In der Rechtssache 53/80

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Gerechtshof Amsterdam in dem vor diesem Gericht anhängigen Strafverfahren gegen

KONINKLIJKE KAASFABRIEK EYSSEN BV

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft

erläßt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. Koopmans, der Richter A. O'Keeffe und G. Bosco,

Generalanwalt: J.-P. Warner
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und schriftliches Verfahren

Mit Anklage vom 22. Dezember 1977 wurde die Koninklijke Kaasfabriek Eyssen BV (im folgenden: Eyssen) vor den Economische Politierechter (Richter in Wirtschaftsstrafsachen) Alkmaar geladen. Eyssen wurde beschuldigt, gewisse Mengen für den Handel und den menschlichen Verzehr bestimmten Streichkäse und Schmelzkäse vorrätig gehalten zu haben, der Nisin enthielt, einen Stoff, dessen Zusatz nach den einschlägigen niederländischen Bestimmungen nicht erlaubt ist.

Nisin ist ein Antibiotikum, das durch bestimmte Milchsäurebakterien gebildet wird und das in unterschiedlichen Mengen in den meisten Käsesorten von Natur aus vorhanden ist. Es ist geeignet, den Verderb des Käses durch Buttersäurebakterien zu hemmen. Der Zusatz von Nisin kann offensichtlich für die Haltbarkeit von Käse von großer Bedeutung sein, vor allem bei bestimmten Sorten, wie Streichkäse, die dem Verderb stärker ausgesetzt sind als andere Käsesorten.

Die niederländischen Bestimmungen über Zusatzstoffe beruhen auf der Warenwet von 1935. Dieses Gesetz ermächtigte die Krone, im Interesse der Gesundheit oder der Lauterkeit im Handel Verordnungen zu erlassen. Aufgrund dieser Rechtsetzungsermächtigung hat die Krone am 11. Juli 1949 den „Algemeen Besluit" (Allgemeine Verordnung) erlassen, der allgemeine Bestimmungen für alle Nahrungsmittel und Getränke enthält. Artikel 10a Absatz 1 des Algemeen Besluit bestimmt, daß Antibiotika Nahrungsmitteln und Getränken nur dann zugesetzt werden dürfen, wenn der Minister eine diesbezügliche Erlaubnis erteilt hat.

Eine derartige Erlaubnis ist für Nisin nie erteilt worden. In Ermangelung einer allgemeinen Erlaubnis kann die Verwendung von Zusatzstoffen durch Einzelfallentscheidungen erlaubt werden, die aufgrund der Warenwet für bestimmte Nahrungsmittel oder Getränke erlassen werden. Für Schmelzkäse gelten der Kaasbesluit und der Smeltkaasbesluit. Der Smeltkaasbesluit untersagt jeglichen Zusatz zu Schmelzkäse; von diesem Verbot ausgenommen sind Stoffe, deren Zusatz nach dem Smeltkaasbesluit selbst oder nach dem Kaasbesluit für Käse im allgemeinen erlaubt ist. Der Zusatz von Nisin ist weder nach dem Smeltkaasbesluit noch nach dem Kaasbesluit erlaubt.

Entwürfe eines neuen Kaasbesluit und eines neuen Smeltkaasbesluit, die das natürliche Vorhandensein von Nisin bis zu einer bestimmten Konzentration zulassen, sind in Vorbereitung; sie befinden sich jedoch noch im Anfangsstadium des Gesetzgebungsverfahrens.

Es besteht schließlich die Möglichkeit einer allgemeinen Ausnahme von den genannten Regelungen. Zur Ausfuhr bestimmte Waren sind durch Verordnung von dem Verbot, Nisin zuzusetzen, freigestellt. Diese Ausnahme gilt nicht für Erzeugnisse, die für den inländischen Markt bestimmt sind. Der Zusatz von Nisin zu diesen Erzeugnissen ist somit untersagt und gilt als Übertretung im Sinne der Wet op de economische delicten (Gesetz über Wirtschaftsstraftaten).

Mit Entscheidung vom 30. Januar 1978 hat der Economische Politierechter die Rechtssache an die Meervoudige Economische Kamer (Kammer für Wirtschaftssachen) der Arrondissementsrechtbank Alkmaar verwiesen. Diese beschloß, Eyssen außer Verfolgung zu setzen. Die Kammer legte dar, daß die von der Angeklagten verwendeten geringfügigen Mengen Nisin keinerlei Gefahr für die Gesundheit darstellten und daß das Verbot, in den Niederlanden Nisin zu verwenden, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne der Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag sei, da in anderen Mitgliedstaaten der Zusatz dieses Stoffes zu Käse erlaubt sei.

Der Officier van Justitie bei der Arrondissementsrechtbank Alkmaar legte gegen dieses Urteil Berufung zum Gerechtshof Amsterdam ein, der mit Urteil vom 13. Dezember 1979 beschloß, das Verfahren auszusetzen und den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag um Vorabentscheidung über die folgende Frage zu ersuchen:

„Vorausgesetzt,

daß ein niederländischer Hersteller von Schmelzkäse diesen sowohl für den inländischen Markt als auch für den Export in andere Staaten der EWG herstellt,

daß er dem von ihm hergestellten Schmelzkäse zur besseren Haltbarkeit das Antibiotikum Nisin zusetzt,

daß Nisin zwar nicht als ein absolut, wohl aber als ein relativ für die menschliche Gesundheit (geringfügig) schädlicher Stoff anzusehen ist,

daß der Hersteller dem Schmelzkäse Nisin in einer Menge zusetzt, die unter dem Satz liegt, der in der Empfehlung des Ausschusses der Regierungssachverständigen der FAO/WHO vom September 1976 für zulässig erklärt wurde,

im Hinblick darauf, daß ein derartiger Zusatz in einer Reihe von Mitgliedstaaten der EWG zugelassen ist, in anderen jedoch nicht, daß ferner die Richtlinie des Rates der EWG vom 5. November 1963 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für konservierende Stoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 27. Januar 1964), es den Mitgliedstaaten der EWG überläßt, den Zusatz von Nisin zuzulassen oder zu untersagen,

müssen dann die Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr innerhalb der EWG unbeschadet eines zum Schutze der Gesundheit von Menschen nach Artikel 36 EWG-Vertrag gerechtfertigten Verbots dahin ausgelegt werden, daß mit ihnen eine Bestimmung wie Artikel 8 Buchstabe h des Smeltkaasbesluit mit seinem Verbot der Verwendung anderer Zusätze (zu denen Nisin gehört) als solcher, welche diese Bestimmung zuläßt oder für die eine Ausnahme oder eine Freistellung erteilt worden ist, in ihrer Gesamtheit oder zumindest insoweit unvereinbar ist, als sie den Zusatz von Nisin bei Schmelzkäse sowohl für in den Niederlanden hergestellten als auch für in die Niederlande eingeführten Schmelzkäse untersagt, und ist es für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, daß die entsprechende Ausnahme oder Freistellung für den Zusatz von Nisin bei Schmelzkäse nur erteilt wird, wenn der Schmelzkäse offensichtlich für die Ausfuhr bestimmt ist?"

Das Vorlageurteil ist am 7. Februar 1980 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Regierung der Niederlande, vertreten durch den Generalsekretär im Außenministerium F. Italianer als Bevollmächtigten, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft Seidel und durch Rechtsanwalt J. Sedemund als Bevollmächtigte, sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch die Mitglieder ihres Juristischen Dienstes P. Kuyper als Bevollmächtigten und P. Oliver als beigeordneten Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Mit Beschluß vom 2. Juli 1980 hat der Gerichtshof die Rechtssache gemäß Artikel 95 §§ 1 und 2 der Verfahrensordnung an die Erste Kammer verwiesen.

II — Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG eingereichte Erklärungen

Die *niederländische Regierung* verweist in erster Linie darauf, daß zwar keine absolute Gewähr für die Unschädlichkeit eines Stoffes verlangt werden könne, da ein solches Erfordernis praktisch jedem Zusatz entgegenstünde, aber gleichwohl ein vernünftiges Maß an Sicherheit gegeben sein müsse, daß der Zusatz von Stoffen keine nachteiligen Folgen für die Gesundheit mit sich bringe.

Man könne nur selten oder nie mit absoluter Bestimmtheit von der Schädlichkeit oder der Unschädlichkeit eines Stoffes sprechen: Einerseits bestünden wissenschaftliche Unklarheiten über die Schädlichkeit eines bestimmten Erzeugnisses; andererseits dürfe man nicht übersehen, daß die Einnahme von ihrer Natur nach relativ harmlosen Stoffen bei Überdosierung zu schädlichen Folgen für die Gesundheit führen könne. Deswegen verfolge die niederländische Regierung bei (allen Arten von) Zusätzen zu Nahrungsmitteln eine restriktive Politik.

Die niederländische Regierung beschreibt in großen Zügen, worin diese Politik zum Ausdruck kommt, und geht dann auf die vom Gerechtshof gestellte Vorabentscheidungsfrage ein, namentlich darauf, ob Artikel 8 Buchstabe h des „Smeltkaasbesluit (Warenwet)" mit den Artikeln 30 ff. EWG-Vertrag im Einklang stehe.

Im Hinblick auf die vorliegende Rechtssache müsse sowohl geprüft werden, ob der genannte Artikel 8 eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung, als auch, ob diese Bestimmung eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung sei.

Nach Ansicht der niederländischen Regierung stellt diese Bestimmung keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung dar, da für die Ausfuhr bestimmte Erzeugnisse aufgrund einer Freistellungsentscheidung vom 19. August 1965, zuletzt geändert durch Entscheidung vom 14. Mai 1979, von den Bestimmungen des Smeltkaasbesluit ausgenommen seien. Außerdem schreibe keiner der anderen Mitgliedstaaten den Zusatz von in den Niederlanden nicht zugelassenen Stoffen zu Schmelzkäse vor, so daß ein Hemmnis, das in der deswegen für die Ausfuhr möglicherweise erforderlichen zusätzlichen Produktion liegen könnte, im Ergebnis ausgeschlossen sei.

Die umstrittene Bestimmung könne hingegen eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen. Es sei nämlich nicht auszuschließen, daß ausländische Produzenten in ihren Einfuhrmöglichkeiten unmittelbar oder mittelbar eingeschränkt würden, da sie einer Erlaubnis bedürften, um ihre Erzeugnisse mit einem bestimmten Zusatz auf den niederländischen Markt zu bringen.

Wie dem auch sei, die fragliche Bestimmung läßt sich nach Ansicht der niederländischen Regierung durch einen der in Artikel 36 EWG-Vertrag genannten Zwecke rechtfertigen, nämlich durch den „Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen".

Die Richtlinie 64/54/EWG überlasse es in ihrem Artikel 6 den Mitgliedstaaten ausdrücklich, den Zusatz von Nisin zu Nahrungsmitteln zuzulassen oder nicht. Der „Conserveermiddelenbesluit (Warenwet)", die niederländische Regelung für konservierende Stoffe, erwähne Nisin nicht als zugelassenen konservierenden Stoff. Die niederländischen Behörden seien zu dieser Entscheidung aufgrund

der Erwägung gekommen, daß der menschliche Körper — nach Auskunft von Sachverständigen — ohne Gefährdung nicht mehr als 33 000 Internationale Einheiten [0,78 mg] pro Kilogramm Körpergewicht aufnehmen könne und daß somit dafür gesorgt werden müsse, daß diese Menge bei der täglichen Gesamtnahrungsmenge nicht überschritten werde.

Der niederländische Gesetzgeber stehe im übrigen mit dieser Entscheidung nicht allein, wie der Umstand zeige, daß zum Beispiel auch die Bundesrepublik Deutschland ein solches Verbot kenne.

Die Bestimmung sei nicht erlassen worden, um unter dem Deckmantel des Gesundheitsschutzes den Handel zu behindern, sie führe auch zu keiner willkürlichen Diskriminierung der Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten, weder der Hersteller noch der Importeure, und zwar unabhängig davon, ob man beide Personengruppen jeweils einzeln oder in ihren wechselseitigen Beziehungen betrachte.

Eine weniger weitgehende Art des Eingriffs wäre nicht wirksam. Wegen der Entwicklung von jeweils neuen Zusatzstoffen wäre eine Regelung, nach der erlaubt wäre, was nicht ausdrücklich untersagt oder eingeschränkt sei, nicht zweckdienlich. Auch eine Regelung, die sich auf die Angabe der Zusatzstoffe auf der Verpackung beschränkte, wäre völlig unzureichend.

Schließlich gelte das Verbot nicht absolut; es stelle lediglich die Grundlage für ein System allgemeiner und besonderer Erlaubnisvorbehalte dar, mit der man den Bedürfnissen der Hersteller/Importeure elastisch Rechnung tragen könne, soweit dies der Gesundheitsschutz zulasse. Auch deswegen sei die strittige Bestimmung nicht restriktiver, als dies der Gesundheitsschutz erfordere.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* ist der Auffassung, die Vorlagefrage sei in ihrem ersten Teil dahin gehend zu beantworten, daß nationale Regelungen der Art, wie sie das Vorlageurteil beschreibe, mit den Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr schon deshalb vereinbar seien, weil sie den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes und der öffentlichen Ordnung entsprächen und einen Vorteil der nationalen Produktion oder des Binnenmarktes des betroffenen Mitgliedstaates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten weder bezweckten noch bewirkten.

Aufgrund allgemeiner gesundheitspolitischer und lebensmittelrechtlicher Überlegungen müsse nämlich Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag auch dann eingreifen, wenn der Zusatzstoff nur eine potentielle Gefährdung der Gesundheit des Verbrauchers darstelle.

Das Produkt, um das es im Ausgangsverfahren gehe — das Nisin —, gehöre zu den sogenannten „Food Additives". Man sei zu der Erkenntnis gekommen, daß die stark angestiegene Verwendung dieser Stoffe mit erheblichen gesundheitlichen Risiken für die Verbraucher verbunden sei. Auch wenn ein Stoff — isoliert gesehen — nicht offensichtlich gesundheitsschädlich sei, könnten sich Risiken aus Kombinations- oder Kumulationseffekten ergeben, die aus dem Zusammentreffen mit anderen chemischen Stoffen und Verbindungen resultierten. Zusätzlich habe sich dieses Risiko dadurch erhöht, daß sich der „Kombinationseffekt" nicht nur aus den Zusätzen von Fremdstoffen zu jedem einzelnen Produkt, sondern aus der Gesamtheit aller chemischen Verbindungen und Fremdstoffe ergebe, die in Lebensmitteln enthalten seien.

Die Erkenntnis dieser gesundheitlichen Risiken habe zum Erlaß von nationalen und internationalen Regelungen geführt, die im Interesse des vorbeugenden Gesundheitsschutzes auf eine Eindämmung der Verwendung von Zusatzstoffen bei Lebensmitteln abzielten. Im allgemeinen sei nach diesen Regelungen die Verwendung von Zusatzstoffen nur dann zulässig, wenn dies technologisch erforderlich sei und diese gesundheitlich unbedenklich seien. Dieser Grundsatz, der auch von den Organisationen der Vereinten Nationen für die Ernährung (FAO) und die Gesundheit (WHO) übernommen worden sei, habe in fast allen Ländern mit einem hochentwickelten Lebensmittel- und Gesundheitsrecht zur Einführung eines Systems geführt, welches auf einem allgemeinen Verbot von Zusatzstoffen beruhe; diesem seien „Positivlisten" beigefügt, die die wegen ihrer technologischen Erforderlichkeit und ihrer Unschädlichkeit zugelassenen Stoffe enthielten. Auf diesem System beruhten sowohl die strittige niederländische Regelung als auch die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich der Zusatzstoffe. Diese Richtlinien ermächtigten die Mitgliedstaaten, die Verwendung der genannten Zusatzstoffe noch weiter einzuschränken.

Die Entscheidung über die Zulassung von Nisin bleibe nach der Richtlinie vom 5. November 1963 den Mitgliedstaaten vorbehalten.

Zwar verweise das vorlegende Gericht in diesem Zusammenhang auf ein Dokument der FAO/WHO, in dem die Verwendung von Nisin unterhalb bestimmter Höchstgrenzen als annehmbar bezeichnet werde; dieses Dokument beruhe aber nur auf beschränkten Untersuchungen und erbringe keinen Beweis für die Ungefährlichkeit von Nisin. Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, daß nicht absolut festgestellt werden könne, welche Menge eines Zusatzstoffes in einem Produkt hingenommen werden könne. Offensichtlich müsse die höchstzulässige Menge eines Zusatzstoffes, den ein Produkt enthalte, in dem Maße niedriger liegen, als der Verzehr dieses Produktes höher liege. Für Länder, die wie die Niederlande oder die Bundesrepublik Deutschland einen hohen Verzehr an Käse aufwiesen, müßten strengere Beurteilungskriterien angelegt werden als in Ländern, in denen weniger Käse verzehrt werde. Die Verwendung von Nisin sei schließlich technologisch nicht erforderlich, weil die Herstellung von mikrobiologisch einwandfreiem Käse auch ohne den Zusatz von Nisin möglich sei.

Da Nisin somit nicht erforderlich sei und schädlich sein könne, habe die Bundesrepublik das Verwendungsverbot für dieses Produkt beibehalten.

Die Regierung der Bundesrepublik ist der Auffassung, daß Verwendungsverbote für Zusatzstoffe, wie sie sowohl das nationale Recht wie auch das Gemeinschaftsrecht vorsähen, ausschließlich darauf abzielten, den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Verbraucher zu gewährleisten. Derartige Maßnahmen verfolgten keinerlei wirtschaftliche Ziele; insbesondere seien sie nicht dazu bestimmt, der nationalen Produktion oder dem Markt des betroffenen Mitgliedstaats zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil zu verschaffen. Sie erfüllten somit die negativen Voraussetzungen des Artikels 36 Satz 2.

Der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen habe Vorrang vor dem freien Warenverkehr. Selbstverständlich könnten die Beurteilungsmaßstäbe von Land zu Land und von Zeit zu Zeit je nach der technologischen Entwicklung, dem Klima, den Nahrungsgewohnheiten, dem Grad der Industrialisie-

rung und der damit verbundenen Umweltbelastung unterschiedlich sein. Insoweit bestünden Parallelen zum Begriff der „öffentlichen Ordnung", der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes von den Mitgliedstaaten nach ihren nationalen Bedürfnissen weitgehend frei bestimmt werden könne.

Die Auffassung der Bundesregierung, daß die Feststellung der Grenzen, in denen die nationale Rechtsordnung einen vorbeugenden Gesundheitsschutz sichere, die Einräumung eines angemessenen Beurteilungsspielraums verlange, stehe mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes in Einklang.

Der Gerichtshof habe nämlich lediglich verlangt, daß die nationalen Maßnahmen für die Ausübung der in Artikel 36 vorgesehenen Befugnisse wesensnotwendig und sinnvoll sein müßten und nicht diskriminierend sein dürften.

Das System, auf dem die nationalen Regelungen beruhten, stehe im Einklang mit der internationalen Rechtsentwicklung und den Grundsätzen der Gemeinschaftsgesetzgebung auf dem Gebiet der Lebensmittelzusatzstoffe. Damit erweise es sich im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 36 als gerechtfertigt und erforderlich.

Das System entspreche auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da die Zielsetzung, jede vermeidbare Verwendung von Zusatzstoffen in Lebensmitteln zu unterbinden, nicht durch Maßnahmen erreicht werden könne, die den Handelsverkehr weniger beschränkten.

Daß schließlich von einer Diskriminierung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder von einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht gesprochen werden könne, bedürfe im vorliegenden Fall keiner weiteren Erörterung, da dies in dem Vorlageurteil ausdrücklich anerkannt werde.

Ergänzend möchte die Bundesregierung darauf hinweisen, daß, wie ausgeführt, die beschränkenden Wirkungen der niederländischen Regelungen für den freien Warenverkehr „den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkung" nicht überschritten, und daß namentlich nicht behauptet werden könne, daß sie „außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht". Diese Regelung falle somit nicht unter die Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr im Sinne der Richtlinie 70/50/EWG der Kommission vom 22. Dezember 1969 einschränkten.

Abschließend verweist die Bundesregierung darauf, daß der dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegende Fall wesentliche Parallelen zum Vorlageverfahren in der Rechtssache 15/79 aufweise. Das Verbot, bei der Herstellung von Wurst Pferdefleisch zu verwenden, betreffe ebenfalls — wenn auch in einem weiteren Sinne — die Zulässigkeit bestimmter Bestandteile von Lebensmitteln. Übertrage man die Begründung des Urteils 15/79 auf den vorliegenden Fall, dann lasse sich feststellen, daß die niederländischen Bestimmungen zur Beschränkung der Verwendung von Zusatzstoffen bei Lebensmitteln keine spezifischen Beschränkungen der Ein- und Ausfuhrströme bezweckten, sondern objektiv und unterschiedslos anwendbar seien und insbesondere nicht darauf abzielten, der nationalen Produktion zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil zu verschaffen.

Aus diesen Gründen müsse man annehmen, daß diese Regelung nicht im Widerspruch zu Bestimmungen des EWG-Vertrags stehe.

Der zweite Teil der Vorlagefrage brauche nicht beantwortet zu werden. Die Bundesregierung beschränkt sich auf den Hinweis, daß sich die Vereinbarkeit des Verbotes mit dem Gemeinschaftsrecht nicht dadurch in Frage stellen lasse, daß für die Ausfuhr Freistellungen von dem Verbot erteilt werden könnten. Diese Befreiungen dienten dazu, den Handel mit Ländern zu ermöglichen, die weniger strengere Anforderungen stellten; sie könnten somit den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr allenfalls fördern.

Die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* gibt zunächst eine Übersicht über die niederländischen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Zusatzstoffe und geht danach auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ein, namentlich auf Artikel 6 der Richtlinie 64/54/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für konservierende Stoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen — wonach diese Richtlinie nicht die innerstaatlichen Rechtsvorschriften für das Nisin berühre ——, sowie auf Artikel 22 der Verordnung Nr. 804/68 über die gemeinsame Marktorganisation für Milch und Milcherzeugnisse, der das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten bekräftige.

Nach dieser Übersicht über die Rechtslage prüft die Kommission, wie die Frage des vorlegenden Gerichts zu beantworten sei. Da die Verwendung von Nisin in verschiedenen Mitgliedstaaten erlaubt sei, habe das in einem Mitgliedstaat geltende Verwendungsverbot für diesen Stoff eine Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zur Folge. Derartige Beschränkungen stünden jedoch nicht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, wenn zwingende Erfordernisse, unter anderem Erfordernisse des Gesundheitsschutzes sie erforderlich machten. Um festzustellen, ob ein Verwendungsverbot im Hinblick auf den Gesundheitsschutz erforderlich sei, müsse zunächst geklärt werden, ob Nisin schädlich sei. Diese Frage müsse jedoch von den innerstaatlichen Gerichten selbst beantwortet werden. Die Beweislast treffe denjenigen, der behaupte, daß die Handelsbeschränkung im Hinblick auf den Gesundheitsschutz gerechtfertigt sei.

Doch selbst falls nachgewiesen würde, daß die nationale Bestimmung, mit der die Verwendung von Nisin verboten werde, gegen den EWG-Vertrag verstoße, könnte sich Eyssen nicht auf diesen Verstoß berufen.

Eyssen erleide durch die Einfuhrbeschränkungen keinen Schaden, da sie keine Waren einführe (und ebensowenig durch Ausfuhrbeschränkungen, da es eine allgemeine Freistellung für zur Ausfuhr bestimmte Waren gebe).

Auch könne sich Eyssen nicht auf eine „umgekehrte Diskriminierung" berufen, falls das Verwendungsverbot von Nisin wegen Verstoßes gegen den EWG-Vertrag lediglich bei eingeführten Waren nicht angewendet würde. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes wäre diese Diskriminierung nämlich eine Folge der Unterschiedlichkeit der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten; diese könnte nur durch eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften gemäß Artikel 100 und 101 EWG-Vertrag beseitigt werden.

Die Kommission schlägt deswegen die folgende Antwort auf die von dem innerstaatlichen Gericht gestellte Frage vor:

„Eine nationale Maßnahme, die den Zusatz von Nisin zu Schmelzkäse untersagt, verstößt gegen Artikel 22 der Verordnung Nr. 804/68 und gegen Artikel 30 EWG-Vertrag, sofern nicht nachgewie-

sen wird, daß Nisin eine Gefahr für die menschliche Gesundheit darstellt. Diese Frage ist vom innerstaatlichen Gericht zu entscheiden. Ein Verbot der oben genannten Art verstößt jedoch nicht gegen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere nicht gegen die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag, soweit es sich auf die für den innerstaatlichen Markt bestimmte innerstaatliche Produktion bezieht."

III — Mündliche Verhandlung

Eyssen BV, vertreten durch Rechtsanwalt R. A. A. Duk, Den Haag, die niederländische Regierung, vertreten durch Herrn A. Bos als Bevollmächtigten, Beistand: Herr Van der Heyde als Sachverständiger, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Rechtsanwalt J. Sedemund als Bevollmächtigten, Beistand: Frau L. Gross als Sachverständige, sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Herrn P. J. Kuyper als Bevollmächtigten, Beistand: Herr A. Kinch als Sachverständiger, haben in der Sitzung vom 16. Oktober 1980 mündliche Ausführungen gemacht.

Bei dieser Gelegenheit hat Eyssen vorgetragen, daß das Verbot, dem Käse Nisin zuzusetzen, mit Artikel 30 EWG-Vertrag nicht vereinbar sei. Die in Artikel 36 vorgesehene Ausnahme greife nur dann ein, wenn die niederländische Regierung nachweisen könnte, daß Nisin in der im vorliegenden Fall festgestellten Konzentration eine Gefahr für die Gesundheit darstelle. Diese Ausnahme sei jedoch im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da die niederländische Regierung nur dann bereit sei, den Zusatz von Nisin zu erlauben, wenn die Verwendung dieses Stoffes aus technologischen Erwägungen notwendig sei, selbst wenn nachgewiesen würde, daß es ein relativ unschädlicher Stoff sei und daß das Verbot somit unstreitig gegen den Vertrag verstoße.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 27. November 1980 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

Der Gerechtshof Amsterdam hat mit Urteil vom 13. Dezember 1979, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Februar 1980, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft, namentlich der Artikel 30, 34 und 36, zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Frage stellt sich im Rahmen eines von den niederländischen Behörden gegen einen niederländischen Hersteller eingeleiteten Strafverfahrens, der Schmelzkäse sowohl zum Verkauf auf dem Binnenmarkt als auch für die Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten herstellt und der beschuldigt wird, in der Gemeinde Alkmaar gewisse zum Handel und zum menschlichen Verzehr be-

stimmte Mengen Schmelzkäse für den Weiterverkauf auf Lager gehalten zu haben, denen Nisin, ein nach den einschlägigen niederländischen Rechtsvorschriften nicht zulässiger Zusatzstoff, zugefügt war.

3 Aus den Akten und aus im Verlauf der mündlichen Verhandlung gegebenen Erläuterungen ergibt sich, daß Nisin ein von bestimmten Arten von Milchsäurebakterien gebildetes Antibiotikum ist, das von Natur aus in unterschiedlichen Mengen in den meisten Käsesorten enthalten ist; es macht die Ware haltbar und hemmt den Verderb durch Buttersäurebakterien.

4 Dem genannten Hersteller wird insbesondere ein Verstoß gegen aufgrund der Warenwet vom 28. Dezember 1935 erlassene innerstaatliche Bestimmungen vorgeworfen; dieses Gesetz ermächtigt die Regierung, Vorschriften zu erlassen, die das Inverkehrbringen oder die Einfuhr bestimmter Waren untersagen, wenn dies unter anderen als den vorgesehenen Voraussetzungen geschieht.

5 Im Rahmen dieses Gesetzes bestimmt Artikel 10a Absatz 1 des Algemeen Besluit vom 11. Juli 1949, daß Nahrungsmitteln und Getränken Antibiotika nur zugesetzt werden dürfen, wenn der zuständige Minister eine Erlaubnis hierfür erteilt hat. Der Zusatz von Nisin zu Schmelzkäse ist weder nach dem Kaasbesluit vom 7. November 1959 noch nach dem Smeltkaasbesluit vom 5. November 1959 erlaubt. Nach Artikel 8 Buchstabe h des letztgenannten Besluit dürfen andere als die in Artikel 1 genannten und die nach dem Kaasbesluit zugelassenen Zusätze in Käse nicht enthalten sein.

6 Zur Ausfuhr bestimmte Waren sind jedoch aufgrund der Vrijstellingsbeschikking (Freistellungsentscheidung) vom 19. August 1965, zuletzt geändert durch Entscheidung vom 14. Mai 1979, von dem in diesen Bestimmungen einschließlich des Smeltkaasbesluit vom 5. November 1969 enthaltenen Verbot ausgenommen.

7 Die Angeklagte, gegen die aufgrund der Wet op de Economische Delicten (Wirtschaftsstrafgesetz) vom 22. Juni 1950 ein Strafverfahren wegen Verstoßes gegen Artikel 8 Buchstabe h des Smeltkaasbesluit eingeleitet worden war, verwies unter anderem darauf, daß die im vorliegenden Fall verwendeten Mengen Nisin keine Gefahr für die Gesundheit darstellten und daß in anderen Mitgliedstaaten der Zusatz dieses Stoffes zu Käse erlaubt sei. Daraus

leitet sie den Schluß ab, das sich aus den genannten Bestimmungen ergebende Verbot, für den Binnenmarkt bestimmtem Schmelzkäse Nisin zuzusetzen, verstoße gegen die Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft, da das Verbot eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne der Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag darstelle.

8 Um die Richtigkeit dieser Behauptung beurteilen und so zu einer Sachentscheidung gelangen zu können, hat der Gerechtshof Amsterdam dem Gerichtshof die folgende Frage vorgelegt:

„Müssen die Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr innerhalb der EWG unbeschadet eines zum Schutze der Gesundheit von Menschen nach Artikel 36 EWG-Vertrag gerechtfertigten Verbots dahin ausgelegt werden, daß mit ihnen eine Bestimmung wie Artikel 8 Buchstabe h des Smeltkaasbesluit mit seinem Verbot der Verwendung anderer Zusätze (zu denen Nisin gehört) als solcher, welche diese Bestimmung zuläßt oder für die eine Ausnahme oder eine Freistellung erteilt worden ist, in ihrer Gesamtheit oder zumindest insoweit unvereinbar ist, als sie den Zusatz von Nisin bei Schmelzkäse sowohl für in den Niederlanden hergestellten als auch für in die Niederlande eingeführten Schmelzkäse untersagt, und ist es für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, daß die entsprechende Ausnahme oder Freistellung für den Zusatz von Nisin bei Schmelzkäse nur erteilt wird, wenn der Schmelzkäse offensichtlich für die Ausfuhr bestimmt ist?"

9 Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht im wesentlichen geklärt wissen, ob die Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft im Hinblick auf Artikel 36 EWG-Vertrag dahin auszulegen sind, daß mit ihnen eine innerstaatliche Regelung unvereinbar ist, die den Zusatz von Nisin zu Erzeugnissen wie Schmelzkäse untersagt, und ob ein derartiges Verbot mit dem Vertrag in Einklang steht, namentlich wenn es nur Erzeugnisse betrifft, die zum Verkauf auf dem Binnenmarkt bestimmt sind, während es zur Ausfuhr nach anderen Mitgliedstaaten bestimmte Erzeugnisse nicht erfaßt.

10 Aus den Akten und aus im Verlauf des Verfahrens gegebenen Erläuterungen ergibt sich, daß der Zusatz von Nisin zu Schmelzkäse nicht in allen Mitgliedstaaten einheitlich geregelt ist. Im Binnenhandel bestimmter Mitgliedstaaten, zu denen die Niederlande zählen, ist der Zusatz völlig verboten, in

anderen Mitgliedstaaten ist er dagegen unbeschränkt oder bis zu bestimmten Höchstgrenzen zulässig.

11 Angesichts dieser voneinander abweichenden Regelungen läßt sich nicht bestreiten, daß das von einigen Mitgliedstaaten erlassene Verbot, in ihrem Hoheitsgebiet Schmelzkäse in den Handel zu bringen, dem Nisin zugesetzt wurde, ein Hemmnis für die Einfuhr dieses Erzeugnisses aus anderen Mitgliedstaaten darstellen kann, in denen der Zusatz von Nisin ohne weiteres oder bis zu einer bestimmten Höchstgrenze erlaubt ist, und daß das Verbot somit eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellt.

12 Die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag verbieten zwar jede mengenmäßige Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten; Artikel 36 läßt jedoch Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs zu, die sich aus der Verschiedenheit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über das Inverkehrbringen von Erzeugnissen ergeben, soweit die diesbezüglichen Bestimmungen unter anderem aus Gründen des Schutzes der Gesundheit von Menschen gerechtfertigt sind. Die in Artikel 36 aus den genannten Gründen vorgesehene Ausnahme von der Anwendung der Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag gilt jedoch nur unter dem in Artikel 36 Satz 2 angeführten ausdrücklichen Vorbehalt, daß die fraglichen Verbote oder Beschränkungen „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen".

13 Es läßt sich nicht bestreiten, daß die Problematik des Zusatzes konservierender Stoffe zu Lebensmitteln zu der allgemeineren Problematik des vorbeugenden Gesundheitsschutzes gehört, der im Interesse der menschlichen Gesundheit den Erlaß von innerstaatlichen Maßnahmen zur Regelung des Gebrauchs von Zusatzstoffen erforderlich macht. Was insbesondere den Zusatz von Nisin zu Nahrungsmitteln wie Schmelzkäse angeht, so steht fest, daß es wegen der ständig zunehmenden Verwendung dieses Stoffes nicht nur in Milch, sondern in zahlreichen haltbar gemachten Erzeugnissen notwendig geworden ist, sowohl national in bestimmten Ländern als auch im internationalen Bereich Untersuchungen über die Risiken anzustellen, die mit dem Verzehr Nisin enthaltender Erzeugnisse für die menschliche Gesundheit verbunden sind oder sein können. Bestimmte internationale Organisationen — die FAO und die WHO — haben sich zu Untersuchungen über die kritische

Grenze bei der Aufnahme dieses Zusatzstoffes veranlaßt gesehen. Wenn diese Untersuchungen noch nicht zu eindeutigen Ergebnissen im Hinblick auf die Höchstmenge Nisin geführt haben, die ein Mensch ohne ernste Gefährdung seiner Gesundheit einnehmen kann, so ist dies in der Hauptsache dem Umstand zuzuschreiben, daß die Beurteilung des mit der Einnahme dieses Zusatzstoffes verbundenen Risikos von verschiedenen variablen Faktoren, unter anderem insbesondere von den Ernährungsgewohnheiten im jeweiligen Land und von dem Umstand abhängt, daß bei der Bestimmung der für jedes Erzeugnis festzusetzenden Höchstmenge Nisin nicht nur die Menge zu berücksichtigen ist, die einem bestimmten Erzeugnis, zum Beispiel dem Schmelzkäse, sondern auch diejenige, die allen anderen haltbar gemachten Erzeugnissen zugesetzt wurde, die zur Befriedigung der Ernährungsgewohnheiten bestimmt sind und deren Nisingehalt — auch bei vergleichbaren Erzeugnissen — aufgrund ihrer Herkunft, ihrer Herstellungsart oder der Notwendigkeit, das Erzeugnis für einen bestimmten Markt mehr oder weniger stark zu konservieren, unterschiedlich sein kann.

14 Die Schwierigkeiten und Unsicherheiten, die mit einer derartigen Bewertung zusammenhängen, können die mangelnde Einheitlichkeit der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Verwendung dieses konservierenden Stoffes erklären und gleichzeitig die beschränkte Tragweite rechtfertigen, die das Verbot, Nisin einem bestimmten Erzeugnis wie Schmelzkäse zuzusetzen, in bestimmten Mitgliedstaaten aufweist, zu denen die Niederlande gehören; dort ist die Verwendung in für den Verkauf auf dem Binnenmarkt bestimmten Erzeugnissen verboten, während sie beim Export in andere Mitgliedstaaten erlaubt ist, die aufgrund der Ernährungsgewohnheiten ihrer Bevölkerung die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes anders bewerten.

15 Die Beschränkungen, die die Unterschiedlichkeit der einschlägigen innerstaatlichen Regelungen im innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit den fraglichen Erzeugnissen zur Folge hat, können nur durch eine auf Gemeinschaftsebene erlassene einheitliche Regelung beseitigt werden; beim heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts fehlt jedoch eine derartige Regelung. Die Richtlinie des Rates vom 5. November 1963 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für konservierende Stoffe, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen (64/54/EWG; ABl. 1964, S. 161), bestimmt nämlich in Artikel 6 lediglich: „Diese Richtlinie berührt nicht die innerstaatlichen Rechtsvorschriften für: ... b) das Nisin" und erkennt damit stillschweigend an, daß die Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet weiterhin über einen Beurteilungsspielraum innerhalb der Grenzen der allgemeinen Bestimmungen des Artikels 36 EWG-Vertrag verfügen.

16 Aus dem Vorstehenden folgt, daß innerstaatliche Rechtsvorschriften, wie sie das vorlegende Gericht angezogen hat, die Verwendung von Nisin als konservierenden Stoff in für den Binnenmarkt bestimmtem Schmelzkäse verbieten, zwar zu einer Beschränkung des Handels mit dem fraglichen Erzeugnis zwischen den Mitgliedstaaten führen, daß sie jedoch zu den Maßnahmen zählen, die die Mitgliedstaaten aufgrund von Artikel 36 EWG-Vertrag im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit von Menschen erlassen dürfen, und daß sie deswegen nicht unter das in den Artikeln 30 und 34 EWG-Vertrag enthaltene Verbot fallen. Angesichts der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Unsicherheit hinsichtlich der Höchstmenge Nisin, die jedes zur Befriedigung der unterschiedlichen Ernährungsgewohnheiten bestimmte haltbar gemachte Erzeugnis aufweisen darf, ist nicht erwiesen, daß das in derartigen Rechtsvorschriften enthaltene Verbot, welches nur für auf dem Binnenmarkt verkauften Schmelzkäse und nicht für Schmelzkäse gilt, der nach anderen Mitgliedstaaten ausgeführt wird, ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des zitierten Artikels 36 darstellt.

17 Aus diesen Gründen ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, daß die Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr beim gegenwärtigen Stand der Gemeinschaftsregelung betreffend konservierende Stoffe in Lebensmitteln innerstaatlichen Maßnahmen eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Einklang mit Artikel 36 EWG-Vertrag die Verwendung von Nisin in im Inland hergestelltem oder eingeführtem Schmelzkäse untersagen, und zwar selbst dann nicht, wenn dieses Verbot auf Erzeugnisse beschränkt ist, die auf dem Binnenmarkt des genannten Staates verkauft werden sollen.

Kosten

Die Auslagen der Regierung der Niederlande, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

auf die ihm vom Gerechtshof Amsterdam vorgelegte Frage für Recht erkannt:

Die Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr stehen beim gegenwärtigen Stand der Gemeinschaftsregelung betreffend konservierende Stoffe in Lebensmitteln innerstaatlichen Maßnahmen eines Mitgliedstaats nicht entgegen, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Einklang mit Artikel 36 EWG-Vertrag die Verwendung von Nisin in im Inland hergestelltem oder eingeführtem Schmelzkäse untersagen, und zwar selbst dann nicht, wenn dieses Verbot auf Erzeugnisse beschränkt ist, die auf dem Binnenmarkt des genannten Staates verkauft werden sollen.

Koopmans O'Keeffe Bosco

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 5. Februar 1981.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident der Ersten Kammer

T. Koopmans

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 27. NOVEMBER 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Diese Rechtssache gelangte im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens des Gerechtshof Amsterdam vor den Gerichtshof. Ihr liegt ein Strafverfahren gegen einen niederländischen Käsehersteller, die Koninklijke Kaasfabriek Eyssen BV (im weiteren: Eyssen), wegen Verstö-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.