

<https://doi.org/10.1007/s10357-018-3429-8>

Gentechnikrechtliches Grundsatzurteil des EuGH und die Folgefragen für das deutsche Recht*

Jens Kahrman und Georg Leggewie

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2018

Der Einsatz neuer molekularbiologischer Techniken wie CRISPR/Cas zum Beispiel in der Pflanzenzucht führt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) stets zu genetisch veränderten Organismen (GVO) im Rechtssinne. Die Entscheidung vermag in wesentlichen Kernaussagen nicht zu überzeugen, kommt aufgrund anderslautender Schlussanträge des Generalanwaltes durchaus überraschend und wirft Folgefragen auch für das deutsche Gentechnikrecht auf.

1. Problemaufriss

Im Vorfeld des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) wetteiferten Gentechnikkritiker einerseits und innovationsbetonte Akteure andererseits darum, ihre Positionen zur rechtlichen Einordnung neuer molekularer Methoden zur Erbgutveränderung der breiten Öffentlichkeit zu vermitteln. Die Diskussion um den Einsatz solcher Techniken war in Deutschland zudem Gegenstand mehrerer durch das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft initiiert, öffentlicher Dialogveranstaltungen.

Rechtlicher Anlass für die Diskussion war eine durch den wissenschaftlichen Fortschritt aufgeworfene und bis zum EuGH-Urteil ungeklärte Frage: Führt die Anwendung neuer molekularbiologischer Techniken – darunter die vielzitierte „Genschere“ CRISPR/Cas –, welche das Erbgut von Organismen verändern, stets zu gentechnisch veränderten Organismen (GVO) im Sinne des Gentechnikrechts und daher zur Regulierung? Oder ist die rechtliche Einordnung der entstehenden Organismen vielmehr eine Frage des Einzelfalls?

Die Schärfe dieser eigentlich juristischen Debatte resultiert vor allem aus den tatsächlichen Folgen für die Lebensmittelproduktion. Denn die Einordnung eines Organismus als GVO führt derzeit faktisch zu erheblichen Forschungshindernissen und zu einer fehlenden Vermarktungsfähigkeit: So ist der Zweck des GenTG gem. § 1 Nr. 3 GenTG zwar unter anderem, den rechtlichen Rahmen für die Erforschung der Gentechnik zu schaffen, was zum Beispiel durch die Möglichkeit der Erteilung von Freisetzungsgenehmigungen gem. § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GenTG gewährleistet werden soll. Tatsächlich aber fanden solche Forschungsfreisetzung in Deutschland letztmalig 2013 statt, unter anderem weil entsprechende Versuchsfelder häufig von Gentechnikgegnern zerstört wurden. Bei der nachfolgenden juristischen Aufarbeitung solcher Vorfälle gab es sogar vereinzelt „Schützenhilfe“ durch die Justiz.¹

Mit der Richtlinie (EU) 2015/412 (sog. „Opt-Out Richtlinie“) wurde zudem die Möglichkeit geschaffen, dass unter bestimmten Bedingungen auch ohne das Bestehen von Gefahren für Umwelt oder Gesundheit von Menschen der kommerzielle Anbau von GVO in den Mitgliedstaaten der EU untersagt werden kann, sofern die betroffenen Unternehmen nicht bereits von sich aus das Staatsgebiet der Mitgliedstaaten ganz oder zum Teil aus dem Anwendungsbereich ihres Genehmigungsantrages ausschließen,

sofern die Mitgliedstaaten dies wünschen.² Das wünschten in der Vergangenheit immerhin 19 der 28 EU-Mitgliedstaaten, was denn auch zur räumlichen Einschränkung der Geltungsbereiche der Genehmigungen führte.³ Ein Übriges für eine teilweise Nicht-Vermarktungsfähigkeit tut die Kennzeichnungspflicht für aus GVO hergestellte oder diese enthaltende Lebensmittel gem. Art. 12 Verordnung (EG) 1829/2003 angesichts der Tatsache, dass sich über 60 % der Europäischen Bevölkerung unsicher beim Gedanken an derartige Lebensmittel fühlt⁴, was vermutlich nicht zuletzt auf entsprechende Kampagnen gentechnikkritischer Verbände zurückzuführen ist.

2. Entscheidung des EuGH

2.1 Ausgangspunkt

Anlass des Vorabentscheidungsverfahrens des EuGH ist eine Vorlage des französischen Conseil d'Etat. Im dortigen Ausgangsverfahren beehrten ein französischer Landwirtschaftsverband und andere Vereinigungen die Aufhebung des Art. D. 531-2 im französischen Umweltgesetzbuch. Nach dieser Norm ist die Mutagenese ein Verfahren, bei dem davon auszugehen ist, dass die resultierenden Organismen nicht dem französischen Gentechnikrecht unterliegen. Durch diese Norm sind also mittels Mutagenese erzeugte Organismen aus dem französischen Gentechnikrecht ausgenommen. Der Sache nach entspricht die angegriffene Norm daher dem Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I B Nr. 1 der Richtlinie⁵ beziehungsweise § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG.

Die Norm wurde von den Klägern deshalb kritisch betrachtet, weil die Mutagenese aufgrund der Entwicklung

* Die Darstellungen der Autoren geben deren persönliche Auffassungen wieder und entsprechen nicht notwendigerweise der Auffassung des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit.

- 1 Vgl. die Einstellung eines entsprechenden Strafverfahrens gem. § 153 Abs. 2 StPO durch das Landgericht Magdeburg, nachdem dieses aufgrund einer erfolgreichen Revision (OLG Naumburg, Beschl. v. 24. 4. 2013 – 2 Ss 58/12) basierend auf einer unsauberen Anwendung des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB erneut zur Entscheidung berufen war – Magdeburger Verlags- und Druckhaus GmbH: Verfahren gegen Gentechnikgegner eingestellt, Stand: 16. 7. 2013, abrufbar unter: <https://www.volksstimme.de/article/20130716/ARTIKEL/307169751/1410>. Die Frage, ob überhaupt eine ausreichend konkretisierte Gefahr als Grundlage für die Anwendung von § 34 StGB vorlag, wurde dabei offenbar nicht aufgeworfen – so bereits *Jahn*, JuS 2013, 1139.
- 2 Detaillierte Ausführungen zur Opt-Out Richtlinie finden sich bei *Winter*, NuR 2015, 595.
- 3 Europäische Kommission: Restrictions of geographical scope of GMO applications/authorisations: Member States demands and outcomes, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2018, https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/authorisation/cultivation/geographical_scope_en.
- 4 Europäische Kommission: Special Eurobarometer, Biotechnology Report, Stand: Oktober 2010, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_341_en.pdf.
- 5 Soweit nähere Angaben fehlen, ist in diesem Text mit Richtlinie immer die Richtlinie 2001/18/EG gemeint, die aus Gründen der Klarstellung teilweise auch als Freisetzungsrichtlinie bezeichnet wird.

Jens Kahrman, Referent
Dr. Georg Leggewie, Wissenschaftlicher Rat
Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit,
Abteilung Gentechnik,
Berlin, Deutschland

neuer molekularbiologischer Techniken inzwischen wesentlich zielgerichteter erfolgen kann als die seit Jahrzehnten praktizierte „Zufalls-Mutagenese“ mittels chemischer Agenzien oder Strahlung.⁶

Der Conseil d'Etat richtete daher mehrere Fragen an den EuGH, von denen hier nur die erste als mit Abstand relevanteste untersucht werden soll. Diese Frage ist tatsächlich ein Fragenkomplex, die der EuGH wie folgt herunterbrach⁷: Ist Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie als zentrale Definitionsnorm dahingehend auszulegen, dass mit Verfahren/Methoden der Mutagenese gewonnene Organismen GVO im Sinne dieser Bestimmung darstellen (dazu unter II. 1.)? Ist Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in Verbindung mit Nr. 1 ihres Anhangs I B und im Lichte ihres 17. Erwägungsgrundes dahingehend auszulegen, dass solche Organismen nur dann vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind, wenn sie mit Mutageneseverfahren gewonnen werden, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten (dazu unter II. 2.)?

2.2 Beantwortung der Vorlagefragen

2.2.1 Mittels Mutagenese gewonnene Organismen = GVO

Zutreffend setzt der EuGH zur Beantwortung der ersten Teilfrage zunächst an der GVO-Definition des Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie an, wonach ein GVO ein Organismus mit Ausnahme des Menschen ist, dessen genetisches Material so verändert worden ist, wie es auf natürliche Weise durch Kreuzen und/oder natürliche Rekombination nicht möglich ist. Der Feststellung, dass eine durch Verfahren/Methoden der Mutagenese hervorgerufene Mutation eine am genetischen Material des Organismus vorgenommene Veränderung ist⁸, wird man vorbehaltlos zustimmen können.

Direkt im Anschluss daran stellt der EuGH fest, dass durch Mutageneseverfahren unter anderem durch chemische oder physikalische Mutagene eine auf natürliche Weise nicht mögliche Veränderung am genetischen Material eines Organismus im Sinne dieser Vorschrift vorgenommen wird und durch mit Verfahren der Mutagenese gewonnene Organismen (stets) als GVO im Sinne von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie anzusehen sind.⁹

Damit erteilt der EuGH einer produktbezogenen Interpretation der GVO-Definition¹⁰, welche den Passus „wie es auf natürliche Weise durch Kreuzen und/oder natürliche Rekombination nicht möglich ist“ auch auf die entstandene Änderung des genetischen Materials des Organismus und damit den entstehenden Organismus (das Produkt) bezieht, implizit eine Absage und positioniert sich mit einer prozessbezogenen Interpretation des Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie somit in einer zentralen Streitfrage zur Auslegung des Gentechnikrechts.

Diese Positionierung ist anhand des zweideutigen Wortlauts von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie und dem auch ansonsten stark verfahrensorientierten Ansatz der Richtlinie (vgl. nur die Anhänge I A und I B) juristisch zwar durchaus vertretbar. Das gilt allerdings nicht minder für die Gegenauffassung, die der Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen vertreten hat.¹¹ Insofern wäre eine nähere Begründung der Auffassung durch den EuGH sehr wünschenswert gewesen.

2.2.2 Mutagenese = nur seit Jahrzehnten angewendete und als sicher geltende Formen der Mutagenese

Die zweite Frage, über die der EuGH zu befinden hatte, zielte auf die Reichweite des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in Verbindung mit Nr. 1 ihres Anhangs I B ab. Mit diesen Normen wird bestimmt, dass die Richtlinie (und damit faktisch das gesamte europäische Gentechnikrecht) für all solche Organismen, die mittels Mutagenese erzeugt wurden¹² – wie oben unter II. 2.a gezeigt, sind dies nach Auffassung des EuGH stets GVO –, nicht gelten soll.

Im Gegensatz zu den Schlussanträgen des Generalanwalts¹³ favorisiert der EuGH eine enge Auslegung der Regelung. Während es im deutschen Recht keinen Grundsatz dahingehend gibt, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären¹⁴, postuliert der EuGH ohne nähere Begründung und lediglich unter Verweis auf seine Rechtsprechung zur Richtlinie 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) die Notwendigkeit einer engen Auslegung.¹⁵

Sodann zieht der EuGH den Erwägungsgrund 17 der Richtlinie heran,¹⁶ in dem es heißt, dass die Richtlinie nicht für Organismen gelten sollte, die mit Techniken zur genetischen Veränderung gewonnen werden, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten.

2.2.2.1 Fragwürdiger Risikovergleich

Leider legt der EuGH seiner Entscheidung sodann inhaltlich ungeprüft eine sehr streitbare Feststellung des französischen Conseil d'Etat zugrunde: Danach können sich „die mit dem Einsatz dieser neuen Verfahren/Methoden der Mutagenese [gemeint sind neue molekularbiologische Techniken wie CRISPR/Cas, Anm. d. Autoren] verbundenen Risiken aber als vergleichbar mit den bei der Erzeugung und Verbreitung von GVO durch Transgenese auftretenden Risiken erweisen.“¹⁷

Zunächst ist aufgrund gewachsener wissenschaftlicher Erkenntnisse der letzten Jahrzehnte die (in den 80ern und 90ern vorsorglich aufgestellte und de lege lata freilich nach wie vor implizit zugrunde liegende) Prämisse zweifelhaft, dass mittels Transgenese erzeugte Organismen per se – also unabhängig von der konkreten genetischen Veränderung – risikobehaftet sind. Soweit es etwa die Gesundheitsauswirkungen von gentechnisch veränderter Produkte anbelangt, so zeigt die überwiegende Mehrzahl der auf Tierfütterungen beruhenden Sicherheitsstudien keine nachteiligen Wirkungen. Wenige Studien diskutieren nachteilige Effekte, jedoch sind diese Studien häufig mit methodischen Fehlern belastet.¹⁸ Nach 25 Jahren biologischer Sicherheitsforschung kann auch für den Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzen im Vergleich zu konventionell gezüchteten

- 6) Detailliert zu den verschiedenen Techniken: *Kahrman/Bömeke/Leggewie*, EurUP 2017, 176 ff.
- 7) EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-528/16, ECLI:EU:C:2018:583, Rdnr. 26.
- 8) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 28. Zwar schränkt der EuGH die Aussage auf die Anwendung von Mutagenesetechniken ein, die das Ziel der Erzeugung herbizidtoleranter Pflanzensorten haben (wie im Ausgangsfall) – jedoch ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH zu einem anderen Schluss käme, wenn es um andere Pflanzeigenschaften ginge.
- 9) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 29f.
- 10) Zu den verschiedenen Auslegungsarten eingehend und m. w. N. *Kahrman/Bömeke/Leggewie*, EurUP 2017, 176, 178f.
- 11) In Rdnr. 66 der Schlussanträge führt dieser drei Fallgruppen von Organismen an, die mittels Mutagenese gewonnen werden und beschreibt die erste wie folgt: „Erstens kann es durch Mutagenese gewonnene Organismen geben, die keine GVO im Sinne der GVO-Richtlinie sind, weil sie die Kriterien des Art. 2 Nr. 2 nicht erfüllen.“ Durch Mutagenese (also einem unnatürlichen Verfahren) gewonnene Organismen können nur dann (mitunter) keine GVO sein, wenn man die Definition anders als der EuGH nicht gänzlich verfahrensbezogen versteht. Argumentationen für eine auch produktbezogene Interpretation finden sich bei *Kahrman/Bömeke/Leggewie*, EurUP 2017, S. 176, 179f.
- 12) Vorausgesetzt, es werden dabei keine rekombinanten Nukleinsäuremoleküle oder GVO verwendet, die nicht bereits ihrerseits mittels Mutagenese oder Zellfusion erzeugt wurden.
- 13) Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek*, Rdnr. 101.
- 14) *Metz*, JA 2018, 47, 51 m. w. N.
- 15) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 41.
- 16) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 47.
- 17) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 48.
- 18) *Sanchez/Parrott*, Plant Biotechnology Journal 2017, 1227.

Pflanzen kein höheres Risiko für Umweltbeeinträchtigungen festgestellt werden.¹⁹

Die vom EuGH zugrunde gelegte Feststellung des Conseil d'Etat legt aber auch nahe, dass den neuen molekularbiologischen Techniken ganz spezifische Risiken innewohnen, die es im Bereich der klassischen Mutagenese oder klassischen Züchtung nicht gebe, was aber unzutreffend ist. Bestimmte Ziele transgenerischer Veränderungen lassen sich mitunter auch durch konventionelle Methoden erzeugen. Das gilt auch für die Erzeugung von herbizidtoleranteren Pflanzen, die auch in der Vorlage des Conseil d'Etat mehrfach Erwähnung finden: So werden in Europa herbizidtolerante Pflanzen vermarktet, die durch klassische Mutagenese oder durch züchterische Bearbeitung natürlicher Mutationen entstanden sind, so z. B. der über eine Toleranz gegen Imazamox-Herbizide verfügende Raps (Clearfield-System von BASF, chemische Mutagenese) oder die gegen ALS-Herbizide tolerante Zuckerrübe (KWS, Bayer Crop Science, klassische Züchtung).

Zum anderen schätzt die überwiegende Mehrzahl der Fachleute das Risiko der zielgerichteten Mutagenese durch die neuen molekularen Techniken als weitaus geringer ein als bei der Transgenese. Das liegt daran, dass bei den meisten Verfahren der Transgenese unbeabsichtigte Mutationen und nicht gewünschte Nebeneffekte durch unvorteilhafte Positionierung im Genom öfter auftreten, da die Techniken des Einbringens von Fremdgenen auf den Zufall angewiesen sind und ihnen die Zielgerichtetheit der neuen Techniken fehlen.²⁰ Das Risiko liegt auch geringer im Vergleich zu der herkömmlichen Mutagenesezüchtung durch Strahlung und erbgutverändernden Chemikalien sowie teilweise auch im Vergleich zur klassischen Züchtung: Durch klassische Formen der Mutagenese werden tausende von Mutationen zeitgleich in das Genom eines Empfängerorganismus eingebracht. Auch bei normalen Züchtungsvorgängen kann es zu bedeutenden Umstrukturierungen im Genom durch natürliche Rekombination kommen. Beim Verfahren der gezielten Mutagenese hingegen sind nur wenige Bausteine der DNA betroffen. Sieht man in Mutationen ein Risiko, so wäre dieses bei der gezielten Mutagenese sicherlich geringer als durch ungesteuerte Verfahren der herkömmlichen Mutagenese oder Pflanzenzüchtung.

2.2.2.2 Weitere problematische Begründungsansätze

Sicherlich ist es richtig, dass die Entwicklung dieser neuen Verfahren/Methoden die Erzeugung genetisch veränderter Sorten in einem ungleich größeren Tempo und Ausmaß als bei der Anwendung herkömmlicher Methoden der Zufallsmutagenese ermöglicht, wie der EuGH in Rdnr. 48 ausführt, doch kann diese Feststellung nicht die Argumentation des EuGH untermauern: Wenn, wie soeben ausgeführt, eben nicht davon auszugehen ist, dass die Anwendung neuer Techniken mit spezifischen Risiken behaftet ist, dann dürfte es auch keine Rolle spielen, wie viele neue Sorten in welcher Zeit auf den Markt gebracht werden. Konsequenterweise ist die Frequenz des Inverkehrbringens von Produkten auch nirgends als Kriterium in der Regulierung aufgeführt.

Eher zirkelschlüssig mutet auch das Argument in Rdnr. 50 an, wo auf den 55. Erwägungsgrund der Richtlinie abgestellt wird, demzufolge die Entwicklung und die Anwendung von GVO eingehend überwacht werden müssen: Mit den aus klassischer Mutagenese erzeugten Organismen gibt es ja unstrittig GVO, die nach dem europäischen Recht aus guten Gründen keiner Überwachung bedürfen – die Frage ist gerade, wie weit die zugrunde liegende Ausnahmevorschrift reicht – der 55. Erwägungsgrund hilft demnach bei der Beantwortung der Frage nicht weiter.

Nach alledem vermag die Schlussfolgerung in Rdnr. 51 des EuGH nicht wirklich zu überzeugen, wonach „unter diesen Umständen [...] Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in Verbindung mit Nr. 1 ihres Anhangs I B nicht dahin ausgelegt

werden [kann], dass er mit neuen Verfahren/Methoden der Mutagenese, die seit dem Erlass der Richtlinie entstanden sind oder sich hauptsächlich entwickelt haben, gewonnene Organismen von ihrem Anwendungsbereich ausschließt.“

Sie lässt zudem völlig unberücksichtigt, dass die Richtlinie seit ihrem Erlass 2001 mehrfach geändert wurde – zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2018/350 der Kommission. Wenn man schon als Auslegungskriterium maßgeblich den Willen und die Kenntnis des Unionsgesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses zugrunde legt, was nach der zutreffenden Bemerkung in den Schlussanträgen „auf dieser Seite des Atlantiks nicht häufig anzutreffen ist“²¹, so sollte man zumindest berücksichtigen, dass der EU-Gesetzgeber auch in jüngerer Zeit im Bereich der Richtlinie legislativ tätig geworden ist, als längst klar war, dass ein beträchtlicher Teil der Wissenschaft die neuen Techniken als Mutagenese im Sinne der Richtlinie versteht.

Schließlich ist den Richterinnen und Richtern in Luxemburg offenbar nicht bewusst, dass sie mit dieser Rechtsprechung anders als von ihnen in Rdnr. 52 postuliert, dem Ziel des Schutzes der Umwelt möglicherweise einen Bärendienst erweisen:

Im Zuge des Klimawandels werden Trocken- und Schädlingsresistenz als erfolgversprechende Anwendungsziele molekularer Züchtungstechniken diskutiert. Gerade in der Resistenzzüchtung ist das gezielte Einbringen von Mutationen wünschenswert, um Kulturpflanzen z. B. gegen Pilzbefall schützen zu können, ohne dass dies die Anwendung von Pflanzenschutzmitteln erfordert. Ohne derartige Resistenzzüchtungen sind aber selbst im ökologischen Landbau Spritzungen von Wein- oder Kartoffelkulturen gegen Pilze, meist mit Kupferpräparaten, unumgänglich. Ein ständiger Eintrag von Kupfer in den Boden kann jedoch dazu führen, dass mobiles Kupfer im Boden die Bodenfauna, z. B. die Häufigkeit gewisser Regenwurmarten, negativ beeinflusst.²² Die Anwendung der gezielten Mutagenese zur Schaffung resistenter Sorten würde also auch im Ökolandbau die Bodengesundheit und die Nachhaltigkeit fördern. In Weizen konnte durch diese Technik z. B. bereits eine Mehltau-resistente Weizensorte hergestellt werden²³, die aber aufgrund ihrer zwingenden Einstufung als GVO vermutlich nicht ihren Weg auf europäische Äcker finden wird.

3. Folgen für das deutsche Gentechnikrecht

3.1 GVO-Definition in § 3 Nr. 3 GenTG mit Blick auf Freisetzen und Inverkehrbringen

Zunächst ergibt sich die Fragestellung, inwiefern das deutsche Gentechnikrecht überhaupt noch konform mit dem europäischen Recht ist: In der Richtlinie äußert sich der europäische Gesetzgeber nicht explizit dazu, ob durch Mu-

19) Bundesministerium für Bildung und Forschung, 25 Jahre BMBF-Forschungsprogramme zur biologischen Sicherheitsforschung, Umweltwirkungen gentechnisch veränderter Pflanzen, Stand Dezember 2014, S. 10, abrufbar unter: https://www.bmbf.de/pub/Biologische_Sicherheitsforschung.pdf.

20) Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Wissenschaftlicher Bericht zu den neuen Techniken in der Pflanzenzüchtung und der Tierzucht und ihren Verwendungen im Bereich der Ernährung und Landwirtschaft, Stand: 23.2.2018, S. 14, abrufbar unter: https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/06_Gentechnik/00_allgemein/Bericht_Neue_Zuechtungstechniken%2023-02-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=11.

21) Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, Rdnr. 101. Vergleiche auch zur Kritik an der früher vorherrschenden subjektiven Theorie zur Gesetzesauslegung: *Walz*, ZJS 2010, 482, 484.

22) *Felgentreu/Herwig/Hommel*, Öko-Obstbau 4/2017, 19, 20.

23) *Wang/Cheng/Zhang/Liu/Gao* et. al., *Nature Biotechnology* 2014, 947.

tagenese erzeugte Organismen GVO sind oder nicht – erschließt diese Organismen gem. Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I B Nr. 1 vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus.

Der deutsche Gesetzgeber hingegen hat einen anderen Weg gewählt: § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG bestimmt, dass Mutagenese nicht als Verfahren der Veränderung genetischen Materials anzusehen ist und die daraus entstehenden Organismen damit auch keine GVO im Sinne des § 3 Nr. 3 GenTG sind. Der EuGH hat wie oben bereits gezeigt mit Blick auf die Richtlinie genau das Gegenteil entschieden.

Damit gibt es einen offenen Widerspruch zwischen dem deutschen Gentechnikrecht und dem europäischen Recht in der Interpretation des EuGH. Soweit es die Organismen anbelangt, die mittels herkömmlicherweise verwendeten seit langem als sicher geltenden Formen der Mutagenesetechnik erzeugt wurden, ist der Widerspruch unschädlich, da Richtlinien die Mitgliedstaaten nur zur Erreichung der Richtlinienzielsetzung verpflichten.²⁴ Ob das Gentechnikrecht auf einen Organismus keine Anwendung findet, weil der Anwendungsbereich schon gar nicht eröffnet ist oder weil es deshalb keine Anwendung findet, weil der Organismus trotz Eröffnung des Anwendungsbereiches aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen wird, macht keinen praktischen Unterschied. Mit Blick auf die Streitgegenständlichen neuen molekularbiologischen Techniken muss § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG aber fortan europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass diese Techniken nicht unter den dort genannten Begriff der Mutagenese fallen.

3.2 GVO-Definition in § 3 Nr. 3 GenTG mit Blick auf geschlossene Systeme

Etwas diffiziler ist eine andere Frage: Die GVO-Definition in § 3 Nr. 3 GenTG und die Ausnahmevorschrift des § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG gelten nicht nur – wie es für die Richtlinie der Fall ist – für das Freisetzen und Inverkehrbringen von GVO, sondern auch für den Umgang mit ihnen in gentechnischen Anlagen, so genannten geschlossenen Systemen. Hierfür gibt es im europäischen Gentechnikrecht eine eigene Vorschrift: Die Richtlinie 2009/41/EG über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen (GVM)²⁵ in geschlossenen Systemen definiert die GVM zwar weitgehend analog zu den GVO in der Richtlinie 2001/18/EG, sie nimmt jedoch keinen Bezug auf sie und schafft stattdessen eine eigenständige Definition. Dementsprechend kann das Urteil des EuGH auch keine direkte Auswirkung auf die Auslegung der Richtlinie 2009/41/EG haben.

Nach hiesiger Einschätzung spricht viel dafür, dass der EuGH den Ausnahmetatbestand für mutagenisierte Organismen in Art. 2 lit. b) ii) in Verbindung mit Anhang II Teil A Nr. 1 der Richtlinie 2009/41/EG ebenfalls so interpretieren würde, wie er es im Vorabentscheidungsersuchen getan hat. Zwar gibt es in der Richtlinie 2009/41/EG keinen Erwägungsgrund des Gehaltes, dass die Richtlinie nicht für Organismen gelten sollte, die mit Techniken zur genetischen Veränderung gewonnen werden, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten. Eine der maßgeblichen Argumentationen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren spielt insofern also keine Rolle.

Es ist aber nicht davon auszugehen, dass der Erwägungsgrund deshalb nicht aufgenommen wurde, weil die Ausnahmen in der Richtlinie 2009/41/EG generell im Vergleich zur Freisetzungsrichtlinie großzügiger zu interpretieren sein sollen.²⁶ Eine Aufnahme eines derartigen Erwägungsgrundes kam schlicht aus systematischen und tatsächlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht: Zum einen spielt die Mutagenese im Bereich der Mikroorganismen eher in der Grundlagenforschung eine Rolle. Zum anderen liegt dem Gentechnikrecht ein Stufenprinzip zugrunde, wonach ein

GVO bzw. GVM zunächst in einem so genannten geschlossenen System entwickelt und erforscht, sodann zur weiteren Untersuchung freigesetzt und anschließend gegebenenfalls in den Verkehr gebracht wird²⁷ – daher gibt es von vornherein eher kaum Konstellationen einer herkömmlichen und seit langem als sicher geltenden Verwendung von Organismen in geschlossenen Systemen. Und für GVM, deren Umgang in geschlossenen Systemen als sicher gelten kann, ermöglicht Art. 3 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit Anhang II Teil C der Richtlinie 2009/41/EG den Erlass von expliziten Ausnahmen im Wege des Komitologieverfahrens.

Weitere Argumente sprechen dafür, infolge des EuGH-Urteils nicht verschiedene Maßstäbe für geschlossene Systeme einerseits und Freisetzungen und Inverkehrbringen andererseits anzulegen: Zum einen ist die Richtlinie 2009/41/EG anders als die Freisetzungsrichtlinie auf die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 175 Abs. 1 EGV (nun Art. 192 Abs. 1 AEUV) im Bereich der Umweltpolitik gestützt, die gemäß Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 unter anderem auf dem Vorsorgeprinzip beruht, das im Vorabentscheidungsverfahren ebenfalls argumentativ herangezogen wurde.²⁸ Hinzu kommt die oben bereits erwähnte Tendenz des EuGH, Ausnahmevorschriften zumindest in Umweltmaterien eng zu interpretieren.

Von daher sollte § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils nunmehr auch mit Bezug auf geschlossene Systeme so interpretiert werden, dass die dortige Ausnahme für mittels Mutagenese erzeugte Organismen nur gilt, sofern die Organismen mittels klassischen Methoden der Mutagenese erzeugt wurden.

3.3 „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung

Wer in letzter Zeit in einem beliebigen Lebensmittelmarkt z. B. am Kühlregal vorbeigelaufen ist, wird bemerkt haben, dass das „Ohne Gentechnik“-Label in Form einer grünen Raute inzwischen fast ubiquitär geworden ist. Die gesetzlichen Voraussetzungen zur Kennzeichnung des Lebensmittels mit diesem Label finden sich in § 3a EG-Gentechnik-Durchführungsgesetz (EGGenTDurchfG).

Kernpunkt ist § 3a Abs. 2 EGGenTDurchfG, wonach im mit dem Siegel versehenen Produkt keine Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten vorhanden sein dürfen, die nach der Art. 12 der VO (EG) 1829/2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel zu kennzeichnen wären.²⁹ Dies wäre gem. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1829/2003

24) Vgl. nur Schroeder, in: Streinz, AEUV/EUV-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rdnr. 61.

25) Mikroorganismen sind ein Teilbereich des Oberbegriffes der Organismen.

26) Auf die Idee könnte man kommen, weil es immerhin um geschlossene Systeme geht und bei einem Umgang mit GVM in diesen natürlich von Haus aus geringere Umweltgefahren bestehen, als bei Freisetzungen.

27) Vergleiche die Erwägungsgründe 23 bis 25 der Richtlinie sowie die Systematik im GenTG: So sind gem. § 3 Nr. 2 lit. b) GenTG gentechnische Arbeiten als Umgang mit GVO zu verstehen, soweit noch keine Genehmigung für die Freisetzung oder das Inverkehrbringen zum Zweck des späteren Ausbringens in die Umwelt erteilt wurde. In § 3 Nr. 5 GenTG wird sodann die Freisetzung definiert als das gezielte Ausbringen von GVO in die Umwelt, soweit noch keine Genehmigung für das Inverkehrbringen zum Zweck des späteren Ausbringens in die Umwelt erteilt wurde. Zudem sind etwa einem Genehmigungsantrag für eine Freisetzung gem. § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 aE GenTG auch Unterlagen über vorangegangene Arbeiten in einer gentechnischen Anlage beizufügen.

28) EuGH, (Fn. 7), Rdnr. 50.

29) Gleiches gilt gem. § 3a Abs. 3 EGGenTDurchfG für Lebensmittel, die nur aufgrund der Ausnahmevorschrift des Art. 12 Abs. 2 VO (EG) 1829/2003 über das zufällige Vorhandensein von bis zu 0,9% gentechnisch veränderter Anteile im Lebensmittel nicht zu kennzeichnen wären.

der Fall, wenn das Lebensmittel selbst ein GVO ist (z. B. ein gentechnisch veränderter Apfel), solche enthält (z. B. Fruchtsmoothie aus Äpfeln, der noch keimfähige Apfelsamen enthält) oder aus solchen hergestellt wurde (z. B. Apfelkuchen hergestellt aus gentechnisch veränderten Äpfeln).

Weiterhin darf gem. § 3a Abs. 4 im Falle eines Lebensmittels oder einer Lebensmittelzutat tierischer Herkunft (z. B. Fleisch oder Milch) dem Tier, von dem das Lebensmittel gewonnen worden ist, innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Gewinnung des Lebensmittels kein Futtermittel verfüttert worden sein, das nach der Art. 24 der VO (EG) 1829/2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel zu kennzeichnen wäre.³⁰ Dies wäre gem. Art. 15 Abs. 1 VO (EG) 1829/2003 der Fall, wenn das Futtermittel selbst ein GVO ist (z. B. gentechnisch veränderte Maiskörner), solche enthält (z. B. Futtermisch u. a. bestehend aus gentechnisch veränderten Maiskörnern) oder aus solchen hergestellt wurde (z. B. Maismehl aus gentechnisch verändertem Mais).

Nun ist es aber so, dass es weltweit inzwischen über 3200 Sorten von Nutzpflanzen gibt, die mittels klassischen Formen der Mutagenese (also vor allem durch radioaktive Strahlung und Chemikalieneinsatz) gewonnen wurden.³¹ Diese Sorten umfassen mehr als 210 Pflanzenspezies, die in insgesamt 70 Ländern eine Zulassung für die kommerzielle Nutzung erhalten haben. Bekanntes Beispiel ist die Gerstensorte Diamant, die aus einer 1965 in der damaligen Tschechoslowakei durchgeführten Röntgenbestrahlung stammt und mittlerweile in fast alle Gerstensorten Europas eingekreuzt ist. Auch viele Hartweizensorten haben als Elternteil Varietäten, die aus Bestrahlung mit Gamma, Röntgenstrahlen oder Neutronen stammen, etwa die alte Sorte Castelfusano.³²

Infolge des EuGH-Urteils steht nunmehr fest, dass alle diese Sorten rechtlich als GVO einzustufen sind. Die Erfüllung der nominellen Voraussetzungen für die „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung bleibt zwar dadurch abgesichert, dass derartige GVO gem. Art. 2 Nr. 5 VO (EG) 1829/2003 nicht den Bestimmungen über gentechnisch veränderte Lebens- und Futtermittel unterliegen und deren Verwendung damit nicht gegen § 3a Abs. 2 bzw. § 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG verstößt.

Es ist aber davon auszugehen, dass Lebensmittel, bei deren Produktion derartige GVO eingesetzt werden und die

gleichwohl das „Ohne-Gentechnik“-Label tragen, wegen der Vorschriften zum Schutz vor Täuschung gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB nicht mehr in den Verkehr gebracht werden dürfen.³³ Denn der referenzierte Art. 7 Abs. 1 der VO (EU) 1169/2011 schreibt in lit. a) vor, dass insbesondere Informationen in Bezug auf die Eigenschaften oder Methode der Herstellung oder Erzeugung des Lebensmittels nicht irreführend sein dürfen. Hier liegt eine Irreführung des Verbrauchers auf der Hand, zumal dafür lediglich eine Eignung zur Täuschung und keine tatsächlich eingetretene Irreführung erforderlich ist.³⁴ Etwas anderes wäre allenfalls denkbar, wenn der durchschnittlich informierte Verbraucher unter „Gentechnik“ explizit nur DNS-Rekombinationstechniken in Form von Transgenesen³⁵ verstehen würde – dies ist aber angesichts der geringen Kenntnis der Molekularbiologie in der allgemeinen Bevölkerung fernliegend.

Die Einhaltung der Vorschriften aus § 3a EGGenTDurchfG kann keine Legitimation (mehr) schaffen, da Art. 7 Abs. 1 der VO (EU) 1169/2011 seit dem 13.12.2014 Anwendungsvorrang genießt, soweit die „Ohne Gentechnik“-Kennzeichnung als irreführend anzusehen ist.³⁶

30) Gleiches gilt gem. § 3a Abs. 3 EGGenTDurchfG für Futtermittel, die nur aufgrund der Ausnahmegeschrift des Art. 24 Abs. 2 VO (EG) 1829/2003 über das zufällige Vorhandensein von bis zu 0,9% gentechnisch veränderter Anteile im Futtermittel nicht zu kennzeichnen wären.

31) Internationale Atomenergie-Organisation, Joint FAO/IAEA Mutant Variety Database, zuletzt abgerufen am 9.10.2018, <https://mvd.iaea.org>.

32) Laimer/Maghuly, Journal für Ernährungsmedizin 2015, 24, 26.

33) Noch ablehnend unter Verweis auf eine „gesetzlich autorisierte Verbrauchertäuschung“ Grube, in: Voit/Grube, Lebensmittelinformationsverordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rdnr. 140, der sich jedoch auf die hier nicht zur Diskussion stehende Fristenregelung zur Nutzung von gentechnisch verändertem Futtermittel für die Erzeugung tierischer Lebensmittelprodukte bezieht.

34) Grube (Fn. 33), Rdnr. 45.

35) Das Einbringen artfremder Gene in einen Organismus.

36) Auch Rathke verweist auf den Anwendungsvorrang im Zusammenhang mit der Änderung des § 11 Abs. 1 LFGB von einer nationalen Verbotsnorm in eine reine Verweisungsnorm in: Zipfel/Rathke, LebensmittelR, 170. EL März 2018, § 11 LFGB Rdnr. 11.

URTEILSANMERKUNGEN

Information hat Vorrang!

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 10.4.2018 – VI ZR 396/16

Thomas Cirsovius

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2018

Filmaufnahmen, die von sog. Tierschutzaktivisten in Nutztierställen gefertigt werden, dürfen von den Medien verbreitet werden – selbst wenn die Aufnahmen im Rahmen eines Hausfriedensbruchs erstellt worden sein sollten: Werden rechtswidrig erlangte Informationen zum Zweck der Berichterstattung verwendet, kommt es aus

Sicht des BGH bei der Abwägung des von der Presse verfolgten Informationsinteresses der Öffentlichkeit und ihres Rechts auf Meinungsfreiheit mit den Interessen des Betroffenen maßgeblich auf den Zweck der beanstandeten Äußerung und auf das Mittel an, mit dem der Zweck verfolgt wird.

Prof. Dr. Thomas Cirsovius, lehrt Zivilrecht, Rechtsmethodik und Sozialrecht an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Hamburg, Deutschland

1. Zugrunde liegender Sachverhalt

Die Klägerin ist eine GmbH, zu der sich elf Agrarunternehmen zusammengeschlossen haben, die den Anspruch