

An
das Präsidium des Nationalrates,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BKA,
die Ämter der Landesregierungen und
die Verbindungsstelle der österreichischen
Bundesländer

Geschäftszahl: BKA-BKA.VV.C-497/03/0008-
V/A/8/2004
Abteilungsmail: v@bka.gv.at
Sachbearbeiterin: Frau Mag Waltraud BAUER
Pers. E-mail: waltraud.bauer@bka.gv.at
Telefon : 01/53115/2942
Ihr Zeichen
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 28.10.2004
in der Rechtssache C-497/03 betreffend das Versandhandelsverbot für
Nahrungsergänzungsmittel; Rundschreiben

1. Mit Urteil¹ vom 28.10.2004 hat der EuGH für Recht erkannt, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 EG verstoßen hat, dass sie in § 50 Abs. 2 GewO ein Versandhandelsverbot für Nahrungsergänzungsmittel normiert hat.
2. Die Kommission hat am 24.11.2003 Klage vor dem EuGH erhoben, dass die Republik Österreich mit der Bestimmung in § 50 Abs. 2 GewO BGBl. Nr. 194/1994, i.d.F. BGBl. I Nr. 48/2003, gegen Art. 28 EG verstoßen hat. § 50 Abs. 2 GewO lautete bis 31.07.2003: „Der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Verzehrprodukten, Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher ist unzulässig. Dieses Verbot gilt auch für den Absatz von aus eigener Erzeugung stammenden Waren oder von zugekauften Waren in der Art des Versandhandels an Letztverbraucher.“

Anlässlich einer Novelle der GewO, BGBl. I 48/2003, wurde in § 50 Abs 2 GewO mit Wirksamkeit zum 1.8.2003 das Wort „Verzehrprodukte“ durch das Wort „Nahrungsergänzungsmittel“² ersetzt. Die Kommission machte von der

¹ Abrufbar unter: <http://www.curia.eu.int/de/content/juris/index.htm>.

² Gleichzeitig wurde mit einer Novelle zum Lebensmittelgesetz, BGBl. I 69/2003 die Definition von „Verzehrprodukten“ in § 3 LMG durch jene von „Nahrungsergänzungsmittel“ ersetzt. Sie lautet: „Nahrungsergänzungsmittel sind Lebensmittel, die dazu bestimmt sind, die normale Ernährung zu ergänzen und die aus Einfach- oder Mehrfachkonzentraten von Vitaminen oder Mineralstoffen oder sonstigen Stoffen mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung bestehen und in dosierter Form in den Verkehr gebracht werden, d.h. in Form von z.B. Kapseln, Pastillen, Tabletten, Pillen und anderen ähnlichen Darreichungsformen, Pulverbeuteln, Flüssigampullen, Flaschen mit Tropfeinsätzen und ähnlichen Darreichungsformen von Flüssigkeiten und Pulvern zur Aufnahmen in abgemessenen kleinen Mengen.“

Möglichkeit Gebrauch und schränkte den Klagsgegenstand durch die Anwendung dieser novellierten Fassung ein.

Diese Bestimmung beeinträchtigt – so der Vorwurf der Kommission in ihrer Klage – den innergemeinschaftlichen Handel, weil Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die ihre Produkte in Österreich ansässigen Personen anbieten wollen, mit erheblichen Absatzerschwernissen zu rechnen haben. Damit sei eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung gegeben, für die es keine Rechtfertigung gebe. Das Verbot sei weder geeignet noch erforderlich, um den Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen und Täuschungen sicherzustellen und daher unverhältnismäßig.

3. Im Mahnverfahren war von der Republik Österreich vorgebracht worden, dass § 50 Abs. 2 GewO eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung³ des EuGH darstelle, die unterschiedslos für inländische Wirtschaftsteilnehmer und Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten gilt, weshalb die Verkaufsmodalität nicht unter das Verbot in Art 28 EG falle. Selbst wenn man das Versandhandelsverbot nicht als Verkaufsmodalität qualifiziere, sei das Versandhandelsverbot von Nahrungsergänzungsmitteln aus Gründen des Gesundheits- und Verbraucherschutzes gerechtfertigt, weil der Versandhandel nicht ausreichend kontrolliert werde.
4. Vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 11.12.2003 in der Rs C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-0000, hat die Republik Österreich in ihrer Klagebeantwortung vom 10.2.2004 zugestanden, ihre Argumentation nicht weiter aufrecht zu erhalten. In diesem Urteil folgert der EuGH in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit⁴, dass ein nationales Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, die in dem betreffenden Mitgliedstaat ausschließlich in Apotheken verkauft werden dürfen, eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG darstellt, weil das Verbot den Verkauf inländischer Arzneimittel und den Verkauf von Arzneimitteln aus anderen Mitgliedstaaten nicht in gleicher Weise trifft. Bei einer Rechtfertigung nach Art. 30 EG zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, auf welchem Niveau der Schutz der Gesundheit gewährleistet werden soll und wie streng die durchzuführenden Kontrollen sein sollen, Art. 30 EG kann aber nur dann als Rechtfertigung herangezogen werden, wenn Gegenstand des absoluten Versandhandelsverbots Arzneimittel sind, die in dem betreffenden Mitgliedstaat genehmigungspflichtig sind. Umgekehrt kann Art. 30 EG nicht geltend gemacht werden, um ein absolutes Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht verschreibungspflichtig sind, zu rechtfertigen.

Die Republik Österreich ersuchte in der Klagebeantwortung unter Hinweis auf die Regierungsvorlage zur Novelle der Gewerbeordnung 1994, die das Versandhandelsverbot von Nahrungsergänzungsmitteln aufhebt, um Berücksichtigung der in Anpassung befindlichen Rechtslage bzw. um Abweisung der Klage.

³ EuGH, Urte. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097.

⁴ EuGH, Urte. v. 11.07.1974, Rs. C-8/74, Slg. 1994, 837; Urte. v. 19.06.2003, Rs. C-420/01, Slg. 2003, I-6445; Urte. v. 20.02.1979, Rs. C-120/78, Slg. 1979, 649; Urte. v. 09.02.1995, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179 u.a.

5. In der Begründung des nunmehrigen Urteils verweist der EuGH unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung darauf, dass eine Vertragsverletzung anhand jener Lage zu beurteilen ist, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde. Später eingetretene Veränderungen können nicht berücksichtigt werden.⁵
6. Der EuGH nimmt sodann auf die Ausführungen der Republik Österreich in der Klagebeantwortung Bezug, wonach sich aus dem Urteil Deutscher Apothekerverband das Versandhandelsverbot für Nahrungsergänzungsmittel ergibt und stellt die Begründetheit der Klage der Kommission und somit den Verstoß gegen Art 28 EG fest.
7. Mit der Regierungsvorlage (616 d.B., XXII GP) soll eine Bereinigung der nationalen Rechtslage in § 50 Abs. 2 GewO durch eine Streichung des Versandhandelsverbots für Nahrungsergänzungsmittel erfolgen. Die Erläuterungen führen dazu aus, dass die Aufrechterhaltung des Verbotes des Versandhandels mit Nahrungsergänzungsmitteln (§ 3 LMG) im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 11.12.2003, Rs. C-322/01 nicht mehr vertretbar ist.

9. November 2004
Für den Bundeskanzler:
Wolf OKRESEK

Elektronisch gefertigt

⁵ EuGH, Rs. C-211/02, Slg. 2003, I-2429.