

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Templin
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Malika Meyer-Schwickerath
Dr. Jasper von Detten
Udo Paschedag
Gabriel Babel
Dr. Franziska Drohsel, LL.M.
Till Schwerkolt

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.



Lebensmittel ohne Gentechnik: Zur Verwendung von Milchpulver als Gefrierschutz in Starterkultu- ren

Rechtliche Stellungnahme im Auftrag des Verbandes Lebensmittel
ohne Gentechnik e. V. (VLOG)

Rechtsanwalt Dr. Georg Buchholz
Rechtsanwalt Dr. Achim Willand

Berlin, 12.06.2017

Inhaltsverzeichnis

1. **Zusammenfassung** 3

2. **Sachverhalt und Fragestellung** 3

3. **Maßgeblicher Zutatenbegriff**..... 5

4. **Neuer Zutatenbegriff**..... 5

5. **Alter Zutatenbegriff**11

6. **Ergänzende Überlegungen zum Regelungszweck**14

1. Zusammenfassung

Magermilchpulver, welches zum Gefrierschutz bei Starterkulturpräparaten zur Herstellung von Käse eingesetzt wird, ist unserer Auffassung nach keine Zutat des Enderzeugnisses Käse. Auch wenn die Reste des Milchpulvers im Enderzeugnis verbleiben, handelt es sich um Rückstände, die sich im Enderzeugnis nicht mehr auswirken, und die deshalb vom Zutatenbegriff ausgenommen sind (Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Verordnung 1169/2011).

Für Magermilchpulver als Gefrierschutzmittel in Starterkulturpräparaten gelten daher beispielsweise die Anforderungen des § 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG für Lebensmittel und Lebensmittelzutaten tierischer Herkunft nicht.

Es steht der Kennzeichnung des Enderzeugnisses Käse „ohne Gentechnik“ deshalb nicht entgegen, wenn unbekannt ist, ob und inwieweit die Tiere, aus deren Milch das als Gefrierschutz in einem Starterkulturpräparat verwendete Milchpulver erzeugt wurde, mit GVO gefüttert wurden.

2. Sachverhalt und Fragestellung

Zur Herstellung von Käse werden Starterkulturen verwendet. Starterkulturen sind Zubereitungen aus Mikroorganismen und andere Stoffen, die spezifische zur Herstellung von Lebensmitteln erforderliche Veränderungsprozesse bewirken. Sie werden von großen, international tätigen Starterkulturenherstellern angeboten. Starterkulturen für Käse enthalten neben Mikroorganismen weitere Bestandteile, darunter Magermilchpulver, das als Gefrierschutz dient.

Für Lebensmittel und Lebensmittelzutaten tierischer Herkunft mit der Kennzeichnung „ohne Gentechnik“ darf dem Tier, von dem das Lebensmittel gewonnen worden ist, während bestimmter Fristen kein kennzeichnungspflichtiges gentechnisch verändertes Futtermittel verabreicht worden sein (§ 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG).

Für Starterkulturen stellt sich die Frage, ob diese Anforderung auch für das als Gefrierschutz verwendete Milchpulver gilt. Das wäre der Fall, wenn dieses als Lebensmittelzutat im Sinne des § 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG einzustufen wäre. Dann dürften zur Herstellung von Käse ohne Gentechnik nur Starterkulturen verwendet werden, bei denen das darin als Gefrierschutz enthaltene Milchpulver nachweisbar nur aus Milch von Kühen stammt, denen in den letzten drei Monaten vor dem Melken kein

gentechnisch verändertes Futtermittel verabreicht wurde. Solche Starterkulturen werden derzeit auf dem Markt nur sehr eingeschränkt angeboten.

Dieser Auffassung hat sich der Arbeitskreis Lebensmittelchemischer Sachverständiger (ALS) angeschlossen. Das ergibt sich aus einer Präsentation des Lebensmittel- und Veterinärinstituts Oldenburg (LVI Oldenburg).¹ Danach hat der ALS im März 2017 folgenden Beschluss gefasst:

„Bei Magermilchpulver, welches zum Gefrierschutz bei der Herstellung von Starterkulturpräparaten eingesetzt wird, handelt es sich um eine Zutat der Starterkultur. Bei Verwendung der Starterkultur mit ihren Zutaten (= zusammengesetzte Zutat) zur Herstellung des Lebensmittels werden diese zur Zutat des Endproduktes, wenn sie in diesem noch enthalten sind.

Im Falle von Magermilchpulver als Gefrierschutzmittel von Starterkulturpräparaten sind daher beispielsweise die Anforderungen des § 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG für Lebensmittel und LM-Zutaten tierischer Herkunft zu beachten (Futtermittel).

Die Verwendung von Zutaten eines Starterkulturpräparates steht einer Kennzeichnung „ohne Gentechnik“ entgegen, wenn diese nicht den Anforderungen des § 3a EGGenTDurchfG entsprechen.“

Diese Auffassung trifft nicht zu. Die Reste des als Gefrierschutz in Starterkulturen verwendeten Milchpulvers sind Rückstände und deshalb keine Zutaten. Maßgeblich ist insoweit der neue Zutatenbegriff der EU-Lebensmittelinformationsverordnung 1169/2011 (LMIV, dazu 3.). Die Reste des als Gefrierschutz in Starterkulturen verwendeten Milchpulvers im Enderzeugnis Käse sind Rückstände des als Quasi-Verarbeitungshilfsstoff verwendeten Milchpulvers (4.). Auch nach dem früheren Zutatenbegriff war Milchpulver als Gefrierschutz Quasi-Verarbeitungshilfsstoff und keine Zutat. Daran ändert die Zutatenfiktion für Allergene nichts (5.). Dieses Ergebnis steht auch in Übereinstimmung mit den allgemeinen Wertungen des EGGenTDurchfG (6.).

¹ Präsentation „Käse mit der Auslobung ‚ohne Gentechnik‘“ des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, LVI Oldenburg, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht.

3. Maßgeblicher Zutatenbegriff

Maßgeblicher Zutatenbegriff für die Auslegung der Anforderungen an die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung gemäß § 3a EGGentTDurchfG ist der Zutatenbegriff des seit 13.12.2014 geltenden Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der EU-Lebensmittelinformationsverordnung 1169/2011 (LMIV) und nicht der zuvor geltende alte Zutatenbegriff.

Das ergibt sich aus Wortlaut und Systematik der Regelungen des § 3a EGGentTDurchfG. Das EGGentTDurchfG dient insgesamt der Durchführung unionsrechtlicher Verordnungen zum Gentechnikrecht. Dazu gehören insbesondere die Verordnung 1829/2003 über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel und die Verordnung 1830/2003 über die Rückverfolgbarkeit von GVO und daraus hergestellten Lebens- und Futtermitteln. Die Anforderungen an die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung nehmen unmittelbar Bezug auf die nach diesen Verordnungen kennzeichnungspflichtigen Lebensmittelzutaten (§ 3a Abs. 2 und 3 EGGentTDurchfG). Danach sind Lebensmittelzutaten im Sinne des EGGentTDurchfG Zutaten im Sinne der genannten Verordnungen.

Nach den Begriffsbestimmungen dieser Verordnungen bezeichnet für die Zwecke dieser Verordnungen „Zutaten“ die Zutaten im Sinne des Art. 6 Abs. 4 der Lebensmitteletikettierungsrichtlinie 2000/13/EG.² Mit Inkrafttreten der LMIV am 13.12.2014 wurde die Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG aufgehoben und geregelt, dass Bezugnahmen auf diese Richtlinie als Bezugnahmen auf die LMIV gelten (Art. 53 LMIV). Danach ist der Verweis auf den maßgeblichen Zutatenbegriff in den Verordnungen 1829/2003 und 1830/2003 inzwischen als Verweis auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. f LMIV zu verstehen.

4. Neuer Zutatenbegriff

Die LMIV definiert „Zutat“ als jeden Stoff und jedes Erzeugnis sowie jeden Bestandteil einer zusammengesetzten Zutat, der bei der Herstellung oder Zubereitung eines Lebensmittels verwendet wird und der – ggf. in veränderter Form – im Enderzeugnis vorhanden bleibt; Rückstände gelten nicht als Zutaten (Art. 2 Abs. 2 Buchst. f LMIV).

Danach ist Milchpulver als Gefrierschutz in Starterkulturen keine Zutat, weil im Enderzeugnis nur noch Rückstände des Milchpulvers verbleiben.

² Art. 2 Nr. 13 der EG-Verordnung 1829/2003 und Art. 3 Nr. 8 der EG-Verordnung 1830/2003.

Für den Begriff der Rückstände gibt es im Lebensmittelrecht weder eine gesetzliche noch eine durch die Rechtsprechung entwickelte Definition. Von den speziellen Begriffsbestimmungen für Biozidrückstände,³ Pestizidrückstände⁴ und Arzneimittelrückstände⁵ lässt sich nur aus derjenigen für Biozidrückstände ableiten, dass damit Stoffe gemeint sind, die in oder auf Lebensmitteln vorhanden sind und die von der früheren Verwendung bestimmter Produkte (dort: Biozidprodukte) herrühren.⁶

Darüber hinaus wird der Begriff der Rückstände im Lebensmittelrecht bei der Legaldefinition der Verarbeitungshilfsstoffe verwendet. Verarbeitungshilfsstoffe sind Stoffe, die nicht selbst als Lebensmittelzutaten verzehrt werden, jedoch bei der Verarbeitung von Rohstoffen, Lebensmitteln oder deren Zutaten aus technologischen Gründen während der Be- oder Verarbeitung verwendet werden und unbeabsichtigte, technisch unvermeidbare Rückstände oder Rückstandsderivate im Enderzeugnis hinterlassen können, unter der Bedingung, dass diese Rückstände gesundheitlich unbedenklich sind und sich technologisch nicht auf das Enderzeugnis auswirken.⁷

Damit ergibt sich aus der Legaldefinition der Verarbeitungshilfsstoffe, dass etwaige im Enderzeugnis verbleibende Reste von Verarbeitungshilfsstoffen als Rückstände anzusehen sind. Diese Rückstände gelten deshalb nicht als Zutaten.⁸

Entsprechendes muss deshalb auch für Rückstände anderer Stoffe gelten, die sich technologisch nicht auf das Enderzeugnis auswirken. Dazu zählen insbesondere Rückstände von Zusatzstoffen und Rückstände von Stoffen, die wie Verarbeitungshilfsstoffe verwendet werden, aber keine Verarbeitungshilfsstoffe sind (sog. Quasi-Verarbeitungshilfsstoffe), wenn sie sich nicht auf das Enderzeugnis auswirken.⁹ Zusatzstoffe und Verarbeitungshilfsstoffe sind nach den einschlägigen Legaldefinitio-

³ Art. 3 Abs. 1 Buchst. h der EU-Biozidverordnung 528/2012.

⁴ Art. 2 Abs. 2 Buchst. c der EG-Rückstandshöchstmengenverordnung 396/2005.

⁵ Art. 2 Buchst. a der EG-Arzneimittelrückstandsverordnung 470/2009.

⁶ Art. 3 Abs. 1 Buchst. h der EU-Biozidverordnung 528/2012; vgl. zum Rückstandsbegriff ausführlich Schulz, Der Zutatenbegriff nach der Lebensmittelinformationsverordnung, ZLR 2012, 675, 679 ff.

⁷ So Art. 2 Buchst. y der EG-Öko-Verordnung 834/2007, auf den § 3a Abs. 6 Nr. 2 EGGenTDurchfG verweist. Etwas anders formuliert, aber inhaltsgleich ist die Begriffsbestimmung in Art. 3 Buchst. b der EG-Zusatzstoffverordnung 1333/2008.

⁸ So auch Meisterernst, in: Zipfel/Rathke, C 113, LMIV Art. 2 Rn. 79.

⁹ Vgl. dazu Martell, Zutaten, Zusatzstoffe, Verarbeitungshilfsstoffe, Enzyme – Wie grenzt man das ab? ZLR 2015, 448, 457.

nen nur Stoffe, die nicht selbst als Lebensmittelzutaten verzehrt werden.¹⁰ Stoffe, die generell auch als Lebensmittelzutat verwendet werden, werden als Quasi-Verarbeitungshilfsstoffe bezeichnet.¹¹

Zu diesen Stoffen zählt auch Milchpulver, das als Gefrierschutz in Starterkulturen verwendet wird. Diese Einschätzung dürfte auch derjenigen des ALS entsprechen.¹²

Nach der Rechtsprechung liegt ein unbeabsichtigter, technisch unvermeidbarer Rückstand nicht mehr vor, wenn der Stoff im fertigen Produkt eine fortdauernde Zweckbestimmung erfüllt.¹³ Teilweise wird für die Einstufung als Rückstand darüber hinaus verlangt, dass der zunächst verwendete Stoff im Wesentlichen wieder entfernt oder deaktiviert wird und nur Reste des Stoffes im Lebensmittel bleiben.¹⁴ Nach anderer Auffassung kann ein Rückstand auch dann vorliegen, wenn der eingesetzte Hilfsstoff vollständig im Enderzeugnis verbleibt.¹⁵

Mindestanforderung an einen Rückstand ist danach, dass er im Endprodukt keinen Verwendungszweck (mehr) erfüllt. Keine Rückstände sind danach Zutaten und Zusatzstoffe, die zur Erfüllung bestimmter Funktionen im Endprodukt zugesetzt werden. Dagegen können Rückstände von dem Lebensmittel absichtlich hinzugefügten Verarbeitungshilfsstoffen oder Quasi-Verarbeitungshilfsstoffen stammen oder ohne absichtliches Hinzufügen zum Lebensmittel aus ihrer Verwendung in früheren Erzeu-

¹⁰ Für Zusatzstoffe Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der EG-Zusatzstoffverordnung 1333/2008, für Verarbeitungshilfsstoffe Art. 2 Buchst. y der EG-Öko-Verordnung 834/2007, auf den § 3a Abs. 6 Nr. 2 EGenTDurchfG verweist, und Art. 3 Buchst. b i) der EG-Zusatzstoffverordnung 1333/2008. Zur Abgrenzung von Zusatzstoffen und Verarbeitungshilfsstoffen vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 05.08.2010, 13 ME 85/10, zu Schaumverhütern, die bei der Herstellung von Frühstücksschinken in diesen injiziert werden.

¹¹ Vgl. Art. 20 Buchst. d LMIV und die entsprechende Ausnahme vom alten Zutatenbegriff in Art. 6 Abs. 4 Buchst. c iv) der Richtlinie 2000/13/EG sowie § 5 Abs. 2 Nr. 6 LMKV; dazu Martell, Zutaten, Zusatzstoffe, Verarbeitungshilfsstoffe, Enzyme – Wie grenzt man das ab? ZLR 2015, 448, 457 ff.

¹² Vgl. Folien 6 bis 8 der Präsentation des LVI Oldenburg, oben Fn. 1.

¹³ OLG Hamburg, Urt. v. 12.10.07, 5 U 5/07, BeckRS 2008, 07229.

¹⁴ So OLG Hamburg, Urt. v. 12.10.07, a.a.O.; VG Bremen, Urt. v. 12.07.2012, BeckRS 2012, 59517; Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 121, EU-VO über Lebensmittelzusatzstoffe 2008, Art. 3 Rn. 61.

¹⁵ So Martell, ZLR 2015, 448, 456 f.; Schulz, ZLR 2012, 675, 682 ff.; Wehlau, LFGB, 2010, § 2 Rn. 207 m.H.a. von Jagow/Teufer, ZLR 2007, 25, 43; offen gelassen von OVG Lüneburg, Beschl. v. 05.08.2010, 13 ME 85/10, ZLR 2010, 769 ff

gungs- oder Verarbeitungsschritten oder einem sonstigen Umgang oder aus Umwelteinflüssen herrühren.¹⁶

Fraglich ist dagegen, ob es für die Qualifizierung eines Stoffes als Rückstand darüber hinaus erforderlich ist, dass der zunächst verwendete Stoff im Wesentlichen wieder entfernt oder deaktiviert wird und nur Reste dieses Stoffes im Lebensmittel verbleiben.

Die Ausnahme der Rückstände von den Begriffen des Lebensmittels und der Lebensmittelzutat ist nach dem Gesetzeswortlaut – anders als bei der Definition der Verarbeitungshilfsstoffe – nicht auf *unbeabsichtigte, technisch unvermeidbare* Rückstände beschränkt. Danach können auch Rückstände, die mit Absicht in das Lebensmittel gelangen und vermeidbar wären, Rückstände sein. Ferner gelten die Rückstandsdefinitionen für Arzneimittelrückstände und Pestizidrückstände unabhängig davon, ob und inwieweit die Arzneimittel oder Pestizide nach ihrer Anwendung wieder entfernt und in der Menge reduziert oder deaktiviert wurden. Schließlich mag es zwar für Verarbeitungshilfsstoffe typisch sein, dass sie dem Lebensmittel während der Verarbeitung hinzugefügt und dann wieder entfernt werden, in anderen Bereichen wie der Verwendung von Arzneimitteln oder Pestiziden findet zwar typischerweise ein natürlicher Abbau statt, indes ist ein aktives Entfernen der Stoffe nicht erforderlich und teilweise auch gar nicht möglich. Demnach kommt es für die Einstufung als Rückstand nicht darauf an, ob eine Mengenreduktion oder Deaktivierung erfolgt.

Die Funktion des Milchpulvers beschränkt sich auf die Erhaltung der Starterkulturen bis zu deren Verwendung zur Herstellung von Käse. Danach erfüllt das Milchpulver keine Funktion mehr und wirkt sich nicht auf das Enderzeugnis aus. Es gelangt nur in sehr geringen Mengen in das Endprodukt. Es ist deshalb Rückstand und keine Zutat. Dieser Rückstand ist auch unvermeidbar, da das Milchpulver technisch gar nicht wieder entfernt werden kann.¹⁷ Allerdings kommt es für Quasi-Verarbeitungshilfsstoffe – anders als für Verarbeitungshilfsstoffe – gar nicht darauf an, ob die Rückstände technisch vermeidbar sind.¹⁸

¹⁶ Vgl. zur Unterscheidung von Zusetzen und Verwenden VG Bremen, Urt. v. 12.07.2012, BeckRS 2012, 59517.

¹⁷ Vgl. zur Vermeidbarkeit von Rückständen Martell, ZLR 2015, 448, 456 f.

¹⁸ Vgl. Martell, ZLR 2015, 449, 457 ff.

Insoweit ergibt sich bereits aus der vom ALS offenbar bestätigten Einstufung des Milchpulvers als einen Quasi-Verarbeitungshilfsstoff, dass die Reste dieses Milchpulvers im Endprodukt als Rückstände einzustufen und deshalb nach Maßgabe des neuen Zutatenbegriffs keine Zutaten des Endprodukts Käse sind.

Dem könnte entgegen gehalten werden, dass sich das Verbot der Verwendung bestimmter Lebensmittelzutaten gemäß § 3a Abs. 2 bis 4 EGGenTDurchfG auf die Starterkultur beziehe und nicht auf den Käse als Enderzeugnis. In der Starterkultur ist das Milchpulver noch kein Rückstand, soweit es dort seine Funktion als Gefrierschutz noch erfüllt. Erst wenn sie ihre Funktion als Gefrierschutz verloren hat, wird sie zum Rückstand.

Dieses Argument trägt indes nicht. Bei diesem Verständnis verlöre die Herausnahme von Rückständen aus dem Zutatenbegriff ihre Funktion. Das zeigt das Beispiel von Pflanzenschutzmitteln: Auch diese werden bei der Herstellung von Lebensmitteln (auf der Stufe der Primärproduktion) verwendet und können in gewissem Umfang im Enderzeugnis verbleiben. Dennoch sollen sie ersichtlich nicht als Zutaten anzusehen sein. Die Frage, ob ein Stoff unter den Zutatenbegriff fällt oder als Rückstand davon ausgenommen ist, ist damit stets aus der Perspektive des Enderzeugnisses zu beurteilen. Soweit ein Verarbeitungshilfsstoff im Enderzeugnis nur Rückstände hinterlässt, ist er vom Zutatenbegriff ausgenommen.¹⁹

Dafür spricht auch der systematische Zusammenhang: Wie sich aus der Zutatendefinition ebenfalls ergibt, sind Zutaten nur Stoffe, die im Enderzeugnis vorhanden bleiben. Auch hier ist also für die Beurteilung, ob ein Bestandteil eine Zutat ist, nicht auf die Zusammensetzung einer bei der Herstellung verwendeten Zubereitung (z.B. Starterkulturen), sondern auf die Zusammensetzung des Enderzeugnisses (Käse) abzustellen.

In diesem Sinne bestätigt auch die systematische Auslegung der LMIV, dass Verarbeitungshilfsstoffe typischerweise keine Zutaten sind. Denn im Zusammenhang mit der Kennzeichnung von Allergenen verlangt sie, dass sowohl Zutaten als auch Verarbeitungshilfsstoffe aufzuführen sind.²⁰ Das wäre eine unnötige Doppelregelung, wenn

¹⁹ So auch Martell, ZLR 2015, 449, 455.

²⁰ Art. 9 Abs. 1 Buchst. c, Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 LMIV:

die Verarbeitungshilfsstoffe selbst als Zutaten anzusehen wären.²¹ Das zeigt sich auch an Erwägungsgrund 24 der LMIV: Danach können bestimmte Zutaten oder andere Stoffe oder Erzeugnisse (wie Verarbeitungshilfsstoffe), die bei der Herstellung von Lebensmitteln verwendet werden und darin verbleiben, bei manchen Menschen Allergien verursachen. Die Formulierung „Zutaten oder andere Stoffe oder Erzeugnisse (wie Verarbeitungshilfsstoffe)“ bestätigt, dass Verarbeitungshilfsstoffe typischerweise keine Zutaten sind.

Somit gelten über die Ausnahme für Rückstände die früher in Art. 6 Abs. 4 Buchst. c der Richtlinie 2000/13/EG aufgeführten Ausnahmen vom Zutatenbegriff der Sache nach zumindest zum Teil fort. Das steht dieser Auslegung nicht entgegen. Im Gegenteil: Mit der Änderung des Zutatenbegriffs in der LMIV war keine Änderung des materiellen Rechts, sondern lediglich eine redaktionelle Vereinfachung bezweckt.²² Deshalb war die Kommission im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur vom Parlament vorgeschlagenen Streichung der Ausnahme der Rückstände vom Zutatenbegriff nur bereit, wenn stattdessen die bisherigen Ausnahmen vom Zutatenbegriff wieder in die Definition aufgenommen würden.²³ Diese finden sich nun als Ausnahmen vom Erfordernis der Angabe im Zutatenverzeichnis in Art. 20 LMIV.

Schließlich bestätigen auch die Erwägungsgründe der Verordnung 1829/2003, dass Verarbeitungshilfsstoffe gentechnikennennungsrechtlich unbeachtlich sind.²⁴ Dort heißt es, dass technische Hilfsstoffe, die nur während der Herstellung des Lebensmittels verwendet werden, nicht der Definition der Lebensmittel entsprechen und daher auch nicht in den Geltungsbereich dieser Verordnung fallen (Erwägungsgrund 16 Satz 3 der Verordnung 1829/2003). Der damalige Begriff der technischen Hilfsstoffe entspricht dem heute verwendeten Begriff der Verarbeitungshilfsstoffe. Wenn diese also nicht dem Zutatenbegriff der Verordnung 1829/2003 unterfallen, unterfallen sie auch nicht dem Zutatenbegriff des EGGenTDurchfG (vgl. oben 3.).

Die Gegenauffassung, dass das Milchpulver nicht mehr als Rückstand einzustufen sei, etwa weil es weder deaktiviert noch dessen Menge reduziert würde oder weil der

²¹ Grube, in: Voit/Grube, LMIV, 2. Aufl. 2016, Art. 18 Rn. 7.

²² So eine Mitteilung der Kommission, vgl. BLL, Leitfaden Gentechnik und Lebensmittel, 2. Aufl. 2014, Seite 13. Für die Kontinuität und Identität des neuen Zutatenbegriffs mit dem alten auch Martell, ZLR 2015, 448, 450 f.

²³ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Schulz, Der Zutatenbegriff nach der Lebensmittelinformationsverordnung, ZLR 2012, 675, 683.

²⁴ So zutreffend Schulz, ZLR 2012, 675, 687.

Rückstands begriff als Ausnahme vom Zutatenbegriff eng auszulegen sei, erscheint allerdings vertretbar; die Frage ist bislang gerichtlich nicht abschließend geklärt. Ferner kann die Einstufung als Rückstand auch von der jeweiligen Starterkultur und dem jeweiligen konkreten Erzeugnis abhängen.

Dass Rückstände vom Zutatenbegriff ausgenommen sind, scheint der ALS bei der Beschlussfassung übersehen zu haben. Jedenfalls lässt sich der Präsentation des LVI Oldenburg kein Anhaltspunkt für entsprechende Überlegungen entnehmen.²⁵

Im Ergebnis ist danach das als Gefrierschutz in Starterkulturen verwendete Milchpulver keine Zutat. Die Kennzeichnung von Lebensmitteln ohne Gentechnik ist damit auch dann zulässig, wenn für die Herstellung eines Erzeugnisses Starterkulturen verwendet werden, die als Gefrierschutz Milchpulver enthalten, bei dem unbekannt ist, ob die Kühe vor der Herstellung der Milch mit GVO enthaltendem oder daraus hergestelltem Futtermittel gefüttert worden waren.

5. Alter Zutatenbegriff

Auch nach dem früheren Zutatenbegriff war Milchpulver als Gefrierschutz Quasi-Verarbeitungshilfsstoff und keine Zutat. Daran ändert auch die Zutatenfiktion für Allergene nichts.

Vor Geltung der LMIV war die Begriffsbestimmung der Zutat unionsrechtlich in Art. 6 Abs. 4 der Lebensmitteletikettierungsrichtlinie 2000/13/EG geregelt. Da die Regelung in einer Richtlinie erfolgte, war sie nur für die Mitgliedstaaten verbindlich und musste in nationales Recht umgesetzt werden. Das erfolgte durch § 5 LMKV 2004.

Nach dem alten Zutatenbegriff war Zutat jeder Stoff, der bei der Herstellung oder Zubereitung eines Lebensmittels verwendet wurde und – wenn auch möglicherweise in veränderter Form – im Enderzeugnis vorhanden blieb. Bestand eine Zutat eines Lebensmittels aus mehreren Zutaten (zusammengesetzte Zutat), so galten diese als Zutaten des Lebensmittels (Art. 6 Abs. 4 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/13/EG, § 5 Abs. 1 LMKV 2004).

²⁵ Vgl. Folie 10 der Präsentation des LVI Oldenburg, oben Fn. 1.

Anders als beim neuen Zutatenbegriff waren Rückstände nicht vom Zutatenbegriff ausgenommen. Stattdessen waren verschiedene spezifische Ausnahmen für bestimmte Stoffgruppen geregelt:

Als Zutaten galten unter anderem solche Stoffe nicht, die auf dieselbe Weise und zu demselben Zweck wie Verarbeitungshilfsstoffe verwendet werden und – auch in veränderter Form – im Enderzeugnis vorhanden waren (Quasi-Verarbeitungshilfsstoffe, Art. 6 Abs. 4 Buchst. c der Richtlinie 2000/13/EG, § 5 Abs. 2 Nr. 6 LMKV 2004). Unter diese Ausnahmeregelung fiel auch das als Gefrierschutz und damit als Quasi-Verarbeitungshilfsstoff verwendete Milchpulver in Starterkulturen (siehe oben 3.)

Abweichend von dieser Ausnahnevorschrift wurden Quasi-Verarbeitungshilfsstoffe als Zutaten betrachtet, wenn sie aus Allergenen (also Stoffen, die allergische oder andere Unverträglichkeitsreaktionen auslösen können) hergestellt worden und im Enderzeugnis vorhanden waren (Art. 6 Abs. 10 UAbs. 3 der Richtlinie 2000/13/EG, § 5 Abs. 3 LMKV 2004). Zu den Allergenen, für die diese Regelung galt, zählten auch Milch und daraus hergestellte Erzeugnisse (Anhang IIIa Nr. 7 der Richtlinie 2000/13/EG und Anlage 3 Nr. 1 Buchst. g LMKV 2004).

Zu diesen Allergenen zählt damit auch Milchpulver. Das scheint der Grund dafür zu sein, weshalb der ALS das Milchpulver als Gefrierschutz in Starterkulturen trotz der Einstufung als Quasi-Verarbeitungshilfsstoff als Zutat im Sinne des alten Zutatenbegriffs angesehen hat.²⁶

Insoweit hat der ALS indes übersehen, dass die für das EGGenTDurchfG maßgeblichen Begriffsbestimmungen der Zutat in Art. 2 Nr. 13 der Verordnung 1829/2003 und Art 2 Nr. 8 der Verordnung 1830/2003 (dazu oben 2.) nur auf die Begriffsbestimmung der Zutat in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2000/13/EG verweisen. Damit bezieht sich der Verweis ausdrücklich nicht auf die Regelung für Allergene in Art. 6 Abs. 10 Unterabs. 3 der Richtlinie 2000/13/EG.

Die Sonderregelung für Allergene hat der Unionsgesetzgeber nicht als Bestandteil der Zutatendefinition in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie eingefügt. Sie müssen nicht notwendig Zutaten sein, sondern werden nach dem Regelungswortlaut nur „als Zutaten be-

²⁶ Folie 9 der Präsentation des LVI Oldenburg, oben Fn. 1.

trachtet“. Es handelt sich also um eine Zutatenfiktion und nicht um eine Zutatendefinition.

Die Unbeachtlichkeit der Rückausnahme für Allergene hat auch einen guten Grund. Zweck der Sonderregelungen für Allergene ist es, dass Verbraucher Informationen zum Vorhandensein von Allergenen erhalten, damit insbesondere diejenigen Verbraucher, die unter einer Lebensmittelallergie leiden, eine fundierte Wahl treffen und Lebensmittel auswählen können, die für sie unbedenklich sind.²⁷

Diese spezifische Zweckbestimmung wäre für die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung nur dann relevant, wenn z.B. Milcherzeugnisse von Tieren, die mit gentechnisch veränderten Futtermitteln gefüttert wurden, spezifische Allergien auslösen könnten, die durch vergleichbare Milcherzeugnisse von Tieren, die „ohne Gentechnik“ gefüttert wurden, nicht auftreten. Uns ist nicht bekannt, dass es solche spezifischen Gentechnik-Allergien gibt. Wenn es sie aber gäbe, müsste eine entsprechende Kennzeichnung verpflichtend sein, wie dies bei der Allergen-Kennzeichnung in Art. 21 LMIV generell der Fall ist. In jedem Fall wäre es zweckwidrig, die Sonderregelung für Allergene im Rahmen der freiwilligen Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung des EGGentDurchfG anzuwenden.

Im Ergebnis rechtfertigen die Regelungen zur Allergen Kennzeichnung also nicht, einen Stoff nur deshalb als Zutat einzustufen, weil er allergene Wirkungen haben kann. Aus diesem Grund ist die Regelungstechnik der LMIV gegenüber der früheren Regelung der Richtlinie 2000/13/EG zu Recht dahingehend geändert worden, dass Allergene nicht mehr mit Hilfe einer Fiktion in den Zutatenbegriff „hineindefiniert“ werden. Stattdessen ist vielmehr die Informationspflicht dahingehend ausgeweitet worden, dass im Zutatenverzeichnis nicht nur allergene Zutaten, sondern auch allergene Verarbeitungshilfsstoffe angegeben werden müssen.²⁸

²⁷ So Erwägungsgrund 24 LMIV, ähnlich bereits die Erwägungsgründe 1 bis 9 der Richtlinie 2003/89/EG vom 10.11.2003 zur Änderung der Richtlinie 2000/13/EG, ABl. EG Nr. L 308 vom 25.11.2003 S. 15 ff.

²⁸ Art. 9 Abs. 1 Buchst. c und Art. 21 LMIV.

6. Ergänzende Überlegungen zum Regelungszweck

Bei der Auslegung gesetzlicher Anforderungen ist neben dem Wortlaut und der Gesetzssystematik auch stets der Regelungszweck der maßgeblichen Vorschriften zu beachten.

Insofern bestätigt der Regelungszweck der Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung, dass es der Absicht des Gesetzgebers widerspräche, wenn die Auslobung von Käse ohne Gentechnik daran scheitern würde, dass auf dem Markt keine Starterkulturen verfügbar sind, bei denen als Gefrierschutz nur Milchpulver „ohne Gentechnik“ verwendet wird. Das ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich mit den Anforderungen des Biorechts.

Die Regelungen der Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung sind ebenso wie die Regelungen für Bioprodukte dadurch gekennzeichnet, dass die Herstellung der entsprechend gekennzeichneten Produkte der jeweiligen Zielvorstellung (Vermeidung von Gentechnik, ökologische Produktion) möglichst nahe kommen soll. In beiden Rechtsgebieten würde jedoch ein rigoroser und radikaler Ausschluss aller Verfahren, die diesen Zielen widersprechen, in der gesamten Herstellungskette der jeweiligen Lebensmittel dazu führen, dass es für viele Enderzeugnisse unmöglich wäre, Produkte in entsprechender Qualität anzubieten. Notwendig sind deshalb Kompromisse, um die jeweiligen Ziele möglichst weitgehend zu erreichen, aber die praktische Erfüllbarkeit der Anforderungen durch die beteiligten Unternehmen zu gewährleisten.

Sowohl für die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung als auch für die Bioproduktion ist die Verwendung gentechnischer Verfahren weitestgehend ausgeschlossen. Allerdings unterscheiden sich die jeweiligen Regelungstechniken. So darf für die Herstellung von Bio-Lebensmitteln tierischer Herkunft grundsätzlich nur ökologisch erzeugte Futtermittel verwendet werden.²⁹ Da die Verwendung von Gentechnik im ökologischen Landbau generell verboten ist,³⁰ ist dadurch auch für die Erzeugung des Futtermittels zugleich die gentechnikfreie Fütterung gewährleistet. Für die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung ist dagegen eine spezielle Regelung zur Fütterung erforderlich (§ 3a Abs. 4 EGGenTDurchfG). Diese unterschiedliche Regelungstechnik führt in Details zu unterschiedlichen Anforderungen, ohne dass die eine oder die andere Regelung gene-

²⁹ Art. 14 Abs. 1 Buchst. d EG-Öko-Basisverordnung 834/2007.

³⁰ Art. 9 EG-Öko-Basisverordnung 834/2007.

rell ein größeres Maß der Vermeidung von Gentechnik verlangen würde. So sind teils die Anforderungen an Bioprodukte strenger (z. B. hinsichtlich der Verwendung von durch GVO hergestellten Stoffen in Futtermitteln) teils die Anforderungen der Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung (z. B. hinsichtlich zufälliger und technisch unvermeidbarer Spuren von GVO und daraus hergestellten Stoffen in Lebensmitteln). Für den Teilbereich der Verwendung von durch GVO hergestellten Stoffen sind die Anforderungen beider Bereiche dagegen dadurch harmonisiert, dass die Ohne-Gentechnik-Anforderungen unmittelbar auf die Anforderungen des Biorechts verweisen (vgl. nur § 3a Abs. 5 und 6 EGenTDurchfG).

Deshalb erscheint es zulässig, sich für die Auslegung der Ohne-Gentechnik-Kennzeichnungsanforderungen in Zweifelsfällen an den Regelungen des Biorechts zu orientieren.

Für Starterkulturen regelt das Bioproduktrecht, dass Zubereitungen aus Mikroorganismen und Enzymen, die üblicherweise bei der Lebensmittelherstellung verwendet werden dürfen, auch in der ökologischen Produktion verwendet werden dürfen.³¹ Es handelt sich damit um Produkte, die ausnahmsweise auch dann eingesetzt werden dürfen, wenn sie nicht nach Maßgabe spezifischer biorechtlicher Vorschriften erzeugt wurden. Damit gelten für Bioprodukte keine besonderen Anforderungen hinsichtlich der Fütterung der Tiere, von denen das als Gefrierschutz verwendete Milchpulver stammt. Auch aus dem GVO-Verwendungsverbot für Bioprodukte ergeben sich keine weiteren Anforderungen. Denn das GVO-Verwendungsverbot gilt nur für GVO-enthaltende und aus oder durch GVO hergestellte Erzeugnisse.³² Durch GVO hergestellte Erzeugnisse sind nur solche, die unter Verwendung eines GVO als letzten lebenden Organismus im Produktionsverfahren gewonnen sind.³³ In Bezug auf das als Gefrierschutz verwendete Milchpulver ist der letzte lebende Organismus im Produktionsverfahren das Tier. Für die Bioproduktion ist deshalb unerheblich, ob das Futter dieses Tieres GVO enthielt.

³¹ Art. 19 Abs. 2 Buchst. b der EG-Öko-Basisverordnung 837/2007 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 Buchst. b EG-Öko-Durchführungsverordnung 889/2008.

³² Art. 9 der EG-Öko-Basisverordnung 834/2007 i. V. m. Art. 69 Anhang VIII der Öko-Durchführungsverordnung 889/2008 gelten Verkäuferbestätigung.

³³ Art. 2 Buchst. v EG-Öko-Verordnung 834/2007 auf den auch § 3a Abs. 6 Nr. 1 EGenTDurchfG verweist.

Würde danach der fehlende Nachweis der GVO-Freiheit des Futters der Tiere, aus denen die Milch für das als Gefrierschutz in Starterkulturen verwendete Milchpulver stammt, die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung ausschließen, dürften dieselben Starterkulturen ohne weiteres für Bioprodukte eingesetzt werden.

Das widerspräche erkennbar dem Bestreben des Gesetzgebers des EGGenTDurchfG, für Lebensmittel ohne Gentechnik im Hinblick auf den Verzicht auf GVO ein vergleichbares Anforderungsniveau wie für Bioprodukte zu regeln.