz 4 nicht gegolten hätte. Ein solcher Einwand würde jedoch auf der unbewiesenen und meines Erachtens fragwürdigen Annahme beruhen, dass das Schweigen des Artikels 100a Absatz 4 zu den Voraussetzungen einer Genehmigung der Abweichung bedeute, dass der betreffende Staat bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer solchen Abweichung völlig frei sei. Mir scheint jedoch aus Gründen, die ich sogleich darlegen werde, dass aus dem Schweigen ein solch unlogischer Schluss nicht gezogen werden kann, sondern dass im Gegenteil die Voraussetzungen für die Abweichung, auch wenn sie in der Bestimmung (die, wie gesagt, weniger detailliert und differenziert war als der spätere Artikel 95) nicht ausdrücklich genannt werden, schon damals aus dem System hergeleitet werden mussten und dass zu ihnen mit Sicherheit der spezifische Charakter der zur Begründung der abweichenden einzelstaatlichen Maßnahmen geltend gemachten Situation gehörte.

73. Es scheint mir im Übrigen von Bedeutung, dass schon in der ersten Rechtssache, in der eine aufgrund des Artikels 100a Absatz 4 (und somit noch vor dessen Ersetzung durch Artikel 95 EG) erlassene Entscheidung der Kommission erörtert wurde, Generalanwalt Tesauro zwar einräumte, dass diese Bestimmung ein „Gegengewicht" oder „Ausgleich" dazu darstelle, dass der Grundsatz der Einstimmigkeit aufgegeben worden sei, gleichzeitig aber betonte, dass jedenfalls „hätte... dargelegt werden müssen, welche *besonderen Erfordernisse* den Erlass noch strengerer Maßnahmen [im antragstellenden Mitgliedstaat als die in der Harmonisierungs-

28 — In diesem Sinne äußert sich ein Teil der Lehre übrigens schon seit den frühen Kommentierungen: vgl. insbesondere C. Gulmann, *The Single European Act — Some Remarks from a Danish Perspective*, CMLR 24 (1987), S. 31 bis 40, insbesondere S. 38.

richtlinie vorgesehenen] rechtfertigten" [29]. Erwähnenswert ist auch der Hinweis des Generalanwalts Saggio gerade im Hinblick auf Artikel 100a Absatz 4 auf den bekannten Grundsatz, dass alle Ausnahmen von den Prinzipien der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Einheit des Marktes eng auszulegen seien. Da dieser Artikel nämlich Ausdruck einer derartigen Ausnahme sei, sei er somit „eng auszulegen, wobei seine Anwendung strengen Maßstäben zu unterwerfen ist, und zwar sowohl bezüglich der einschlägigen Rechtfertigungsgründe als auch des ‚Verwaltungs'-Verfahrens für die Schutzklausel" [30].

74. Wenn nun Artikel 95 Absatz 5 für die von ihm erfassten Fälle ausdrücklich die Voraussetzungen für eine Abweichung regelt, darf hieraus indessen nicht geschlossen werden, dass diese Voraussetzungen für die Fälle des Artikels 95 Absatz 4 nicht gälten (wie sie auch für den entsprechenden Absatz des Artikels 100a nicht gegolten hätten). Zwar besteht kein Zweifel, dass die Absätze 4 und 5 des Artikels 95 EG, die sich auf verschiedene Sachverhalte beziehen, jeweils unterschiedliche Regelungen enthalten; die Frage ist jedoch, worin die Unterschiede bestehen und welche Folgen sich aus ihnen ergeben. Meines Erachtens müssen sie sich auf den Umstand beziehen, der die beiden Fälle klar voneinander unterscheidet, nämlich die Tatsache, dass Absatz 5 sich auf die Einführung abweichender Maßnahmen bezieht, die *nach* der Gemeinschaftsmaßnahme erlassen werden und durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse gerechtfertigt sind. Im Rahmen der genaueren und ausführlicheren Ausnahmeregelung des Artikels 95 EG erweist sich daher Absatz 5 gegenüber Absatz 4 als sozusagen noch „spezieller" (wie dies in gewisser Weise von ihm selbst dadurch bestätigt wird, dass er unbeschadet des Absatzes 4 gilt) und macht somit den von ihm geregelten Fall von Kriterien abhängig, die noch strenger sind als die des Absatzes 4. Dies gilt sowohl für die „wichtigen Erfordernisse", da die Einführung von Schutzmaßnahmen nur für den „Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt" vorgesehen ist, als auch und in erster Linie bezüglich der Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmung. Wie bereits erwähnt, muss sich nämlich die einzelstaatliche Maßnahme auf „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" stützen und durch ein spezifisches Problem für den betreffenden Mitgliedstaat gerechtfertigt sein, das nach dem Erlass der Richtlinie aufgetreten ist.

75. Die beiden letzteren Voraussetzungen hängen jedoch eng miteinander zusammen in dem Sinne, dass es zur Rechtfertigung von nachträglichen einzelstaatlichen Maßnahmen nicht genügt, dass ein spezifisches Problem besteht; vielmehr müssen auch neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen. Wenn die Bestimmung nur die erste Voraussetzung enthielte, könnte in der Tat ein Argument für die hier in Frage gestellte Auffassung gefunden werden. Die Vor-

29 — Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache C-41/93 (Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-1831, Nr. 14), Hervorhebung von mir.

30 — Schlussanträge des Generalanwalts Saggio in der Rechtssache Kortas (a. a. O., Nr. 23).

schrift verlangt jedoch auch das Vorliegen neuer Erkenntnisse, und gerade aus diesem Grund wird in Absatz 5, nicht aber in Absatz 4 ausdrücklich die Voraussetzung aufgestellt, dass es sich um ein spezifisches Problem eines Mitgliedstaats handeln muss. Da nämlich das Auftreten dieser Erkenntnisse grundsätzlich alle oder viele andere Mitgliedstaaten betreffen könnte, war es hier (nicht jedoch in Absatz 4) erforderlich, mit größter Klarheit die Voraussetzung aufzustellen, dass im antragstellenden Staat eine ganz spezifische Situation vorliegen muss, die mit den neuen Erkenntnissen verknüpft ist und für diesen Staat *in besonderer Weise* eine Abweichung von den Harmonisierungsmaßnahmen rechtfertigt. Wäre dieser Auffassung nicht zu folgen, so bliebe offen, aus welchem unerfindlichen Grund sich ein Mitgliedstaat auf ein spezifisches eigenes Problem berufen muss, wenn er nach dem Erlass der Richtlinie abweichende Maßnahmen einführen, nicht aber wenn er schon bestehende Maßnahmen beibehalten will, zumal wenn man bedenkt, dass der Mitgliedstaat im letzteren Fall bereits Gelegenheit hatte, seine Gründe im Rahmen der Vorbereitung der Richtlinie vorzubringen.

76. Dass aber die Voraussetzung der spezifischen Situation, wie schon früher für Artikel 100a EG-Vertrag, auch für den Fall des Artikels 95 Absatz 4 EG gilt, folgt meines Erachtens vor allem aus Erwägungen systematischer Natur. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass Artikel 95 Absatz 4 EG eine Ausnahme von den Grundsätzen der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Einheit des Marktes vorsieht und daher, wie jede Ausnahmeregelung, so ausgelegt werden muss, dass „eine Ausdehnung über die ausdrücklich genannten Fälle hinaus ausgeschlossen ist“ [31]. Die dänische Auffassung führt jedoch im Gegensatz zu der hier vertretenen gerade zu einer solchen Ausdehnung. Jedenfalls erscheint es mir sehr schwierig, mit diesem Auslegungskriterium das Vorbringen eines Mitgliedstaats in Einklang zu bringen, der vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewährleistete Schutz sei generell unzureichend, so dass auf der Grundlage einer einseitigen Würdigung der Erforderlichkeit eines erhöhten Schutzes die Beibehaltung oder Einführung von Bestimmungen zu beantragen sei, die hiervon und damit auch vom Grundsatz der Einheit des Marktes abwichen. Ich bin vielmehr der Ansicht, dass Artikel 95 Absatz 4 EG im Fall der Zulassung eines derartigen Begehrens zu einer Klausel würde, die ein dauerhaftes Opting-out von den Bestimmungen einer Harmonisierungsrichtlinie erlaubte, was im klaren Gegensatz zu den Grundsätzen und Zielen des Systems und zu der Logik stünde, die zum Schutz des Allgemeininteresses die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten beherrscht.

77. Will man dieser paradoxen Konsequenz entgehen, so muss man annehmen, dass zusätzliche Gründe und Vorausset-

31 — Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache C-41/93 (Nr. 4).

zungen erforderlich sind, um einen begründeten Antrag stellen zu können; diese können nur darin bestehen, dass ein spezifisches Problem für den betreffenden Mitgliedstaat vorliegt, dem die in der Richtlinie vorgesehenen allgemeinen Maßnahmen nicht gerecht werden können. Liegt dagegen ein Problem vor, das allen oder den meisten Mitgliedstaaten gemeinsam ist, so ist davon auszugehen, dass dieses bereits durch die Richtlinie gelöst ist. Andernfalls wäre zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Anfechtung der Richtlinie vorliegen, da diese nicht etwa einen allgemeinen Schutz, sondern ein „hohes Schutzniveau" gewährleisten muss; jedenfalls wäre das Problem allgemeiner Natur, und es ist daher nicht verständlich, weshalb es nur zugunsten der glücklichen Bürger eines Mitgliedstaats, dessen Bedenken größer waren, und zu Lasten der einheitlichen Anwendung der Harmonisierungsregelung und damit des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes gelöst werden sollte. Wird dagegen das Schutzniveau als hinreichend angesehen, wäre es ebenso wenig verständlich, weshalb es einem Mitgliedstaat freistehen sollte, dieses einseitig anzuheben, sei es auch nur in der wohlmeinenden Absicht, für die eigenen Bürger einen noch höheren Schutz — wiederum auf Kosten der Einheit des Marktes — zu gewährleisten — es sei denn, ebendieser Staat kann beweisen, dass eine für ihn spezifische Situation vorliegt, die diese Folgen rechtfertigt.

78. Mit der hier dargelegten Auffassung lässt sich auch begründen, dass — vielleicht schon nach Artikel 100a, mit Sicherheit aber nach Artikel 95 — die Beibehaltung strengerer einzelstaatlicher Maßnahmen selbst dann beantragt werden kann, wenn die Richtlinie einstimmig erlassen wurde, und dass diese somit nicht den Staaten vorbehalten bleibt, die überstimmt wurden, sondern auch von einem Staat geltend gemacht werden kann, der der Richtlinie zugestimmt hat. Die Abweichung setzt also nicht zwangsläufig eine Ablehnung der Richtlinie voraus, da ein Mitgliedstaat ja der Auffassung sein könnte, dass das vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewährleistete Schutzniveau im Allgemeinen hinreichend ist, und deswegen der Richtlinie zustimmen kann, aber auch weiß, dass für ihn in dieser Hinsicht ein spezifisches Problem besteht, und sich daher einen Antrag auf Ausnahmegenehmigung vorbehält. Nach der entgegengesetzten Auffassung wäre der Antrag eines Staates, der der Richtlinie zugestimmt hat, auf eine Ausnahmegenehmigung schwer begründbar, da nach dieser Auffassung der Staat das von der Richtlinie festgelegte Schutzniveau jedenfalls negativ beurteilt haben müsste.

79. Bezeichnenderweise hat die dänische Regierung zur Stützung ihrer eigenen Auffassung nicht viel vorgebracht. Sie hat in erster Linie die soeben von mir dargelegte systematische Inkongruenz zu begründen versucht und dabei, wie gesagt, vor allem Wert auf den „historisch-politischen Kontext, in dem die Bestimmung entstanden ist", und auf die Notwendigkeit gelegt, sie folglich „unter Berücksichtigung des in ihr zum Ausdruck gekommenen politischen Kompromisses" auszulegen. Ich habe, zumal ich überdies unmittelbarer Zeuge war, keine Schwierigkeiten, diesen „Kontext" und das Klima der Besorgnis einzuräumen, in dem die Verhandlungen über Artikel 100a im Rahmen der Einheitlichen

Europäischen Akte stattfanden. Ich könnte dazu auch die Erklärung Dänemarks am Schluss der Verhandlungen anführen, die die Absicht einzelner Mitgliedstaaten, insbesondere der von Dänemark, deutlich zum Ausdruck bringt, sich die Möglichkeit vorzubehalten, anders als die Gemeinschaft zu entscheiden [32]. Aber ich möchte mich hier nicht in eine Diskussion über diese Erklärung einlassen, zumal sie von der dänischen Regierung gar nicht erwähnt worden ist. Ich weise nur darauf hin, dass diese Erklärung — soweit mir bekannt — nicht mehr erneuert worden ist, weder für den Vertrag von Maastricht noch für den Vertrag von Amsterdam, was zeigt, dass sie eher die Spannungen bei den Verhandlungen wegen der erwähnten Stimmrechtsveränderungen zum Ausdruck bringt, die dann hinter den wohldurchdachten Beurteilungen verblassten, die aus der späteren praktischen Anwendung dieser Bestimmung resultierten.

80. Es erscheint mir indessen nützlich, kurz auf den Hinweis der dänischen Regierung auf den „Kontext" und den „politischen Kompromiss" einzugehen, die in Artikel 100a Absatz 4 und später in Artikel 95 Absatz 4 Ausdruck gefunden hätten und das Begehren der Klägerin rechtfertigten. Ich habe, wie gesagt, ebenso wie Generalanwalt Tesauro keine Schwierigkeiten, anzuerkennen, dass durch das den Mitgliedstaaten eingeräumte Recht, ihre nationale Regelung nach der Harmonisierung eines bestimmten Bereichs auf Gemeinschaftsebene beizubehalten, „ein ‚verstärkter' Schutz bestimmter besonders wesentlicher Interessen sichergestellt und vor allem die von einigen Staaten in den Verhandlungen über die Einheitliche Europäische Akte geäußerten Befürchtungen entkräftet werden [sollten], eine durch Mehrheitsbeschluss erlassene Harmonisierungsmaßnahme könne gegebenenfalls zu einer Verringerung des Schutzes führen, der für diese Interessen auf nationaler Ebene gewährleistet sei" [33]. Meines Erachtens rechtfertigen jedoch weder der „politische Kompromiss" noch die Notwendigkeit eines „verstärkten Schutzes" eine Abkehr von den Grundsätzen des Systems, zu der eine Zustimmung zu der Auffassung der dänischen Regierung führen würde. Dies gilt umso mehr, als die fraglichen Bestimmungen diesen Erfordernissen bereits weitgehend Rechnung tragen, indem sie eine bedeutende Ausnahme von dem anerkannten Grundsatz vorsehen, dass die Mitgliedstaaten auf einem Gebiet, in dem eine gemeinschaftliche Harmonisierung erfolgt ist, keine einseitigen Maßnahmen zum Schutz der in Artikel 30 EG genannten Erfordernisse mehr ergreifen dürfen (vgl. Nr. 63). Im vorliegenden Zusammenhang können derartige Maßnahmen nämlich gebilligt werden, sofern die vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind; darin liegt meines Erachtens bereits eine erhebliche Verstärkung der geforderten Garantien. Wollte

32 — Ich beziehe mich auf die Erklärung der Regierung des Königreichs Dänemark zu Artikel 100a des EWG-Vertrags (Erklärung Nummer 18, die der Einheitlichen Europäischen Akte beigefügt ist): „Die dänische Regierung stellt fest, dass in Fällen, in denen gemäß Artikel 100a erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nach Ansicht eines Mitgliedstaats nicht höhere Erfordernisse in Bezug auf die Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz oder im Sinne des Artikels 36 sicherstellen, durch Artikel 100a Absatz 4 gewährleistet wird, dass der betreffende Mitgliedstaat einzelstaatliche Maßnahmen treffen kann. Diese dienen der Verwirklichung der genannten Erfordernisse und dürfen keinen verschleierten Protektionismus bedeuten."

33 — Schlussanträge (Nr. 4).

man darüber hinausgehen, so würde man die genannten Voraussetzungen in eine Möglichkeit zu *beliebigen* Abweichungen umwandeln, was keinen Kompromiss, sondern einen Missbrauch darstellen würde.

81. Bevor ich diesen Punkt abschließe, muss ich noch kurz auf die fragwürdige Position eingehen, die die Kommission in dieser Sache eingenommen hat. Nachdem sie nämlich zu verstehen gegeben hat, dass auch sie eine spezifische Situation des die Ausnahmegenehmigung beantragenden Staates als Voraussetzung ansehe, da sie diese in der angefochtene Entscheidung genannt und einen der Hauptgründe für die Ablehnung der Genehmigung auf das Fehlen dieser Voraussetzung gestützt hat, hat sie später in ihren Schriftsätzen diese Voraussetzung beinahe als unwichtig oder jedenfalls zu einer Alternative zu anderen Voraussetzungen herabgestuft. Sie ist letztlich der Ansicht, der Mitgliedstaat, der sich auf die Anwendung des Artikels 95 Absatz 4 berufe, könne sich auch auf den Hinweis auf neue wissenschaftliche Gesichtspunkte oder auf Umstände, die von der fraglichen Gemeinschaftsvorschrift hätten berücksichtigt werden müssen, beschränken, sofern mit ihnen bewiesen werden könne, dass die Gemeinschaftsvorschrift keinen hinreichenden Schutz gewährleiste.

82. Tatsächlich öffnet die dänische Auffassung der Willkür der Staaten Tür und Tor, die Auffassung der Kommission macht jedoch die Wahl der soeben genannten Voraussetzungen willkürlich, und zwar nicht nur deswegen, weil in der Bestimmung keine Spur von diesen Voraussetzungen zu finden ist, sondern weil sich diese nicht einmal aus der Logik des Systems oder den Kriterien der Angemessenheit ableiten lassen. So tragen sie, streng genommen, nicht einmal zur Lösung des in Frage stehenden Problems bei, sondern nur zu dessen Verlagerung, denn auch wenn das Vorliegen dieser Voraussetzungen feststände, bliebe trotzdem nachzuweisen, warum bei Fehlen eines spezifischen Erfordernisses des die Ausnahmegenehmigung beantragenden Mitgliedstaats die vorstehend genannten neuen Umstände sich zugunsten dieses Mitgliedstaats und nicht zugunsten aller (oder bestimmter) Mitgliedstaaten auswirken sollen. Artikel 95 Absatz 5 gibt eine eindeutige Antwort in diesem Zusammenhang, indem er auch ein spezifisches Problem des antragstellenden Staats voraussetzt. Die Auffassung der Kommission dagegen gibt keine bzw. keine klare und eindeutige Antwort. Außerdem kann ich mir wirklich nur schwer vorstellen, dass eine Richtlinie, die über Jahre hinweg Gegenstand von Verhandlungen war, Gesichtspunkte außer Acht gelassen haben könnte, die so entscheidend sind, dass sie die hier erörterte Abweichung rechtfertigen, und vor allem nicht, dass diese (oder gar neue wissenschaftliche Erkenntnisse) dann in der äußerst kurzen Zeit, wie gerade im vorliegenden Fall, zwischen dem Erlass der Richtlinie und dem Antrag auf Genehmigung der Beibehaltung der einzelstaatlichen Bestimmungen aufgetaucht sein könnten. Was nämlich für die Fälle des Artikels 95 Absatz 5 normal erscheint und somit dessen besondere Fassung rechtfertigt, erscheint, ehrlich gesagt, in dem hier erörterten Fall wenig wahrscheinlich.

83. Was hingegen das von der Kommission auch betonte Erfordernis anbelangt, dass der betreffende Staat beweist, dass der von der Gemeinschaftsrichtlinie gewährleistete

Schutz unzureichend ist, so stelle ich natürlich nicht in Frage, dass dieses Erfordernis gerechtfertigt ist, sofern klar ist, dass es eng mit der Voraussetzung der spezifischen Situation in dem Sinne verknüpft ist, dass die Abweichung nur genehmigt werden kann, wenn, wie in Artikel 95 Absatz 5 vorgesehen, bewiesen wird, dass der genannte Schutz in Bezug auf ein spezifisches Problem des betreffenden Staats unzureichend ist. In gewisser Weise ist somit das Bestehen dieses Problems die Vorbedingung für eine berechtigte Berufung auf die Abweichung; der unzureichende Schutz ist die materielle Voraussetzung für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung.

84. Nach alledem bin ich somit der Auffassung, dass die dänischen Maßnahmen bezüglich der Sulfite, Nitrite und Nitrate mit einer spezifischen Situation Dänemarks hätten gerechtfertigt werden müssen; da ein solcher Rechtfertigungsgrund nicht dargetan und nicht einmal behauptet worden ist, ist die vorliegende Rüge meines Erachtens zurückzuweisen.

b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der dänischen Maßnahmen

85. Wie oben bereits dargelegt, begründet die dänische Regierung ihren Antrag, einzelstaatliche Maßnahmen in Abweichung von den Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft beizubehalten, damit, dass die Harmonisierungsmaßnahmen unzureichend seien und es somit erforderlich sei, ein höheres Schutzniveau aufrechtzuerhalten. Die Kommission widerspricht dieser Begründung und macht darüber hinaus geltend, die abweichenden einzelstaatlichen Maßnahmen seien teilweise diskriminierend. Bei der Prüfung dieser unterschiedlichen Positionen werde ich soweit wie möglich versuchen, nicht erneut auf die im Vorangegangenen ausführlich untersuchte Voraussetzung der spezifischen Situation einzugehen, obwohl sie öfter auftauchen wird und sich auch mit dem Vorbringen der Parteien zu der jetzt erörterten Frage vermischt.

Vorbringen der Parteien

86. Die dänische Regierung stellt die Schlussfolgerungen in Frage, zu denen die Kommission in der angefochtenen Entscheidung gelangt ist, und trägt vor, ihre Maßnahmen seien notwendig und angemessen. Sie beruft sich hierfür allgemein auf den Grundsatz der Vorsorge, der den Mitgliedstaaten erlaube, den Schutz zur Vermeidung von Gefahren für die menschliche Gesundheit zu erhöhen.

87. Dies gelte vor allem für die Sulfite. Dänemark bestreitet nicht, dass seine Rechtsvorschriften restriktiver seien als die Richtlinie, sei es, weil sie die Kategorien von Lebensmitteln, in denen diese Zusatzstoffe verwendet werden könnten, begrenzten oder sei es, weil sie die zulässige Menge verringerten. Diese Beschränkungen

seien jedoch aufgrund der Gesundheitsgefährdung notwendig, die sich aus der Verwendung dieser Erzeugnisse und der zu großen Toleranz der Richtlinie besonders im Vergleich zu der Strenge anderer Vorschriften des einschlägigen sekundären Gemeinschaftsrechts ergebe.

88. Im Einzelnen betont Dänemark zum einen die Gefahr schwerwiegender allergischer Reaktionen bei prädisponierten Personen, für die die lückenhaften Gemeinschaftsvorschriften im Bereich der Etikettierung keine Hilfe bieten könnten; zum anderen verweist es auf das Überschreiten der zulässigen Tagesdosis (ADI), die in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses vom 25. Februar 1994 auf 45 bis 50 mg festgelegt worden sei. Weder die Mengen der Zusatzstoffe noch die Liste der Erzeugnisse, denen diese Mengen nach der Richtlinie zugegeben werden könnten, seien aber durch ein hinreichendes technisches Bedürfnis begründet. Andererseits sei die mit den fraglichen dänischen Maßnahmen getroffene Entscheidung, die Sulfitbelastung der Bevölkerung zu verringern, dadurch bedingt, dass auf die Verwendung von Sulfiten in Wein kein Einfluss genommen werden könne, da die entsprechende Verordnung den Erlass von einzelstaatlichen Schutzmaßnahmen nicht gestatte. Es habe daher keine andere Möglichkeit bestanden, als die Verwendung von Sulfiten in anderen Erzeugnissen zu beschränken.

89. Was die Nitrite und Nitrate betrifft, nimmt Dänemark in erster Linie zu den Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung Stellung, wonach die fraglichen Maßnahmen weder notwendig noch den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes angemessen seien. Die Kommission ist nämlich der Auffassung, dass zum einen die Mengen von Zusatzstoffen, die nach der Richtlinie zugelassen seien, für die mikrobiologische Unbedenklichkeit der Fleischerzeugnisse technisch notwendig seien und dabei keine Gefahr für eine Überschreitung der ADI für Nitrite und Nitrate bestehe; zum anderen gestatte die dänische Rechtsvorschrift jedenfalls eine übermäßige Verwendung dieser Zusatzstoffe in bestimmten Schlachterzeugnissen, die zur Bildung größerer Mengen der krebserregenden Nitrosamine führe, die die dänische Regierung angeblich gerade bekämpfen wolle.

90. Die dänische Regierung wendet hiergegen in erster Linie ein, die angefochtene Entscheidung sei offensichtlich fehlerhaft, soweit sie damit begründet werde, dass diese Maßnahmen mit Blick auf die geltend gemachte Überschreitung der ADI bei Nitriten und Nitraten nicht notwendig seien. Dänemark habe nämlich nie behauptet, dass dies die Begründung für seine Maßnahmen sei; diese hingen vielmehr mit der Gefährdung zusammen, die sich aus dem Abbau der Nitrite und Nitrate zu Nitrosaminen ergebe.

91. Die Richtlinie beachte nicht die eindeutigen Empfehlungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses und lasse eine übermäßige Verwendung von Nitriten und Nitraten mit der daraus resultierenden Entstehung von Nitrosaminen zu, deren krebserregende und genotoxische Wirkung bekannt sei. Gerade der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss habe jedoch den

Zusammenhang zwischen der Menge der hinzugefügten Nitrite und Nitrate und der Bildung flüchtiger Nitrosamine aufgezeigt. Deshalb habe er es ausgeschlossen, dass ein Schwellenwert ermittelt werden könne, unterhalb dessen der Gebrauch von Nitriten und Nitraten nicht die Gefahr der Entstehung von Tumoren beinhalte, und habe empfohlen, die Verwendung dieser Zusatzstoffe auf das für den Konservierungseffekt und die Gewährleistung der mikrobiologischen Unbedenklichkeit notwendige Mindestmaß zu beschränken. Ein solches Ergebnis sei aber nur durch Festlegung von Höchstwerten für die zugesetzte Menge erreichbar.

92. Bezüglich der Angemessenheit ihrer Auswahl weist die dänische Regierung den Vorwurf der Inkohärenz zurück, der in der angefochtenen Entscheidung den hier fraglichen Maßnahmen gemacht wird, weil diese im Rahmen einer allgemeinen Verringerung der Zusatzstoffmengen andere und höhere Mengen für bestimmte Erzeugnisse zuließen. Dänemark trägt vor, die technische Notwendigkeit sei je nach Erzeugnis verschieden und somit entsprechend den Darlegungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses von vielfältigen Parametern abhängig, zu denen die Temperatur der Konservierung und die Zusammensetzung des Erzeugnisses gehörten. Die dänische Regierung habe einfach die jeweiligen Mengen von Nitriten und Nitraten den Erfordernissen der einzelnen Erzeugnisse angepasst, um deren analytische Darstellung sich die dänische Regierung bemüht habe. Die Kommission habe sich daher für ihr Argument der Inkohärenz zu Unrecht auf die unterschiedlichen Nitratwerte gestützt, die in der dänischen Liste für die einzelnen Erzeugnisse vorgesehen seien.

93. Hilfsweise macht die dänische Regierung geltend, dass sie bereits in ihrer Antragsschrift nachgewiesen habe, dass die Richtlinie unzureichend und die einzelstaatlichen Maßnahmen angemessen seien, und die Kommission deshalb die Grenzen ihres Ermessens überschritten habe, als sie ohne irgendeinen wissenschaftlichen Beweis lediglich behauptet habe, die von der dänischen Rechtsvorschrift festgesetzten Grenzwerte für die Verwendung von Nitriten und Nitraten bei Fleischerzeugnissen verstoße gegen die Erfordernisse, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergäben.

94. Die Kommission wendet hiergegen hauptsächlich ein, die dänischen Behörden verlangten, ohne neue Beweise vorgebracht zu haben, die Beibehaltung der fraglichen einzelstaatlichen Bestimmungen allein aufgrund einer anderen Auslegung derselben Erkenntnisse, über die der Rat bei Erlass der Richtlinie 95/2 verfügt habe. Wie gesagt, hält die Kommission ein solches Begehren jedoch für unzulässig, sofern nicht der Mitgliedstaat dartue, dass das von der Richtlinie festgelegte Schutzniveau offensichtlich unzureichend sei, oder sich auf neue Beweise stütze oder nachweise, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber Umstände nicht berücksichtigt habe. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

95. In der Sache bestreitet die Kommission den Vorwurf Dänemarks, sie habe übersehen, dass ein Zusatzstoff nur genehmigt werden dürfe, wenn er technisch erforderlich sei. Tatsächlich seien im vorliegenden Fall sowohl die Nitrite und Ni-

trate als auch die Sulfite technisch erforderlich; dem habe die Gemeinschaftsrichtlinie, nicht aber die dänische Regelung gebührend Rechnung getragen.

96. Den dänischen Ausführungen in der Sache hält die Kommission vor allem entgegen, die Richtlinie 95/2 stimme, was die Sulfite angehe, mit den Gutachten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses überein und sei somit völlig ausreichend, um den Schutz der öffentlichen Gesundheit zu gewährleisten. Dem Gesichtspunkt der allergischen Reaktionen sei bereits mit der gemeinschaftlichen Kennzeichnungsregelung für Nahrungsmittel Rechnung getragen worden. Einzelstaatliche Maßnahmen seien in diesem Bereich somit nicht erforderlich. Selbst wenn Verbesserungen erforderlich seien, müssten diese durch eine Änderung der Kennzeichnungsvorschriften angestrebt werden, aber sicher nicht im Wege einer Abweichung von der Richtlinie 95/2. Dasselbe gelte für das Problem der Sulfite im Wein, das in gleicher Weise gegebenenfalls besondere Maßnahmen an anderer Stelle erfordere. Die dänischen Maßnahmen seien jedenfalls nicht ausreichend, da sie Konservierungsmittel nur in Mengen zuließen, die zu gering seien, um dem technischen Erfordernis, für das die Sulfite eingesetzt würden, zu genügen.

97. Bezüglich der Nitrite erwidert die Kommission, die angefochtene Entscheidung habe ausführlich zu den Bedenken der dänischen Regierung wegen des Zusammenhangs zwischen der Menge der beigefügten Zusatzstoffe und der Bildung von Nitrosaminen Stellung genommen. In der Entscheidung sei insbesondere dargelegt worden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Richtlinie 95/2 in voller Kenntnis der Gutachten des Wissenschaftlichen Lebensmittelauschusses erlassen habe, und dass das von dieser Richtlinie festgelegte Schutzniveau tatsächlich den Ergebnissen des Gutachtens des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses vom 19. Oktober 1990 entspreche, die im Wesentlichen durch das spätere Gutachten vom 22. September 1995 bestätigt worden seien. Im ersten Gutachten habe der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss bestätigt, dass die verfügbaren Daten über die Nitrosamine, von denen die krebserregende Wirkung bekannt sei, darauf hindeuteten, dass, „aux niveaux auxquels elles ont été détectées dans les aliments, les effets nocifs pour la santé sont probablement faibles". Dessen ungeachtet habe der Ausschuss dann empfohlen, die Belastung durch Vorstufen der Nitrosamine in Lebensmitteln durch geeignete technische Verfahren auf ein Minimum zu verringern, insbesondere durch eine Verminderung der Zugaben an Nitriten und Nitraten auf das für den erforderlichen Konservierungseffekt und die Gewährleistung der mikrobiologischen Unbedenklichkeit unerlässliche Mindestmaß. Da jedoch der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss weder für die hinzugefügten Mengen noch für die Restmenge eine besondere Höchstgrenze angegeben habe, sei es Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers, die geeigneten Mittel festzulegen, um die empfohlenen Ziele zu erreichen und das erforderliche Mindestniveau festzulegen, das „so niedrig wie möglich" sein müsse. Die Behauptung der dänischen Regierung, die Richtlinie 95/2 stehe nicht mit dem Gutachten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses im Einklang und sei deshalb unzureichend, sei somit offensichtlich unzutreffend.

98. Unzureichend seien dagegen die dänischen Maßnahmen, da die von ihnen

vorgesehenen Höchstmengen die mikrobiologische Unbedenklichkeit nur gewährleisten könnten, wenn besonders sichere hygienische Voraussetzungen vorlägen. Solche Voraussetzungen seien in der Gemeinschaft mangels einer allgemeinen und vollständigen Regelung über geeignete Vorsorgeverfahren, wie z. B. der so genannten „Analysen der Risiken und kritische Kontrollpunkte" (HACCP), zumindest beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht sichergestellt.

Beurteilung

99. Zur Würdigung der hier geäußerten Auffassungen muss ich allgemein vorausschicken, dass die Notwendigkeit und Angemessenheit der abweichenden einzelstaatlichen Maßnahmen, wie die Kommission ausführt, unter Berücksichtigung des Standards der harmonisierten Regelung beurteilt werden muss. Dabei muss nämlich, wie Generalanwalt Tesauro in den bereits erwähnten Schlussanträgen in der Rechtssache Frankreich/Kommission ausgeführt hat, berücksichtigt werden, dass „[f]ür die den Gemeinschaftsorganen gemäß Artikel 100a Absatz 4 obliegende Überprüfung... strengere Kriterien zugrunde gelegt werden [müssten], als für Artikel 36 festgelegt wurden, da das durch die Harmonisierungsregelung bereits festgelegte Schutzniveau nicht außer Betracht bleiben kann" (Nr. 6).

100. Allgemein möchte ich auch darauf hinweisen, dass Dänemark den Grundsatz der Vorsorge als Parameter für die Beurteilung der Notwendigkeit und Angemessenheit der betreffenden einzelstaatlichen Maßnahmen durch die Kommission angeführt hat. Dieser Grundsatz erlaubt zweifellos, Schutzmaßnahmen in Bezug auf etwaige Gesundheitsgefährdungen zu erlassen; betont werden muss jedoch, dass in der Regel diese Maßnahmen von den Gemeinschaftsorganen, nicht aber einseitig von den Mitgliedstaaten und ganz sicher nicht in gemeinschaftlich bereits harmonisierten Bereichen zu erlassen sind. Nach diesem Grundsatz dürfen die Staaten derartige Maßnahmen höchstens in den Fällen erlassen, die, wie hier, vom Vertrag vorgesehen sind, allerdings (und nur) innerhalb der vom Vertrag gesetzten Grenzen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Wenn nicht die Schutzklausel des Artikels 4 der Richtlinie 89/107 Anwendung findet, müssen für die Beibehaltung der abweichenden einzelstaatlichen Maßnahmen die Voraussetzungen des Artikels 95 Absatz 4 erfüllt sein. Ist dies nicht der Fall, kann die Entscheidung der Kommission natürlich nicht wegen eines angeblichen Verstoßes gegen den Grundsatz der Vorsorge im Zusammenhang mit dieser Bestimmung überprüft werden, unbeschadet selbstverständlich der Möglichkeit einer selbständigen Nichtigkeitsklage, sofern die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

101. Um bei den Grundsätzen zu bleiben, muss ich schließlich noch darauf hinweisen, dass im Gegensatz zu der überraschenden Behauptung der dänischen Regierung, die

den allgemeinen Grundsätzen in diesem Bereich widerspricht, nicht der Kommission, sondern — wie Generalanwalt Tesauro in den oben genannten Schlussanträgen festgestellt hat — dem antragstellenden Staat „die Beweislast dafür [obliegt], dass [die abweichenden] Bestimmungen... [in Bezug auf die in Artikel 95 Absatz 4 genannten Ziele] erforderlich und angemessen sind" (Nr. 7). Im Übrigen lässt der Wortlaut des Artikels 95 Absatz 4 keine Unsicherheit entstehen, wenn er Bezug nimmt auf „einzelstaatliche Bestimmungen ..., die durch wichtige Erfordernisse... gerechtfertigt sind", wobei eindeutig ist, dass der Staat, der sich auf die Notwendigkeit der Abweichung beruft, die einzelstaatlichen Bestimmungen „rechtfertigen" muss.

102. Ich komme nun zur eigentlichen Frage. Meines Erachtens muss ich nicht auf die Erörterung der Sulfite eingehen, da ich den entsprechenden Ausführungen der Kommission, aus denen sich ergibt, dass Dänemark die Notwendigkeit und Angemessenheit der einschlägigen einzelstaatlichen Maßnahmen nicht bewiesen hat, folge und mich mit einem Hinweis auf diese Ausführungen begnügen möchte.

103. Ganz anders verhält es sich indessen mit meiner Beurteilung hinsichtlich der Nitrate und Nitrite; insoweit glaube ich, den dänischen Ausführungen folgen zu können.

104. Zunächst hat die Kommission nämlich keine überzeugenden Argumente dafür vorgetragen, dass die harmonisierten Maßnahmen geeigneter als die dänischen Maßnahmen seien und dass Letztere zur Verfolgung des von ihnen ausdrücklich genannten Zwecks, nämlich der Verstärkung des Schutzes der Gesundheit der Verbraucher, unangemessen seien. Was aber wichtiger ist: Es ist meines Erachtens zuzugeben, dass die dänischen Maßnahmen sich an die Empfehlungen des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses halten, die Richtlinie 95/2 dagegen aber in dem Gutachten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses aus dem Jahr 1995 offen kritisiert wird. Der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss hat seine Ergebnisse von 1990 keineswegs, wie die Kommission in ihrer Entscheidung fälschlicherweise behauptet, ohne Ergänzungen übernommen, sondern vielmehr die von der Richtlinie zugelassene Menge der Zusatzstoffe deutlich als nicht notwendig und unangemessen kritisiert [34]. Diese Kritik wurde in der Anmeldung der dänischen Regierung wiederholt und von der Kommission mit einer sehr fragwürdigen Begründung in unzulässiger Weise abgetan.

105. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass Dänemark sowohl die Notwendigkeit als auch die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit seiner einzelstaatlichen Maßnahmen in Bezug auf Nitrite und Nitrate, nicht aber in Bezug auf Sulfite dargetan hat. Insoweit ist die Rüge Dänemarks somit als begründet anzusehen.

34 — Zwar hat der Wissenschaftliche Lebensmittelausschuss, wie schon fünf Jahre zuvor, empfohlen, „die Belastung durch Vorstufen von Nitrosaminen in Lebensmitteln... auf das für den notwendigen Konservierungseffekt zur Gewährleistung der mikrobiologischen Unbedenklichkeit erforderliche Mindestmaß zu reduzieren". Er hat jedoch auch darauf hingewiesen, „dass die nach der Richtlinie 95/2/EG (Tabelle I) zugelassene Restmenge von Nitriten weit über den Vorausberechnungen liegt, die auf den Höchstmengen für den Zusatz von Nitriten und Nitraten beruhen, die nach den Informationen, die der Ausschuss im Zusammenhang mit dem vorhergehenden Bericht erhalten hatte, aus technischen Gründen gerechtfertigt sein können" (Gutachten von 1995, S. 3, 22 ff.).

c) Der diskriminierende Charakter der dänischen Maßnahmen

106. Dänemark bestreitet ferner die Feststellungen der Kommission über den diskriminierenden Charakter der dänischen Maßnahmen. Ich beginne mit den Maßnahmen, die Sulfite betreffen. In den Nummern 26 und 27 der angefochtenen Entscheidung hatte sich die Kommission darauf berufen, dass die Liste der Erzeugnisse, denen danach Zusatzstoffe zugegeben werden durften, willkürlich beschränkt worden sei, da von den 61 in der Richtlinie genannten Kategorien lediglich 16 in die Liste aufgenommen worden seien, wobei diese sämtlich Erzeugnisse beträfen, die zwar nicht typisch, aber auf dem dänischen Markt bereits vertreten gewesen seien. Überdies sei für den Ausschluss der übrigen 45 Kategorien keine Begründung gegeben worden.

107. Bezüglich der 16 aufgenommenen Erzeugnisse bestreitet demgegenüber die dänische Regierung, dass die Aufnahme willkürlich gewesen sei, und legt für jedes einzelne Erzeugnis — zugleich in Beantwortung einer entsprechenden Frage des Gerichtshofes — dar, dass die Verwendung der Sulfite einem technischen Erfordernis entspreche.

108. Was die übrigen 45 Kategorien anbelange, so sei deren Ausschluss die Folge der von Artikel 95 EG vorgeschriebenen Beschränkungen. Um in die nationalen Rechtsvorschriften Erzeugnisse aufzunehmen, die dort nicht erfasst seien, hätten diese Rechtsvorschriften geändert werden müssen. Die genannte Gemeinschaftsbestimmung erlaube jedoch bekanntlich nur die Beibehaltung bestehender Rechtsvorschriften. Da die dänische Regierung es einerseits für erforderlich gehalten habe, die Belastung der Bevölkerung durch Sulfite zu reduzieren, andererseits aber die geltenden Rechtsvorschriften nicht durch Aufnahme der in der Richtlinie genannten Erzeugnisse habe umgestalten dürfen, habe sie nicht anders vorgehen können, als das geringere Übel zu wählen, indem sie die in diesen Rechtsvorschriften bereits vorhandenen Kategorien beibehalten habe.

109. Auch bezüglich der Nitrite und Nitrate weist Dänemark den Vorwurf zurück, die von ihm getroffene Auswahl sei deswegen diskriminierend gewesen, weil es einerseits eine wesentliche Verringerung der für die überwiegende Mehrzahl der Erzeugnisse zulässigen Mengen von Konservierungsmitteln vorgeschrieben habe, andererseits aber in bestimmten Fällen die Verwendung größerer Mengen von Konservierungsmitteln, die mit den in der Richtlinie allgemein vorgesehenen Mengen vergleichbar seien, ausschließlich für bestimmte typisch dänische Erzeugnisse wie den Wiltshire-Speck und die gerollte Rullepølse-Fleischwurst zugelassen habe. Die dänische Regierung ist der Auffassung, dass diese Lösung den besonderen Verfahren und Bedingungen für die Herstellung dieser typischen Erzeugnisse Rechnung trage, die tatsächlich größere Mengen von Konservierungsmitteln benötigten, damit die mikrobiologische Unbedenklichkeit gewährleistet sei.

110. Meines Erachtens ist die Kommission zu Recht der Auffassung, dass die dä-

nischen Maßnahmen, soweit sie Sulfite, Nitrite und Nitrate betreffen, tatsächlich diskriminierend sind.

111. Was die Sulfite angeht, geht Dänemark bei seiner Verteidigung von einem falschen Verständnis des durch Artikel 95 Absatz 4 EG eingeführten Mechanismus aus. Dass diese Bestimmung nur die Beibehaltung der geltenden Rechtsvorschriften erlaubt, bedeutet natürlich nicht, dass ein Mitgliedstaat diese Rechtsvorschriften bei der Umsetzung der Harmonisierungsrichtlinie nicht teilweise ändern, im Übrigen aber beibehalten könnte. Wenn Artikel 95 die Möglichkeit vorsieht, die „Beibehaltung" (auch nur) eines Teils der geltenden Rechtsvorschriften zu genehmigen, setzt er vielmehr gerade die Koexistenz dieses Teils, der mit der Richtlinie vereinbaren Bestimmungen und der entsprechenden Durchführungsvorschriften voraus.

112. Im vorliegenden Fall hätte Dänemark somit die Liste der fraglichen Erzeugnisse sehr wohl anpassen können, so dass es jetzt nicht mit Artikel 95 eine Beschränkung dieser Liste auf diejenigen Erzeugnisse rechtfertigen kann, die typischer- oder üblicherweise in diesem Staat hergestellt oder in den Verkehr gebracht werden.

113. Was die Nitrite und Nitrate betrifft, so teile ich den von der Kommission gegenüber der dänischen Regierung erhobenen Einwand, dass es nicht nur in Dänemark, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten traditionelle Erzeugnisse gibt, deren Art oder deren Herstellungsverfahren höhere Dosen von Konservierungsmitteln erfordern. Es muss daher gefragt werden, weshalb diese Rechtfertigung für die einen und nicht für die anderen gelten soll. Wenn nämlich das Herstellungsverfahren und die Produktionsbedingungen erhöhte Grenzwerte für die Konservierungsmittel erforderlich machen, darf dies nicht nur allein für die dänischen Erzeugnisse, sondern muss auch für alle traditionellen Produktionen aus den anderen Regionen Europas gelten, denen entsprechende Mengen von Konservierungsmitteln hinzugefügt werden und bei denen ein entsprechendes technisches Erfordernis besteht.

114. Nach alledem komme somit ich zu dem Ergebnis, dass die dänischen Maßnahmen sowohl bezüglich der Sulfite als auch bezüglich der Nitrite und Nitrate diskriminierend sind und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten beinhalten.

d) Fehlerhafte Bezugnahme auf die Artikel 4 und 7 der Richtlinie 95/2

115. Mit Argumenten, die — offen gesagt — nicht sehr klar sind, rügt Dänemark ferner, die Kommission habe in den

Nummern 28 und 43 der angefochtenen Entscheidung die Artikel 4 der Richtlinie 89/107 und 7 der Richtlinie 95/2 [35], die die Möglichkeit böten, die einschlägigen Gemeinschaftsbestimmungen zu überprüfen und die Positivliste zu ändern, falsch verstanden. Sie habe die angefochtene Ablehnung zu Unrecht darauf gestützt, dass es eine Schutzklausel und ein speziell für die Änderung der harmonisierten Regelung vorgesehenes Verfahren gebe, denn es handele sich um Gesichtspunkte, die für eine Bewertung der Kommission nach Artikel 95 Absatz 4 nicht relevant seien. Außerdem sei die Schutzklausel auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht anwendbar: Während nämlich die Anwendung dieser Klausel das Vorliegen neuer Gesichtspunkte oder neuer wissenschaftlicher Informationen voraussetze, beruhe der dänische Antrag nach Artikel 95 Absatz 4 auf bereits vorhandenden Berichten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses.

116. Wie indessen die Kommission ausgeführt hat, ist dieses Vorbringen Dänemarks wohl nur ein Vorwand, da die angegriffenen Teile der Begründung im Rahmen des Aufbaus der Entscheidung offensichtlich unerheblich sind. Die Kommission hat auf die Schutzklausel nicht verwiesen, um den Antrag Dänemarks abzulehnen; nachdem sie festgestellt hatte, dass die nach Artikel 95 Absatz 4 EG erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlagen, hat sie tatsächlich nur darauf hingewiesen, „dass es für eine Überprüfung der Richtlinie 95/2/EG mehrere Möglichkeiten gebe", zu denen gerade Artikel 4 der Richtlinie 89/107, der zur Änderung der Positivliste führen könne, und Artikel 7 der Richtlinie 95/2 gehörten, wonach die Mitgliedstaaten und die Kommission die Entwicklung des Verbrauchs von Zusatzstoffen überwachen müssten, damit die Kommission gegebenenfalls Änderungen vorschlagen könne.

117. Auch diese Rüge ist somit zurückzuweisen.

e) Fehlerhafte Sachverhaltswürdigung bezüglich der Sulfite

118. Dänemark trägt vor, die Entscheidung der Kommission beruhe auf einer unzureichenden und fehlerhaften Würdigung des Sachverhalts, da sie davon ausgehe, dass sich aus der Anwendung der Richtlinie 95/2 keine Gesundheitsgefährdung ergebe. Nach Nummer 23 der angefochtenen Entscheidung beruhe die Richtlinie 95/2 nämlich auf dem Gutachten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses vom 25. Februar 1994, das eine ADI für die Sulfite festlege. Der gemeinsame Standpunkt des Rates zu dieser Richtlinie datiere in Wirklichkeit vom 16. Dezember 1993, und die Richtlinie beruhe somit auf dem Gutachten über Sulfite von 1981, in dem es nicht um ADI gegangen sei. Die Kommission meint dagegen, Nummer 23 der an-

35 — Der Artikel sieht vor, dass nationale Systeme zur Überwachung des Verbrauchs und der Verwendung von Lebensmittelzusatzstoffen festgelegt werden und dass die Kommission aufgrund der Kontrollergebnisse und der Daten über die Änderungen auf dem Markt für Zusatzstoffe die Verwendungsbedingungen dieser Stoffe überprüfen und gegebenenfalls Änderungen vorschlagen kann.

gegriffenen Entscheidung enthalte überhaupt nicht die Behauptung, dass die Richtlinie 95/2 auf der Stellungnahme von 1994 beruhe, sondern führe sie nur beispielshalber an.

119. Der Wortlaut der Entscheidung in dem angegriffenen Punkt scheint mir die Auffassung der Kommission zu bestätigen. Aber auch wenn dem nicht so wäre, sehe ich nicht, wie dies angesichts der absoluten Unwichtigkeit dieser etwaigen Ungenauigkeit zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führen könnte. Dies gilt umso mehr, als die Grundrichtlinie nicht zwangsläufig die Berücksichtigung der ADI verlangt [36] und der ADI-Wert [37] lediglich einen Sicherheitsfaktor darstellt, so dass das etwaige Überschreiten dieses Werts keine wirkliche Gefährdung bedeuten würde.

f) Fehlende Stellungnahme nach Artikel 95 Absatz 6 EG

120. Mit einer gelinde gesagt erstaunlichen Rüge schließlich macht die dänische Regierung geltend, die Stellungnahme der Kommission im Hinblick auf Artikel 95 Absatz 6 EG sei unzureichend. Dadurch, dass die Kommission nicht ausdrücklich beurteilt habe, ob die dänischen Maßnahmen eine willkürliche Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellten und ob sie das Funktionieren des Binnenmarkts behinderten, habe sie gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen. Nach Artikel 95 Absatz 6 EG hätte sie sich nämlich auch zu diesen spezifischen Gesichtspunkten äußern müssen, da sie ihre Entscheidung nicht allein auf den Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Gesundheit stützen könne.

121. Tatsächlich zeigt eine Prüfung der Entscheidung, dass die Kommission den Gesichtspunkt der Diskriminierung berücksichtigt hat. Abgesehen davon muss ich aber darauf hinweisen, dass einzelstaatliche Maßnahmen, die von einer aufgrund von Artikel 95 Absatz 1 EG erlassenen Harmonisierungsrichtlinie abweichen, nur genehmigt werden können, wenn sowohl die positiven Voraussetzungen des Artikels 95 Absatz 4 als auch die negativen Voraussetzungen des Artikels 95 Absatz 6 erfüllt sind. Logischerweise liegen damit die Voraussetzungen für eine Ablehnung des Antrags bereits dann vor, wenn die Kommission feststellt, dass die Ersteren nicht erfüllt sind, ohne dass die Letzteren noch zu prüfen wären.

122. So aber liegt es genau im vorliegenden Fall, so dass meines Erachtens die Rüge offensichtlich unbegründet ist.

36 — Gemäß Anhang II der Richtlinie 89/107 „*müssten* [in der Bewertung der gesundheitsschädlichen Wirkungen] *auch* beispielsweise die... kumulativen... Auswirkungen... berücksichtigt werden": Es handelt sich um Leitlinien, nicht aber um ein Gebot (Hervorhebung von mir).

37 — Nach Nummer 24 der Entscheidung, der unter diesem Aspekt im vorliegenden Verfahren nicht angegriffen worden ist, „enthält [eine ADI] gewöhnlich einen Sicherheitsfaktor von 100, der bis zu 500 betragen kann".

C — *Die Rüge bezüglich der Begründung der Entscheidung*

123. Die dänische Regierung macht schließlich geltend, für die Beurteilung ihres Antrags hätte sich die Entscheidung nicht darauf beschränken dürfen, das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 95 Absatz 6 Unterabsatz 1 zu berücksichtigen (wenn sie es denn getan habe), sondern hätte dazu ausdrücklich Stellung nehmen müssen. Da die angefochtene Entscheidung aber zu diesem Punkt vollständig schweige, verstoße sie wegen unzureichender Begründung gegen wesentliche Formvorschriften.

124. Nach Ansicht der Kommission erfüllt die angefochtene Entscheidung die in Artikel 235 EG vorgesehene Begründungspflicht in der Auslegung des Gerichtshofes voll und ganz, da in den Nummern 20 bis 34 bezüglich der Sulfite und in den Nummern 37, 38 und 41 bis 44 bezüglich der Nitrite und Nitrate die tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, die die Entscheidung rechtfertigten, ausführlich dargelegt worden seien.

125. Unabhängig von allem anderen ist die Rüge meines Erachtens unbegründet, weil aus den von der Kommission genannten Nummern der Entscheidung, wie oben ausgeführt [38], deutlich die Gründe der Kommission für die Ablehnung des dänischen Antrags hervorgehen.

126. Auch dieser Klagegrund ist somit zurückzuweisen.

*Abschließende Erwägungen*

127. Ich komme abschließend zu dem Ergebnis, dass die Kommission zahlreiche Gründe dafür hatte, dass die Voraussetzungen für die Genehmigung der von der dänischen Regierung beantragten Abweichung nicht vorliegen. Soweit die angefochtene Entscheidung bei der Begründung dieses Ergebnisses keiner sehr stringenten Argumentation folgte, die in einigen Punkten sogar angreifbar ist, bin ich der Auffassung, dass die wirklich wesentlichen Teile der Entscheidung zutreffend sind und für die von Dänemark erhobenen Rügen keine Angriffsfläche bieten. Ich bin deshalb der Ansicht, dass die Klage insgesamt abzuweisen ist.

38 — Vgl. Nrn. 63, 85, 96, 106 und 109.

**Kosten**

128. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission einen entsprechenden Antrag gestellt hat und das Königreich Dänemark mit seinem Vorbringen unterlegen ist, sind ihm die Kosten aufzuerlegen.

129. Nach Artikel 69 § 4 der Verfahrensordnung tragen die Vertragsstaaten des EWR-Abkommens, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten. Die Republik Island und das Königreich Norwegen tragen somit ihre eigenen Kosten.

## IV — Ergebnis

Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof daher vor,

1. die Klage abzuweisen;

2. dem Königreich Dänemark die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;

3. der Republik Island und dem Königreich Norwegen die eigenen Kosten aufzuerlegen.