SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED

vom 13. Dezember 2001 [1]

I — Einleitung

1. In diesem Vorabentscheidungsverfahren wird der Gerichtshof um Beantwortung der Frage ersucht, ob sich eine nationale Regelung, nach der ein krankheitserregender Mikroorganismus — Listeria monocytogenes — in geräucherten Fischereierzeugnissen, die zum menschlichen Verzehr bestimmt sind, nicht vorhanden sein darf, mit dem Gemeinschaftsrecht verträgt. Das Bezirksgericht Innere Stadt Wien hat um Auslegung der Richtlinie 91/493/EWG des Rates vom 22. Juli 1991 zur Festlegung von Hygienevorschriften für die Erzeugung und die Vermarktung von Fischereierzeugnissen (im Folgenden: Richtlinie) [2] ersucht. Die Beantwortung dieser Frage impliziert auch die Beurteilung der Vereinbarkeit einer derartigen „Null-Toleranz" mit den Artikeln 28 und 30 EG, die den freien Warenverkehr betreffen.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Die Richtlinie enthält grundlegende Vorschriften, um eine einwandfreie hygienische Behandlung der frischen oder verarbeiteten Fischereierzeugnisse auf allen Stufen der Erzeugung, der Lagerung und der Beförderung zu gewährleisten [3]. Diese grundlegenden Vorschriften sind teilweise ziemlich detailliert; in anderen Punkten bestehen sie aus allgemeinen Bestimmungen, die der näheren Durchführung bedürfen.

3. Nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie gilt für die Vermarktung von in ihrem natürlichen Lebensraum gefangenen Fischereierzeugnissen die Bedingung, dass sie einer Gesundheitskontrolle gemäß Kapitel V des Anhangs unterzogen worden sein müssen. Der zweite Teil dieses Kapitels stellt besondere Bedingungen für u. a. mikrobiologische Untersuchungen auf. In Bezug auf diese mikrobiologischen Untersuchungen bestimmt Kapitel V Teil II Num-

1 — Originalsprache: Niederländisch.

2 — ABl. L 268, S. 15.

3 — Vierte Begründungserwägung.

mer 4, dass nach dem Verfahren des Artikels 15 der Richtlinie die Kommission oder der Rat mikrobiologische Kriterien aufstellen können, wenn dies zum Schutz der menschlichen Gesundheit erforderlich ist.

4. Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die für die Betriebe verantwortlichen Personen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit die Vorschriften der Richtlinie insbesondere in Bezug auf die Ermittlung von kritischen Punkten und die Festlegung und Durchführung von Überwachungs- und Kontrollmethoden für diese kritischen Punkte, eingehalten werden. Die Durchführungsbestimmungen zu diesen Grundsätzen werden gemäß Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie nach dem Verfahren des Artikels 5 der Richtlinie festgelegt.

5. Gestützt namentlich auf Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie, erließ die Kommission am 20. Mai 1994 die Entscheidung 94/356/EG betreffend die Eigenkontrollen bei Fischereierzeugnissen (im Folgenden: Entscheidung) [4].

6. Nach Artikel 2 Absatz 1 der Entscheidung gelten als „kritische Punkte" im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie „alle Punkte, Stufen oder Verfahrensschritte in einem Herstellungsprozess, bei denen Hygienerisiken, die die gesundheitliche Unbedenklichkeit eines Lebensmittels gefährden, durch gezielte Kontrollmaßnahmen verhindert, beseitigt oder auf ein annehmbares Niveau vermindert werden können". Für die Identifizierung der kritischen Punkte gelten die Bestimmungen von Kapitel I des Anhangs der Entscheidung.

7. Kapitel I Nummer 6 des Anhangs sieht die Erstellung eines Verzeichnisses der Risiken und Maßnahmen zu ihrer Beherrschung vor. Nach Kapitel I Nummer 6 Buchstabe a gilt als „Risiko" „jeder gesundheitsgefährdende Umstand, der unter die Hygieneziele der Richtlinie 91/493/EWG fällt". Es kann sich um eine biologisch bedingte „Kontamination", auch durch Mikroorganismen, oder um das Überleben oder die Vermehrung von Krankheitserregern „in unannehmbarem Maß" handeln. Nach Kapitel I Nummer 6 Buchstabe b gehören zu den Maßnahmen zur Risikobeherrschung Maßnahmen und Vorkehrungen, die geeignet sind, ein Risiko zu verhüten oder zu beseitigen oder seine Auswirkungen bzw. die Möglichkeit seines Entstehens auf ein „annehmbares Niveau" zu reduzieren. Ferner können mehrere Risiken durch eine einzige Maßnahme beherrscht werden. Beispielsweise können „Salmonellen und Listerien durch Pasteurisierung oder kontrolliertes Garen auf ein annehmbares Niveau reduziert werden".

4 — ABl. L 156, S. 50.

B — *Nationale Regelung*

8. Nach § 51 des Lebensmittelgesetzes von 1975 (im Folgenden: LMG)[5] obliegt dem Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz die Herausgabe des österreichischen Lebensmittelbuches (Codex alimentarius Austriacus). Dieser Codex enthält Sachbezeichnungen, Begriffsbestimmungen, Untersuchungsmethoden und Beurteilungsgrundsätze sowie Richtlinien für das Inverkehrbringen von dem Lebensmittelgesetz unterliegenden Waren. Nach der nationalen Rechtsprechung hat der Codex nicht den Charakter einer Rechtsverordnung, sondern bietet einen allgemein gültigen Prüfungsrahmen beim Schutz der Verbraucher.

9. Nach § 52 Absatz 1 LMG ist zur Beratung des Bundesministers in Angelegenheiten dieses Gesetzes sowie zur Vorbereitung des Codex Alimentarius Austriacus die so genannte Codexkommission einzurichten. Nach § 53 LMG bestellt die Codexkommission einen Ständigen Hygieneausschuss, in dem verschiedene Interessenverbände vertreten sind.

10. Nach § 8 Buchstabe a LMG sind Lebensmittel und Verzehrprodukte gesundheitsschädlich, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit zu gefährden oder zu schädigen. Gemäß § 56 Absatz 1 Ziffer 1 LMG ist strafbar, wer gesundheitsschädliche Lebensmittel oder Verzehrprodukte in den Verkehr bringt. Nach § 57 Absatz 1 LMG ist in diesem Zusammenhang auch die fahrlässige Begehung strafbar.

11. Die Richtlinie und die Entscheidung wurden in Österreich durch die Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischerzeugnissen (Fischhygieneverordnung)[6] in das österreichische Recht umgesetzt.

III — Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefrage

12. Das vorlegende Gericht beschreibt den Sachverhalt und den Hintergrund des Ausgangsverfahrens wie folgt.

5 — BGBl. 86/1975 in der geänderten Fassung.

6 — BGBl. 260/1997.

13. Herr W. Hahn (im Folgenden: Beschuldigter) bzw. die Verantwortlichen der Nordsee GmbH werden beschuldigt, fahrlässig gesundheitsschädliche Lebensmittel in den Verkehr gebracht zu haben. Insbesondere um den Jahreswechsel 1998/99 wurden in der Zentrale und den Filialen der Nordsee GmbH bzw. in Lebensmittelgeschäften, an die dieser Betrieb Fischerzeugnisse lieferte, zahlreiche Probeziehungen vorgenommen. Die Probeziehungen erfolgten teils im Rahmen routinemäßiger lebensmittelpolizeilicher Kontrollen, teils aufgrund von Beschwerden u. a. nach Lebensmittelvergiftungssymptomen. Bei den später beanstandeten Lebensmitteln handelte es sich um geräucherte Fischprodukte (feinster Räucherlachs, dänischer Räucherlachs, Nordsee-Räucherlachs, jeweils in Scheiben, und Schillerlocken).

14. Dabei zeigten die Waren bei der sensorischen Prüfung (Aussehen, Geruch und Geschmack) keine Auffälligkeiten; das Ablaufdatum war noch nicht erreicht. Bei den beanstandeten Lebensmitteln konnte jedoch eine Kontamination mit Listeria monocytogenes festgestellt werden, wobei der Nachweis jeweils in einer Probenmenge von 25 g gelang. Neben dieser qualitativen Untersuchung wurde keine quantitative Untersuchung vorgenommen. Die Lebensmittel wurden beanstandet, und in Bezug auf sie wurde ein Strafverfahren eingeleitet.

15. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass der Ständige Hygieneausschuss am 9. Februar 1998 eine Beurteilung von Listeria monocytogenes erstellt habe. Dabei sei bei einer steten Ausgangseinwaage des Produktes von 25 g festgelegt worden, dass sowohl in nicht weiter behandelten, aber anderweitig stabilisierten Produkten (etwa infolge von Räuchern, Salzen oder Vakuumverpackung) als auch in rohen, verzehrfertigen Lebensmitteln und auch in Lebensmitteln nach Erhitzung ein negativer Befund immer nur auf „nicht nachweisbar in 25 g" lauten dürfe (Null-Toleranz). Bei einem Nachweis von Listeria monocytogenes sei das Lebensmittel somit als gesundheitsschädlich zu beurteilen.

16. Zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen — so das vorlegende Gericht — gelangten zu dem Ergebnis, dass aus wissenschaftlicher Sicht eine derartige Null-Toleranz nicht begründet sei. Dies beruhe insbesondere darauf, dass Listeria monocytogenes in der Umwelt und auch in Lebensmitteln außerordentlich weit verbreitet sei und es demgegenüber eine nur sehr kleine Anzahl klinischer Erkrankungen gebe. Darüber hinaus sei das völlige Fehlen von Listeria monocytogenes bei der Lebensmittelbehandlung auch unter den Bedingungen guter Herstellungspraxis nicht machbar.

17. Ungeachtet dieser Tatsache habe der Ständige Hygieneausschuss am 30. März 1998 hinsichtlich der Null-Toleranz einen Beharrungsbeschluss gefasst. Dieser Beschluss sei in der Folge dahin gehend relativiert worden, dass in nicht wärmebehandelten, aber chemisch konservierten Produkten ein Grenzwert von bis zu 100 Listeria pro Gramm keine Gesundheitsschädlichkeit darstelle.

18. Das vorlegende Gericht hält für im Strafverfahren entscheidungsrelevant, ob eine rechtliche Regelung eine Null-Toleranz bezüglich Listeria monocytogenes festlegen darf, oder ob entsprechend der Richtlinie die Risiken auf ein „annehmbares Maß" zu reduzieren sind. Daher ersucht das Bezirksgericht Innere Stadt Wien mit Beschluss vom 21. März 2000, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 30. März 2000, um Vorabentscheidung über die folgende Frage:

Ist die Richtlinie 91/493/EWG des Rates vom 22. Juli 1991 zur Festlegung von Hygienevorschriften für die Erzeugung und Vermarktung von Fischereierzeugnissen, innerstaatlich umgesetzt durch die Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheit und Verbraucherschutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischerzeugnissen (Fischhygieneverordnung), BGBl. 260/1997, in ihrer Gesamtheit dahin gehend auszulegen, dass sie der Anwendung von nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, wonach bei nicht chemisch konservierten Fischprodukten (insbesondere geräuchertem Lachs) eine Null-Toleranz hinsichtlich der Kontamination derartiger Lebensmittel mit Listeria monocytogenes festgelegt wird?

19. Der Beschuldigte, die Staatsanwaltschaft Wien, die Republik Österreich und die Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht. Am 23. Oktober 2001 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, in der der Beschuldigte und die Kommission ihre Standpunkte erläutert haben.

IV — Beurteilung

A — *Einleitung*

20. Der Kern der Frage des Bezirksgerichts besteht in dem Problem, ob das Gemeinschaftsrecht einen Mitgliedstaat erlaubt, in Bezug auf das Vorhandensein von Listeria monocytogenes in nicht chemisch konservierten Fischereierzeugnissen, insbesondere geräuchertem Lachs, eine Null-Toleranz zu üben.

21. Der Beschuldigte, die Republik Österreich und die Kommission sind in ihrem Erklärungen sowohl auf das abgeleitete Gemeinschaftsrecht als auch auf die Bestimmungen des EG-Vertrags in Bezug auf den freien Warenverkehr eingegangen. Der Beschuldigte hat vorgeschlagen, die Richtlinie, hilfsweise die Artikel 28 und 30 EG, so auszulegen, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehen, die zu der in Rede stehenden Null-Toleranz verpflichtet. Die Republik Österreich und die Kommission vertreten die Ansicht, dass die Null-Toleranz mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

22. Wie sich im Folgenden ergeben wird, stimme ich der Auffassung der Republik Österreich und der Kommission zu. Die in Rede stehende Anwendung der Null-Toleranz auf Listeria monocytogenes in geräucherten Fischereierzeugnissen hält sich meines Erachtens in den Grenzen der Richtlinie und verträgt sich auch mit der Regelung des EG-Vertrages in Bezug auf den freien Warenverkehr.

B — *Zulässigkeit*

23. Zunächst ist jedoch auf das Vorbringen der Staatsanwaltschaft Wien einzugehen, dass keine österreichische Rechtsvorschrift bestehe, „wonach bei nicht chemisch konservierten Fischprodukten (insbesondere geräuchertem Lachs) eine Null-Toleranz hinsichtlich der Kontamination derartiger Lebensmittel mit Listeria monocytogenes festgelegt wird". Das Lebensmittelbuch gebe allgemein an, in welchen Fällen Fischereizeugnisse gesundheitsschädlich seien. Es stelle ein allgemein gehaltenes Sachverständigengutachten dar, an das ein Gericht nicht gebunden sei und das die freie Beweiswürdigung des Gerichts nicht berühre. Ebenso wenig sei das Gericht an die Meinung des Ständigen Hygieneausschusses gebunden. Das Vorabentscheidungsersuchen des Bezirksgerichts betreffe daher lediglich eine Tatfrage.

24. Die Staatsanwaltschaft schlägt dem Gerichtshof damit implizit vor, sich für unzuständig zu erklären, da sich im Ausgangsverfahren keine Rechtsfrage stelle. Meines Erachtens kann diesem Vorbringen nicht gefolgt werden. Das Bezirksgericht hat ausreichend dargelegt, dass die Frage nach der Vereinbarkeit der Null-Toleranz bei Listeria Monocytogenes mit dem Gemeinschaftsrecht für das vorliegende Strafverfahren entscheidungserheblich ist, unabhängig davon, welchen Rechtscharakter die betreffende Vorschrift auch nach nationalem Recht hat. Ist die Null-Toleranz nach Gemeinschaftsrecht nicht zulässig, so ist im vorliegenden Fall nach Ansicht des vorlegenden Gerichts die Strafbarkeit des Beschuldigten ausgeschlossen. Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, um die ersucht wird, steht daher im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens und betrifft einen wirklichen Prozess. Daher ist der Gerichtshof befugt, die Vorlagefrage zu beantworten [7].

7 — Z. B. Urteil vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-340/99 (TNT Traco, Slg. 2001, I-4109, Randnrn. 30 und 31).

C — *Die Beurteilung der Null-Toleranz nach dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht*

25. Der Beschuldigte macht geltend, dass der Standpunkt der österreichischen Behörden, dass Listeria monocytogenes bei Nachweisbarkeit in 25 g automatisch als gesundheitsschädlich eingestuft werde, im Widerspruch zum Wortlaut der Richtlinie und den Durchführungsbestimmungen der Entscheidung stehe. Wenn Listeria monocytogenes in Fischereierzeugnissen überhaupt nicht vorhanden sein dürfe, so wäre dies zweifellos durch die Aufnahme der Null-Toleranz in diese Regelungen zum Ausdruck gebracht worden. Der europäische Gesetzgeber gehe jedoch einerseits von einem „unannehmbaren" Maß und andererseits (speziell im Zusammenhang mit Listeria monocytogenes) von einer Reduzierung auf ein „annehmbares Niveau" [8] aus. Daraus ergebe sich, dass das bloße Vorhandensein von Listeria monocytogenes noch nicht den Ausschluss des betreffenden Fischereierzeugnisses aus dem Handelsverkehr nach sich ziehen könne. Zudem beruhe die österreichische Maßnahme auf einer lebensmittelrechtlichen Fiktion, wonach die Nachweisbarkeit von Listeria monocytogenes in 25 g mit Gesundheitsschädlichkeit gleichgesetzt werde.

26. Ich meine jedoch, dass die Kommission und die österreichische Regierung zu Recht ausgeführt haben, dass das abgeleitete Gemeinschaftsrecht keine erschöpfende Harmonisierung der Grenzwerte zur Bekämpfung der Kontaminierung geräucherter Fischereierzeugnisse mit Listeria monocytogenes vorsehe. Dies ergibt sich aus dem Fehlen derartiger konkreter Werte in der Gemeinschaftsregelung sowie aus Wortlaut und Systematik der Richtlinie.

27. Die Richtlinie enthält keine mikrobiologischen Kriterien, sondern bestimmt in Kapitel V Teil II Nummer 4, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nach dem „Ausschuss"-Verfahren des Artikels 15 mikrobiologische Kriterien aufzustellen hat. Bisher wurden nach diesem Verfahren ausschließlich mikrobiologische Kriterien für gekochte Schalen- und Weichtiere festgelegt [9]. Im Anhang der Entscheidung 93/51 ist in Nummer 1 (pathogene Keime) bei „ Salmonella spp" der Grenzwert „keine in 25 g" aufgeführt. Ferner dürfen nach Nummer 1 „pathogene Keime und ihre Toxine, die entsprechend der Risikoanalyse zu bestimmen sind, nicht in gesundheitsschädlicher Menge vorhanden sein". Die Kommission hat hierzu ausgeführt, das Listeria monocytogenes zweifellos zu diesen beiden Gruppen gehöre. Diese Normen betreffen jedoch nur die verhältnismäßig begrenzte Gruppe gekochter Schalen- und Weichtiere und gelten nicht für geräucherten Lachs oder andere geräucherte Fischereierzeugnisse.

8 — Siehe insbesondere Kapitel I Nr. 6 Buchstaben a und b des Anhangs der Entscheidung, angeführt in Nr. 7 dieser Schlussanträge.

9 — Entscheidung 93/51/EWG der Kommission vom 15. Dezember 1992 über mikrobiologische Normen für gekochte Schalen- und Weichtiere (ABl. 1993, L 13, S. 11). Diese Entscheidung hat ihre Rechtsgrundlage in Kapitel IV Teil IV Nr. 7 Buchstabe c des Anhangs der Richtlinie.

28. Ferner hat der Gemeinschaftsgesetzgeber bisher nur für bestimmte Erzeugnisse auf der Grundlage von Milch konkrete mikrobiologische Grenzwerte für Listeria monocytogenes festgelegt. Bei Käse und Hartkäse lautet das Kriterium „keine in 25 g", bei sonstigen Milcherzeugnissen „keine in 1 g" [10].

29. Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist somit zwar befugt, spezifische Grenzwerte einschließlich der Null-Toleranz in Bezug auf den Nachweis von Listeria monocytogenes festzulegen, doch wurden derartige konkrete Durchführungsmaßnahmen für geräucherte Fischereierzeugnisse noch nicht erlassen. Dies ergibt sich auch aus dem Folgenden. Die Kommission gab kürzlich in einer Empfehlung zur Kontrolle von Lebensmitteln ausdrücklich an, dass es spezifische mikrobiologische Normen für Räucherfisch auf Gemeinschaftsebene noch nicht gebe [11]. Weiter gab die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen an, dass sie inzwischen auf der Grundlage der im Folgenden zu behandelnden Stellungnahme des „Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to Public Health" über Listeria monocytogenes vom 23. September 1999 einen Entwurf einer Entscheidung vorbereite, die u. a. auf die Richtlinie gestützt werde und in der konkrete mikrobiologische Standards für Räucherfisch erwogen würden.

30. Ferner ist für mich die Ansicht des Beschuldigten, dass unter „annehmbar" im Sinne von Kapitel I Nummer 6 Buchstaben a und b des Anhangs der Entscheidung auf keinen Fall die Null-Toleranz verstanden werden könne, offenkundig unhaltbar. Nach diesen Bestimmungen sind die Mitgliedstaaten befugt, die Maßnahmen festzulegen, die geeignet sind, die Risiken durch die Festlegung mikrobiologischer Kriterien auf ein „annehmbares" Niveau zu reduzieren. Das Maß, innerhalb dessen die Kontamination, die Verseuchung oder die Risiken annehmbar sein können, steht im Zusammenhang mit den Grenzwerten, oberhalb deren das Erzeugnis nicht mehr als zum Verzehr geeignet betrachtet werden kann. Die genannten Bestimmungen enthalten jedoch keine Normierung, die von einem Mindestwert ausgeht. Die Entscheidung hindert die Mitgliedstaaten also nicht daran, für bestimmte Risiken nur eine Null-Toleranz als annehmbar zu erachten.

31. Fehlt es an einer erschöpfenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung, dürfen die Mitgliedstaaten weiterhin ihre eigenen Regelungen anwenden, wenn auch unter Beachtung der allgemeinen Bestimmungen des EG-Vertrags. Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige ist daher im Licht der Artikel 28 und 30 EG zu untersuchen [12].

10 — Anhang C Kapitel II Buchstabe a Nr. 1 der Richtlinie 92/46/EWG des Rates vom 16. Juni 1992 mit Hygienevorschriften für die Herstellung und Vermarktung von Rohmilch, wärmebehandelter Milch und Erzeugnissen auf Milchbasis (ABl. L 268, S. 1).

11 — Siehe Nr. 6.1 der Empfehlung der Kommission vom 18. April 2001 für ein koordiniertes Programm zur amtlichen Kontrolle von Lebensmitteln für 2001 (ABl. L 120, S. 41).

12 — Vgl. z. B. die Urteile vom 6. Mai 1986 in der Rechtssache 304/84 (Claude Muller u. a., Slg. 1986, 1511, Randnr. 14) und in neuerer Zeit vom 3. Dezember 1998 in der Rechtssache C-67/97 (Blume, Slg. 1998, I-8033, Randnrn. 11 bis 13).

D — *Die Beurteilung der Null-Toleranz im Licht der Artikel 28 und 30 EG*

32. In diesem Zusammenhang ist unbestritten, dass die Strafandrohung nach § 56 Absatz 1 LMG in Verbindung mit dem Begriff der Gesundheitsschädlichkeit im Lebensmittelgesetz und die Befolgung der vom Hygieneausschuss festgelegten Null-Toleranz tatsächlich das Inverkehrbringen von Fischereierzeugnissen wie geräuchertem Lachs verbieten, wenn darin Listeria monocytogenes nachweisbar ist. Das Verbot bildet eine Handelsbeschränkung im Sinne von Artikel 28 EG. Es kann nämlich in Österreich die Einfuhr von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig erzeugt und in den Verkehr gebracht worden sind, unmittelbar tatsächlich oder potenziell behindern [13]. Im Vorlagebeschluss heißt es in diesem Zusammenhang, dass alle beanstandeten Fischereierzeugnisse jedenfalls teilweise aus Dänemark und der Nordsee gestammt hätten [14].

33. Da die gemeinschaftliche Harmonisierung im Bereich der Grenzwerte für Listeria monocytogenes in Fischereierzeugnissen noch nicht erschöpfend ist, stellt sich sodann die Frage, ob eine derartige Maßnahme gemäß Artikel 30 EG aus Gründen des Schutzes der Gesundheit von Menschen gerechtfertigt ist.

34. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nehmen unter den in Artikel 30 geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den ersten Rang ein, und es ist Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollen. Dabei haben sie einen weiten Spielraum, müssen jedoch den Erfordernissen des freien Warenverkehrs Rechnung tragen. Insbesondere fällt eine nationale Regelung oder Handlungsweise nicht unter die Ausnahmeregelung des Artikels 30 EG, wenn die Gesundheit von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken [15]. Der Gerichtshof leitet diesen Gleichheitssatz von Artikel 30 Satz 3 her, wonach die auf dem Allgemeininteresse beruhenden Beschränkungen „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen“ dürfen [16].

35. Der Gerichtshof hat diese Grundprinzipien insbesondere bei der Beurteilung nationaler Regelungen über den Gebrauch von Zusatzstoffen zu Lebensmitteln verdeutlicht. Die Parteien haben in ihren schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung ausführlich auf diese Rechtsprechung Bezug genommen [17]. Weiter hat die österreichische Regierung in

13 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5). Siehe auch Urteil vom 6. Juni 1984 in der Rechtssache 97/83 (Melkunie, Slg. 1984, 2367, Randnr. 11).

14 — Es ist nicht bekannt, ob die eingeführten Erzeugnisse in einem anderen Mitgliedstaat ebenfalls rechtmäßig in den Handelsverkehr gebracht wurden. Soweit sich aus dem Vorlagebeschluss ableiten lässt, stellt sich diese Frage im Ausgangsverfahren nicht.

15 — Vgl. z. B. Urteile vom 16. April 1991 in der Rechtssache C-347/89 (Eurim-Pharm, Slg. 1991, I-1747, Randnrn. 26 und 27) und vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-205/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-1361, Randnr. 8).

16 — Urteil vom 14. Juli 1983 in der Rechtssache 174/82 (Sandoz, Slg. 1983, 2445, Randnr. 18).

17 — Z. B. Urteil vom 4. Juni 1992 in den Rechtssachen C-13/91 und C-113/91 (Debus, Slg. 1992, I-3617, Randnrn. 13 bis 18).

ihren schriftlichen Erklärungen kurz auf die Urteile Melkunie [18] und Heijn [19] verwiesen. Ich bin der Ansicht, dass diese Urteile noch mehr als die so genannte Zusatzsstoffrechtsprechung den Schlüssel für die Antwort an das Bezirksgericht liefern.

36. Im Urteil Melkunie hat der Gerichtshof nämlich bereits zur Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, die die Zulässigkeit krankheitserregender Mikroorganismen in Lebensmitteln begrenzte, mit den Artikeln 28 und 30 EG Stellung genommen. Im damaligen Ausgangsverfahren ging es im Kern um zwei Voraussetzungen, die das damalige niederländische Warengesetz an pasteurisierte Milcherzeugnisse stellte. Erstens durften in Reinkultur züchtbare Kolibakterien bei pasteurisierten Milcherzeugnissen in 1 ml nicht nachweisbar sein. Der Gerichtshof hat ganz knapp entschieden, dass diese Null-Toleranz als gerechtfertigt im Sinne von Artikel 30 EG zu gelten hatte. Aus den Akten ergab sich, dass das Vorhandensein züchtbarer Kolibakterien in einem Milcherzeugnis auf die Gefahr hindeutet, dass krankheitserregende Mikroorganismen vorhanden sind, und folglich ein unmittelbares Anzeichen für eine wirkliche Gefahr ist, die dieses Erzeugnis für die Gesundheit von Menschen darstellt [20].

37. Zweitens ließ das niederländischen Warengesetz nur zu, dass die Anzahl züchtbarer Mikroorganismen höchstens 50 000 pro ml betragen durfte (bei Schlagsahne höchstens 200 000). Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, dass beim gegenwärtigen Stand der Wissenschaft die genaue Anzahl nicht krankheitserregender Mikroorganismen, von der an ein pasteurisiertes Erzeugnis eine Gefahr für die Gesundheit darstellt, nicht mit Sicherheit bestimmt werden konnte. Es war daher Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs das Niveau zu bestimmen, auf dem sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollten. Hiervon ausgehend, ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass eine nationale Regelung, die darauf abzielt sicherzustellen, dass sich in dem fraglichen Milcherzeugnis zum Zeitpunkt seines Verzehrs keine Keime in einer lediglich die Gesundheit einiger besonders empfindlicher Verbraucher gefährdenden Zahl befinden, als mit den Erfordernissen des Artikels 30 EG vereinbar anzusehen ist [21].

38. Das Urteil Heijn bestätigt, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum zusteht, wenn sie in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Maßnahmen treffen, die nachweislich notwendig zum Schutz der Gesundheit von Menschen im Sinne von Artikel 30 EG sind. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof eine niederländische Regelung als gerechtfertigt erachtet, die die Vermarktung von in Italien rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Äpfeln wegen des Nachweises von 1 mg/kg Vinchlozolin, dem Rückstand eines Schädlingsbekämpfungsmittels, verbot. Bekannt-

18 — Angeführt in Fußnote 13.

19 — Urteil vom 19. September 1984 in der Rechtssache 94/83 (Heijn, Slg. 1984, 3263).

20 — Urteil Melkunie, zitiert in Fußnote 13, Randnr. 15.

21 — Urteil Melkunie, zitiert in Fußnote 13, Randnr. 18.

lich können Schädlingsbekämpfungsmittel schädlich für die Gesundheit von Menschen und Tieren sein. Da nicht vorhersehbar und kontrollierbar ist, welche Mengen der Verbraucher insbesondere in Form von Rückständen bei Speisen und Getränken aufnimmt, hat der Gerichtshof entschieden, dass „strenge Maßnahmen gerechtfertigt [sind], um die vom Verbraucher eingegangenen Gefahren zu beschränken". So können je nach Mitgliedstaat nach Maßgabe der nationalen Umstände unterschiedliche Maßnahmen getroffen werden, und die Mitgliedstaaten können dabei für ein und dasselbe Schädlingsbekämpfungsmittel bei verschiedenen Nahrungsmitteln unterschiedliche Sätze zulassen [22].

39. Im Folgenden wird daher unter Berücksichtigung der Ergebnisse anerkannter internationaler wissenschaftlicher Untersuchungen erwogen, ob das Fehlen von Listeria monocytogenes bei geräucherten Fischereierzeugnissen objektiv zum Schutz der Gesundheit von Menschen notwendig ist. Obwohl der Gerichtshof in den Urteilen Melkunie und Heijn nicht ausdrücklich darauf hingewiesen hat, ist die getroffene Maßnahme gemäß Artikel 30 Absatz 2 EG auch anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen [23].

40. Beim gegenwärtigen Stand der Wissenschaft steht fest, dass das Vorhandensein von Listeria monocytogenes in Lebensmitteln eine wirkliche Gefahr für die Gesundheit von Menschen darstellen kann. Angaben hierzu befinden sich bei den Akten. Das vorlegende Gericht führt aus, dass es sich bei Listeria monocytogenes um einen Krankheitserreger handele, der bei Mensch und Tier zu einer Infektion, der Listeriose, führen könne. Die Erkrankung trete insbesondere bei Kindern, älteren Menschen und Personen mit einem geschwächten Immunsystem auf. Häufig verlaufe die Erkrankung als Septikämie (Blutvergiftung), jedoch auch als Meningitis (eine akute epidemische Infektion der weichen Hirn- und Rückenmarkshaut oder Genickstarre). Bei schwangeren Frauen könne sie vorzeitige Wehen und Fehlgeburten verursachen.

41. Beides geht auch aus neueren internationalen Untersuchungen hervor, wie beispielsweise der Stellungnahme des „Scientific committee on Veterinary Measures Relating to Public Health" zu Listeria monocytogenes vom 23. September 1999, die die Kommission ihren schriftlichen Erklärungen als Anlage beigefügt hat [24]. Der Bericht enthält eine Reihe erheblicher Feststellungen und Empfehlungen, die auf einer eingehenden Auswertung der Literatur beruhen. Obwohl die Verbreitung der Krankheit relativ gering ist (2 bis 15 Fälle je 1 Million Einwohner) scheint die Anzahl der Todesopfer zwischen 20 % und 40 % zu liegen, bei Personen mit einem geschwächten Immunsystem sogar bei 75 %. Das Bild von Listeria monocytogenes als eines Bakteriums, das nur sporadisch zu Krankheiten führt, jedoch insbesondere für bestimmte empfindliche

22 — Urteil Heijn, zitiert in Fußnote 19, Randnrn. 15 und 16.

23 — Die Generalanwälte VerLoren van Themaat und Lenz verweisen in ihren Schlussanträgen zu den Urteilen Melkunie und Heijn allerdings ausdrücklich auf den Gleichheitssatz.

24 — Die Stellungnahme wurde im Auftrag der Kommission erstellt und hat keine Dokumentennummer.

Gruppen ernsthafte Folgen haben kann, wird bestätigt in einem gemeinsamen Bericht, der im Juli 2000 im Auftrag der FAO und der Weltgesundheitsorganisation erstellt wurde [25].

42. Listeria monocytogenes kann auf zahlreiche Lebensmittel, u. a. auf Fisch, übertragen werden. Die Erfahrungen in Bezug auf die bakteriologische Qualität von Räucherfisch wurden in einer kürzlich ergangenen Empfehlung der Kommission für die amtliche Kontrolle von Lebensmitteln verarbeitet. In der Empfehlung wird festgestellt, dass Räucherfisch zu einem Großteil durch pathogene Mikroorganismen, einschließlich Listeria monocytogenes, kontaminiert werden kann. Die Einführung neuer Produktions- und Verarbeitungsverfahren kann das Risiko der bakteriologischen Kontaminierung noch erhöhen. Nach Ansicht der Kommission gelten Listeria-monocytogenes-Bakterien „erwiesenermaßen als durch den Verzehr von Nahrungsmitteln auf den Menschen übertragbare Verursacher der Listeriose, die bei entsprechend anfälligen Bevölkerungsgruppen potenziell tödlich verlaufen kann. Deshalb sollten Maßnahmen ergriffen werden, um die Gefahr der Erkrankung an Listeriose beim Menschen infolge Vorsorgegrundsatz dem Verzehr ... [von] Räucherfisch zu reduzieren." [26]

43. Die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Verhinderung der Kontaminierung geräucherter Fischereierzeugnisse mit Listeria monocytogenes und somit im Rahmen des Schutzes der Gesundheit von Menschen steht damit außer Zweifel. Die Beteiligten sind jedoch unterschiedlicher Ansicht in Bezug auf die Befugnis eines Mitgliedstaats, das Vorhandensein von Listeria monocytogenes bei den betroffenen Lebensmitteln vollständig auszuschließen.

44. Der Beschuldigte macht geltend, dass ein vollständiges Verkehrsverbot für Fischereierzeugnisse, bei denen Listeria monocytogenes vorhanden sei, nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei. Die Notwendigkeit eines Verbotes lasse sich nicht objektiv feststellen, und die österreichischen Behörden hätten offensichtlich auch nichts unternommen, um die Grenzen zu objektivieren, die ein Verkehrsverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes notwendig machten. In Österreich lägen lediglich Mutmaßungen über einen Kausalzusammenhang zwischen dem Genuss der betroffenen Fischereierzeugnisse und dem Auftreten von Erkrankungen vor.

45. Der Beschuldigte verkennt nicht, dass dem Vorsorgeprinzip in der Gemeinschaft immer größere Bedeutung zukommt. Er nimmt jedoch als gesichert an, dass Listeria monocytogenes nur für einen eng begrenzten Personenkreis eine gesundheitliche Gefahr darstellen könne, wobei selbst bei diesem Personenkreis die Gefährlichkeit von weniger als 100 Listeria monocytogenes je Gramm in Zweifel gezogen werden dürfe. Einerseits müssten diese empfindlichen Gruppen darüber aufgeklärt werden, dass sie besonders anfällig beim

25 — Siehe „Report of the Joint FAO/WTO Export Consultation on Risk Assessment of Microbiological Hazards in Foods", Bericht über eine Ad-hoc-Tagung in Rom vom 17. bis zum 21. Juli 2000 (http://www.fao.org/WAICENT/FAOINFO/ECONOMIC/ESN/pagerisk/riskpage.htm; http://www.who.int/fsf/mbriskassess/index.htm).

26 — Vgl. Empfehlung der Kommission vom 18. April 2001, angeführt in Fußnote 11, Nr. 6.1.

Genuss bestimmter Lebensmittel seien. Andererseits müssten ihnen diese Kenntnisse durch gezielte Verbraucherinformation beigebracht werden können, was hervorragend zu dem Bestreben der Gemeinschaft passe, die Informationen über die Bekämpfung von Risiken im Bereich der Lebensmittelsicherheit zu verstärken.

46. Dagegen gelangen die Kommission und die österreichische Regierung zu dem Ergebnis, dass die Null-Toleranz der Beurteilung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalte. Die Kommission beruft sich auf den gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Diskussion um die richtigen mikrobiologischen Standards für pathogene Bakterien und insbesondere Listeria monocytogenes in verschiedenen Lebensmitteln. Die Prüfung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lasse nicht den zwingenden Schluss zu, dass höhere Standards als nicht notwendig und niedrigere Standards als genauso wirksame Maßnahme betrachtet werden könnten, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränke. Solange sich die vorläufigen Ergebnisse der wissenschaftlichen Diskussion nicht in einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung niederschlügen, bleibe es den Mitgliedstaaten nach dem Vorsorgegrundsatz unbenommen, im Hinblick auf den Schutz der menschlichen Gesundheit und insbesondere der Gesundheit von Risikogruppen höhere mikrobiologische Standards zu setzen.

47. Meines Erachtens ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kein statischer Begriff, sondern muss im Licht der konkreten Zielsetzung beurteilt werden. Ich entnehme den schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung und der Kommission, dass die in Rede stehende Maßnahme insbesondere dem Schutz bestimmter Gruppen empfindlicher Verbraucher, wie Kinder, schwangerer Frauen und älterer Menschen, dient. Diese Zielsetzung ist legitim. Wie bereits dargelegt, kann der Verzehr von mit Listeria monocytogenes verseuchten Lebensmitteln nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft gerade für die erwähnten Gruppen von Verbrauchern verhängnisvolle Folgen haben kann. Im Urteil Melkunie ist ferner ausdrücklich festgestellt worden, dass gesundheitspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die dem Schutz „einiger besonders empfindlicher Verbraucher" dienen, zulässig sind [27].

48. Die österreichische Maßnahme, nach der nicht chemisch konservierte Fischereierzeugnisse nicht mit Listeria monocytogenes kontaminiert sein dürfen, stellt für sich genommen eine strenge Regelung dar. Die Maßnahme geht davon aus, dass die Erzeugnisse bereits aufgrund einer qualitativen Untersuchung als gesundheitsschädlich betrachtet werden können. Der bloße Nachweis von Listeria monocytogenes im Lebensmittel genügt für die Bejahung der Strafbarkeit des Händlers. Gerade wegen der anspruchsvollen Zielsetzung des Schutzes empfindlicher Gruppen erlaubt es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz meines Erachtens jedoch, strenge Maßnahmen zu treffen, um die Risiken für die betroffenen Verbraucher zu begrenzen. Wenn ich dies richtig sehe, liegt diese Auffassung auch bereits den Urteilen Melkunie und Heijn zugrunde.

49. Hinzu kommt, dass die österreichische Maßnahme objektiv betrachtet durchaus

27 — Nr. 37 dieser Schlussanträge.

praktikabel ist. Soweit der Gemeinschaftsgesetzgeber die nationale Restzuständigkeit auf dem Gebiet von Maßnahmen gegen Listeria monocytogenes beseitigt hat, wird nämlich auch von der Null-Toleranz ausgegangen. Ich verweise hierfür auf den für Käse und Hartkäse festgesetzten Grenzwert „keine in 25 g" [28]. Übrigens ergibt eine rechtsvergleichende Übersicht, dass die Null-Toleranz auch in anderen Ländern innerhalb und außerhalb der Europäischen Union gilt [29].

50. An international verbindlichen Grenzwerten für die Kontamination mit Listeria monocytogenes fehlt es bisher. Aus dem Bericht des wissenschaftlichen Ausschusses vom 23. September 1999 und aus den Feststellungen während der gemeinsamen Sachverständigentagung im FAO/WHO-Rahmen im Jahre 2000 geht hervor, dass zur Zeit — im Unterschied zur offensichtlichen Ansicht des vorlegenden Gerichts und des Beschuldigten — noch Unklarheiten über die annehmbaren Grenzwerte für die Kontamination mit Listeria monocytogenes bei den empfindlichsten Gruppen bestehen. Es dürfte allgemein anerkannt sein, dass eine Toleranzgrenze von weniger als 100 kbe/g [30] auch bei diesen Gruppen zu geringen Risiken führt, obwohl darüber keine absolute Gewissheit besteht. Faktoren, die bei der Verursachung von Krankheiten eine Rolle spielen können, sind die Art des Lebensmittels, die Art und Weise der Zubereitung und der Aufbewahrung und vielleicht auch die Mengen, die von einem Erzeugnis verzehrt werden. Die wissenschaftlichen Gutachten machen jedoch deutlich, dass es an geeigneten und zuverlässigen Daten fehlt.

51. Wegen dieser Unsicherheiten kann das Vorsorgeprinzip im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie auch die Kommission vorgetragen hat, die strenge Null-Toleranz rechtfertigen. Der Umstand, dass Österreich nicht bei allen Lebensmitteln die Null-Toleranz in Bezug auf Listeria monocytogenes übt, ändert daran nichts. Bereits im Urteil Heijn hat der Gerichtshof derartige Unterschiede zugelassen. Eine Differenzierung auf diesem Gebiet schließt auch an die Diskussionen an, die die Sachverständigen im Rahmen der FAO und der Weltgesundheitsorganisation führen, während auch der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht von einer einheitlichen Norm ausgeht.

52. Hingegen ist die Förderung der Unterweisung und Aufklärung der Verbraucher als weniger beschwerende Maßnahme, wie sie der Beschuldigte anregt, für mich keine gleichwertige Alternative zur Aufstellung strenger Grenzwerte bei der Bekämpfung einer gefährlichen Ansteckungsquelle wie Listeria monocytogenes.

53. Daher halte ich eine nationale Regelung, die bei nicht chemisch konservierten Fischereierzeugnissen eine Null-Toleranz für die Kontaminierung dieser Lebensmittel mit Listeria monocytogenes vorschreibt, für im Sinne von Artikel 30 EG gerechtfertigt.

28 — Nr. 28 dieser Schlussanträge.

29 — Die Kommission hat in ihren schriftlichen Erklärungen darauf hingewiesen, dass Italien und die Vereinigten Staaten eine Null-Toleranzlinie bei der Kontamination mit Listeria monocytogenes verfolgen, während Länder wie Dänemark und Kanada das Vorhandensein von Listeria monocytogenes bei bestimmten Lebensmitteln verbieten.

30 — Kolonien bildende Einheiten je Gramm.

V — Entscheidungsvorschlag

54. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des Bezirksgericht Innere Stadt Wien wie folgt zu beantworten:

1. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts steht die Richtlinie 91/493/EWG des Rates vom 22. Juli 1991 zur Festlegung von Hygienevorschriften für die Erzeugung und die Vermarktung von Fischereierzeugnissen der Anwendung einer nationalen Regelung nicht entgegen, aufgrund deren bei nicht chemisch konservierten Fischereierzeugnissen (insbesondere Räucherlachs) eine Null-Toleranz in Bezug auf die Kontaminierung von Lebensmitteln mit Listeria monocytogenes vorgeschrieben wird.

2. Diese nationale Regelung erfüllt auch die Anforderungen von Artikel 30 EG.