

Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland?

Konsequenzen der sog. „Mutagenese“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Rechtsanwalt *Dr. Carsten Oelrichs*, Hamburg

Die Mutagenese-Entscheidung des EuGH (ZLR 2018, 637) hat nicht nur in der Fachwelt hohe Wellen geschlagen. Nachdem sich die Wogen der öffentlichen Diskussion etwas geglättet haben, unternimmt der folgende Beitrag eine sachliche Analyse zu den Folgen der Entscheidung insbesondere für die Werbung mit der Bezeichnung „ohne Gentechnik“, die in Deutschland durch das Gentechnik-Durchführungsgesetz geregelt wird.

A. Einführung

Mit Urteil vom 25.7.2018 traf der Europäische Gerichtshof¹ eine viel beachtete Entscheidung über den Begriff „genetisch veränderter Organismen (GVO)“. Es ging dabei insbesondere um die Einstufung von Organismen, die nach Verfahren bzw. Methoden der Mutagenese, d. h. durch künstliches Auslösen von Mutationen, hergestellt werden. Diese Organismen sind – soweit sie mit Verfahren/Methoden der Mutagenese, die herkömmlich angewendet werden und seit langem als sicher gelten – zwar aus dem Anwendungsbereich der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ausgenommen.² Der EuGH hatte aber zu bewerten, ob diese Organismen als GMO i. S. v. Art. 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG einzustufen sind. Der EuGH bejahte dies. Die Entscheidung führte nicht nur zu einer lebhaften Diskussion über die Auswirkungen im Anwendungsbereich der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG.³ Mehrere Autoren nahmen die Bewertung des GMO-Begriffs durch den EuGH zum Anlass, die Kennzeichnung von Lebensmitteln in Deutschland mit „Ohne Gentechnik“ in Frage zu stellen, bei denen sich die Produkte oder ihre Zutaten auf Fälle sog. klassischer Mutagenese zurückführen ließen.⁴

Die Frage hat große praktische Relevanz, weil mittlerweile viele der in Deutschland angebotenen Lebensmittel zwar als „Ohne Gentechnik“ gekennzeichnet werden,

1 EuGH (Große Kammer), Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-528/16, Confédération paysanne u. a. gegen Premier Ministre u. a., ZLR 2018, 637 – „Mutagenese“ m. krit. Anm. Voigt; dazu ferner C. Seitz, EuZW 2018, 758 ff.; Faltus, ZUM 2018, 524 ff.; Spanger, NJW 2018, 2929 ff.

2 EuGH, a. a. O., Rn. 26 ff. mit Verweis auf die Gesetzessystematik und Erwägungsgrund 17.

3 Siehe etwa Faltus, ZUM 2018, 524, 528 ff.; Kahrmann/Leggewie, NuR 2018, 761 ff. m. w. N.

4 Kahrmann/Leggewie, NuR 2018, 761, 765; Schmidt-De Caluwe, LMuR 2019, 97.

aber auf Verfahren bzw. Methoden zurückzuführen sind, die als klassische Mutagenese eingestuft werden.⁵ Für die Kennzeichnung von Lebensmitteln mit „Ohne Gentechnik“ wird dabei meist das vom Verband Lebensmittel ohne Gentechnik e.V. (VLOG) zur Verfügung gestellte grün-weiße „Ohne Gentechnik“-Logo verwendet, das markenrechtlich geschützt ist.⁶ Der VLOG vergibt im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) Lizenzen zur Siegelnutzung und nimmt auch Zertifizierungen vor.⁷

Einige Autoren vertreten nun die Auffassung, aufgrund der Bewertung des „GVO“-Begriffes durch den EuGH sei die Kennzeichnung von Lebensmitteln, die im Wege klassischer Mutagenese entstanden sind, nicht länger als „Ohne Gentechnik“ möglich. Daher müsse auch die Nutzung des Logos entfallen. Zum Teil wird die Kennzeichnung als irreführend für den Verbraucher eingestuft.⁸ Zum Teil wird darüber hinaus sogar die Berechtigung des deutschen Gesetzgebers in Frage gestellt, die „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung überhaupt verbindlich regeln zu können.⁹ Dieser Standpunkt soll im Folgenden kritisch hinterfragt werden.

B. Die Auswirkungen der Mutagenese-Entscheidung des EuGH auf die Kennzeichnung von Lebensmitteln

1. Die sog. „Mutagenese“-Entscheidung des EuGH als Ausgangspunkt der „Ohne Gentechnik“-Diskussion in Deutschland

a) Anlass der EuGH-Entscheidung

Im eingangs genannten Urteil vom 25.7.2018 entschied der Europäische Gerichtshof über die Auslegung von Art. 2 Nr. 2 (Begriffsbestimmung GVO) und Art. 3 (Ausnahmeregelung) sowie der Anhänge I A (Verfahren i. S. v. Art. 2 Nr. 2) und I B (Verfahren i. S. v. Art. 3) der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG. Zuvor hatte der französische Staatsgerichtshof, der Conseil d'État, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet. Anlass hierfür war die Klage unterschiedlicher Landwirtschafts- und Verbraucherschutzverbände gegen den französischen Premierminister sowie den französischen Minister für Land-, Ernährungs- und Forstwirtschaft.¹⁰ Gegenstand dieses Ausgangsverfahrens war eine Regelung im französischen Umweltgesetzbuch, mit der durch klassische Mutagenese gewonnene Organismen von den in der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG vorgesehenen Verpflichtungen ausgenommen wurden. Aus

⁵ Siehe etwa *Merlot*, in: Spiegel online vom 17.6.2019; Enthält jetzt fast all unser Essen Gentechnik?; ferner *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761, 765; *Buchholz/Willand*, LMuR 2019, 45, 47; *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 100 und 102.

⁶ Siehe insb. die Wort-/Bildmarke DE302009045422, die zugunsten der Bundesrepublik Deutschland (Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft) eingetragen ist.

⁷ Siehe dazu www.ohnegentechnik.org.

⁸ So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 100 ff.; *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761, 765.

⁹ *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 100.

¹⁰ EuGH, a. a. O., Rn. 20 ff.; siehe auch *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761.

Oelrichs, Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland? ZLR 1/2020

Sicht des Conseil d'État war für die Entscheidung im Ausgangsverfahren maßgeblich die Auslegung des Begriffs der „genetisch veränderten Organismen“ i.S.v. Art. 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG durch den EuGH.

b) Ergebnis des EuGH

In seiner Antwort auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts kam der EuGH entgegen der Empfehlung des Generalanwalts *Bobeck* zu dem Ergebnis, dass die mit Verfahren/Methoden der Mutagenese gewonnenen Organismen genetisch veränderte Organismen i.S.d. von Art 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG seien.¹¹ Die Entscheidung fand große Beachtung, weil sie sich erheblich auf die Anwendung der nationalen Umsetzungsregelungen zur Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG in den einzelnen Mitgliedsstaaten der Union auswirken kann.

2. Das EG-Gentechnik-Durchführungsgesetz als Grundlage für die deutsche „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel

Im Nachgang zur Entscheidung entwickelte sich dann in Deutschland eine Diskussion darüber, ob und welche Auswirkungen die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf die sog. „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel hat. Grund hierfür war, dass das Unionsrecht zwar spezifische GVO-Bestimmungen zur Kennzeichnung und Rückverfolgung von Lebensmitteln und Futtermitteln in den Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003¹² (VO(EG)1829/2003) und (EG) Nr. 1830/2003¹³ (VO(EG)1830/2003) vorsieht. Eine Regelung, ob und wie Lebensmittel als gentechnikfrei ausgelobt werden können, ergibt sich aus diesen Rechtsakten jedoch nicht.

a) Festlegung der Kennzeichnung durch § 3a EG-Gentechnik-Durchführungsgesetz als nationalen Rechtsakt

Allerdings haben mehrere nationale Gesetzgeber diese „Lücke geschlossen“ und Möglichkeiten vorgesehen, auf die Gentechnikfreiheit von Lebensmitteln hinzuweisen. So ergeben sich in Österreich die Anforderungen zur Kennzeichnung, Aufmachung und Bewerbung von Lebensmitteln ohne GVO aus der Richtlinie zur Definition der „Gentechnikfreien Produktion von Lebensmitteln und deren Kennzeichnung“.¹⁴ Für in Deutschland in Verkehr gebrachte und beworbene Lebensmittel ist

11 EuGH, a. a. O.: 1. Leitsatz und Rn. 54; zu den unterschiedlichen Auslegungsansätzen von Generalanwalt und EuGH – prozessbezogen oder produktbezogen – siehe *Voigt*, ZLR 2018, 654, 657 ff.; ferner *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 98 m. w. N.

12 Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.9.2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, ABl. EU L 268/1 v. 18.10.2003.

13 Verordnung (EG) Nr. 1830/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.9.2003 über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von genetisch veränderten Organismen und über die Rückverfolgbarkeit von aus genetisch veränderten Organismen hergestellten Lebensmitteln und Futtermitteln sowie zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG, ABl. EU L 268/24 v. 18.10.2003.

14 Siehe dazu den Österreichischen Lebensmittel-Kodex, Kodex-Richtlinie „Gentechnik-freie Produktion“, veröffentl. mit Erlass GZ: BMGFJ-75210/0014-IV/B-7/2007 vom 6.12.2007; näher www.gentechnikfrei.at.

das EG-Gentechnik-Durchführungsgesetz (EGGenTDurchfG)¹⁵ maßgeblich. Dies bestimmt in § 3 a Abs. 1 EGGenTDurchfG die mögliche Kennzeichnungsweise für Lebensmittel, die ohne Anwendung gentechnischer Verfahren hergestellt werden. Danach darf ausschließlich die Angabe „Ohne Gentechnik“ verwendet werden (§ 3 a Abs. 1 S. 2 EGGenTDurchfG). Die Bestimmung schließt die Verwendung ähnlicher oder inhaltsgleicher Angaben ausdrücklich aus. Die Voraussetzungen für die Kennzeichnung von Lebensmitteln mit „Ohne Gentechnik“ ergeben sich dabei aus § 3 a Abs. 2 bis 5 EGGenTDurchfG. Nur wenn die in diesen Absätzen genannten Anforderungen eingehalten werden, kommt eine Kennzeichnung mit „Ohne Gentechnik“ in Frage. Dabei knüpfen diese Anforderungen insbesondere an die spezifischen unionsrechtlichen Regelungen in den beiden Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003 und (EG) Nr. 1830/2003 zur Kennzeichnung und Rückverfolgbarkeit genetisch veränderter Lebensmittel- und Futtermittel an. Eine Anknüpfung an die Vorgaben der allgemeinen Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG, die Gegenstand des oben genannten EuGH-Urteils waren, erfolgt dagegen nicht. Dieser Umstand ist – wie zu zeigen sein wird – entscheidend für die Reichweite des EuGH-Urteils im Hinblick auf die Bezeichnung von Lebensmitteln.

b) Sanktionen gegen Kennzeichnungsverstöße

Verstöße gegen die Bestimmungen des EGGenTDurchfG, und insbesondere gegen die Kennzeichnungsregelung in § 3a EGGenTDurchfG können unterschiedliche Konsequenzen haben. Die Regelung des deutschen Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Lebensmitteln mit der Angabe „Ohne Gentechnik“ stellt eine Marktverhaltensregelung i. S. v. § 3a UWG dar, so dass Verstöße hiergegen unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 UWG begründen und wettbewerbsrechtlich nach §§ 8 ff. UWG geahndet werden können. Daneben hat die amtliche Lebensmittelüberwachung die Möglichkeit, im Zusammenhang mit Kennzeichnungsverstößen bei Lebensmitteln Anordnungen zur Beseitigung der Verstöße zu treffen (Art. 138 Abs. 2 lit. c) KontrollVO (EU) 2017/625, § 39 Abs. 2 LFGB). Darüber hinaus enthalten die §§ 6f. EGGenTDurchfG für Verstöße gegen die Verordnungen (EG) Nr. 1822/2003, (EG) 1830/2003 und (EG) 1946/2003 auch Straf- bzw. Bußgeldvorschriften. Strafbar ist danach auch ein Inverkehrbringen oder Bewerben von Lebensmitteln entgegen § 3 a Abs. 1 S. 1 EGGenTDurchfG. Eine fahrlässige Zuwiderhandlung stellt nach § 7 Abs. 1 OWiG eine Ordnungswidrigkeit dar und kann gem. § 7 Abs. 7 EGGenTDurchfG mit einer Geldbuße geahndet werden.

3. Der Meinungsstreit zur Anwendung des § 3a EGGentechnDurchfG

Die Auswirkungen der eingangs genannten EuGH-Entscheidung auf die Anwendung des § 3a EGGenTDurchfG werden unterschiedlich bewertet.

¹⁵ EG-Gentechnik-Durchführungsgesetz v. 22.6.2004, BGBl. I S. 1244, zuletzt geändert durch die Bekanntmachung v. 27.5.2008, BGBl. I S. 919.

Oelrichs, Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland? ZLR 1/2020

a) *Der Ansatz für eine Fortsetzung der bisherigen Kennzeichnungspraxis*

Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass die EuGH-Entscheidung keine Auswirkungen auf die Anwendung des § 3a EGGenTDurchfG habe.¹⁶ Dafür wird angeführt, dass zwischen lebensmittelrechtlicher Kennzeichnung und Anwendung der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG zu unterscheiden sei. Der GVO-Begriff der Freisetzungsrichtlinie sei nicht auf die Kennzeichnung von Lebensmitteln übertragbar.¹⁷ Zudem sei die freiwillige Kennzeichnung mit „Ohne Gentechnik“ bei Einhalten der in § 3a EGGenTDurchfG genannten Voraussetzungen, die gerade auf die spezifischen GVO-Bestimmungen für Lebensmittel in den Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003 und (EG) Nr. 1830/2003 verweisen, vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Da ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand bestehe, kämen behördliche Verbote und vor allem staatliche Repressivmaßnahmen nicht in Frage. Auch wettbewerbsrechtlich sei ein Kennzeichnungsverbot ausgeschlossen. Insbesondere bestehe keine relevante Irreführungseignung aufgrund der gesetzlichen Festlegung.¹⁸

b) *Der Ansatz für eine restriktive Anwendung der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel*

Nach anderer Auffassung, insbesondere von *Schmidt-De Caluwe* sowie *Kahrmann* und *Leggewie*¹⁹, dürften Lebensmittel, zu deren Herstellung Bestandteile genutzt werden, die im Wege der klassischen Verfahren der Mutagenese verändert wurden, nicht mehr mit der Bezeichnung „Ohne Gentechnik“ in Verkehr gebracht werden.²⁰ Das gelte auch für die Verwendung des markenrechtlich geschützten „Ohne-Gentechnik“-Siegels.

Zum einen wird diese Einschätzung darauf gestützt, dass der EuGH die Frage, was GVO sei, verbindlich über den Anwendungsbereich der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG hinaus geklärt habe. Daher werde auch die Kennzeichnung für Lebensmittel als „Ohne Gentechnik“ erfasst.²¹ Demzufolge läge in Fällen klassischer Mutagenese bei vielen Verbrauchern das Verständnis vor, es handele sich um GVO.²² Daher bestünde eine Irreführung bei entsprechender Kennzeichnung in solchen Fällen. Zwar sei der Einwand zutreffend, dass bei rechtlich zulässigen Bezeichnungen eine Irreführung entfalle, selbst wenn in relevanten Teilen des Verkehrs eine Fehlvorstellung bestünde. Dies könne jedoch nur dann gelten, wenn die Rechtfertigung auf der relevanten Normstufe erfolge. Das Unionsrecht enthalte jedoch keine Kennzeichnung

16 *Buchholz/Willand*, LMuR 2019, 45 ff.; *Girnau*, ZLR 2019, 325 ff.

17 *Buchholz/Willand*, LMuR 2019, 45, 46 f.; *Girnau*, ZLR 2019, 325, 326 f.

18 *Buchholz/Willand*, LMuR 2019, 45, 47.

19 So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR, 2019, 97; *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761.

20 So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 102; *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761, 765.

21 So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97; *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761, 765.

22 *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 100 m. w. N.; vgl. auch *Gerstberger*, in: *Praxishandbuch Lebensmittelkennzeichnung*, 5.5.21.1, die allerdings gerade nicht den Schluss zieht, dass es sich um eine relevante Irreführung handelt.

ZLR 1/2020 Oelrichs, Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland?

zur Gentechnikfreiheit, sondern nur zur Kennzeichnung von GVO. Als Rechtfertigung käme hier nur die Regelung in § 3a EGGenTDurchfG in Betracht. Dies sei aber nur eine nationale Regelung. Sie könne höherrangiges Unionsrecht nicht verdrängen. Maßgeblich sei daher allein die unionsrechtliche allgemeine Irreführungsbestimmung in Art. 7 Abs. 1 der VO (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV).²³ Nach dieser unionsrechtlichen Irreführungsregelung müsse im Nachgang zur Mutagenese-Entscheidung des EuGH aber davon ausgegangen werden, dass bei Bezeichnung von Lebensmitteln mit „Ohne Gentechnik“ ein Einsatz klassischer Mutagenese-Verfahren auszuschließen ist.²⁴ Die unionsrechtliche Irreführungsregelung in Art. 7 Abs. 1 LMIV könne der nationale Gesetzgeber nicht durch eine nationale Kennzeichnungsregelung wie § 3a EGGenTDurchfG „aushebeln“.²⁵

c) Bewertung

Dieser Ansatz ist rechtlich nicht haltbar.

aa) Zunächst ist festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung in § 3a EGGenTDurchfG einen gesetzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Wer die in § 3a EGGenTDurchfG genannten unionsrechtlichen Anforderungen nach Art. 12 f., 24 f. der VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 4 f. der VO (EG) Nr. 1830/2003 einhält, kann berechtigter Weise davon ausgehen, dass sein Lebensmittel mit „Ohne Gentechnik“ gekennzeichnet werden darf. Hinzu kommt, dass das BMEL zusätzlich dadurch Vertrauen für die Regelung in Anspruch nimmt, dass es über den VLOG e. V. eine Zertifizierung und Lizenzvergabe eines markenrechtlich zugunsten der Bundesrepublik Deutschland geschützten Siegels vornehmen lässt. Selbst wenn die Regelung in § 3a EGGenTDurchfG unionsrechtswidrig sein sollte, kämen straf-, ordnungswidrigkeiten-, polizei- oder wettbewerbsrechtliche Sanktionen gegen den Lebensmittelunternehmer nicht in Betracht, wenn die Kennzeichnung § 3a EGGenTDurchfG entspräche. Dem Rechtsunterworfenen ist nicht zuzumuten, einen vermeintlichen Widerspruch zwischen ihm begünstigendem nationalen Gesetz und Unionsrecht aufzulösen. Selbst wenn § 3a EGGenTDurchfG durch Art. 7 LMIV verdrängt würde, entfielen eine Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB i. V. m. Art. 7 Abs. 1 LMIV und § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB (bzw. Ordnungswidrigkeit nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 LFGB). Es läge ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nach § 17 StGB (bzw. § 11 OWiG) vor. Auch Präventivmaßnahmen der amtlichen Lebensmittelüberwachung wären bei dieser Lage nicht verhältnismäßig. Ferner wären wettbewerbsrechtliche Sanktionen auszuschließen, da eine § 3a EGGenTDurchfG entsprechende Kennzeichnung nicht unlauter i. S. v. § 3 Abs. 2 UWG wäre.

bb) Letztendlich kann diese Folgenbetrachtung aber dahinstehen, weil auch die oben genannten Vorbehalte von *Schmidt-De Caluwe* und *Kahrman/Leggewie* in der

²³ So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 101.

²⁴ So *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97

²⁵ In diesem Sinne *Schmidt-De Caluwe*, LMuR 2019, 97, 101.

Sache nicht berechtigt sind. Die Regelung in § 3a EGenTDurchfG steht nicht im Widerspruch zur allgemeinen Irreführungsregelung in Art. 7 Abs. 1 LMIV. Zum einen verkennen die Autoren die Reichweite der EuGH-Entscheidung, die nur zur Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ergangen ist. Die Entscheidung des EuGH bezieht sich gerade nicht auf die Kennzeichnung von Lebensmitteln, für die eine abweichende Rechtslage besteht. Entgegen der Auffassung von *Schmidt-De Caluwe* gibt es eine unionsrechtliche Rechtfertigung für die Kennzeichnungsbestimmung in § 3a EGenTDurchfG (dazu nachfolgend bei 4.). Demzufolge kommt es auf ein zu ermittelndes Verkehrsverständnis, was im Anschluss an die eingangs genannte EuGH-Entscheidung möglicherweise unter „Ohne Gentechnik“ zu verstehen sei, gar nicht an. Maßgeblich ist allein die normative Festlegung des GVO-Begriffs. Eine Irreführung nach Art. 7 Abs. 1 LMIV i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB entfällt daher von vornherein, wenn die Anforderungen nach § 3a EGenTDurchfG für eine „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung erfüllt sind (dazu nachfolgend 5.).

4. Der lebensmittelrechtliche „GVO“-Begriff

a) Kein einheitlicher GVO-Begriff

aa) Der EuGH hat den Begriff „genetisch veränderter Organismus“ oder „GVO“ nicht allgemein bestimmt, sondern lediglich die in Art. 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG vorgesehene Legaldefinition ausgelegt. Dies betont er ausdrücklich in den Entscheidungsgründen und im ersten Leitsatz. Zu einer allgemeinen Begriffsbestimmung von „GVO“ bestand für den EuGH kein Anlass, weil das Unionsrecht gar keinen einheitlichen „GVO“-Begriff kennt. Die in der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG vorgesehene Definition von „GVO“ stimmt nämlich gerade nicht mit den Begriffsbestimmungen in den spezifischen unionsrechtlichen GVO-Regelungen zur Kennzeichnung für Lebensmittel überein. Zwar hat der EU-Gesetzgeber in die spezifischen Verordnungen für Lebensmittel auch einzelne Begrifflichkeiten aus der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG übernommen. So sieht Art. 2 der VO (EG) Nr. 1829/2003 vor, dass die Definitionen zu „Organismus“, „absichtliche Freisetzung“ und „Unverträglichkeitsprüfung“ auch für die VO (EG) Nr. 1829/2003 und VO (EG) Nr. 1830/2003 gelten. Allerdings hat der EU-Gesetzgeber für die Kennzeichnung von Lebensmitteln eine eigene und von der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG abweichende GVO-Begriffsbestimmung vorgenommen. Diese allein ist maßgeblich, wenn Lebensmittel, die GVO enthalten, aus solchen bestehen oder aus GVO hergestellt werden, gemäß dem Unionsrecht in Verkehr gebracht werden, insbesondere wenn sie an Endverbraucher oder Anbieter von Gemeinschaftsverpflegung abgegeben werden (Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1829/2003, Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 1830/2003).

bb) Nach Art. 2 Nr. 2 Satz 1 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ist ein „genetisch veränderter Organismus“ (GVO): ein Organismus mit Ausnahme des Menschen, dessen genetisches Material so verändert worden ist, wie es auf natürliche Weise

ZLR 1/2020 Oelrichs, Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland?

durch Kreuzen und/oder natürliche Rekombination nicht möglich ist“. Satz 2 der Regelung verweist dann zur Erläuterung auf Anhang I A der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG. Die in der Richtlinie 2001/18/EG vorgesehene Legaldefinition von GVO ist deshalb zunächst weit gefasst. Art. 3 Abs. 1 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG beschränkt dann lediglich den Anwendungsbereich, weil die Richtlinie 2001/18/EG nicht für Organismen gilt, bei denen eine genetische Veränderung durch Einsatz der in Anhang I B aufgeführten Verfahren herbeigeführt wurde. Anhang I B der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG erfasst unter Nr. 1 dabei auch Verfahren der „Mutagenese“. Daher konnte der EuGH bei Auslegung der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG zu dem Ergebnis kommen, dass Mutagenese-Verfahren unter die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 2 Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG fallen und daher GVO darstellen.

cc) Diese Auslegung ist bei den später geschaffenen unionsrechtlichen GVO-Bestimmungen zur Kennzeichnung von Lebensmitteln nicht möglich. Art. 2 Nr. 5 der VO (EG) Nr. 1829/2003 bezeichnet genetisch veränderte Organismen oder „GVO“ als „einen genetisch veränderten Organismus i.S.v. Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2001/18/EG, mit Ausnahme von Organismen, bei denen eine genetische Veränderung durch den Einsatz der in Anhang I B der Richtlinie 2001/18/EG aufgeführten Verfahren herbeigeführt wurde“. Wortgleich lautet die Definition zu „GVO“ in Art. 3 Nr. 1 der VO (EG) Nr. 1830/2003. Bei diesen beiden spezifischen GVO-Regelungen zur Kennzeichnung von Lebensmitteln verwendet der Gesetzgeber daher eine andere Regelungstechnik als in der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG. Die im Anhang I B Nr. 1 genannten Verfahren zur Mutagenese sind deshalb nicht wie bei der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG lediglich vom Anwendungsbereich ausgeklammert, sondern sie werden nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes bereits aus dem „GVO“-Begriff ausgenommen.²⁶ Nach den unionsrechtlichen GVO-Bestimmungen in Art. 2 Nr. 5 VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003 für Lebensmittel sind „Organismen, bei denen eine genetische Veränderung durch den Einsatz der in Anhang I B der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG aufgeführten Verfahren herbeigeführt wurde“, daher kein GVO. Deshalb begründen Verfahren klassischer „Mutagenese“ gerade keinen GVO-Charakter soweit es um die Kennzeichnung von Lebensmitteln geht.

dd) Demzufolge ist auch die Schlussfolgerung von *Schmidt-De Caluwe* unrichtig, es gebe keine unionsrechtliche Rechtfertigung für die deutsche „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel. Das Gegenteil ist der Fall. Art. 3a EGGenTDurchfG knüpft an die spezifischen unionsrechtlichen Anforderungen zur Kennzeichnung von Lebensmitteln in den VO (EG) Nr. 1829/2003 und Nr. 1830/2003 an und entspricht insbesondere auch den verbindlichen Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 5 VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003.

²⁶ Siehe *Girnau*, ZLR 2019, 325, 328f.

5. Anwendung der allgemeinen Irreführungsbestimmung

Zwangsläufig verfehlt sind auch die Ausführungen von *Schmidt-De Caluwe* und *Kahrmann/Leggewie* zur Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 1 LMIV, und dies aus mehreren Gründen.

a) Unionsrechtlicher Ausschluss von Organismen als GVO, die auf Verfahren bzw. Methoden der klassischen Mutagenese zurückzuführen sind

Schon der Ausgangspunkt der Betrachtung, die Neuinterpretation des GVO-Begriffs durch den EuGH bestimme das allgemeine Verkehrsverständnis, trifft nicht zu. Wie oben ausgeführt hat der EuGH gerade nicht im Geltungsbereich der Gentechnik-Kennzeichnung von Lebensmitteln eine Entscheidung gefällt, sondern ausdrücklich nur den – von den Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 5 VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2001 systematisch abweichenden – „GVO“-Begriff nach Art. 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ausgelegt. Seine Ausführungen beziehen sich gerade nicht auf den lebensmittelrechtlichen „GVO“-Begriff in den maßgeblichen Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003 und (EG) Nr. 1830/2003. Wenn Gegenstand des Vorlageverfahrens nicht die Regelung in Art. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG, sondern die Regelungen in Art. 2 Nr. 5 der VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003 gewesen wäre, hätte der EuGH aufgrund der abweichenden Regelung zu einem anderen Ergebnis kommen müssen. Aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Bewertung hätte er im Anwendungsbereich der Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003 und Nr. 1830/2003 Fälle sog. klassischer Mutagenese nicht als GVO einstufen können.

b) Ausschluss einer Irreführung aufgrund normativer Festlegung

Die Entscheidung des EuGH zur Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ist deshalb kein Maßstab für die Auslegung des „GVO“-Begriffs im Zusammenhang mit der Kennzeichnung von Lebensmitteln. Daraus folgt, dass es gerade keine berechtigte Verkehrserwartung gibt, nach der der GVO-Begriff der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG auch für die Kennzeichnung von Lebensmitteln gilt. Die spezifischen EU-Bestimmungen in Art. 2 Nr. 5 der VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003 regeln verbindlich für die Kennzeichnung von Lebensmitteln, dass Fälle klassischer Mutagenese keine GVO i. S. d. der Lebensmittelkennzeichnung darstellen. Bei einer solchen normativen Festlegung ist schon aus Rechtssicherheitsgründen kein Platz für eine empirische Erhebung zur Verkehrserwartung. Eine normative Festlegung ist im Lebensmittelkennzeichnungsrecht in vielen Fällen unerlässlich.²⁷ Der EU-Gesetzgeber sieht daher bei vielen kennzeichnungsrechtlichen Fragen eine normative Festlegung des Verkehrsverständnisses vor.²⁸ Das zeigt z. B.

²⁷ Näher zur normativen Verkehrsauffassung im Lebensmittelrecht *Oelrichs*, in: Praxishandbuch Lebensmittelkennzeichnung, 5.1.2.3.

²⁸ *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 25 f.

der Katalog nährwertbezogener Angaben im Anhang zur VO (EG) Nr. 1924/2006. Die dort aufgeführten Festlegungen gelten kategorisch. Wäre in solchen Fällen relevant, dass sich z. B. bei einer Verkehrserhebung eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Verbrauchererwartung ergibt, wäre eine einheitliche, dauerhafte und rechts-sichere Bezeichnung, welche Produkte etwa als „zuckerfrei“, „brennwertarm“ oder „proteinreich“ gelten, gar nicht möglich. Sollten Teile des Rechtsverkehrs trotz der normativen Festlegung des GVO-Begriffs bei der Kennzeichnung von Lebensmitteln deshalb fälschlicherweise annehmen, auch derartige Fälle stellen „GVO“ dar, wäre dies rechtlich unerheblich. Eine solche Annahme, die sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren lässt, ist nicht geschützt.

C. Fazit

- Das Unionsrecht kennt keinen einheitlichen GVO-Begriff.
- Der gesetzliche GVO-Begriff in Art. 2 Nr. 2 der Freisetzungsrichtlinie 2001/18/EG ist weiter gefasst als der GVO-Begriff in den spezifischen GVO-Regelungen zur Kennzeichnung von Lebensmitteln in Art. 2 Nr. 5 VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003.
- Nach den Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 5 VO (EG) Nr. 1829/2003 und Art. 3 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1830/2003 sind Organismen, die auf Verfahren/Methoden klassischer Mutagenese zurückzuführen sind, schon begrifflich keine GVO.
- Die Kennzeichnungsregelung in § 3a EGGenTDurchfG zur Angabe „Ohne Gentechnik“ ist unionsrechtlich gedeckt. Für Lebensmittel, die auf Fälle klassischer Mutagenese zurückzuführen sind, kommt daher eine Kennzeichnung mit „Ohne Gentechnik“ grundsätzlich in Betracht.
- Entspricht ein Lebensmittel den Anforderungen nach § 3a Abs. 3 bis 5 EGGenTDurchfG und damit den unionsrechtlichen Vorgaben in den Verordnungen (EG) Nr. 1829/2003 und Nr. 1830/2003, kann es mit „Ohne Gentechnik“ bezeichnet werden. Aufgrund normativer Festlegung scheidet eine Irreführung des Verkehrs aus.
- Selbst wenn Teile des Verkehrs fehlerhaft davon ausgehen sollten, mit „Ohne Gentechnik“ gekennzeichnete Lebensmittel seien nicht auf Fälle klassischer Mutagenese zurückzuführen, ist dies rechtlich irrelevant.

Summary

The ECJ's „Mutagenesis“ decision has sparked an intense legal discussion about the scope of the court's interpretation of the term „genetically modified organism (GMO)“. The author of this article argues that the ECJ's interpretation is limited to the scope of Directive 2001/18/EC on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and does not apply to the later Regulations (EC) No.

Oelrichs, Das Ende der „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung für Lebensmittel in Deutschland? ZLR 1/2020

1829/2003 and No. 1830/2003 on the labelling of genetically modified organisms in foodstuffs. This can be deduced from the legal acts themselves and also from the wording of the ECJ decision. Because the German „Gentechnik-Durchführungsgesetz“ („Genetic Engineering Implementation Act“), which provides conditions for the use of the claim „Ohne Gentechnik“ for the absence of genetic engineering in foodstuffs, is based on the definitions in Regulation (EC) No. 1829/2003 and No. 1830/2003 the author argues that the national provisions and therefore the use of the claim „Ohne Gentechnik“ in Germany are not affected by the ECJ’s „Mutagenesis“ decision.