

PD Dr. Christoph Errass

## **Honig mit gentechnisch veränderten Pollen: Ein Urteil des EuGH und die Folgen für die Schweiz**

---

Am 6. September 2011 hat die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs ein Urteil über gentechnisch veränderte Organismen gefällt. Dieses dürfte auch in der Schweiz bei der Umsetzung bzw. Konkretisierung der schweizerischen Koexistenzregelung von Bedeutung sein. Allerdings wird diese nicht problemlos erfolgen können.

---

Rechtsgebiet(e): Europarecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Christoph Errass, Honig mit gentechnisch veränderten Pollen: Ein Urteil des EuGH und die Folgen für die Schweiz, in: Jusletter 17. Oktober 2011

## Inhaltsübersicht

- I. Das Urteil
- II. Was heisst das für die Schweiz?
- III. Konsequenzen für die Schweiz
- IV. Was bleibt?

## I. Das Urteil<sup>1</sup>

[Rz 1] 1998 erhielt Monsanto Europe gestützt auf die heute aufgehobene<sup>2</sup> Richtlinie 90/220/EWG des Rates vom 23. April 1990 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in der Umwelt<sup>3</sup> die Erlaubnis, den gentechnisch<sup>4</sup> veränderten Mais MON 810 als Saatgut in Verkehr zu bringen.<sup>5</sup> Inverkehrbringen als Saatgut heisst, dass dieses auch angebaut werden darf. In Deutschland ist der Anbau des Mais MON 810 seit dem 17. April 2009 allerdings verboten.<sup>6</sup> Der Mais MON 810 enthält ein Gen des Bodenbakteriums *Bacillus thuringiensis* (Bt), das in der Maispflanze zur Bildung von Bt-Toxinen führt. Diese richten sich gegen die Raupen des Maiszünslers, einer für Mais schädlichen Schmetterlingsart, deren Larven bei einem Befall die Maispflanze in ihrer Entwicklung schwächen. Die Bt-Toxine zerstören Zellen im Verdauungstrakt der Insektenlarven und führen dadurch zu deren Tod.<sup>7</sup>

[Rz 2] Der Freistaat Bayern (Deutschland) hat auf eigenen Feldern den bereits zum Inverkehrbringen zugelassenen gentechnisch veränderten Mais MON 810 zu

Forschungszwecken angepflanzt.<sup>8</sup> Im Umkreis dieser Felder gibt es mehrere Imker; diese produzieren Honig und Pollen als Lebensmittel in Form von Nahrungsergänzungsmitteln. Pollen, den die Bienen sammeln und in bestimmten Teilen des Bienenstocks als Nahrung lagern, kann in den Honig gelangen entweder zufällig bei der Bildung des Honigs durch die Bienen selbst oder technisch bedingt bei dessen Ernte durch den Imker infolge des Schleuderns der Waben, durch das neben dem Inhalt der Honigzellen auch der Inhalt benachbarter Pollenzellen extrahiert wird (Rz. 35). Bei einem Imker, dessen Bienenstöcke rund 500 m von den erwähnten Feldern entfernt standen, konnte in Maispollen MON 810 DNA (4,1% in Relation zur Gesamt-Mais-DNA) und transgene Proteine (Bt-Toxine) sowie im Honig DNA von MON 810-Mais nachgewiesen werden, die von dem Eintrag dieser Maispollen stammt.

[Rz 3] Das Urteil des EuGH beantwortet ein Vorabentscheidungsersuchen<sup>9</sup> des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 13. November 2009 – die zweite Verwaltungsgerichtsinstanz in Bayern. Im Verfahren vor dieser Instanz<sup>10</sup> geht es darum, ob die Imkereiprodukte wegen des Maispollens MON 810 nicht mehr verkehrs- oder gebrauchsfähig und damit «wesentlich beeinträchtigt» im Sinne des § 36a des deutschen Gentechnikgesetzes<sup>11</sup> und des § 906 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches<sup>12</sup> sind. Es geht dabei um Schadensersatzansprüche aus Nutzungsbeeinträchtigungen.<sup>13</sup> Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang sein Verfahren ausgesetzt und dem EuGH drei Fragen unterbreitet (Rz. 53)<sup>14</sup>:

1. Wie ist der Begriff «GVO» nach Art. 2 Ziff. 5 V 1829/2003<sup>15</sup> zu verstehen?<sup>16</sup> Fällt darunter auch

<sup>1</sup> Vgl. Rs. C-442/09.

<sup>2</sup> Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates [(RL 01/18/EG); ABl. L 106 vom 17. April 2001, S. 1 ff.; geändert durch Entscheidung 2002/623/EG der Kommission vom 24. Juli 2002 [ABl. L 200 vom 30. Juli 2002, S. 22], Verordnung [EG] Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel [V 1829/2003; ABl. L 268 vom 18. Oktober 2003, S. 1 ff.], Verordnung [EG] Nr. 1830/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 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 [V 1830/2003; ABl. L 268 vom 18. Oktober 2003, S. 24 ff.] und Richtlinie 2008/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 [ABl. L 81 vom 20. März 2008, S. 45 ff.]).

<sup>3</sup> ABl. L 117 vom 8. Mai 1990, S. 15 ff.

<sup>4</sup> Die EU verwendet den Begriff «genetisch» anstelle von gentechnisch (siehe Art. 2 Ziff. 2 RL 01/18/EG). Im Folgenden wird vom gentechnisch veränderten Organismus gesprochen, es sei denn, es wird ein europäischer Rechtsakt zitiert. GVO ist die Abkürzung für gentechnisch bzw. genetisch veränderten Organismus (vgl. Art. 2 Ziff. 2 RL 01/18/EG).

<sup>5</sup> Vgl. die Entscheidung 98/294/EG der Kommission vom 22. April 1998 (ABl. L 131 vom 5. Mai 1998, S. 32 f.).

<sup>6</sup> Vgl. Entscheid des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 17. April 2009. Zu den Voraussetzungen eines Anbauverbots in Frankreich siehe die verbundenen Rs. C-58/10 bis C-68/10.

<sup>7</sup> Dazu knapp und klar Rs. C-442/09 Rz. 31.

<sup>8</sup> Es handelt sich somit nicht um einen Freisetzungsversuch nach Art. 5 ff. RL 01/18/EG (Teil B: Absichtliche Freisetzung von GVO zu anderen Zwecken als dem Inverkehrbringen).

<sup>9</sup> Vgl. ABl. C 24 vom 30. Januar 2010, S. 28.

<sup>10</sup> So bereits vor erster Instanz (vgl. den Entscheid des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 30. Mai 2008).

<sup>11</sup> Gesetz zur Regelung der Gentechnik (GenTG; in der Fsg. der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1993 [BGBl. I S. 2066] – zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 [BGBl. I S. 1934]).

<sup>12</sup> BGB (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 [BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738] – zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juli 2011 [BGBl. I S. 1600]).

<sup>13</sup> Zur Verfassungsmässigkeit dieser Vorschrift vgl. den Entscheid des Bundesverfassungsgerichts vom 24. November 2010 [1 BvF 2/05; EuGRZ 2010, 755 ff.], insbes. Rz. 253 ff.

<sup>14</sup> Siehe auch ABl. C 24 vom 30. Januar 2010, S. 28.

<sup>15</sup> Siehe oben FN 3. Die V 1829/2003 ist durch die Verordnung (EG) Nr. 1981/2006 der Kommission vom 22. Dezember 2006 (ABl. L 368 vom 23.12.2006, S. 99) und Verordnung (EG) Nr. 298/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 (ABl. L 97 vom 9. April 2008, S. 64) geändert worden.

<sup>16</sup> Art. 2 Ziff. 5 V 1829/2003 lautet: «Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet «genetisch veränderter Organismus» oder «GVO» einen genetisch veränderten Organismus im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 der Richtlinie

Material gentechnisch veränderter Pflanzen (in concreto: Pollen der Maislinie MON 810), das zwar genetisch veränderte DNA und genetisch veränderte Proteine (hier Bt-Toxin) enthält, aber zu dem Zeitpunkt, in dem es in ein Lebensmittel (hier Honig) gelangt oder zur Verwendung als Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel bestimmt wird, keine konkret-individuelle Fortpflanzungsfähigkeit (mehr) besitzt?

Wie sich aus dem Urteil ergibt, war der Bayerische Verwaltungsgerichtshof unsicher, ob es mit dem Zweck der V 1829/2003 vereinbar sei, dass ein Stoff wie Pollen mangels konkret-individueller Fortpflanzungsfähigkeit nicht als GVO zu betrachten sei (Rz. 54 ff.).

2. Wie ist der Begriff «hergestellt aus GVO» nach Art. 2 Ziff. 10 V 1829/2003 zu verstehen? Genügt es für «aus GVO» «hergestellte» Lebensmittel, dass diese Material aus gentechnisch veränderten Pflanzen enthalten, das zu einem früheren Zeitpunkt eine konkret-individuelle Fortpflanzungsfähigkeit besessen hat? Erfasst der Begriff auch den ungewollten und zufälligen Eintrag?
3. Sollte eine der Frage zu bejahen sein, so stellt sich die folgende Anschlussfrage: Löst ein Eintrag von zu Recht in Verkehr gebrachtem Saatgut in tierische Lebensmittel wie Honig eine Zulassungs- und Überwachungspflicht aus oder können allenfalls anderweitig geltende Schwellenwerte entsprechend herangezogen werden?

Dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ging es mit dieser Frage vor allem darum, zu wissen, ob eine Toleranzschwelle, wie sie in Bezug auf die Kennzeichnung in Art. 12 Abs. 2 V 1829/2003 vorgesehen ist, entsprechend angewandt werden könne.

[Rz 4] Der EuGH hat bei der Beantwortung der ersten Frage festgehalten, dass der Pollen nur dann als GVO eingestuft werden könne, wenn es sich dabei um einen Organismus im Sinne von Art. 2 Ziff. 4<sup>17</sup> V 1829/2003 i.V.m. Art. 2 Ziff. 1 RL 01/18/EG<sup>18</sup> handle (Rz. 57 ff., insbes. 59). Nach Art. 2 Ziff. 1 RL 01/18/EG sei die Passage «jede biologische Einheit, die fähig ist», entweder «sich zu vermehren» oder «genetisches Material zu übertragen», ausschlaggebend. Dies gelte aufgrund der Verweisung in Art. 2 Ziff. 4 V 1829/2003 auf die RL

---

2001/18/EG, mit Ausnahme von Organismen, bei denen eine genetische Veränderung durch den Einsatz der in Anhang 1B der Richtlinie 2001/18/EG aufgeführten Verfahren herbeigeführt wurde.»

<sup>17</sup> Art. 2 Ziff. 4 V 1829/2003 lautet: «Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die Definitionen für «Organismus», «absichtliche Freisetzung» und «Umweltverträglichkeitsprüfung», die in der Richtlinie 2001/18/EG festgelegt sind.»

<sup>18</sup> Art. 2 Ziff. 1 RL 01/18/EG lautet: «Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet[...] «Organismus» [...] jede biologische Einheit, die fähig ist, sich zu vermehren oder genetisches Material zu übertragen.»

01/18/EG auch für die V 1829/2003. Der Begriff des GVO im Sinne von Art. 2 Ziff. 5 V 1829/2003 sei deshalb so auszulegen, dass Pollen einer gentechnisch veränderten Maissorte, der seine Fortpflanzungsfähigkeit verloren habe und in keiner Weise fähig sei, in ihm enthaltenes genetisches Material zu übertragen, nicht mehr von diesem Begriff erfasst werde (Rz. 62).

[Rz 5] Aufgrund des Sachverhalts sei klar, dass der «im Ausgangsverfahren in Rede stehende Pollen jede konkret-individuelle Fortpflanzungsfähigkeit verloren hat». Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof habe nunmehr zu prüfen, ob der Pollen fähig sei, *in anderer Weise* genetisches Material zu übertragen, wobei er die verfügbaren wissenschaftlichen Daten und jede wissenschaftliche Erkenntnis dazu zu berücksichtigen habe (Rz. 60).

[Rz 6] Käme der Bayerische Verwaltungsgerichtshof dabei zum Schluss, dass der strittige Pollen nicht oder nicht mehr zur Übertragung von genetischem Material fähig sei und damit nicht als GVO betrachtet werden könne, könne – wie der EuGH einleitend zur Beantwortung der zweiten Frage ausführt – die V 1829/2003 trotzdem anwendbar sein. Dies treffe dann zu, wenn Honig und Nahrungsergänzungsmittel nach Art. 3 Abs. 1 lit. c V 1829/2003 «Lebensmittel [sind], die aus GVO hergestellt werden oder Zutaten enthalten, die aus GVO hergestellt werden» (Rz. 63 ff.). Bei Honig handle es sich zweifelsfrei um Lebensmittel im Sinne von Art. 2 Ziff. 1 V 1829/2003<sup>19</sup> i.V.m. Art. 2 V 178/2002<sup>20</sup>. Der strittige Pollen sei zudem als «hergestellt aus GVO» zu betrachten, wenn er nicht mehr als GVO eingestuft werden könne (Rz. 69 ff.). Zur Beantwortung der zweiten Frage sei somit entscheidend, ob Pollen als Zutat des Honigs und der Nahrungsergänzungsmittel auf der Grundlage von Pollen eingestuft werden könne (Rz. 72). Dies bejahte der EuGH (Rz. 74 bez. Nahrungsergänzungsmittel, 75 ff., insbes. 79 bez. Honig).

[Rz 7] In Bezug auf den Honig hebt der EuGH zudem hervor, dass Pollen entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission kein natürlicher Bestandteil des Honigs sei; würde nämlich deren Auffassung gefolgt, würden einerseits die besonderen Umstände, wie Pollen in den Honig gelange, und dessen bewusste Nichtbeseitigung ausser acht gelassen und andererseits das Ziel des Schutzes der Gesundheit nach der V 1829/2003 unterlaufen (Rz. 80 ff.). Im Weiteren erteilte es der ebenfalls von der Europäischen Kommission vertretenen Auffassung, dass Honig ein Produkt sei, das aus Tieren gewonnen worden sei, welche mit gentechnisch veränderten Futtermitteln gefüttert worden seien, und demzufolge nicht

---

<sup>19</sup> Art. 2 Ziff. 1 V 1829/2003 verweist für den Begriff der Lebensmittel auf V 178/2002 (siehe FN 20).

<sup>20</sup> Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1 ff.).

der V 1829/2003 unterliegen würde, eine Absage: Entscheidend sei nämlich wie Erwägungsgrund 16 der V 1829/2003 hervorstreiche, dass das Lebensmittel einen aus dem genetisch veränderten Ausgangsmaterial hergestellten Stoff enthalte (Rz. 83 ff.). Entgegen der Auffassung von Monsanto spiele es zudem keine Rolle, ob die Zutat absichtlich hinzugefügt oder zufällig eingetragen wurde (Rz. 87 ff.).

[Rz 8] Honig bzw. Nahrungsergänzungsmittel auf der Grundlage von Pollen seien nach Art. 3 Abs. 1 lit. c V 1829/2003 somit Lebensmittel, die Zutaten enthielten, die aus GVO hergestellt worden seien. Sie dürfen – wie der EuGH in Beantwortung der dritten Frage knapp und klar ausgeführt hat (Rz. 93 ff., Resultat Rz. 108) – nach Art. 4 Abs. 2 V 1829/2003<sup>21</sup> somit nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn sie über eine entsprechende Zulassung verfügen und die entsprechenden Zulassungsvoraussetzungen erfüllen würden. Toleranzschwellen bestünden keine: insbesondere habe diejenige von Art. 47 V 1829/2003 nur während drei Jahren gegolten und jene von Art. 12 Abs. 2 V 1829/2003 sei nur für die Kennzeichnung vorgesehen und stelle keinen «Zulassungsschwellenwert» dar.

## II. Was heisst das für die Schweiz?

[Rz 9] Gentechnisch veränderte Organismen oder Erzeugnisse, die solche Organismen enthalten oder daraus gewonnen wurden, stellen Waren dar. Um Handelshemmnisse zu vermeiden, sind die schweizerischen Regelungen an diejenigen der EU angepasst worden.<sup>22</sup> So entspricht der Begriff gentechnisch veränderter Organismus nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GTG<sup>23</sup> demjenigen der EU<sup>24</sup> und auch der OECD<sup>25,26</sup>. Das Gleiche gilt auch für die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen: das Schweizerische Recht verweist

verschiedentlich auf die Vorschriften des europäischen Rechts.<sup>27</sup> Auch das Lebensmittelrecht in Bezug auf «gentechnische Lebensmittel» entspricht dem EU-Recht: So nimmt die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005<sup>28</sup> implizit Bezug auf Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 V 1829/2003, wenn in Art. 22 Abs. 1 festgeschrieben wird, dass Lebensmittel, Zusatzstoffe und Verarbeitungshilfsstoffe, die GVO sind, solche enthalten oder daraus gewonnen wurden und die zur Abgabe an Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt sind, einer Bewilligung durch das BAG bedürfen. Die Warenflusstrennung, die Rückverfolgbarkeit und die Kennzeichnung orientieren sich ebenfalls an der EU,<sup>29</sup> was allerdings nicht verwundert, verpflichten doch Art. 16 Abs. 2 (Trennung des Warenflusses) und Art. 17 Abs. 6 (Kennzeichnung) den Bundesrat ausdrücklich, beim Erlass von Vorschriften über nationale Empfehlungen sowie die Aussenhandelsbeziehungen zu berücksichtigen. Damit sind – wie sich aus der parlamentarischen Beratung ergibt – EU-Vorschriften gemeint.<sup>30</sup> Insofern sind die Aussagen des Gerichts grundsätzlich auf die Schweiz übertragbar. Einige Bemerkungen seien trotzdem erlaubt:

- Handelt es sich beim Pollen um einen gentechnisch veränderten Organismus, m.a.W. um eine biologische Einheit, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von Erbmaterial fähig ist (Art. 5 Abs. 1 GTG), bildet Grundlage für die Zulassung des Honigs bzw. des Nahrungsergänzungsmittels auf der Grundlage von Pollen das Gentechnikgesetz mit den Konkretisierungen und Verfahrensbestimmungen in der FrSV und der LGV. Bei der Frage, ob der strittige Pollen als GVO zu betrachten ist, dürfte die schweizerische Rechtsliteratur – wohl aber auch der EuGH selbst (siehe Rs. C-442/09 Rz. 60) – die Passage «biologische Einheiten, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von Erbmaterial fähig sind» (Art. 5 Abs. 1 GTG) wohl etwas offener verstehen als der Bayerische Verwaltungsgerichtshof. Entscheidend ist nämlich, dass sich die biologischen Einheiten, sei es auf natürliche (z.B. durch Fortpflanzung) oder künstliche Weise (z.B. durch Zellübertragung), vermehren können oder dass sich andernfalls ihr Erbmaterial zumindest unter bestimmten (Labor-)Bedingungen zur Weitergabe eignet.<sup>31</sup> Unter diesem Gesichtspunkt fallen auch Lebewesen, die sich nicht (mehr) durch

<sup>21</sup> Art. 4 Abs. 2 V 1829/2003 lautet: «Niemand darf einen zur Verwendung als Lebensmittel/in Lebensmitteln bestimmten GVO oder ein in Artikel 3 Absatz 1 genanntes Lebensmittel in Verkehr bringen, wenn der Organismus oder das Lebensmittel nicht über eine gemäss diesem Abschnitt erteilte Zulassung verfügt und die entsprechenden Zulassungsvoraussetzungen erfüllt.»

<sup>22</sup> Eingeleitet mit dem Bericht des Bundesrates über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung vom 13. Juni 1994 (BBl 1994 III 1374 ff.); gestützt darauf wurde schliesslich das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG; SR 946.51) erarbeitet, welches sich gegen Importkartelle richtet und Märkte öffnen hilft, welche aufgrund abweichender schweizerischer technischer Vorschriften geschützt sind (vgl. S. 1376).

<sup>23</sup> Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG) vom 21. März 2003 (SR 814.91).

<sup>24</sup> Art. 2 Ziff. 1 RL 01/18/EG.

<sup>25</sup> OECD, Recombinant DNA Safety Considerations. Safety considerations for industrial, agricultural and environmental applications of organisms derived by recombinant DNA techniques, Paris 1986, S. 73.

<sup>26</sup> Dazu etwa CHRISTOPH ERRASS, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006, S. 136 f.

<sup>27</sup> Vgl. etwa Art. 9 Abs. 4 lit. a, Art. 19 Abs. 2 lit. b, Art. 28 Abs. 2 lit. a der Freisetzungsverordnung (FrSV; SR 814.911).

<sup>28</sup> LGV (SR 817.02).

<sup>29</sup> Siehe Art. 24, 25 LGV; Verordnung des EDI über gentechnisch veränderte Lebensmittel (VGVL) vom 23. November 2005 (SR 817.022.51).

<sup>30</sup> Dazu ERRASS (FN 27), FN 969 und 1295 m.w.H.

<sup>31</sup> Vgl. PETER M. KELLER, Kommentar zum Umweltschutzgesetz (hrsg. von der Vereinigung für Umweltrecht und Helen Keller), 2. Aufl., Zürich 2003 [Kommentar USG], N 27 ad Art. 7; HANSJÖRG SEILER, Kommentar USG, N 28 ad Art. 29a; ERRASS (FN 27), S. 137.

natürliche Fortpflanzung vermehren können (z.B. Ochsen), aber Erbmaterial enthalten, welches unter bestimmten Bedingungen übertragen werden kann, unter den Begriff des Organismus. Dasselbe gilt auch für tote Lebewesen für einen gewissen Zeitraum.<sup>32</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 GTG ist deshalb von einem einheitlichen Organismusbegriff auszugehen, der sowohl das Inverkehrbringen als auch die Arbeiten im geschlossenen System umfassen muss. Insofern kann es deshalb nicht sein, dass z.B. ein Pollen beim Inverkehrbringen kein Organismus ist, im geschlossenen System, wo Organismen in aller Regel nur unter besonderen Bedingungen fähig sind, ihr Erbmaterial weiterzugeben, dagegen sehr wohl. Dass Organismen in einer bestimmten Situation nur erschwert ihr Erbmaterial weitergeben können, ist aber bei der Frage der Gesundheits- bzw. Umweltgefährdung in Rechnung zu stellen.

- Handelt es sich dagegen um Pollen, der aus GVO gewonnen wurde (Art. 22 Abs. 1 LGV), ist das LMG<sup>33</sup>, die LGV und die VGLV anwendbar. Das GTG ist entsprechend Art. 3 Abs. 2 GTG bei Erzeugnissen, die aus gentechnisch veränderten Organismen *gewonnen* wurden, nur für die Kennzeichnung und die Information (Art. 17 und 18 GTG) zu berücksichtigen. Doch auch in diesem Fall ist eine Bewilligung für das Inverkehrbringen notwendig (Art. 22 Abs. 1 LGV). Angesichts des besprochenen Urteils ist der Auffassung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), wonach Honig als tierisches Produkt gelte, der Pollen als Futter zu betrachten sei und im Honig somit nicht in Betracht falle,<sup>34</sup> nunmehr zu Recht der Boden entzogen. Vor diesem Urteil des EuGH<sup>35</sup> wie auch heute<sup>36</sup> vertritt das BAG die Meinung, in der Schweiz dürfe Honig ohne spezielle Deklaration verkauft werden, sofern er nicht mehr als 0,9 Prozent gentechnisch veränderte Pollen enthält. Zumindest heute ist diese Auffassung falsch.<sup>37</sup> Es darf kein Honig in

Verkehr gebracht werden, der entweder mit gentechnisch veränderten Organismen verunreinigt ist<sup>38</sup> oder Zutaten enthält, die aus GVO gewonnen wurde, und über keine Bewilligung nach GTG bzw. nach LGV verfügt. Deklarationsschwellenwerte gelten nur für bewilligte GVO nach Art. 12 GTG bzw. für unbedenkliche GVO nach Art. 14 Abs. 1 GTG bzw. für bewilligte «Gentech»-Lebensmittel nach Art. 22 Abs. 1 LGV.

Im Gegensatz zur EU<sup>39</sup> hat die Schweiz in Art. 23 LGV – mit der Marginalie «Toleranz» – einen Zulassungsgrenzwert für Lebensmittel festgelegt. Danach wird das Vorhandensein von Material in Lebensmitteln das GVO enthält, aus solchen besteht oder aus solchen gewonnen worden ist, ohne Bewilligung toleriert (Abs. 1),<sup>40</sup> wenn das Material lediglich in geringen Anteilen vorhanden ist (lit. a), belegt werden kann, dass die geeigneten Massnahmen ergriffen wurden, um das Vorhandensein solchen Materials zu vermeiden (lit. b), und nach dem Stand der Wissenschaft oder nach der Erfahrung eine Verletzung der Grundsätze nach den Art. 6–9 GTG ausgeschlossen werden kann (lit. c). Das EDI legt fest, bis zu welcher Höhe Anteile im Sinne von Abs. 1 lit. a als gering gelten, und regelt das Verfahren zur Beurteilung, ob das Material die Voraussetzung nach Absatz 1 Buchstabe c erfüllt. In Art. 6a VGVL wird Art. 23 LGV konkretisiert: Danach werden geringe Anteile von Lebensmitteln, Zusatzstoffen oder Verarbeitungshilfsstoffen, die gentechnisch veränderte Pflanzen sind, enthalten oder daraus gewonnen wurden, ohne Bewilligung toleriert, wenn sie von einer ausländischen Behörde in einem Verfahren, das mit demjenigen nach VGVL vergleichbar ist, als geeignet für die Verwendung in Lebensmitteln beurteilt worden sind, die Anteile unter 0,5 Massenprozent, bezogen auf die Zutat, sind, und eine Gesundheits- und Umweltgefährdung ausgeschlossen werden kann. Nach dem Urteil des EuGH könnte auch diese Vorschrift für Honig mit Pollen nicht mehr angerufen werden.<sup>41</sup> In jedem Fall fehlt ein Entscheid über die Unbedenklichkeit über solchen Honig. Der EuGH hat verschiedentlich darauf hingewiesen (z.B. Rz. 82, 89, 100, 107), dass ohne Bewilligung das Ziel des Schutzes der menschlichen Gesundheit beeinträchtigt würde, da ein Lebensmittel wie Honig

<sup>32</sup> So etwa SEILER, Kommentar USG (FN 32), N 31 ad Art. 29a; ERRASS (FN 27), S. 137.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz) vom 9. Oktober 1992 (SR 817.0).

<sup>34</sup> Siehe das Zitat eines E-Mails des BAG (vom 18. Dezember 2006) in der Studentearbeit von DAVID BOSS/ANJA GRAMLICH/LUKAS JARC/SANDRA NOSER/ BARBARA SIEGFRIED/ADRIAN VOLLENWEIDER/SUSANNE WAHLEN/CHRISTINE WENK, Imkereien zu Zeiten der Gentechnik, Zürich 2007, S. 3, 24.

<sup>35</sup> Siehe FN 34.

<sup>36</sup> Siehe die Auskunft des BAG im Artikel «Kriegen wir jetzt den «Gentech»-Honig?» in der online Zeitung 20 Minuten vom 20. September 2011 (<http://www.20min.ch/finance/news/story/30306381>; besucht am 24. September 2011).

<sup>37</sup> Für die EU hat der EuGH dies klipp und klar festgehalten (Rz. 108). In der Schweiz ist zwar Mais, nicht aber Maispollen als Lebensmittel zugelassen (vgl. die Verfügung des BAG vom 27. Juli 2000, welche seit sechs Jahren erneuert werden sollte).

<sup>38</sup> D.h. wenn Pollen GVO sind.

<sup>39</sup> In Art. 47 V 1829/2003 hat die EU als Übergangsbestimmung für drei Jahre eine solche Regelung vorgesehen. Die EU Regelung ist von der Schweiz praktisch wortwörtlich – ohne allerdings die zeitliche Begrenzung – übernommen worden.

<sup>40</sup> Sofern es sich um gentechnisch veränderte Organismen oder um Erzeugnisse, die solche Organismen enthalten, handelt, hat Art. 27 lit. c FrSV in Ausführung von Art. 14 Abs. 1 GTG eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht vorgesehen.

<sup>41</sup> Anh. 2 VGVL führt denn auch den Pollen des Mais MON 810 nicht auf.

keiner Kontrolle hinsichtlich seiner Unbedenklichkeit unterläge.

Angesichts dieser *nunmehr klaren rechtlichen* Vorgaben, wonach *kein* Honig mit solchen strittigen Pollen ohne Bewilligung in Verkehr gebracht oder importiert werden darf,<sup>42</sup> ist es unverständlich, dass das BAG abwartet und zu Protokoll gibt, allenfalls die geltenden Regelungen zu überprüfen.<sup>43</sup>

### III. Konsequenzen für die Schweiz

[Rz 10] Die gegenwärtige *rechtliche Regelung* und der *Vollzug* des Gentechnikrechts in der Schweiz und Europa hat die Tendenz, Imker und auch Honig langfristig gesehen vom Markt verschwinden zu lassen.

- Handelt es sich um «nicht-gentechnikfreien» Honig, so kann der Imker diesen nicht mehr als Erzeugnis ohne gentechnisch veränderte Organismen auf dem Markt verkaufen; dies ist zurzeit – wie bereits ausgeführt – auch dann nicht möglich, wenn der Anteil von Material nach Art. 22 Abs. 1 LGV unter 0,9% liegt, da kein solcher «nicht-gentechnikfreier» Honig bewilligt ist.

Sofern es sich beim Pollen im Honig um eine biologische Einheit handelt, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von Erbmaterial fähig ist (Art. 5 Abs. 1 GTG), wird eine Bewilligung auch in Zukunft *kaum möglich sein*: Um eine Bewilligung als Lebensmittel zu erhalten, sind u.a. die verschiedenen Gesundheitsaspekte durch den Inverkehrbringer zu prüfen (vgl. Art. 22 Abs. 2 LGV i.V.m. Art. 3 i.V.m. Anh. 1 VGVL). Allerdings verfügt der Imker – als Inverkehrbringer – nicht über das notwendige Know-how über die gentechnisch veränderten Pollen, um daraus empirisch fundierte Antworten über die Gesundheitsgefährdung geben zu können; zudem ist dieses Know-how auch patentrechtlich bei Monsanto geschützt. Auch eine Verpflichtung des Saatgutherstellers, Daten zur Verfügung zu stellen, wäre nicht hilfreich, da diese nur über Daten verfügen, um GVO als Saatgut und nicht als Lebensmittel in Verkehr zu bringen. Allenfalls wäre eine Lösung möglich, dass Dritte diese Daten auf Kosten der Inverkehrbringer des Saatguts (Verursacherprinzip [Art. 2 Abs. 2 GTG]) erarbeiten und dem Imker bzw. dem Staat kostenlos zur Verfügung stellen. Zuvor wäre indes notwendig, dass der Saatguthersteller das patentierte Know-how über die gentechnisch veränderten Organismen den Imkern (bzw. Dritten) für die Herstellung von Honig kostenlos

zur Verfügung stellen muss, damit überhaupt geprüft werden kann, ob die Gesundheit gefährdet wird (kostenlose Lizenz im öffentlichen Interesse im Sinne des PatG<sup>44</sup> zugunsten der Imker).

Sofern es sich beim Pollen im Honig *nicht* um eine biologische Einheit (m.a.W. um eine Zutat) handelt und diese Zutat (Pollen des Mais MON 810) als GVO-Erzeugnis (Art. 2 VGVL) bewilligt wird (in der EU zur Zeit anhängig), darf verunreinigter «gentechnikfreier» Honig in Verkehr gebracht werden, wenn der Anteil, welcher aus gentechnisch veränderten Organismen gewonnen wurde, kleiner als 0,9% ist (vgl. Art. 7 VGVL). Voraussetzung ist indes, dass Massnahmen gegen eine Verunreinigung ergriffen worden sind. Damit werden Imker, falls sie dies überhaupt technisch leisten können, in den finanziellen Ruin getrieben, obwohl die Inverkehrbringer von Saatgut die eigentlichen Verursacher sind und für die Massnahmen finanziell aufkommen sollten.

- Genau für solche beschriebenen Situationen hat das Parlament den Schutz der Produktion ohne gentechnisch veränderte Organismen in das Gentechnikgesetz aufgenommen, wonach mit gentechnisch veränderten Organismen nur so umgegangen werden darf, dass sie, ihre Stoffwechselprodukte oder ihre Abfälle die Produktion von Erzeugnissen ohne gentechnisch veränderte Organismen sowie die Wahlfreiheit der Konsumentinnen nicht beeinträchtigen (Art. 7 GTG). Dieser Artikel will nicht nur eine nachbarliche Feld-/Feldkoexistenz sicherstellen (also Feld A gentechnisch veränderter Mais, Feld B nicht gentechnisch veränderter Mais), sondern gewährleisten, dass in jeder Produktionsphase und nach jedem Produktionsprozess Produkte auf dem Markt angeboten werden können, welche ohne gentechnisch veränderte Organismen produziert worden sind.<sup>45</sup> Art. 7 GTG ist in erster Linie eine Sorgfaltspflichtbestimmung,<sup>46</sup> welche auf Gesetzes- und auf Verordnungsebene noch mit Inhalt zu füllen sein wird. In jedem Fall haben der Bundesrat und insbesondere das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) diesem Befund bisher zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Das Parlament hat mit Art. 7 GTG primär einen präventiven und nicht einen

<sup>42</sup> Art. 5 Abs. 5 GTG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 LMG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 LGV.

<sup>43</sup> Vgl. FN 36.

<sup>44</sup> Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14).

<sup>45</sup> Dazu CHRISTOPH ERRASS, Was sagt das schweizerische nationale Recht zur Koexistenz?, in: Dahinden/Kohler/Sautter, Koexistenz und Forschungsfreiheit als Nagelprobe für die Grüne Gentechnologie, Zürich 2011, S. 39 ff., 43 f.; ERRASS (FN 27), 185 ff.

<sup>46</sup> Dazu ERRASS (FN 43), S. 43; jetzt auch ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER/JENNIFER HEUCK, Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda, Zürich/St. Gallen 2011, S. 123.

reaktiven Schutz<sup>47</sup> favorisiert. Zu prüfen ist indes, ob der Staat nicht noch weitere Massnahmen ins Auge fassen müsste, um den Beruf des Imkers in seiner Existenz vor der «gentechnischen Verunreinigung» besonders zu schützen (vgl. Art. 103 BV).

Allerdings stellt sich die Frage, ob der Bundesrat bzw. das BLW die Zielvorgaben des Gesetzgebers (Art. 7 und 16 GTG) nicht bereits unterlaufen haben: Denn nach den zum damaligen Zeitpunkt verfassungswidrigen<sup>48</sup> und heute m.E. Art. 7 und wohl auch Art. 37a GTG-widrigen<sup>49</sup> Art. 14a und Art. 17 Abs. 4<sup>bis</sup> der Vermehrungsmaterial-Verordnung<sup>50</sup> darf ein Posten Saatgut-Material 0,5% (nicht bewilligte) gentechnisch veränderte Organismen enthalten. Grob gesagt, findet sich in der Natur deshalb bereits heute schon eine gewisse Menge gentechnisch veränderter Pflanzen, von welchen die Bienen ihre Nahrung holen. Honig kann daher bereits heute «gentechnisch» verunreinigt sein und damit einer Bewilligungspflicht unterstehen. Im Bewilligungsverfahren wäre die Gesundheitsgefährdung zu prüfen.

#### IV. Was bleibt?

[Rz 11] Ursache der Verunreinigung des Honigs mit dem gentechnisch veränderten Pollen bildet die Anpflanzung des gentechnisch veränderten Mais in der Nähe der Bienenstöcke. Insofern sind grundsätzlich dort die notwendigen Massnahmen zum Schutz eines «gentechnikfreien» Honigs anzuknüpfen. Da Bienen grosse Distanzen zurücklegen, müssen die «gentechnikfreien» Nahrungsgebiete der Bienen

grossflächig mit Pufferzonen um die Bienenstöcke angelegt sein. Gentechnikfreie Gebiete würden sich hierzu eignen und wären auch verfassungsrechtlich zulässig.<sup>51</sup> Angesichts des oben dargestellten Befunds will wohl jeder Imker in einem gentechnikfreien Gebiet seine Bienenstöcke aufstellen. Zu Ende gedacht, würde dies eine staatlich verordnete gentechnikfreie Schweiz – mindestens was den Anbau betrifft – bedeuten. Dies ist nach dem derzeitigen Stand der Verfassung nicht zulässig; Art. 120 BV bildet nur eine Grundlage für die Missbrauchsbekämpfung.<sup>52</sup> Eine gentechnikfreie Schweiz bedürfte einer Verfassungsänderung<sup>53</sup> – mit all ihren «Grabenkämpfen» im Vorfeld wie wir sie seit 1990 kennen.<sup>54</sup>

[Rz 12] Massnahmen beim Imker sind praktisch kaum möglich, da Pollen auch «zufällig bei der Bildung des Honigs durch die Bienen in den Honig gelangen»<sup>55</sup> können. Auch die – bereits oben erwähnten – von Dritten auf Kosten der Saatguthersteller zu erstellenden Grundlagen, um die Voraussetzungen für eine Bewilligung für das Inverkehrbringen von «Gentech»-Honig zu schaffen, vermögen nicht wirklich Abhilfe zu bieten. Es stellt sich nämlich die Frage, welche Imker in gentechnikfreien Gebieten produzieren können und welche nicht. Da die Absatzchancen für gentechnikfreien Honig besser sind, wäre zu prüfen, ob nicht Ausgleichsmechanismen zwischen den verschiedenen Imkern gefunden werden müssten. Wir würden damit wohl auf eine komplexe Regulierung (Planwirtschaft) hinsteuern.

[Rz 13] Alles in allem bleibt die Situation unbefriedigend. Gerade deswegen ist der Staat aber gehalten, zum Schutz der Schwachen<sup>56</sup> gegen markt- und technologiebeherrschende<sup>57</sup>, global agierende Grossunternehmer, welche nicht nur Konkurrenten, sondern auch andere Marktteilnehmer mit ihrer Technologie vom Markt verdrängen (Kommodifizierung)<sup>58</sup>, die notwendigen Massnahmen zu regeln.<sup>59</sup>

<sup>47</sup> Wie in Deutschland im Rahmen der Rs. C-442/09.

<sup>48</sup> Solange Art. 197 Ziff. 7 BV galt (dazu ERRASS [FN 27], 87), d.h. zwischen Ende November 2005 bis Ende November 2010.

<sup>49</sup> Nach Art. 37a GTG dürfen für das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Pflanzen und Pflanzenteilen, gentechnisch verändertem Saatgut und anderem pflanzlichem Vermehrungsmaterial sowie gentechnisch veränderten Tieren zu landwirtschaftlichen, gartenbaulichen oder waldwirtschaftlichen Zwecken für den Zeitraum bis zum 27. November 2013 keine Bewilligungen erteilt werden. Art. 37a GTG sollte Art. 197 Ziff. 7 BV weiterführen. Nach dieser Bestimmung war klar, dass auch ein Inverkehrbringen gestützt auf Art. 14 Abs. 1 GTG, wonach von einer Bewilligungspflicht abgesehen werden kann, wenn nach dem Stand der Wissenschaft oder nach der Erfahrung eine Verletzung der Grundsätze von Artikel 6–9 ausgeschlossen wäre, nicht zulässig war (vgl. ERRASS [FN 27], 87, 193). Der Sinn dieser Vorschrift lag u.a. darin, während der Moratoriumszeit die Risiken der Grünen Gentechnologie abzuklären (vgl. Botschaft über die Volksinitiative «für Lebensmittel aus gentechnikfreier Landwirtschaft» vom 18. August 2004 [BBI 2004 4937, 4941]). Insofern müsste dies auch für Art. 37a GTG gelten. Der Bundesrat hat zudem ausdrücklich festgehalten, dass die materielle Tragweite von Art. 197 Ziff. 7 BV unverändert ins GTG übernommen werden sollte (vgl. Botschaft zur Änderung des Gentechnikgesetzes [Verlängerung des GVO-Moratoriums in der Landwirtschaft] vom 1. Juli 2009 [BBI 2009 5435, 5440 ff.]).

<sup>50</sup> Verordnung über die Produktion und das Inverkehrbringen von pflanzlichem Vermehrungsmaterial vom 7. Dezember 1998 (SR 916.151).

<sup>51</sup> Dazu EPINEY/WALDMANN/OESCHGER/HEUCK (FN 44), passim, siehe insbes. S. 73 ff. und zum Instrumentarium auch S. 169 ff.

<sup>52</sup> Dazu ERRASS (FN 27), 51 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, N 5 f. ad Art. 120.

<sup>53</sup> Es sei denn, dass diese Konstellation, wonach nicht direkte Konkurrenten aufgrund eines gentechnischen Erzeugnisses ihrer Lebensgrundlagen beraubt würden, als «Auswuchs der Gentechnologie» (Bundesrat KOLLER, AB N 1991, S. 599) und somit als Missbrauch qualifiziert würde.

<sup>54</sup> Dazu ERRASS (FN 27), 30 ff.

<sup>55</sup> Rs. C-442/09 Rz. 35.

<sup>56</sup> Vgl. PETER HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 1038.

<sup>57</sup> Dazu etwa den Sachverhalt in der Rs. 428/08 (patentierete DNA Sequenz).

<sup>58</sup> COLIN CROUCH, Postdemokratie, Frankfurt a.M. 2008, S. 104.

<sup>59</sup> Dazu etwa FRANK HALDEMANN, Verantwortung im Gentechnikrecht. Verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen, Basel 2009, passim und insbes. S. 78 ff. Siehe jetzt auch allgemein COLIN CROUCH, Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus, Postdemokratie II, Frankfurt a.M. 2011.

---

PD Dr. iur. Christoph Errass, Advokat, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, Gerichtsschreiber am Bundesgericht.

Der Autor, der hier nur seine persönliche Auffassung vertritt, war als Vertreter der Bundesverwaltung massgeblich an der Ausarbeitung des Gentechnikgesetzes und an diversen Verordnungen beteiligt und arbeitete in einem Nationalfondprojekt über die Koexistenz von gentechnisch veränderten und nicht gentechnisch veränderten Organismen mit, das in diesen Tagen abgeschlossen wird.

Für die kritische Durchsicht eines ersten Entwurfs danke ich PD Dr. iur. Peter Uebersax und lic. iur. Thomas Hugli Yar.

---

\* \* \*