

**Nationale Anbaubeschränkungen und -verbote für gentechnisch veränderte Pflanzen
und ihre Vereinbarkeit mit Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht**

Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz

Mai 2015

Gerd Winter

Prof. Dr. Dr. h.c. (Luzern), Lic. rer. soc.

Universität Bremen

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|--|----|
| I. | Vorüberlegungen | 4 |
| 1. | Entwicklung der Gentechnik im Saatgutbereich | 4 |
| 2. | Entwicklung der Regulierung der Gentechnik..... | 4 |
| 3. | Entwicklung der Regulierung der Wirtschaft im Allgemeinen | 6 |
| II. | Das Opt-Out-Konzept | 8 |
| 1. | Verfahren und Maßnahmeinhalte | 8 |
| 2. | Gründe im Überblick | 10 |
| 3. | Anforderungen an Maßnahmen | 11 |
| | <i>a) Verhältnismäßigkeit</i> | 11 |
| | <i>b) Diskriminierungsverbot</i> | 13 |
| 4. | Gründe und Maßnahmen im Einzelnen..... | 13 |
| | <i>a) Umweltpolitische Ziele</i> | 13 |
| | aa) Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen | 13 |
| | bb) Allgemeine umweltpolitische Wertungen | 14 |
| | <i>b) Stadt- und Raumordnung</i> | 17 |
| | <i>c) Bodennutzung</i> | 17 |
| | <i>d) Sozio-ökonomische Auswirkungen</i> | 18 |
| | aa) Kosten der Koexistenz..... | 18 |
| | bb) Fehlender Nutzen..... | 19 |
| | cc) Verbraucherschutz..... | 20 |
| | <i>e) Verhinderung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet des Artikels 26a</i> | 20 |
| | <i>f) Agrarpolitische Ziele</i> | 21 |
| | aa) Schutz der Agrar-Ökosysteme..... | 21 |
| | bb) Bäuerliche Landwirtschaft | 21 |
| | cc) Biologische Landwirtschaft | 22 |
| | <i>g) Öffentliche Ordnung</i> | 22 |
| | <i>h) Sonstige Gründe</i> | 23 |
| | aa) Ethische Werte..... | 23 |
| | bb) Demokratische Werte..... | 24 |
| | <i>f) Kumulation von Gründen</i> | 25 |
| III. | Vereinbarkeit von Maßnahmen mit dem Grundgesetz | 26 |

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Grundrechte und Schutzpflichten | 26 |
| 2. | Bestimmtheitsgebot | 27 |
| IV. | Vereinbarkeit von Maßnahmen mit EU Primärrecht | 28 |
| 1. | Art. 34/36 AEUV | 28 |
| 2. | Kohärenz-/Konsistenzgebot? | 30 |
| V. | Vereinbarkeit von Maßnahmen mit Völkerrecht | 32 |
| 1. | Abkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS-Abkommen) | 33 |
| | <i>a) Anwendungsbereich</i> | 33 |
| | <i>b) Anforderungen an SPS-Maßnahmen</i> | 36 |
| | aa) <i>Materielle Vorgaben</i> | 36 |
| | aaa) <i>Schutzniveau</i> | 37 |
| | bbb) <i>Maßnahmen</i> | 37 |
| | bb) <i>Methodologische Vorgaben</i> | 39 |
| | <i>c) Anwendung</i> | 40 |
| 2. | Abkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen) | 42 |
| 3. | Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) | 43 |
| VI. | Ergebnis im Überblick | 45 |
| | Zusammenfassung | 46 |

Das folgende Gutachten untersucht, welche Anbaubeschränkungen und -verbote für gentechnisch verändertes Saatgut (sog. Opting Out) auf Grundlage der Richtlinie (EU) 2015/412¹ zulässig sind. Es stellt das Opt-Out-Konzept zunächst in einen weiteren historischen Zusammenhang, charakterisiert es im Einzelnen und prüft mögliche Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen, unionsrechtlichen und welthandelsrechtlichen Anforderungen. Dabei wird die Zulässigkeit von bundesweiten Anbaubeschränkungen und –verboten besonders hervorgehoben.

I. Vorüberlegungen

1. Entwicklung der Gentechnik im Saatgutbereich

Nach wie vor liegt der Schwerpunkt der gentechnischen Veränderung von Saatgut² bei der Erzeugung von Schädlingsresistenz und von Resistenz gegenüber Herbiziden, und zunehmend auch in der Kombination dieser beiden Eigenschaften.³ Die weitere Entwicklung geht in die Richtung einer Vermittlung von Aufwuchsvorteilen (wie z.B. Hitze- und Trockenheitstoleranz) und der Steigerung der Fruchtausbeute (wie des Proteingehalts, des Fruchtertrags, des Stärkegehalts etc.). Sie eröffnet neue ökonomische Chancen, aber auch neue ökologische Risiken, die immer wieder neue politische Abwägungen und Regulierungen herausfordern. Diese werden durch das Opt-Out-Konzept so strukturiert, dass die Entscheidungen nicht europaweit vereinheitlicht werden, sondern Unterschiede zulässig sein sollen.

2. Entwicklung der Regulierung der Gentechnik

Die Gentechnik hat seit ihrem Beginn bis heute Kontroversen provoziert. Diese durchzogen Gesellschaft, Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Sie wurden und werden nicht nur auf deutscher Ebene ausgetragen, sondern auch innerhalb der EU und im Verhältnis der EU und ihrer Mitgliedstaaten mit Drittstaaten. In einer ersten Phase wurden Kompromisse zur Entwicklung eines allgemein verbindlichen Rahmens angestrebt, in einer zweiten Phase, als man merkte, dass die Gegensätze unüberbrückbar waren, wurde um Kompromisse zur Ermöglichung des Nebeneinanders von gentechnischer und konventioneller bzw organischer Landwirtschaft gerungen.⁴

Die erste Phase kann in 4 Etappen geteilt werden:

¹ Richtlinie (EU) 2015/412 vom 11. März 2015 zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG zu der den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeit, den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, ABl. L 68, S. 1.

² Der Ausdruck umfasst im vorliegenden Zusammenhang auch Pflanzgut. Vgl. ähnlich § 1 Saatgutverkehrsgesetz.

³ Die meisten der bei der Europäischen Kommission anhängigen Zulassungsanträge betreffen diese beiden Richtungen. Die Antragsteller sind ganz überwiegend die großen Saatguthersteller Monsanto, Syngenta, DuPont Pioneer und Dow Agro Sciences (vgl. das EFSA Register der anhängigen Anträge, zugänglich auf http://ec.europa.eu/food/dyna/gm_register/index_en.cfm (besucht 14.5.2015)).

⁴ Es deutet sich zur Zeit eine dritte Phase an, in der ein ganz neuer und breiterer Ansatz der Regulierung moderner Biotechnologie entwickelt wird. Dieser würde Techniken stark invasiver Züchtung und bestimmte Ausschnitte der synthetischen Biologie mitumfassen; zugleich würde das – revidierte – Gentechnikrecht in ihm aufgehen. Vgl. dazu G. Winter, H. P. Fricker, P. Knoepfel, Die biotechnische Nutzung genetischer Ressourcen und ihre Regulierung. Ein integrierender Vorschlag, ZUR 2015, S. 259 ff..

- (1) Die Kontroverse um die Einführung der Gentechnik Ende der achtziger Jahre führte zu nationaler und europäischer Gesetzgebung, die die Gentechnik aus dem allgemeineren Recht – für geschlossene Systeme aus dem Anlagenrecht (wie zB dem Immissionsschutz- und Abfallrecht), für Freisetzen und Vermarktung aus dem Produktrecht (wie zB dem Saatgutverkehrsrecht) – herauslöste und spezifisch regelte, so insbesondere im Gentechnikgesetz (GenTG) von 1990 und der Richtlinie (RL) 90/218/EWG und RL 90/220/EWG.
- (2) Eine neue Kontroverse Ende der neunziger Jahre, die u.a. durch die BSE-Krise angefacht wurde, führte zu einer Schärfung des Regimes für Freisetzen und Vermarktung von GVO, insbesondere in Gestalt einer strengen Risikobewertung und Betonung des Vorsorgeprinzips. Das Hauptprodukt war die RL 2001/18/EG.
- (3) Die Kontroverse setzte sich in unter den Mitgliedstaaten unterschiedlichen Risikobewertungen fort. Für gentechnisch veränderte Lebensmittel – der Begriff umfasst in zweifelhafter Interpretation auch Saatgut – wurde die Zulassung daraufhin auf die europäische Ebene hochgezogen, und zwar durch die Verordnung (EG) 1829/2003.
- (4) Dies erzeugte dennoch keinen Konsens in der Zulassungspraxis. Es blieb dabei, dass die befürwortenden und ablehnenden Mitgliedstaaten je keine qualifizierte Mehrheit im Rat erzielten, so dass der Kommission die Entscheidungskompetenz zufiel, von der sie jedoch nur zögerlich Gebrauch machte. Soweit sie dies unter dem Eindruck des WTO-Panels in Sachen EC-Biotech dennoch tat, reagierten die ablehnenden Mitgliedstaaten mit Anbauverboten, die auf die Kompetenz weiterzugehen (Art. 95 EG-Vertrag, jetzt Art. 114 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) oder auf die Schutzklausel des Art. 23 RL 2001/18/EG gestützt waren.

Die zweite Phase brachte die Abkehr von der Vorstellung einer Vollharmonisierung des Saatgutregimes. Statt des „Entweder-Oder“ der Zulassung ging es nun um ein „Sowohl – Als auch“. Zwei Etappen lassen sich unterscheiden:

- (5) Ein weiterer Kompromissversuch war die Einführung von Koexistenzmaßnahmen, die, ohne die harmonisierte gesundheits- und umweltbezogene Risikobewertung in Frage zu stellen, aus ökonomischen Gründen den Anbau, die Verarbeitung und die Vermarktung von gentechnisch veränderten und nicht veränderten Pflanzen voneinander trennen sollten.
- (6) Da Koexistenz schwer zu organisieren ist, veränderte diese Möglichkeit die Mehrheitsverhältnisse bei der Zulassung von Saatgut nicht. So kam es schließlich zu einer tiefer greifenden Lösung: der Zulassung von opting out. Die Mitgliedstaaten sollten die Befugnis haben, den Anbau von an sich zugelassenem Saatgut teilweise oder ganz zu untersagen.

Das Opt-Out-Modell ist ein radikaler Ausweg aus einer langen Kontroverse. Dem Subsidiaritätsprinzip neuen Raum gebend⁵, setzt es auf eine Pluralisierung der Regulierungspraktiken der Mitgliedstaaten. Die Richtlinie, die es einführt, ist demokratisch legitimiert und muss deshalb ernst genommen werden. Ihr kommt ein „effet utile“ zu, der die Nutzung des Opt-Out effektiv ermöglichen muss. Dem würde es widersprechen, wenn

⁵ Vgl. Erwägungsgrund 8 RL (EU) 2015/412: „Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, den Mitgliedstaaten entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip mehr Flexibilität bei der Entscheidung darüber zu gewähren, ob sie GVO in ihrem Hoheitsgebiet anbauen möchten, unbeschadet der in dem System der Union für die Zulassung von GVO vorgesehenen Risikobewertung, [...]“.

durch vielfältige Kautelen wie zB eine überdetaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung versucht würde, den politisch eröffneten Spielraum wieder einzuengen.⁶

3. Entwicklung der Regulierung der Wirtschaft im Allgemeinen

Das Opt-Out-Konzept ist ein neues Lösungsmodell, das auch für die grundlegenden Mechanismen der Landnahme der zweckrationalen Wirtschaft gegenüber der wertrationalen Gesellschaft (M. Weber⁷), oder (in philosophischen Kategorien) der instrumentellen Systemwelt gegenüber der kommunikativen Lebenswelt (Habermas⁸), oder (in Kategorien der Nachhaltigkeit) zwischen der ökonomischen und der sozial-ökologischen Sphäre⁹ wegweisend sein könnte. In einem säkularen politischen Prozess wurde für die Wirtschaftsunternehmen eine konstitutionelle Freiheitsbasis geschaffen, die sich immer weiter in die sozial-ökologische Sphäre ausdehnte. Wesentliche Schritte auf diesem Weg waren die Folgenden:

- (1) Die Grundrechte der Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG), deren Formulierung auf Freiheiten der Person zielt, wurden auf jedwede wirtschaftliche Unternehmung ausgedehnt.¹⁰ Ob der Schuster an der Ecke oder der multinationale Konzern, alle konnten gleichermaßen den Schutz ihrer beruflichen Entfaltung und ihres Sachvermögens reklamieren. Im rechtspolitischen Effekt bedeutete dies, dass jede wirtschaftsregulierende Maßnahme, die sich vorher im politischen Raum bewegte, nun der verfassungsrechtlichen Prüfung unterworfen werden konnte.¹¹
- (2) Die Herstellung des europäischen Binnenmarktes ist seit je im Wortlaut der europäischen Verträge als ein objektives Prinzip formuliert worden¹², wurde aber trotzdem subjektiviert.¹³ In Kombination mit der Dassonville-Formel, die das Prinzip auf jede Produktregulierung, ob sie ausländische und inländische Waren unterschiedlich behandelt oder nicht, erstreckt, hat sie insbesondere die ausländischen Unternehmen berechtigt, alle nationalen Handelsbarrieren auf den

⁶ Ein Beispiel dafür ist das Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung von H.-G. Dederer, Nationale „opt-out“ Möglichkeiten beim Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen (November 2014), das letztlich überhaupt kein bundesweites und kategorisches Anbauverbot für einen GVO zulässig hält.

⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, hrsg. v. J. Winckelmann, Köln (Kiepenheuer & Witsch) 1964, Kap. III § 6.

⁸ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M (Suhrkamp) 2. Aufl. 1982 Bd. 2 S. 229 ff.

⁹ Vgl. G. Winter, *Natur ist Fundament, nicht Säule*, in: GAIA 16/4 (2007): 255 – 260.

¹⁰ Den entscheidenden Schritt tat das BVerfG im Elfes-Urteil, BVerfGE 6, 32 ff. (36 f.); die Ausweitung der Eigentumsgarantie auf den Schutz des Wirtschaftsunternehmens war schon durch das Reichsgericht vorbereitet worden und wurde vom Bundesgerichtshof fortgesetzt. Vgl. H. Rittstieg, *Eigentum als Verfassungsproblem*, Darmstadt (Wiss. Buchgesellschaft) 1975. Die Rechtsprechung zu Art. 12 hat den Schutzbereich von vorhandenen Berufsbildern gelöst und auch „frei gewählte untypische Betätigungen“ einbezogen, gleichwohl aber den personalen Bezug des „Berufs“ hervorgehoben (BVerfGE 7, 377 (397)). Dieser Zusammenhang ist dann im Hinblick auf juristische Personen fast ganz verloren gegangen (vgl. BVerfGE 68, 193 ff. (206); Restbestände in BVerfGE 95, 220 ff. (242)) und lebt nur noch schwach in einer unterschiedlichen Kontrolldichte für einerseits personenbasierte und andererseits kapitalbasierte juristische Personen fort (BVerfGE 99, 367 ff. (389 f.)). Die Begrenzung des Art. 19 Abs. 3 GG auf inländische Personen ist zu Recht per „Anwendungserweiterung“ unionsrechtskonform auf ausländische juristische Personen erstreckt worden (BVerfGE 129, 78 ff. (94 ff.)).

¹¹ Zur Darstellung dieser Entwicklung und ihrer Kritik, die inzwischen verstummt ist, s. H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe (C. F. Müller) 1961, S. 7 ff., 56 ff. Eine späte aber eher farcenhafte Resonanz erhielt die Problematik im Urteil „Reiten im Walde“, s. BVerfGE 80, 137 ff., inbes. Sondervotum Grimm S. 164 ff.

¹² Art. 12 und 13 EWGV, jetzt Art. 34 und 35 AEUV.

¹³ EuGH Rs 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, S. 25 f.; EuGH Rs 8/74 (Dassonville) Rdnr. 7/9.

europäischen Prüfstand zu stellen.

- (3) Der EuGH entwickelte richterrechtlich ein Grundrecht der Unternehmensfreiheit, das ohne jeden personalen Bezug ist und sich gegen europäische Wirtschaftsregulierung wendet. Es ist in Art. 16 der Grundrechtecharta als Unternehmensrecht neben dem Berufsfreiheitsrecht kodifiziert worden.¹⁴
- (4) Die Prinzipien des freien Welthandels der WTO-Verträge blieben zwar formell Rechte der Staaten gegeneinander, es ist jedoch offiziös bekannt, dass die Streitverfahren mittelbar häufig von größeren Unternehmen betrieben werden.

Nun ist auf keiner der angesprochenen Rechtsebenen die Ausweitung und Subjektivierung der Wirtschaftsgrundrechte absolut. Vielmehr stehen sie unter dem Vorbehalt regulierender Eingriffe im Interesse der Gesellschaft und der Umwelt. Doch muss der Regulierungszweck begründet sein und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gehorchen. Dadurch gerät die Wirtschaftsregulierung von vornherein in eine defensive Stellung. Sie wird in gewissem Sinn entpolitisiert, selbst wenn man berücksichtigt, dass die nun zuständig gewordenen Gerichte dem Regelsetzer „Entscheidungsspielräume“ „einräumen“. Zudem hat mit der Subjektivierung der Unternehmensinteressen die Subjektivierung der gesellschaftlichen und ökologischen Interessen nicht Schritt gehalten. Den Einzelnen stehen deshalb, abgesehen von gewissen Schutzrechten bei gesundheitlichen und anderen sektoralen Betroffenheiten, kaum Rekursmöglichkeiten zur Verfügung. Sie sind also auf den politischen Weg verwiesen, letztlich also darauf, dass ihr Staat sich innerhalb seines „Spielraums“ ihrer Interessen regulierend annimmt.

Als legitime Interessen werden im Bereich der Nutzung natürlicher Ressourcen unzweifelhaft solche des Gesundheits- und Umweltschutzes anerkannt. Sie gewinnen dadurch an rechtlichem Gewicht, dass sie nicht lediglich als Ausnahmen von den Wirtschaftsfreiheiten, sondern als mindestens gleichrangige Gegenprinzipien aufgefasst werden. Geltungsgrundlage für sie sind im deutschen Verfassungsrecht zB Art. 2 Abs. 2 Satz 1 (Gesundheitsschutz) und 20a GG (Umweltschutz), im EU-Recht Art. 191 AEUV sowie Art. 3 und 37 GR-Charta und im Welthandelsrecht die Präambel des WTO-Vertrages, Art. XX GATT sowie internationale Verträge des Gesundheits- und Umweltschutzes.¹⁵

Weitgehend unbemerkt sind dagegen solche Gesichtspunkte geblieben, die die Nutzung natürlicher Ressourcen aus anderen als Gesundheits- und Umweltschutzgründen heraus regeln wollen, insbesondere aus solchen Gründen, die man als kulturelle Traditionen der Gesellschaften bezeichnen könnte. Aus dem Verfassungsrecht und dem Unionsprimärrecht sind kaum Fälle bekannt, in denen sie geltend gemacht worden sind.¹⁶ Auf Welthandelsebene ist dies hin und wieder als Mangel erkannt worden, so etwa in einer prominenten Stellungnahme des früheren EG-Handelskommissars Pascal Lamy über die von ihm so genannten *collective preferences*.¹⁷

¹⁴ R. Streinz, *Europarecht*, Baden-Baden (Nomos) 9. Aufl. 2012 Rdr. 767.

¹⁵ Für das Welthandelsrecht E.-U. Petersmann, *Biotechnology, human rights and international economic law*, in: F. Francioni (Hg.) *Biotechnologies and international human rights*, Oxford: Hart Publishing 2007, 229 ff.

¹⁶ M. Kritikos, *Traditional risk analysis and releases of GMOs into the European Union: Space for non-scientific factors?* *European Law Review* 2009, S. 405 – 432.

¹⁷ P.Lamy, *The Emergence of collective preferences in international trade: implications for regulating globalisation*. Speech at the Conference on “Collective preferences and global governance: what future for the multilateral trading system”, Brussels, 15 September 2004, zugänglich unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-400_en.htm?locale=en, aufgesucht am 6.4.2015.

Das europäische Opt-Out-Konzept stellt Gesichtspunkte kultureller Tradition nun in recht umfassender Weise in den Mittelpunkt europäischer und sicherlich auch internationaler Aufmerksamkeit. Solche Traditionen sind in der Geschichte der Nationen und Staaten verwurzelt und dementsprechend schwer harmonisierbar. Sie ermöglichen es zu erklären, warum eine Gentechnik verwendende Landwirtschaft zum Beispiel in Deutschland eher kritisch und in Spanien eher affirmativ beurteilt wird.¹⁸ Angesichts der europarechtlichen Anerkennung solcher Unterschiede darf das beschriebene Ungleichgewicht der Konstitutionalisierung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Interessen nun nicht einfach reproduziert werden. Die gesellschaftlichen Interessen würden von vornherein wieder ins Hintertreffen geraten, wenn die auf sie gestützten Maßnahmen in den Anwendungsbereich höherrangiger Normen fielen, die so interpretiert werden, dass die Gründe für die Maßnahmen fast nie zum Zuge kommen. Dies kann vermieden werden, sei es durch eine konzentrierte Analyse der Anwendungsbereiche höherrangiger Normen, sei es durch deren Interpretation im Lichte der Ermöglichung pluraler kultureller Traditionen.

II. Das Opt-Out-Konzept

Nach dieser allgemeinen Vorklärung sind nun die im vorliegenden Zusammenhang relevanten Regelungen des neuen Opt-Out-Konzepts vorzustellen. Richtlinie(EU) 2015/412 ändert Richtlinie 2001/18/EG durch Änderung des Art. 26a und Einfügung der neuen Art. 26b und Art. 26c. Kern der Regelung ist der neuen Art. 26b. Er regelt das Verfahren, die Inhalte von Maßnahmen, die legitimen Gründe und bestimmte Anforderungen an Maßnahmen.

1. Verfahren und Maßnahmeinhalte

Zwei mögliche Verfahren werden ausgewiesen:

- (1) Ein Mitgliedstaat kann in einem Zulassungsverfahren für gentechnisch verändertes Saatgut durch Erklärung gegenüber der Kommission dazu auffordern, dass in der Zulassung der geografische Geltungsbereich einschränkt wird. Das Zulassungsverfahren kann rechtlich gesehen auf eine nationale Zulassung (gemäß RL 2001/18/EG) oder auf eine Zulassung durch die Kommission (gemäß VO (EG) 1829/2003¹⁹) zielen; tatsächlich sind seit Inkrafttreten der VO (EG) 1829/2003 wohl alle Anträge mit dem Ziel einer Kommissionszulassung gestellt worden. Die Kommission leitet die Aufforderung an den Antragsteller weiter. Dieser kann den Antrag insoweit anpassen, muss dies aber nicht tun. Passt er ihn an, ist dies für die Zulassung zu Grunde zu legen.²⁰
- (2) Hält der Antragsteller an seinem Antrag fest, kann der Mitgliedstaat, nachdem er der Kommission Gelegenheit für „zweckdienliche Bemerkungen“ gegeben hat, selbst Anbaubeschränkungen oder -verbote erlassen. Der Mitgliedstaat kann auch ohne die

¹⁸ In Deutschland kommen Erklärungen in Betracht, die auf die deutsche Romantik, auf ganzheitliche Traditionen der Naturwissenschaft und Philosophie, ein Lernen aus der nationalsozialistischen Rassenideologie und anderes zurückführen.

¹⁹ Zur Fragwürdigkeit der Anwendbarkeit der auf Lebens- und Futtermittel bezogenen VO (EG) 1829/2003 auf Saatgut s. G. Winter, Das Inverkehrbringen von unerkannten gentechnisch veränderten Organismen – Ein Problem? Ein gelöstes Problem?, NVwZ 2005, 1133 ff. (dort Fn. 13).

²⁰ Art. 26b Abs. 1 RL (EU) 2015/412.

erststufige Aufforderung direkt Anbaubeschränkungen oder -verbote erlassen.²¹

Das Verfahren ist also nicht notwendig zweistufig, vielmehr kann es auch einstufig verlaufen. Die Anbaubeschränkung oder -untersagung kann aber erst erfolgen, wenn der betreffende GVO vorher zugelassen worden ist.

Die Anbaubeschränkung oder -untersagung kann sich auf einen GVO oder eine „Gruppe von nach Kulturpflanzen oder Merkmalen festgelegten GVO“ beziehen.²² Dies bedeutet, dass der Mitgliedstaat nicht pauschal untersagen darf, dass gentechnisch verändertes Saatgut angebaut wird. Vielmehr kann dies nur spezifisch für ein bestimmtes Saatgut oder eine bestimmte Gruppe von Saatgut erfolgen.

Die Gruppe kann nach Kulturpflanzen oder Merkmalen bestimmt werden. Ein Beispiel wäre eine Anbaubeschränkung oder -untersagung für bestimmte modifizierte Kulturpflanzen, die Wildpopulationen aufweisen, oder eine Anbaubeschränkung/-untersagung für Pflanzen mit Herbizidresistenz oder Pestresistenz. Soll eine Anbaubeschränkung/-untersagung für eine ganze Gruppe angeordnet werden, so kann, weil lediglich einzelne zugelassene GVO geregelt werden können, dies nur in der Weise erfolgen, dass eine bestimmte Regelungspraxis in Gang gesetzt wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit für die Antragsteller empfiehlt es sich, diese Praxis durch programmatische Erklärung der zuständigen Ministerien vorher anzukündigen.

Die Anbauregelung kann die Form eines Anbauverbots annehmen oder bestimmte Anbaumodalitäten festlegen. Sie kann auf bestimmte Gebiete beschränkt sein oder sich auf das ganze Staatsgebiet erstrecken.²³ Ersteres wird dann naheliegen, wenn der einschlägige Regelungsgrund gebietsspezifisch ist (wie z.B. die Freihaltung von Naturschutzgebieten), letzteres, wenn der Regelungsgrund allgemeingültig ist.²⁴

Zuständig für die Entscheidung über Anbauregelungen können aus Sicht der Richtlinie der Bund, die Länder oder die Gemeinden sein.

Aus diesen Vorgaben ergeben sich folgende Gestaltungsvarianten:

- lokale oder regionale Anbauregelung (z.B. gentechnikfreie Zone, einzelnes Schutzgebiet, Landschaftsplanung)
- landesweite Anbauregelung
 - auf Gebiete (z. B. bestimmte Naturschutzgebiete) oder Gebietstypen (z.B. alle Naturschutzgebiete) bezogen
 - allerorts für das gesamte Landesgebiet
- bundesweite Anbauregelung
 - auf Gebietstypen bezogen (zB Naturschutzgebiete, wertvolle Agrarbiotope)
 - allerorts für das gesamte Bundesgebiet

Wenn viele gebietsbezogene Regelungen zusammentreffen, wie z.B. solche für alle Gebiete bestimmter Naturschutzkategorien einschließlich Abstandsflächen, alle wertvollen Agrarbiotope einschließlich Abstandsflächen, alle Vorranggebiete für biologische Landwirtschaft einschließlich Abstandsflächen und alle Agrarflächen ohne Befallsrisiko kann

²¹ Art. 26b Abs. 3 RL (EU) 2015/412.

²² Art. 26b Abs. 3 Satz 1 RL (EU) 2015/412.

²³ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 RL (EU) 2015/412.

²⁴ Näheres dazu unten zu 2..

es sich ergeben, dass in den Anbaugebieten eines bestimmten Saatguts (etwa Mais oder Raps) kaum noch geeignete Flächen übrigbleiben und sich schon deshalb eine Regelung allerorts anbietet. Eine Regelung allerorts ergibt sich vor allem aber aus solchen Gründen, die nicht gebietsspezifisch angelegt sind (z. B. sozio-ökonomische Auswirkungen eines herbizidresistenten GVO).²⁵

Für die Aufforderung auf der ersten Stufe ist keine Begründung vorgeschrieben. Es empfiehlt sich aber, eine solche in cursorischer und unverbindlicher Form vorzulegen, um den Antragsteller zu einer Anpassung seines Antrags zu bewegen bzw. ihm die Beurteilung der Aussichten seines Antrags zu erleichtern.²⁶ Dagegen ist für Anbaubeschränkungen/-verbote verbindlich vorgeschrieben, dass die Gründe darzulegen ist²⁷, und zwar solche aus dem in Art. 26b aufgeführten Katalog. Die Gründe werden unten zu 2. näher behandelt.

Unberührt bleibt, dass ein Mitgliedstaat nach Art. 114 AEUV weitergehen oder die Schutzklausel des Art. 23 RL 2001/18/EG nutzen kann, wenn die jeweiligen Voraussetzungen dafür gegeben sind.

2. Gründe im Überblick

Als mögliche Gründe für Anbaubeschränkungen/-verbote zählt Art. 26b Abs. 2 auf:

- a) umweltpolitische Ziele; b) Stadt- und Raumordnung; c) Bodennutzung; d) sozioökonomische Auswirkungen; e) Verhinderung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet des Artikels 26a; f) agrarpolitische Ziele; g) öffentliche Ordnung.

Da diese nur „beispielsweise“ genannt sind, können weitere Gründe hinzutreten.

Die Gründe müssen zwingend sein.²⁸ Sie können zusammen oder – außer dem Grund „öffentliche Ordnung“ – einzeln angeführt werden.²⁹ Dies soll „je nach den besonderen Gegebenheiten in dem Mitgliedstaat, der Region oder dem Gebiet, in dem die Maßnahmen zur Anwendung kommen sollen“, erfolgen.³⁰

Von entscheidender Bedeutung ist, ob die Gründe in generalisierter Form genannt werden dürfen, oder ob jeweils eine genaue Konkretisierung erfolgen muss, im Beispiel, ob im Rahmen des Grundes „agrarpolitische Ziele“ und der Zielsetzung „Verhinderung von Monokulturen“ nachgewiesen werden müsste, dass das betreffende gentechnisch veränderte Saatgut in genau bestimmter Weise zu genau bestimmten Monokulturen beiträgt.

Für eine solche Konkretisierungspflicht könnte sprechen, dass die Gründe, wie erwähnt, „je nach den besonderen Gegebenheiten in dem Mitgliedstaat, der Region oder dem Gebiet [...]“ angeführt werden sollen. In diese Richtung scheint auch Erwägungsgrund 6 der RL (EU) 2015/412 zu weisen, wenn es dort heißt:

²⁵ Näheres dazu unten zu 2.

²⁶ Dederer, Gutachten S. 61 f., sieht in der Aufforderung bereits einen Eingriff in Grundrechte der Hersteller und Landwirte. Wenn dem so ist, müsste man eine Pflicht zur Begründung annehmen. M.E. ist der Schutzbereich der Grundrechte aber noch nicht getroffen. Die Aufforderung soll ja gerade eine Maßnahme und damit einen Grundrechtseingriff vermeiden helfen.

²⁷ Art. 26b Abs. 4 RL (EU) 2015/412.

²⁸ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 RL (EU) 2015/412.

²⁹ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz RL (EU) 2015/412.

³⁰ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz RL (EU) 2015/412.

„Der Anbau könnte jedoch in bestimmten Fällen mehr Flexibilität erfordern, da es sich um ein Thema mit ausgeprägter nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung handelt, weil es mit der Bodennutzung, den örtlichen landwirtschaftlichen Strukturen und dem Schutz oder der Erhaltung von Lebensräumen, Ökosystemen und Landschaften verknüpft ist.“

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Gründe sich auf die Gegebenheiten³¹ „in dem Mitgliedstaat“, also in dem Staat als Ganzem, beziehen können, und dass die eröffnete Flexibilität mit dem „Thema mit ausgeprägter nationaler [...] Bedeutung“, also nicht nur regionaler oder lokaler Bedeutung erklärt wird. Auch wenn Erwägungsgrund 8 der RL (EU) 2015/412 betont, dass

„die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher, Landwirte und Wirtschaftsteilnehmer gewahrt werden, während mehr Klarheit für alle Beteiligten hinsichtlich des Anbaus von GVO in der Union geschaffen wird“

so löst sich dieser Zweck vom lokalen und regionalen Bezug. Dies zeigt sich folgerichtig darin, dass, wie erwähnt, die Maßnahme sich auf einen ganzen Mitgliedstaat erstrecken darf, und dass das Anbauverbot neben der bloßen Anbaubeschränkung genannt wird. Je allgemeiner gültig die Gründe sind, desto eher ist eine bundesweite Anbaubeschränkung/-untersagung zulässig. Manche allgemeinen Ziele sind überhaupt nur durch bundesweite Maßnahmen erreichbar. Zum Beispiel liegen für ein umweltpolitisches Ziel des Schutzes der Integrität von Ökosystemen, für ein sozio-ökonomisches Ziel der Vermeidung von „nutzlosen Risiken“, für ein agrarpolitisches Ziel der Förderung bäuerlichen Landwirtschaft oder für ein ethisches Ziel der Eigenart der Kreatur bundesweite Maßnahmen nahe.³²

Bei Anwendung der Gründe ist der effet utile des Opt-Out-Konzepts zur Geltung zu bringen, nämlich die Ermöglichung, nicht die Verhinderung einer Pluralisierung der Anbauregelungen durch die Mitgliedstaaten. Zugleich ist maßgeblich, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in ständiger Rechtsprechung judicial self-restraint im Hinblick auf Entscheidungen demokratisch legitimierter Institutionen sowohl auf europäischer wie auf mitgliedstaatlicher Ebene praktiziert, m.a.W. einen politischen Handlungsspielraum anerkennt.³³

3. Anforderungen an Maßnahmen

a) Verhältnismäßigkeit

Die Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein.³⁴ Besonders bedeutsam ist dabei die Prüfung, ob eine Maßnahme „erforderlich“ ist, d.h., ob das Ziel durch eine alternative Maßnahme, die für die Betroffenen weniger belastend ist, ebenso gut erreicht werden könnte. Dederer schlägt für Anbaubeschränkungen/-verbote die folgenden „Faustregeln“

³¹ Der Ausdruck „Gegebenheiten“ bezieht sich nicht zwingend nur auf Geographisches, sondern kann auch auf die gesellschaftlichen Bedingungen, also etwa die besonderen kulturellen Traditionen der Bevölkerung eines Mitgliedstaates im Vergleich mit denen anderer Mitgliedstaaten bezogen werden.

³² Zu solchen Gründen s. näher unten zu 4.

³³ Dies gilt für Grundrechtseingriffe durch EU-Rechtsakte wie auch (in teils geringerem Maß) für Binnenmarktseingriffe der Mitgliedstaaten; s. R. Streinz, *Europarecht Heidelberg* (C. F. Müller) 9. Aufl. 2012 Rdnr. 759 und 847.

³⁴ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 RL (EU) 2015/412.

vor³⁵:

„Beschränkungen des Anbaus eines GVO bilden grundsätzlich mildere Mittel als ein Anbauverbot. Im Fall von Anbaubeschränkungen stellen betriebsbezogene Maßnahmen grundsätzlich mildere Mittel dar als gebietsbezogene Maßnahmen. Denn betriebsbezogene Maßnahmen kann der einzelne Landwirt prinzipiell beeinflussen, während gebietsbezogene Maßnahmen für den zum GVO-Anbau entschlossenen Landwirt verbotsgleiche Wirkung haben.“

Dederer scheint sogar zu verlangen, dass die Perspektive des einzelnen Landwirts und Saatgutherstellers eingenommen werden muss³⁶:

„Für die Frage der Intensität der Betroffenheit der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie kommt es darauf an, welche Nachteile sich für den Landwirt bzw. für Saatguthersteller oder -entwickler aus dem Verbot oder der Beschränkung des Anbaus von GVO ergeben. Auch diese Frage kann nur mit Blick auf die im Einzelfall getroffene Opt-Out-Maßnahme und zumal auf den konkreten GVO beantwortet werden. Insofern wird es beispielsweise darauf ankommen, ob ein Landwirt auf konventionelle oder ökologische Sorten ausweichen kann und welche Auswirkungen dies auf seinen Ertrag und seinen Gewinn, aber auch im Hinblick auf eine zeitliche und physische Belastung hat.“

Ein solcher Bezug auf den Einzelnen verkennt, dass zwischen zwei Arten von Verhältnismäßigkeitsprüfung unterschieden werden muss, nämlich der auf Verwaltungsakte und der auf Rechtsnormen bezogenen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um Verordnungen, also um Rechtsnormen. Dementsprechend sind nicht alternative Einzelmaßnahmen, sondern alternative Strategien zu prüfen.

Bei der normbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt dem Normgeber ein besonderer Ermessensspielraum zu.³⁷ Je anspruchsvoller und allgemeiner das politische Ziel ist, desto größer wird dieser Spielraum, weil die alternativen Instrumente umso vielfältiger werden und sich das Gericht nicht an die Stelle der demokratisch legitimierten Normgeber setzen darf. Im Beispiel der Faustregeln Dederers: Wenn das Ziel der Schutz der Integrität der Ökosysteme ist, hängt es von dem angestrebten Schutzniveau ab, ob die Anbaubeschränkung genügt oder ein Anbauverbot erforderlich ist. Faustregeln sind deshalb kaum hilfreich. Einige Beispiele aus dem Bereich umweltpolitischer Gründe mögen die Arbeitsweise der normbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung weiter illustrieren:

- Wenn als Grund für Anbaubeschränkungen Gentechnikfreiheit aus Naturschutzgründen angegeben und ein Anbauverbot generell für alle Naturschutzgebiete angeordnet wird, ist es nicht geboten, die einzelnen Naturschutzgebiete durchzugehen und zu erörtern, ob sie geschädigt werden würden, ob eine geringere Zahl von Naturschutzgebieten ausreicht, ob Anbaubeschränkungen gegenüber Anbauverboten ausreichen, ob betriebsbezogene Maßnahmen gebietsbezogenen vorzuziehen sind, etc. Unverhältnismäßig wären nur „große“ Alternativen wie zB die Einbeziehung aller Agrarflächen.

³⁵ Dederer, Gutachten S. 58 f.

³⁶ Dederer, Gutachten S. 67.

³⁷ Vgl. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg (C. F. Müller) 30. Aufl. 2014, Rdnr. 289 ff.

- Wenn als Grund die Ungewissheit der Auswirkungsprognosen für einen bestimmten GVO angegeben und ein bundesweites Anbauverbot ausgesprochen wird, ist es nicht geboten zu verlangen, dass die Ungewissheit für jedes einzelne Gebiet belegt wird. Unverhältnismäßig wären wiederum nur „große“ Alternativen wie zB ein Anbauverbot einer ganzen Gruppe von GVO, obwohl der Mitgliedstaat Ungewissheit bisher nur bei allen erfassten GVO angenommen hat.
- Wenn als Grund die Irreversibilität der Ausbringung angeführt wird, muss nicht auf einzelne Bewirtschaftungsmaßnahmen (wie zB Unterflügen von Samenresten, Fruchtwechsel etc) verwiesen werden. Unverhältnismäßig wäre dagegen etwa als „große“ Alternative, wenn mit der genannten Begründung der Anbau einer gentechnisch veränderten Pflanze verboten wird, die so programmiert worden ist, dass sie sich gar nicht reproduzieren kann.³⁸

b) Diskriminierungsverbot

Die Maßnahmen dürfen weiterhin nicht diskriminieren. Gemeint ist hier vermutlich die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 18 AEUV, weil die Diskriminierung nach Herkunft der Produkte bereits im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV geprüft wird. Eine Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit ist bei Anbaubeschränkungen/-verboten kaum je zu erwarten.

4. Gründe und Maßnahmen im Einzelnen

a) Umweltpolitische Ziele

Umweltpolitische Ziele eröffnen ein weites Feld, das jedoch durch die Maßgabe eingegrenzt ist, dass die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu der im Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) stehen dürfen.³⁹ Um den Spielraum, der sich den Mitgliedstaaten im Verhältnis zur UVP des Zulassungsverfahrens eröffnet, näher zu bestimmen, empfiehlt es sich, zwei Aspekte der Risikoregulierung zu unterscheiden, nämlich Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen einerseits und allgemeine umweltpolitische Wertungen andererseits.

aa) Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen

Tatsachenaussagen sind in unserem Zusammenhang vor allem Aussagen über die Charakteristik und die Auswirkungen von GVO. Untrennbar mit ihnen verbunden sind fachliche Beurteilungen (engl: assessment), die wissenschaftlicher Begründung zugänglich sind. Dazu können beispielsweise gerechnet werden: die Auswahl von zu untersuchenden repräsentativen Auswirkungspfaden, die Interpolation von einem Auswirkungspfad auf einen ähnlichen anderen, die Beurteilung der Validität und Verlässlichkeit eines Tests oder eines Ausbreitungsmodells, etc..

Wenn ein Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass eine Tatsachenaussage falsch oder eine fachliche Beurteilung unbegründet ist, darf er nicht einfach davon abweichen, weil er sich

³⁸ Gegen solche Terminatoreigenschaften könnten allerdings agrarpolitische und sozioökonomische Bedenken geltendgemacht werden, etwa, dass sie die Reproduktion durch bäuerliche Landwirtschaft beeinträchtigen.

³⁹ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz RL (EU) 2015/412.

dann in den von Art. 26b RL 2001/18/EG untersagten Widerspruch zu der UVP begeben würde. Er kann dagegen aber im Rechtswege vorgehen.⁴⁰

Anders verhält es sich jedoch, wenn die UVP bestimmte Gesichtspunkte nicht thematisiert, insbesondere, wenn sie bestimmte Auswirkungen nicht untersucht, obwohl dies nach den allgemeinen Regeln der Risikobewertung an sich zulässig oder vielleicht auch geboten ist. Solche Auswirkungen können zB sein:

- Auswirkungen auf bestimmte Nicht-Ziel-Organismen
- Möglichkeit horizontalen Gentransfers
- Nichtberücksichtigung besonders vulnerabler Anbau- oder Naturgebiete
- Entwicklung von Resistenzen gegenüber einem Bt-Saatgut
- Änderung landwirtschaftliche Anbaupraktiken (zB erhöhter Herbizideinsatz bei herbizidresistenten Pflanzen).

Solche nicht untersuchten Auswirkungen können die Mitgliedstaaten ergänzend untersuchen und ihren Maßnahmen zu Grunde legen. Der Grund dafür ist, dass das Verbot des Widerspruchs sich nach Art. 26b RL 2001/18/EG auf die konkret durchgeführte UVP bezieht, nicht auf die allgemeinen Regeln der Risikobewertung, wie sie in Annex II der RL 2001/18/EG und dem Guidance Paper der European Food Safety Authority (EFSA)⁴¹ niedergelegt sind. Allerdings darf der Mitgliedstaat für die zusätzlich anvisierten Auswirkungen nicht einfach Annahmen behaupten, sondern muss für sie nach anerkannten Methoden eine UVP durchführen.

bb) Allgemeine umweltpolitische Wertungen

Von Tatsachenaussagen und fachlichen Beurteilungen zu unterscheiden sind allgemeine umweltpolitische Wertungen (engl: evaluation), d.h. solche, die nicht streng wissenschaftlich bewiesen oder begründet werden können. Während sich die fachlichen Aussagen und Wertungen meist auf lineare Kausalitäten beziehen, sind allgemeine umweltpolitische Wertungen durch eine ganzheitliche Betrachtungsweise geprägt. Manche von ihnen tragen allorts anzuwendende Anbaubeschränkungen/-verbote, andere nur solche Maßnahmen, die auf Gebietstypen bezogen sind. In jedem Fall gilt, dass die Maßnahmen sich nur auf ein bestimmtes Saatgut richten, nicht auf gentechnisch verändertes Saatgut im Allgemeinen. Als umweltpolitische Gründe, die auf die genannten allgemeinen umweltpolitischen Wertungen gestützt werden können, kommen in Betracht:

- auf Gebietstypen bezogen
 - eine Freihaltung von Gebietstypen von jeglicher Präsenz von GVO aus wissenschaftlichen Gründen (Referenzgebiete)
 - eine Freihaltung von Gebietstypen aus Gründen des Natur- und Artenschutzes (Erhaltung der Selbstorganisation der evolutionären Dynamik)⁴²

⁴⁰ Zuständig wäre der EuGH, s. Art. 51 a) EuGH-Satzung.

⁴¹ EFSA Panel on Genetically Modified Organisms (GMO), Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants. EFSA Journal 2010;8(11):1879. [111 pp.]. doi:10.2903/j.efsa.2010.1879. Zugänglich auf <http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1879.htm> (besucht 13.5.2015).

⁴² Dazu s. B. Breckling, W. Züghart, Die Etablierung einer ökologischen Langzeitbeobachtung beim großflächigen Anbau transgener Nutzpflanzen. In: M. Lemke, G. Winter (Hrsg.), Bewertung von Umweltauswirkungen von

- eine Freihaltung von Gebietstypen aus agrarökologischen Gründen (Erhaltung der Biodiversität in wertvollen Agrarbiotopen)⁴³
- allerorts anzuwenden
 - eine kritische Sicht auf die Methodik des Vergleichs des GVO mit seinen Elternorganismen (Familiaritätskriterium) oder mit anderen Komparatoren⁴⁴
 - ein grundsätzlich vorsichtigeres Verständnis des Ungewissheitsproblems⁴⁵
 - eine andere Einschätzung der Wahrscheinlichkeit von horizontalem Gentransfer⁴⁶
 - eine Betonung der Irreversibilität der Ausbringung vermehrungsfähiger GVO
 - eine längerfristige Zeitperspektive auf die Entstehung nachteiliger Auswirkungen
 - epigenetische Effekte, d.h. unbeabsichtigte Effekte auf der Ebene der Genregulation⁴⁷; unerwartete Änderungen im Stoffwechsel durch die eingebaute Fremd-DNA
 - Verhinderung von mittelbaren agrarökologischen Auswirkungen von herbizidresistenten und insektiziden gentechnisch veränderten Pflanzen⁴⁸
 - Vermeidung von Klimaeffekten einer durch GVO-Anbau geförderten Industrialisierung der Landwirtschaft⁴⁹
 - Ablehnung der Akzeptabilität verbleibender Risiken

Ganzheitliche Gesichtspunkte, die einen Systemansatz repräsentieren, werden teilweise auch als Aufgabe der UVP vorgesehen, so dass sich die Frage stellt, ob sich das Verbot eines Widerspruchs zur UVP auch auf sie bezieht. So stellt Annex II der RL 2001/18/EG unter D 2.

gentechnisch veränderten Organismen im Zusammenhang mit naturschutzbezogenen Fragestellungen, Umweltbundesamt Berichte, 3/01, Berlin (Schmidt Verlag), S. 319-343.

⁴³ Dies ist ein Ziel der Nationalen Biodiversitätsstrategie, s. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt, 2007, S. 47 ff. Zugänglich auf www.biologischesvielfalt.de/fileadmin/NBS/documents/broschuere_biolog_vielfalt_strategie_bf.pdf (besucht 12.5.2015).

⁴⁴ Zum Beispiel ist der Vergleich von gentechnisch veränderten insektiziden Pflanzen mit dem Einsatz chemischer Insektizide problematisch, weil letztere nur vorübergehend angewendet werden, erstere aber ständig vorhanden sind.

⁴⁵ Zum Beispiel im Hinblick auf die Auswirkungen von Bt-Toxinen, die von der Bt-Pflanze in die Umwelt gelangen, auf sensible Arten.

⁴⁶ Zum Streitstand s. Statement of EFSA on the consolidated presentation of opinions on the use of antibiotic resistance genes as marker genes in genetically modified plants, The EFSA Journal (2009) 1108, 1-8.

⁴⁷ Wie z.B. Gene Silencing, also eine Stilllegung des Transgens, Positionseffekte (im molekularen Kontext, in den ein Gen integriert ist) und pleiotrope Effekte (ein Gen beeinflusst mehrere Merkmale zugleich). Vgl. Moch et al., Epigenetische Effekte bei transgenen Pflanzen: Auswirkungen auf die Risikobewertung. BfN-Skripten Bd.187, 2006

http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/service/Skript187_gesamt.pdf.

⁴⁸ Wie bei einem herbizidresistenten Saatgut, das die Ausbringung von Breitbandherbiziden nach sich zieht, was wiederum die Biodiversität bedroht, oder wie bei einem insektiziden Saatgut, das Toxine in den Boden einträgt und das neue Resistenzen verursacht. Vgl. M. S. Heard et al., Weeds in fields with contrasting conventional and genetically modified herbicide-tolerant crops. I. Effects on abundance and diversity. Phil. Trans. R. Soc. Lond. B 358/2003, S. 1819-1832.

⁴⁹ S. noch unten zu 4. f).

u. a. auf spätere direkte und indirekte Interaktionen der gentechnisch modifizierten Pflanze in Ökosystemen sowie auf spätere direkte und indirekte Auswirkungen auf landwirtschaftliche Techniken ab. Solche allgemeinen umweltpolitischen Gesichtspunkte sind meist hoch umstritten. Sie werden in der UVP-Praxis manchmal mit angesprochen, aber meist in der Art pauschaler Feststellungen, dass insoweit bisher keine Untersuchungen vorlägen oder nach dem Stand der Forschung keine Bedenken bestünden. Solche Bemerkungen sind nicht als empirisch fundierte wissenschaftliche Aussagen, sondern als Meinungsäußerungen zu qualifizieren. Von ihnen können die Mitgliedstaaten abweichen, ohne sich mit der UVP in Widerspruch zu setzen. Denn die UVP ist ein Verfahrensdokument, das Fakten und mit ihnen unvermeidlich verbundene fachliche Beurteilungen zusammenstellt. Als wissenschaftliche Operation kann sie eigentlich nur zu der Schlussfolgerung kommen, dass die untersuchten Auswirkungen unter Berücksichtigung eines bestimmten Ungewissheitsmaßes eine bestimmte Wahrscheinlichkeit aufweisen.

Von der UVP in diesem prozeduralen Sinne der Aufbereitung der wissenschaftlichen Basis ist die Entscheidung über das Risiko (engl. risk management) zu unterscheiden. In diesem treten die allgemeinen umweltpolitischen und sonstige politische Wertungen ergänzend hinzu. Sie können im Rahmen des Ermessensspielraums, den Art. 15 Abs. 2 und 3 RL 2001/18/EG sowie auch Art. 7 Abs. 1 und 19 Abs. 1 VO (EG) 1829/2003 eröffnen⁵⁰, zur Geltung kommen. Soweit UVPen sich durch grobe Abschätzungen, Bewertung der Akzeptabilität von Risiken und sogar Handlungsempfehlungen in diesen Argumentationsraum hineinbegeben, nehmen sie an dem allgemeinen umweltpolitischen Diskurs teil. Sie treffen insoweit keine verbindliche wissenschaftliche Feststellung, sondern äußern eine sicherlich gewichtige, aber unverbindliche Meinung, von der der Mitgliedstaat bei seiner eigenen risk management-Entscheidung abweichen kann.

Für die Offenlegung dieser transwissenschaftlichen Gesichtspunkte steht ein besonderer, die UVP abschließender Schritt zur Verfügung, nämlich die übergreifende Risikoevaluierung (engl. overall risk evaluation), der nicht zur eigentlichen risk assessment gehört, sondern eine Brücke zum risk management darstellt. Er wird wie folgt definiert:

“The overall risk evaluation should result in informed qualitative and, if possible, quantitative guidance to risk managers. The applicants should explain clearly what assumptions have been made during the ERA and what is the nature and magnitude of uncertainties associated with the risk(s). When risks are identified in the overall risk evaluation, applicants should indicate why certain levels of risk might be acceptable.”⁵¹

Zusammenfassend verbietet Art. 26b RL 2001/18/EG zwar einen Widerspruch zum risk assessment, schließt aber nicht unterschiedliche Auffassungen über die „overall risk evaluation“ aus.⁵² Zwar darf an der Marktzulassung nicht gerüttelt werden, aber hinsichtlich

⁵⁰ Das Ermessen nach Art. 15 Abs. 2 und 5 RL 2001/18/EG ergibt sich daraus, dass die beiden genannten Absätze keine Kriterien nennen. Das Ermessen nach Art. 7 und 19 VO (EG) 1829/2003 folgt aus der offenen Formulierung („berücksichtigt“) und der Erwähnung „anderer legitimer Faktoren“.

⁵¹ EFSA Panel on Genetically Modified Organisms (GMO), Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants. EFSA Journal 2010;8(11):1879. [111 pp.]. doi:10.2903/j.efsa.2010.1879. Zugänglich auf <http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/1879.htm>. Das Dokument ist eine Verwaltungsvorschrift ohne rechtliche Verbindlichkeit. Verbindlich sind dagegen die Regeln über die UVP im Anhang II zu RL 2001/18/EG und über die beizubringenden Antragsunterlagen, insbesondere die erforderlichen Tests, nach der DurchführungsVO (EU) 503/2013 der Kommission.

⁵² So wohl auch Europ. Parliament, Committee on the Environment, Public Health and Food Safety

des Anbaus werden Entscheidungsspielräume geöffnet, die insbesondere auf allgemeinen umweltpolitischen Wertungen beruhen können. Zugespißt gesagt, dürfen die Mitgliedstaaten Anbauregelungen auf diejenigen Gründe stützen, die die Kommission in ihrem über das wissenschaftliche risk assessment hinausgehenden risk management geltendmachen darf.

b) Stadt- und Raumordnung

Gemeint ist vermutlich Stadt- und Raumplanung.⁵³ Stadt- und raumplanerische Ziele werden sich inhaltlich mit einerseits umweltpolitischen und andererseits agrarpolitischen Zielen überschneiden, so etwa, wenn Anbaubeschränkungen/-verbote zur Sicherung der Biodiversität und der Vielfalt des agrarischen Genpools festgelegt werden. Die planungsrechtliche Grundlage wäre das Nachhaltigkeitsprinzip.⁵⁴ Selbständige stadt- oder raumplanerische Ziele sind sonst kaum ersichtlich. Die Erwähnung von Stadt- und Raumplanung verweist deshalb wohl eher auf die Möglichkeit, planerische Instrumente zu nutzen, um umwelt- oder agrarpolitische Ziele zu erreichen. Hierzu gehört insbesondere die Landschaftsplanung. Die Planung kann auch genutzt werden, um den Anbau von GVO in bestimmten Gebieten zu verbieten. Dies widerspricht nicht dem Verbot einer „Negativplanung“, denn dieses gilt nur für solche Nutzungen, die nach den planungsrechtlichen Grundlagen ausdrücklich erwünscht sind, wie insbesondere Windenergieanlagen.⁵⁵ Der Anbau von GVO genießt diesen Status jedoch nicht. Zudem wäre eine Planung, die Verbote ausspricht, zugleich eine „Aktivplanung“, weil sie bestimmte ökologische und/oder agrarpolitische Ziele verfolgt.⁵⁶

c) Bodennutzung

Auch dieser Grund wird sich meist mit umwelt- und agrarpolitischen Zielen überschneiden. Dies gilt zB für den Eintrag von Toxinen aus insektiziden Pflanzen in den Boden mit seinen Folgen für dessen Mikrobiologie. Spezifisch sind dem Ziel Bodennutzung dagegen Fragen des Einsatzes von Pflanzen für die Dekontamination von Böden. Pflanzen, die dafür programmiert worden sind, könnten mit der Begründung abgelehnt werden, dass Pflanzen mit gleichen Eigenschaften bereits in der Natur vorkommen und die Inkaufnahme zusätzlicher Risiken deshalb nicht nötig sei.

DRAFT REPORT on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Directive 2001/18/EC as regards the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of GMOs in their territory (COM(2010)0375 – C7-0178/2010 – 2010/0208(COD): “The distinction made by the Commission in its explanatory memorandum between a ‘scientific’ assessment conducted at Community level on the one hand, and grounds that have nothing to do with the scientific debate on the environmental impact on the other, is simplistic and takes no account of the complexity of the link between risk assessment and risk management. This distinction also ignores the fact that the failure to consider scientific uncertainties, although provision is made for this in the texts, may make it difficult to reach appropriate risk management decisions, or indeed to apply the precautionary principle. Whether it be the impact of using a herbicide associated with a herbicide-tolerant GM plant, the impact of changes in agricultural practices caused by the use of a GMO, or the risk of harmful insects developing resistance to Bt toxins in a given region, all these aspects involve an assessment of scientific data - or the lack thereof - relating to the environmental impact.”

⁵³ “Town and country planning” in der engl. Fassung. Vgl. auch Erwägungsgrund 15 a.E.

⁵⁴ Vgl. § 1 Abs. 5 BauGB, § 1 Abs. 2 ROG.

⁵⁵ BVerwGE 117, 287 (292 ff.); BVerwGE 118, 33 (46 f.).

⁵⁶ A.A. Herdegen/Kalla, Gutachten S. 30 f., die diesen Unterschied nicht erwägen.

d) Sozio-ökonomische Auswirkungen

Die Berücksichtigung sozio-ökonomischer Auswirkungen, die sich aus dem Anbau eines GVO ergeben könnten, ermöglicht ein weites Feld von Folgenbetrachtungen. Zu ihrer Konkretisierung sind von europäischen und internationalen Sachverständigenkommissionen bisher einige Dokumente verfasst worden, die jedoch über allgemeine Klassifikationen der Analyseschritte und der Bewertungsdimensionen nicht hinauskommen.⁵⁷ Allgemein fehlt es an Daten. Am ehesten sind noch Untersuchungen über die Ertragsituation sowie die Kaufbereitschaft mit und ohne Gentechnik verfügbar.⁵⁸ Möglich sind allerdings nicht nur empirisch belegte, sondern auch durch Anhaltspunkte plausibel gemachte Prognosen.⁵⁹ Dabei ist von grundlegender Bedeutung, dass unter sozio-ökonomischen Auswirkungen nicht lediglich monetär erfassbare, sondern auch nur qualitativ zu beschreibende und zu bewertende Folgen zu verstehen sind.⁶⁰

Als sozio-ökonomische Auswirkungen kommen in Betracht:

- Kosten der Koexistenz
- fehlender Nutzen
- Verbraucherschutz

aa) Kosten der Koexistenz

Als sozio-ökonomische Auswirkungen nennt Erwägungsgrund Nr. 15 der RL (EU) 2015/412 hohe Kosten oder Undurchführbarkeit von Koexistenzmaßnahmen. Kosten sind zu erwarten

- für die gentechnikfrei arbeitende Landwirtschaft insofern, als sie Untersuchungen darüber finanzieren muss, ob ihre Produkte gentechnikfrei sind, wobei dem biologischen Landbau mit seinen strengeren Standards noch höhere Kosten entstehen als dem konventionellen Landbau;
- für die mit Gentechnik arbeitende Landwirtschaft insofern, als sie Abstandsregeln einhalten und gentechnikfreie und gentechnisch veränderte Erzeugnisse getrennt halten und getrennt weiter verarbeiten muss;
- für die Züchter und Hersteller von gentechnikfreiem Saatgut insofern, als sie auf Sortenreinheit achten und dafür Schutzmaßnahmen und Untersuchungen veranlassen müssen;

⁵⁷ European Commission, „Framework for the socio-economic analysis of the cultivation of genetically modified crops. First Reference Document, third Draft, 02 July 2014“, zugänglich auf http://ec.europa.eu/dgs/health_food-safety/dgs_consultations/docs/ag/sum_20141212_pres_4_en.pdf (besucht am 12.5.2015); CBD Secretariat, Report of the Ad hoc Technical Expert Group on Socioeconomic Considerations. Annex: Elements of a framework for conceptual clarity on socio-economic considerations UNEP/CBD/BS/AHTEG-SEC/1/3. 2014. Zugänglich auf <https://www.cbd.int/doc/meetings/bs/bs-ahteg-sec-01/official/bs-ahteg-sec-01-03-en.pdf> (besucht 12.5.2015).

⁵⁸ S. den allerdings sehr oberflächlichen Bericht European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on socio-economic implications of GMO cultivation on the basis of Member States contributions, as requested by the Conclusions of the Environment Council of December 2008. SANCO/10715/2011 Rev. 5 (POOL/E1/2011/10715/10715R5-EN.doc). zugänglich auf http://ec.europa.eu/food/plant/docs/plant_gmo-socio-economic_considerations-socio_economic_report_gmo_en.pdf (besucht 12.5.2015).

⁵⁹ Ähnlich Herdegen/Kalla, Gutachten S. 34 f.

⁶⁰ Das verkennt die Europäische Kommission in ihrem Entwurf eines Framework for the socio-economic analysis of the cultivation of genetically modified crops (oben Fn. 58).

- für die Züchter und Hersteller von gentechnisch modifiziertem Saatgut insofern, als sie ihre gentechnikbasierten und gentechnikfreien Anlagen und Tätigkeiten voneinander separieren müssen;
- für die Lebensmittelverarbeiter und -händler, dass sie gentechnikfreie und gentechniknutzende Verarbeitungen und Vermarktungen voneinander trennen müssen;
- für die behördliche Überwachung, insbesondere dann wenn von Bundesland zu Bundesland und von Region zu Region unterschiedliche Regelungen gelten;
- aus der Vernichtung kontaminierter Produkte und aus Pflichten zum Ersatz von Schäden der betroffenen Landwirte.

Praktisch undurchführbar sind Koexistenzmaßnahmen insbesondere im Bereich kleinteiliger Landwirtschaft, wenn keine ausreichenden Abstandsflächen eingehalten werden können. Würde man in Reaktion auf Untersuchungen von Pollenflugdistanzen⁶¹ die Abstandsflächen stark ausdehnen, würde der Anbau auch in Bereichen mittelgroßer Landwirtschaft unmöglich werden.

Zu erwägen ist, ob Anbaubeschränkungen/-verbote nach Art. 26b RL 2001/18/EG sich genau von Koexistenzregelungen nach Art. 26a RL 2001/18/EG unterscheiden müssen, etwa in der Weise, dass sie einen größeren Umfang haben müssen.⁶² ME ist dies zu verneinen, weil Art. 26b RL 2001/18/EG Koexistenz eigens als Grund aufführt. Maßnahmen der Koexistenz können deshalb auf eine doppelte Rechtsgrundlage gestellt werden, soweit sie den Voraussetzungen sowohl von Art. 26a wie von Art. 26b RL 2001/18/EG entsprechen.

bb) Fehlender Nutzen

Eine weitere Dimension der sozio-ökonomischen Auswirkungen ist der Nutzen von gentechnisch modifiziertem Saatgut. Es könnte bezweifelt werden, ob der Gebrauchswert mancher gentechnisch veränderter Produkte besser ist als der der konventionellen oder organischen Landwirtschaft. Allerdings ist es verfassungsrechtlich nicht zulässig, dass der Staat über Gebrauchswerte entscheidet; derartige Bedarfsprüfungen sind die Domäne des Marktes.⁶³

Anders verhält es sich aber, wenn die Frage ansteht, ob Risiken in Kauf genommen werden sollen. So ist z.B. anerkannt, dass bei der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln⁶⁴ die Risiken mit dem Gebrauchswert des Produktes abgewogen werden. Auch in § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG ist eine solche Abwägung vorgesehen. Unausgesprochen dürften Risiko-Nutzen-Abwägungen auch in der Praxis der Zulassung von GVO durch die Europäische Kommission üblich sein, so, wenn eine overall risk evaluation zu dem Schluss kommt, dass ein Risiko oder eine Ungewissheit „acceptable“ sei. Dahinter steckt vermutlich die Überlegung, dass dem Risiko ein größerer Vorteil gegenüberstehe. Verhält es sich umgekehrt, wiegt das Risiko also schwerer als der Vorteil, könnte man von einem „nutzlosen Risiko“ sprechen.

⁶¹ F. Hofmann, M. Otto, W. Wosniok, Maize pollen deposition in relation to distance from the nearest pollen source under common cultivation - results of 10 years of monitoring (2001 to 2010), in: Environmental Sciences Europe 2014, S. 24 ff.

⁶² So anscheinend Dederer, Gutachten S. 49.

⁶³ Ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfG 7, 377 ff. (407 f.) und des EuGH, s. zB EuGH Rs C-203/96. (Dusseldorp) Rdnr 44.

⁶⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 3 VO (EG) 1107/2009.

Die Gebrauchswertbetrachtung kommt zum Beispiel bei der Anreicherung von gentechnisch veränderten Pflanzen mit bestimmten Stoffen in Betracht, wie z.B. dem Einbau von Vitamin A-Erzeugung in eine Kartoffelsorte. Ein Mitgliedstaat könnte entscheiden, dass dies, weil die Konsumenten ebenso gut Karotten essen können, den Gebrauchswert nicht so erheblich steigere, dass ein verbleibendes Risiko der gentechnischen Veränderung akzeptabel sei. Oder er könnte entscheiden, dass die Anreicherung des Stärkegehalts von Kartoffeln nicht erwünscht sei, weil die knappe landwirtschaftliche Fläche des Kartoffelanbaus für Lebensmittel reserviert werden solle. Gleiches wäre denkbar hinsichtlich der Veränderung von Mais zum Zwecke besserer Ausbeute bei Verwendung zur Energieerzeugung.

Der Nutzen kann auch in Bezug auf die landwirtschaftliche Produktionsweise beurteilt werden. So könnte ein Mitgliedstaat der Auffassung folgen, dass die herbizidresistente Pflanze zur Ausbringung von mehr Breitbandherbiziden führt als dies in der konventionellen Landwirtschaft üblich ist. Es könnte auch vertreten werden, dass eine insektizide Eigenschaft in Deutschland oder in manchen Regionen gar nicht notwendig ist, weil die bekämpfte Schädlingsart dort gar nicht auftritt, dass deshalb eine „nutzlose“ Eigenschaft vorliegt.

cc) *Verbraucherschutz*

Art. 38 GR-Charta lautet:

„Die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

Es fragt sich, ob daraus abzuleiten ist, dass Mitgliedstaaten den Anbau von GVO beschränken dürfen, wenn ihre Verbraucher den GVO-Anbau mehrheitlich ablehnen. Art. 38 gilt primär für die Institutionen der EU, ist aber nach Art. 51 Abs. 1 GR-Charta auch von den Mitgliedstaaten zu beachten. Verbraucherschutz dient u.a. der Wahlfreiheit der Verbraucher. Diese ist bedroht, wenn wegen der unvermeidbaren Kontamination der Produktionskette durch GVO keine GVO-freien Produkte mehr konsumiert werden könnten. Eine solche Begründung wäre demnach legitim. Sie müsste aber noch gegen die Wahlfreiheit derjenigen Verbraucher, die gentechnisch veränderte Produkte präferieren (wenn es solche denn gibt), abgewogen werden.

e) ***Verhinderung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet des Artikels 26a***

Dieser Grund bezieht sich auf den ökonomischen Gesichtspunkt, dass durch die Verwendung gentechnisch modifizierter Pflanzen eine Produktions-, Verarbeitungs- und Handelskette in Gang gesetzt wird, die nur schwer von der entsprechenden Kette für nicht modifiziertes Saatgut getrennt werden kann. Der Umstand, dass die auf Art. 26a RL 2001/18/EG gestützten Maßnahmen der Koexistenz gentechnischer und konventioneller/organischer Landwirtschaft unberührt bleiben, bedeutet, dass stärker eingreifende Maßnahmen zulässig sein sollen. Es sind demnach Maßnahmen zulässig, die den Korridor um die konventionelle bzw. biolandwirtschaftliche Kette über Koexistenzmaßnahmen hinaus ausweiten. Ein Mitgliedstaat kann auch entscheiden, hinsichtlich bestimmter Produkte, deren Verarbeitungskette lang und verwoben ist, den Anbau ganz zu untersagen, um Kontaminationen sicher auszuschließen.

f) Agrarpolitische Ziele

Als agrarpolitische Ziele kommen u. a. der Schutz der Agrar-Ökosysteme, die Erhaltung bäuerlicher Landwirtschaft und die Förderung biologischer Landwirtschaft in Betracht. Sie können teilweise auch als umweltpolitische oder als sozio-ökonomische Ziele rubriziert werden. Diese Überschneidung erklärt sich daraus, dass Landwirtschaft auf funktionierende Ökosysteme, auf ökonomisches Auskommen und auf gesellschaftliche Einbettung angewiesen ist. Die Überschneidung ist unschädlich, weil Gründe ja kumulativ aufgeführt werden können.

aa) Schutz der Agrar-Ökosysteme

Eine Überschneidung mit umweltpolitischen Zielen gibt es u. a. bei folgenden Zielen

- gebietsbezogen: eine Freihaltung von Gebietstypen aus agrarökologischen Gründen (Erhaltung der Biodiversität von wertvollen Agrarbiotopen)⁶⁵
- allorts: Verhinderung von mittelbaren agrarökologischen Auswirkungen von herbizidresistenten und insektiziden gentechnisch veränderten Pflanzen⁶⁶

bb) Bäuerliche Landwirtschaft

Fraglich ist, ob die (neben anderen Faktoren) durch Gentechnik unterstützte Industrialisierung der Landwirtschaft und mit ihr die Verdrängung bäuerlicher Landwirtschaft ein legitimes agrarpolitisches Ziel darstellen, das Anbaubeschränkungen/-verbote rechtfertigt. Es würde sich mit Zielen der Korrektur bestimmter sozio-ökonomischer Auswirkungen überschneiden. Unionsrechtlich wie auch welthandelsrechtlich unzulässig wäre ein reiner Schutz vor Konkurrenz. Wenn man allein auf den betriebswirtschaftlichen Ertragsvergleich abstellt, könnte es sich herausstellen, dass der Einsatz von gentechnisch verändertem Saatgut die Effizienz des Betriebes steigert. Dieser Effekt würde insbesondere bei Großbetrieben auftreten, weil Gentechnik eine weitere Rationalisierung ermöglicht. Hierauf bezogen wäre das Anbauverbot in der Tat ein unzulässiger Konkurrenzschutz.

Die Erhaltung bäuerlicher Landwirtschaft zielt aber auf mehr als auf das Überleben einer (vermeintlich) ineffizienten Wirtschaftsform. Mit ihr gibt es mehr Vielfalt von Saatgut, mehr Vielfalt von Geschmack und Gehalt der Produkte, mehr regionale Märkte, mehr Arbeitsplätze und mehr sozialen und kulturellen Austausch in den heute häufig zu Schlaforten verkümmerten Dörfern.⁶⁷ Es geht also auch um die soziale Dimension der Nachhaltigkeit.⁶⁸ Wie oben ausgeführt, fehlt es im Unions- und Welthandelsrecht bisher an

⁶⁵ S. oben zu 4 a).

⁶⁶ Vgl. oben zu 4 a).

⁶⁷ Vgl. die Umschreibung durch die Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft e.V.: „„Bäuerlichkeit“ - Bäuerliches Leben, Denken und Wirtschaften - bedeutet Verbundenheit mit Hof, Natur und Heimat, Verantwortung für Tiere, Boden und Pflanzen, weitgehend selbstverantwortliches Arbeiten, Denken in Generationen und Kreisläufen, Arbeiten im Zusammenhang mit der Familie oder anderen engen Sozialbeziehungen. Ziel bäuerlichen Wirtschaftens ist natürlich ein möglichst gutes Einkommen, aber stets vor dem Hintergrund des Erhalts von Arbeitsplatz und Hof – und nicht die kurzfristige Maximalrendite von Kapital ohne Rücksichten auf Inhalt und Standort der Produktion. Dies steht im Gegensatz zu einer agrarindustriellen Ausrichtung.“ (zugänglich über http://www.abl-ev.de/fileadmin/Dokumente/AbL_ev/Agrarpolitik/15-03-Beilage_Bauernstimme-kl.pdf).

⁶⁸ Vgl. dazu G. Winter, Agrarrecht zwischen industrieller und nachhaltiger Landwirtschaft, in: U. Meier (Hg.)

dem Gespür für diesen Gesichtspunkt, aber Art. 26b RL 2001/18 könnte ein Anlass und Vehikel sein, diese soziale Blindheit des Handelsrechts zu überwinden.

Dabei wäre Art. 26 des Cartagena Protokolls im Sinne einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation heranzuziehen. In diesem Artikel, der mit „sozioökonomische Erwägungen“ überschrieben ist, heißt es:

„(1) Bei ihrer Entscheidung über eine Einfuhr nach diesem Protokoll oder nach ihren innerstaatlichen Vorschriften zur Durchführung dieses Protokolls können die Vertragsparteien im Einklang mit ihren internationalen Verpflichtungen sozioökonomische Erwägungen berücksichtigen, die sich aus den Auswirkungen lebender veränderter Organismen auf die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt, insbesondere im Hinblick auf den Wert der biologischen Vielfalt für einheimische und örtliche Siedlungsgemeinschaften, ergeben.

(2) Die Vertragsparteien werden ermutigt, bei der Forschung und beim Informationsaustausch über sozioökonomische Auswirkungen lebender veränderter Organismen, insbesondere auf einheimische und örtliche Siedlungsgemeinschaften, zusammenzuarbeiten.“ (Hervorhebung von mir, GW)

Es gibt keinen Hinweis darauf, dass mit den „einheimischen und örtlichen Siedlungsgemeinschaften“ nur solche in Entwicklungsländern und nicht auch solche in Industrieländern gemeint sind.

Die Vorschrift ist nur auf Einfuhrbeschränkungen anwendbar, kann aber *a maiore ad minus* auch auf Anbaubeschränkungen/-verbote ausstrahlen.

Sie steht unter dem Vorbehalt, dass Maßnahmen der Vertragsparteien „im Einklang mit ihren internationalen Verpflichtungen“ stehen müssen. Dies wird so ausgelegt, dass die WTO-Abkommen Vorrang haben.⁶⁹ Ob dies zutreffend ist, kann hier jedoch offenbleiben, weil, wie noch auszuführen ist, die WTO-Abkommen auf sozio-ökonomisch begründete Maßnahmen nicht anwendbar sind.

cc) *Biologische Landwirtschaft*

Als zusätzlicher, spezifisch agrarpolitischer Grund kommen insbesondere der Schutz und die Förderung biologischer Landwirtschaft hinzu. So könnte ein Mitgliedstaat Gebiete ausweisen, in denen sich vorwiegend organische Landwirtschaft erhalten und entwickeln soll, und dort den Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzen ganz unterbinden. Ein Mitgliedstaat könnte auch entscheiden, dass er die konventionelle Landwirtschaft sukzessive ganz in biologische Produktionsweise überführen will, und deshalb sein ganzes Hoheitsgebiet für den Anbau von gentechnisch verändertem Saatgut schließen.

g) **Öffentliche Ordnung**

Der Grund „öffentliche Ordnung“ darf nicht allein stehen.⁷⁰ Er war früher zuständig für die „guten Sitten“. Deren Anwendungsbereich ist mit der gesellschaftlichen Liberalisierung und Vielfalt aber auf einen Bereich skandalöser Erscheinungen geschrumpft, der von denkbaren

Agrarethik. Landwirtschaft mit Zukunft, Agrimedia 2012, 113 ff. (113 f.).

⁶⁹ L. Stökl, Der welthandelsrechtliche Gentechnikkonflikt, Berlin (Duncker & Humblot) 2003, S. 267 f.

⁷⁰ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 RL 2001/18/EG.

gentechnischen Veränderungen von Saatgut kaum je tangiert werden dürfte.

h) Sonstige Gründe

Wie erwähnt, zählt Art. 26b Abs. 3 RL 2001/18/EG die Gründe nur als Beispiele auf und schließt damit weitere Gründe nicht aus. In Betracht kommen hier ethische Gründe und solche der demokratischen Öffentlichkeit.

aa) Ethische Werte

Zu den ethischen Gründen können unter anderen gerechnet werden:

- Achtung der „Natur“, d.h. des Geborenen, Lebenden
- Vertrauen auf den Erfahrungsprozess der Evolution
- Anerkennung einer der Pflanze immanenten Eigenart⁷¹
- Respekt vor der Schöpfung

Die Richtlinie belässt mit ihrer Öffnungsklausel („beispielsweise“) den Mitgliedstaaten einen politischen Handlungsspielraum. Das ist aus den oben genannten Gründen der gewollten Pluralisierung ernst zu nehmen. Allerdings ist der Spielraum primärrechtskonform auszulegen. Dabei sind einerseits das Prinzip der Warenverkehrsfreiheit und andererseits das Prinzip der Gewissens- und Religionsfreiheit zu beachten.⁷²

Bedeutsam für solche ethischen Gründe ist das Urteil des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen, die gentechnisch verändertes Saatgut von der Aufnahme in den Sortenkatalog und somit vom Inverkehrbringen ausschloss. Polen hatte vorgetragen⁷³:

„Im vorliegenden Fall seien Grundsätze der christlichen und humanistischen Ethik, die von der Mehrheit der polnischen Bevölkerung geteilt würden, Leitbild für den Erlass der streitigen nationalen Vorschriften gewesen.

Dazu beruft sich die Republik Polen nacheinander auf eine christliche Lebensauffassung, die dem entgegenstehe, dass lebende, von Gott geschaffene Organismen manipuliert und zu materiellen Objekten gewerblicher Eigentumsrechte umgeformt würden, auf ein christliches und humanistisches Verständnis des Fortschritts und der Entwicklung, das Respekt gegenüber dem Entwurf der Schöpfung und die Suche nach einer Harmonie zwischen dem Menschen und der Natur gebiete, und schließlich auf christliche und humanistische Grundsätze betreffend die soziale Ordnung, da die Reduzierung lebender Organismen auf den Rang eines Produkts zu rein kommerziellen Zwecken insbesondere die Grundlagen der Gesellschaft untergraben könnte.“

Nach Auffassung Polens ist die Verkehrsbeschränkung für GVO von RL 2001/18/EG gar nicht erfasst, weil diese Richtlinie nur Zwecke des Gesundheits- und Umweltschutzes verfolge.

Der EuGH lässt offen, ob ethische Gründe für eine Maßnahme aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfallen, und weiterhin, ob sie, weil sie dann nach Art. 28/30 EGV (jetzt

⁷¹ So Art. 8 schweiz. GenTG.

⁷² Art. 10 und 38 GR-Charta.

⁷³ EuGH C-165/08 (Kommission ./ Polen) Rdnr. 30 f.

Art. 34/36 AEUV) zu prüfen sind, als Rechtfertigung von Handelsbeschränkungen zählen können. Polen treffe insoweit nämlich die Beweislast, und diese habe die Beklagte nicht erfüllt. Im Grunde würden die ethischen Bedenken gar nicht als eigenständiger Wert geltend gemacht, sondern fielen mit Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes zusammen.⁷⁴ Im Übrigen habe sich Polen bei Erlass seiner Beschränkungsmaßnahme gar nicht auf die ethischen Gründe gestützt.

Wenn sich Polen somit nicht auf eine die RL 2001/18/EG transzendierende Maßnahme berufen könne, bleibe nur die Anwendung dieser RL, und zwar – nach Eingrenzung des Streitgegenstandes durch den EuGH – ihre Art. 22 (Abweichungsverbot) und Art. 23 (Schutzklausel). Die Schutzklausel könne jedoch nur in den dort aufgezählten spezifischen Situation angerufen werden. Dazu zählten allgemeine ethische Gründe nicht.

Für die Anwendung des neuen Art. 26b RL 2001/18/EG lässt sich aus diesem Urteil schließen, dass der EuGH sich für die Anerkennung ethischer Gründe offengehalten hat. Allerdings stellt er fast unerfüllbare Anforderungen an die Beweislast. Denn ethische Gründe lassen sich nicht in gleicher Weise präzisieren wie Gesundheits- oder Umweltrisiken. Sie sind wesensmäßig allgemein.

Der EuGH unterlässt es, der Warenverkehrsfreiheit entgegenstehende Prinzipien zu erwägen, hier insbesondere das der Religionsfreiheit. Die Religionsfreiheit umfasst nach Art. 10 GR-Charta auch die Freiheit der Weltanschauung. Es liegt nicht fern anzunehmen, dass hierzu die oben genannten ethischen Gründe zählen. Die Freiheit würde eingeschränkt, wenn ihre Anhänger wegen des staatlich zugelassenen Anbaus von GVO und der daraus folgenden Kontamination aller Produkte daran gehindert wären, noch GVO-freie Lebensmittel zu konsumieren.

Im Ergebnis deutet manches darauf hin, dass der EuGH bei erneuter Befassung mit der Frage der ethischen Gründe diesen eine angemessene Rolle zuerkennen würde. Dabei ist bedeutsam, dass der Sekundärrechtsssetzer sich mit seiner Öffnungsklausel auf solche Gründe eingelassen hat.

bb) Demokratische Werte

Ein Mitgliedstaat könnte Anbaubeschränkungen/-untersagungen auch damit zu rechtfertigen versuchen, dass seine Bevölkerung mehrheitlich gentechnisch veränderte Lebensmittel ablehnt und jedenfalls für die im Land erzeugten Lebensmittel Gentechnikfreiheit wünscht. Eine solche Begründung wäre wiederum auf Primärrechtskonformität zu prüfen.

Da Polen in dem genannten Rechtsstreit auch dieses Argument vorgetragen hatte, ist die Antwort des EuGH bedeutsam. Er sagt, soweit Polen auf die mehrheitliche öffentliche Meinung hinweise, könne sich ein Mitgliedstaat entsprechend ständiger Rechtsprechung

„nicht im Stadium der Durchführung einer Handlung der Gemeinschaft auf auftretende Schwierigkeiten einschließlich solcher, die mit dem Widerstand von Privatpersonen in Zusammenhang stehen, berufen, um die Nichtbeachtung der Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen, die sich aus den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergeben (vgl. Urteil vom 9. Dezember 2008,

⁷⁴ EuGH C-165/08 Rdnr. 54 f.

Kommission/Frankreich, C 121/07, Slg. 2008, I 0000, Randnr. 72)⁷⁵.

Mit „Verpflichtungen“ sind die europäischen sog. Grundfreiheiten gemeint. Der EuGH hätte in dem zitierten Urteil C-121/07, in dem es um die Behinderung von Freisetzen von GVO ging, auch die Versammlungsfreiheit nach Art. 12 GR-Charta heranziehen können. Im Urteil über Polen hätten auch die Grundsätze der Demokratie und Partizipation nach Art. 10 und 11 EUV erwogen werden können. In anderen Urteilen sind solche politischen Grundrechte dagegen deutlicher als Gegenprinzip gegen die Warenverkehrsfreiheit herangezogen worden.⁷⁶

Hierauf ist an dieser Stelle nicht im Einzelnen einzugehen. Jedenfalls ist festzustellen, dass die bloße Mehrheitsmeinung, die in Umfragen ermittelt wird, keinen legitimen Grund für eine ihr nachgebende staatliche Entscheidung darstellt. Demokratie ist auf Argumente und politischen Meinungsstreit angewiesen. Es kommt also darauf an, welche Argumente sich in den vorgesehenen Verfahren der Partizipation und Entscheidung durchsetzen. Es zählen demnach nur die materiellen Gründe, wie sie oben diskutiert worden sind. Jedoch gewinnen sie an Legitimität, wenn sie von den Bürgern und Konsumenten mehrheitlich politisch gewollt sind.

f) Kumulation von Gründen

Gründe können, auch wenn sie je für sich eine Maßnahme tragen, kumuliert werden. Die Kumulation von Gründen macht es zudem möglich, dass Gründe, die je für sich genommen eine Maßnahme nicht tragen würden, dieses in Gemeinschaft mit anderen leisten. Hinzu kommt die Möglichkeit, gebietsbezogene und allortsbezogene Gründe zusammenzufügen.⁷⁷ Solche Kombinationen eignen sich insbesondere für Maßnahmen, die bundesweit gelten sollen und stark eingreifen. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen. Für einen herbizidresistenten Raps könnten folgende Gründe – je einzeln oder kumuliert - ein bundesweites Anbauverbot rechtfertigen:

- umweltpolitische Ziele: der Grund auszuschließen, dass mehr Herbizide ausgebracht werden als bisher, dass die verwendeten Herbizide eine unnötig breite Palette von Pflanzen beseitigen und dass Pflanzen Resistenzen gegen das von der Nutzpflanze tolerierte Herbizid entwickeln
- sozio-ökonomische Auswirkungen: der Grund, dass der Vorteil, Ackerbaukosten zu sparen, die verbleibenden ökologischen Risiken nicht aufwiegt
- agrarpolitische Ziele: der Grund, dass die Industrialisierung der Landwirtschaft gebremst und die bäuerliche Landwirtschaft gefördert werden sollen; der Grund auszuschließen, dass die Reinheit des Saatguts gefährdet wird und die Vielfalt der Nutzpflanzen abnimmt
- sonstige Gründe: Anerkennung einer der Pflanze immanenten, durch die Evolution geprägten Eigenart.

Die Kumulationsmöglichkeit bedeutet zugleich, dass eine Überschneidung von Gründen

⁷⁵ EuGH C-165/08 Rdnr. 56. Es ist hier nicht der Ort, sich mit dieser sehr ökonomistischen Sicht auf Beteiligungsrechte kritisch auseinanderzusetzen.

⁷⁶ So insbesondere EuGH C-112/00 (Schmidberger), Rdnr. 65 ff., in dem es um verkehrshindernde Demonstrationen gegen den Schwerlastverkehr auf der Brenner-Autobahn ging.

⁷⁷ Vgl. oben zu II 2.

unschädlich ist. Ein sachlich beschriebener Grund (wie zB die Erhaltung der Agrarökologie) kann deshalb zugleich als umweltpolitischer, sozio-ökonomischer und agrarpolitischer formuliert werden. Für die Prüfung am Maßstab höherrangigen Rechts folgt hieraus, dass der Grund unter einer Rubrik Bestand haben kann, wenn er unter einer anderen Rubrik scheitert. Wenn das Ziel der Erhaltung der Agrarökologie zum Beispiel an den umweltbezogenen Maßstäben des SPS-Abkommens scheitert, kann er unter agrarpolitischen Gesichtspunkten bestehen bleiben, weil diese nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen.⁷⁸

III. Vereinbarkeit von Maßnahmen mit dem Grundgesetz

Der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber muss bei Einführung von Anbaubeschränkungen/-verboten die Grundrechte und Schutzpflichten des Grundgesetzes, das Bestimmtheitsgebot und die Zuständigkeitsordnung beachten. Die beiden ersten Themen werden im Folgenden untersucht, nicht dagegen das dritte.⁷⁹

1. Grundrechte und Schutzpflichten

Als verletzte Grundrechte kommen die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht derjenigen Landwirte in Betracht, die gentechnisch verändertes Saatgut verwenden wollen; desgleichen auch die Berufsfreiheit der Hersteller von gentechnisch verändertem Saatgut. Beide Grundrechte sind schon in ihrem Schutzbereich gesetzese geprägt. Wenn also Gesetzgebung den Anbau bestimmter Arten von Saatgut beschränkt, fragt es sich, ob überhaupt der Schutzbereich berührt ist. Gehört es zum Schutzbereich des Landwirtberufs und des Landeigentums, dass der Landwirt eine beliebig große Auswahl von Saatgut nutzen kann? Gehört es zur „Berufs“-Freiheit der multinationalen Unternehmen Monsanto, Syngenta und Pioneer/Dow, dass ihre GVO auf jedem Feld angebaut werden können? Andererseits: Auch die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht der konventionell und der biologisch wirtschaftenden Landwirte sind in Betracht zu ziehen. Müsste dann nicht auch eine Schutzpflicht des Staates bestehen, für die Bereitstellung einer Vielfalt von Sorten zu sorgen, einschließlich solcher, die für organische Landwirtschaft geeignet sind? Es ist Vorsicht angebracht, den Schutzbereich der beiden genannten Grundrechte allzu weit auszudehnen, weil dies nur zu unendlichen Grundrechts- und Schutzpflichtkollisionen führt.

Unterstellt, der Schutzbereich der Berufs- und Eigentumsfreiheit der Gentechnik verwendenden Landwirte ist berührt. Die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit bzw der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums müsste konkurrierende Grundrechte und Schutzpflichten beachten. Hierzu gehören die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie der konventionell und der organisch wirtschaftenden Landwirte, die auf zweierlei Weise beeinträchtigt werden können, nämlich einerseits – ökologisch - durch die Gesundheits- und Umweltrisiken von gentechnisch verändertem Saatgut und andererseits - ökonomisch - durch ökonomische Schäden, wenn ihr Anbau durch Pollenflug oder auf anderen Wegen kontaminiert und die Ernte deshalb nicht mehr als gentechnikfrei gehandelt werden kann.⁸⁰ Über den Ausgleich der konkurrierenden Grundrechte hinaus ist als

⁷⁸ Näheres unten zu V. 1. a).

⁷⁹ Die Bundeskompetenz wurde vom BVerfGE 128, 1 ff. (34) bejaht. Zweifel daran äußert Dederer in seinem Gutachten S. 95 ff.

⁸⁰ Ebenso BVerfGE 128, 1 ff. (37 und 61 f.).

objektive Schutzpflicht Art. 20a GG zu beachten. In den Worten des BVerfG hat der Gesetzgeber

„den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag zu beachten, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen (vgl. BVerfGE 118, 79 <110>). Dieser Auftrag kann sowohl die Gefahrenabwehr als auch die Risikovorsorge gebieten. Zu den nach dieser Maßgabe von Art. 20a GG geschützten Umweltgütern gehören auch die Erhaltung der biologischen Vielfalt und die Sicherung eines artgerechten Lebens bedrohter Tier- und Pflanzenarten.“⁸¹

Hieran ist bemerkenswert, dass das BVerfG Art. 20a GG auch im Sinne einer Risikovorsorge interpretiert. Die Vorsorgepflicht sei aus der „Erkenntnis- und Prognoseunsicherheit“ zu rechtfertigen, „die aus dem jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik und dort bestehenden Ungewissheiten resultiert.“⁸²

Hiermit dürften die auf umweltpolitische Ziele gestützten Gründe von Anbaubeschränkungen oder -verboten gerechtfertigt sein. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.⁸³

Soweit es die anderen Gründe angeht, sind sie durch konkurrierende Grundrechte und objektive Schutzpflichten nur in geringem Umfang gestützt. Sie fallen jedoch in den weiten gesetzgeberischen Spielraum, den das BVerfG gerade im Bereich des Gentechnikregimes anerkennt:

Bei der Verwirklichung dieser Ziele muss dem Gesetzgeber gerade vor dem Hintergrund der breiten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte um den Einsatz von Gentechnik und seine angemessene staatliche Regulierung ein großzügiger Entscheidungsspielraum zugestanden werden.⁸⁴

Zweifel könnten die sozio-ökonomischen Gründe aufwerfen, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Betrachtung der Gebrauchswerte von GVO. Dazu ist auf das oben Gesagte zu verweisen. Es ginge ja nicht um eine abstrakte Bedarfsprüfung, sondern um eine Abwägung des Nutzens eines GVO mit seinen Risiken.

Zweifel bestehen auch im Hinblick auf das Syndrom von ethischen Gründen. Soweit diese auf religiösem Glauben beruhen, könnte gefragt werden, ob sich hier der Staat eine religiöse Meinung zu eigen macht und anderen aufoktroiert. Dadurch würde das Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates verletzt und in die Religionsfreiheit eingegriffen.⁸⁵ Zwar mag es erforderlich sein, dass religiös begründete Entscheidungen von Mitgliedstaaten auf europäischer und internationaler Ebene aus Integrationsgründen akzeptiert werden, auf Ebene des Grundgesetzes wäre dies unzulässig. Der Staat ist jedoch nicht gehindert, ethische Positionen zu vertreten.

2. Bestimmtheitsgebot

Die Liste der in RL 2001/18 benannten Gründe dürfte, wenn sie in das Umsetzungsgesetz

⁸¹ BVerfGE 128, 1 ff. (37).

⁸² BVerfGE 128, 1 ff. (61).

⁸³ S. oben zu II 3. a).

⁸⁴ BVerfGE 128, 1 ff. (65).

⁸⁵ Vgl. für den mit Anrufung Gottes geleisteten Eid BVerfGE 33, 23 ff. (32), für das Kruzifix im Gerichtssaal BVerfGE 35, 366 ff. (375, 376).

übernommen werden, dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Dagegen bestehen Zweifel im Hinblick auf die Öffnungsklausel für weitere Gründe. Zwar könnte angeführt werden, dass der Horizont solcher Gründe aus den langjährigen Debatten über die Gentechnik hinreichend vorgedacht ist, so dass nichts Überraschendes mehr erwartet werden muss. Dennoch empfiehlt sich eine gesetzgeberische Konkretisierung, etwa in der Weise dass „ethische Gründe“ als legitim erachtet werden. Denkbar wäre auch eine Ausdifferenzierung etwa in folgender Form: „Achtung der Natur, Vertrauen auf den Erfahrungsprozess der Evolution, Anerkennung einer der Pflanze immanenten Eigenart“.

IV. Vereinbarkeit von Maßnahmen mit EU Primärrecht

Art. 26b enthält als weitere Maßgabe, dass die Maßnahmen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssen. Zwar wird hierunter normalerweise nur – einschränkend - die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 34/36 AEUV geprüft, im Hinblick auf Art. 3 und 37 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 GR-Charta steht die Maßnahme jedoch – ermöglichend - auch unter der Pflicht zu Gesundheits- und Umweltschutz. Zu erörtern ist weiterhin, ob ein primärrechtliches Gebot der Kohärenz oder Konsistenz besteht, das Anforderungen an die Opt-Out-Möglichkeiten stellt.

1. Art. 34/36 AEUV

Was die Vereinbarkeit mit Art. 34/36 AEUV angeht, ist zunächst zu prüfen, ob Art. 34/36 AEUV überhaupt noch heranzuziehen sind. Denn Art. 26b Richtlinie 2001/18/EG könnte als eine erschöpfende Regelung der Möglichkeiten und Grenzen des Opt-Out angesehen werden. Im Fall erschöpfender Regelung lehnt der EuGH einen solchen Rekurs ab.⁸⁶ Dies hat er im zitierten Fall zwar verneint, nämlich insoweit, als RL 2009/28/EG es den Mitgliedstaaten ermöglicht, Anbieter aus dem Ausland von ihren Förderregelungen für grünen Strom auszuschließen. Aber die Verneinung einer erschöpfenden Regelung war dort angemessen, weil das Ziel der Richtlinie eine Harmonisierung der Förderregelungen war, die aber eben nicht vollkommen verwirklicht wurde.

Im vorliegenden Fall will die Richtlinie aber gerade keine Harmonisierung, sondern eine Pluralisierung. Diese Pluralisierung wird zugleich ermöglicht und begrenzt durch Vorgabe von Gründen und Maßgaben für ihre Auswahl und Instrumentierung. Die legitimen Gründe konkretisieren das, was in allgemeinerer Weise in Art. 36 und den richterrechtlich anerkannten sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses umschrieben ist, das Gebot der Verhältnismäßigkeit kodifiziert sekundärrechtlich, was sonst im Rahmen der Rechtfertigung von Binnenmarktbeschränkungen zu prüfen wäre. Eine Verdoppelung dieser Prüfung wäre hypertroph. Es handelt sich also, paradox formuliert, um eine voll harmonisierte Nichtharmonisierung, oder, weniger paradox, um die erschöpfende Strukturierung von pluralen Lösungen.

Die Mitgliedstaaten, die die Opt-Out Lösung nutzen, bewegen sich ganz und gar im Rahmen der Richtlinie selbst. Sie machen keine zusätzlichen Gründe geltend, die noch am Maßstab des Art. 36 AEUV und der sonstigen Gründe des Gemeinschaftsrechts zu messen wären,

⁸⁶ EuGH C-573/12 – Aaland Vindkraft AB – Rdnr. 57: „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine nationale Maßnahme in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, anhand der Bestimmungen dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht des Primärrechts zu beurteilen ist.“

sondern diejenigen Gründe, die im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehen sind.⁸⁷

Eine hilfsweise Prüfung hätte zunächst den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV zu erörtern. Bei Anbaubeschränkungen/-verboten handelt es sich nicht um unmittelbare Beschränkungen des Inverkehrbringens des Saatgut. Dieses kann vielmehr weiter gehandelt werden. Der EuGH hat jedoch Verwendungsbeschränkungen für Produkte dann als verkehrsrelevant angesehen, wenn sie daran hindern

von diesen den ihnen eigenen und wesensimmanenten Gebrauch zu machen, oder deren Nutzung stark zu behindern“.⁸⁸

„Eigen“ und „wesensimmanent“⁸⁹ ist dem Saatgut sicherlich, ausgesät zu werden. Wenn es gar nicht ausgesät werden darf, ist sein Gebrauch behindert. Aber ist nicht auch die Wesensimmanenz eines Sportwagens behindert, wenn ein Staat sich für eine allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km entscheidet? Wird der Hersteller demnächst Frankreich vor den EuGH bringen, um die dortige allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h anzugreifen? Man wende nicht ein, dass auf der Stufe der Rechtfertigung ja viele mögliche Gründe akzeptiert werden können. Funktional gesehen geht es um einen weiteren Schritt in Richtung der Dominanz der Freiheiten der Wirtschaftsunternehmen gegenüber den gesellschaftlichen Interessen. In Zukunft wird der EuGH nicht nur darüber entscheiden, welche Produkte kaufbar sein müssen, sondern auch, welchen Gebrauch die Gesellschaft von den Produkten machen soll. Im Beispiel des Sportwagens: Er würde dann entscheiden können, dass es unangemessen und nicht erforderlich ist, die Geschwindigkeit auch bei wenig Verkehr, bei Nacht, bei 6 vorhandenen Spuren etc. zu begrenzen.⁹⁰

Lassen wir die kritische Bemerkung beiseite. Der EuGH prüft immerhin einschränkend, ob die Gebrauchsregelung die Gebrauchschancen sehr stark behindert, so dass Kunden das Produkt kaum noch kaufen würden. So stellte er im Fall der Wasser-Scooter fest, dass die tatsächlichen Möglichkeiten in Schweden, dieses Gerät zu gebrauchen, nur noch „unbedeutend“ seien.⁹¹ Man kann annehmen, dass er dabei eine gewisse Erheblichkeitsschwelle im Auge hat. Dies bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang, dass nur ein solches Anbauverbot in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV geriete, welches die ganz überwiegende Agrarfläche des Bundesgebiets betrifft, und welches ein Verbot, also nicht lediglich bestimmte Ausbringungsaufgaben enthält.

Unterstellt, ein solches bundesweites Anbauverbot würde für einen bestimmten GVO oder eine Gruppe davon verhängt, so wäre zu prüfen, ob die Handelsbeschränkung gerechtfertigt werden kann. Da es sich um Maßnahmen handelte, die für ausländische und inländische gleichermaßen gilt, kämen Gründe aus Art. 36 und sonstige begründbare öffentliche

⁸⁷ Vgl. EuGH C-36/11 (Pioneer) Rdnr. 69 – 71: „(69) Daraus folgt, dass ein Mitgliedstaat beim derzeitigen Stand des Unionsrechts den Anbau von nach der Verordnung Nr. 1829/2003 zugelassenen und gemäß der Richtlinie 2002/53 in den gemeinsamen Katalog aufgenommenen GVO nicht von einer nationalen Genehmigung abhängig machen darf, die auf Erwägungen des Gesundheits- oder des Umweltschutzes beruht. (70) Dagegen kann ein Verbot oder eine Einschränkung des Anbaus solcher Erzeugnisse von einem Mitgliedstaat in den Fällen verfügt werden, die im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehen sind. (71) Zu diesen Ausnahmen gehören [...]die Koexistenzmaßnahmen gemäß Art. 26a der Richtlinie 2001/18.“ Hervorhebung vom Vf.

⁸⁸ EuGH C- 142/05 (Mickelsson u. Roos), Rdnr. 28. Ebenso EuGH C- 110/05 (Kommission i/. Italien) Rdnr. 56 f.

⁸⁹ Man bemerke, wie sich hier die Ideologie des freien Warenverkehrs in einer Art Entelechie der Ware verdinglicht.

⁹⁰ Ähnlich kritisch A. Epiney, B. Waldmann, M. Oeschger, J. Heuck, Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda, Zürich (Dike Verlag) 2011, S. 27.

⁹¹ EuGH C-142/05 Rdnr. 25.

Interessen in Betracht.⁹² Zu überprüfen wären jedoch nur solche Maßnahmen, die sich auf Gründe stützen, die sekundärrechtlich durch Art. 26b RL 2001/18/EG nicht bereits vorgegeben sind. Denn Art. 34 AEUV wird durch Sekundärrecht ausgeformt; er ist nicht dessen übergeordneter verfassungsrechtlicher Maßstab.

Zur Überprüfung stehen deshalb nur die „sonstigen Gründe“, somit die hier sog. ethischen Gründe. Es ist oben bereits ausgeführt worden, dass der EuGH sich insoweit noch offen gehalten hat.

Weiter wäre die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu begründen. Da diese jedoch bereits durch Art. 26b RL 2001/18/EG gefordert wird, ist sie schon bei Anwendung dieses Artikels zu untersuchen. Eine Prüfung in Anwendung des Art. 34 AEUV würde diesen Schritt nur wiederholen und ist deshalb überflüssig.

2. Kohärenz-/Konsistenzgebot?

Herdegen/Kalla und Dederer nehmen in ihren Gutachten ein Gebot der Kohärenz oder Konsistenz staatlicher Maßnahmen an. Gegen dieses werde verstoßen, so Herdegen/Kalla⁹³, wenn

„der Anbau einer Bt-Maislinie verboten wird, zugleich aber das großflächige Ausbringen von Pestiziden mit Bt-Toxinen des bacillus thuringiensis zum Schutz von konventionellem Mais gegen den Maiszünslerbefall gestattet wird, wenn sich für die Differenzierung keine tragfähigen Gründe (etwa die Dauer der Exposition) finden lassen.“

Weitergehend hält Dederer die Erwägung für inkonsistent,

„der GVO-Anbau müsse verboten oder beschränkt werden, weil agrarpolitisch eine weniger industrielle Landwirtschaft gewollt sei. Belastbar wäre diese Argumentation nur dann, wenn auch die konventionelle Landwirtschaft in entsprechendem Maße zurückgedrängt würde. Denn auch diese Form der Landwirtschaft ist hoch technisiert und steht für das Paradigma einer Industrialisierung der Landwirtschaft.“⁹⁴

„Mangels Konsistenz nicht überzeugend lassen sich Opt-Out-Maßnahmen begründen, wenn die behauptete Gefährdung oder Beeinträchtigung von Allgemeininteressen z.B. ebenso durch konventionelle (Intensiv-)Landwirtschaft zu besorgen ist, insoweit aber Maßnahmen der Steuerung landwirtschaftlicher Produktionsweisen unterbleiben.“⁹⁵

Die Gutachter verorten die Kohärenz-/Konsistenzforderung zu Recht im Verhältnismäßigkeitsprinzip⁹⁶, geben ihr aber eine prinzipielle Bedeutung, die ihr nicht

⁹² Der EuGH hat die Differenzierung möglicher Gründe je nach Gleichbehandlung aus- und inländischer Produkte inzwischen wohl definitiv aufgegeben, so dass auf diese Unterscheidung nur noch ankommt, wenn das Gewicht der öffentlichen Interessen zu bestimmen ist. Vgl. EuGH C-573/12 (Alands Vindkraft) Rdnr. 67 und 76. S. dazu auch R. Streinz, Europarecht, Baden-Baden (Nomos) 9. Aufl. 2012, Rdnr. 890.

⁹³ M. Herdegen, C. Kalla, Die geplante Opt-Out-Regelung zum Anbau gentechnisch veränderter Organismen (Änderung der Richtlinie 2001/18/EG) – Rechtliche Spielräume der Mitgliedstaaten, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft, November 2014.

⁹⁴ Gutachten Dederer S. 55.

⁹⁵ Gutachten Dederer S. 68.

⁹⁶ Gutachten Herdegen/Kalla S. 16; Gutachten Dederer S. 57..

zukommt. Der EuGH fordert Kohärenz bisher nur in einem sehr eingeschränkten Sinn des Ausschlusses offensichtlicher Widersprüchlichkeit einzelner Maßnahmen, nicht in dem weiten Sinn der Kohärenz ganzer Regulierungspolitiken. In Urteilen zur Rechtfertigung eines staatlichen Spielwettenmonopols hat er zB festgestellt, dass dieses nicht geeignet sei, Ziele der Vermeidung von Spielanreizen zu erreichen, wenn der Mitgliedstaat zugleich für die Wetten werbe, um seine Staatseinnahmen zu steigern. Dies sei nicht kohärent:

„Zunächst hat der Gerichtshof in den Urteilen Schindler, Läärä u. a. und Zenatti zwar anerkannt, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können; jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen.“⁹⁷

Kohärenz ist also jeweils im Hinblick auf ein konkretes Politikziel zu prüfen, nicht dagegen in dem Sinne einer allgemeinen vergleichenden Bewertung von regulativen Maßnahmen. Für Regulierungen auf EU-Ebene hat der EuGH im Gegenteil betont, dass die politischen Institutionen frei sind, bei Verfolgung eines Politikzieles zunächst nur partiell einzugreifen und andere Fälle später anzugehen, obwohl diese womöglich ebenfalls regulierungsbedürftig sind. In einem Fall rügte ein Produzent von teilhalogenierten Fluorchlorkohlenwasserstoffen, das gemeinschaftliches Vermarktungsverbot dieser Stoffe verstoße gegen Art. 130r EGV (jetzt Art. 191 AEUV), weil es nicht auch Halone erfasse, die sogar noch gefährlicher seien. Hierzu stellte der EuGH fest:

„Aus diesen Vorschriften [scl. Art. 130r EGV, GW] ergibt sich nicht, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber nach Artikel 130r Absatz 1 EG-Vertrag, wenn er Maßnahmen zur Erhaltung, zum Schutz und zur Verbesserung der Umwelt erläßt, die ein spezielles Umweltproblem behandeln sollen, stets gleichzeitig Maßnahmen erlassen müßte, die auf die Umwelt insgesamt abzielen.

Daraus folgt, daß Artikel 130r Absatz 1 EG-Vertrag den Erlaß von Maßnahmen erlaubt, die nur bestimmte Aspekte der Umwelt betreffen, sofern diese Maßnahmen zur Erhaltung und zum Schutz der Umwelt sowie zur Verbesserung ihrer Qualität beitragen.“⁹⁸

Wenn ein Kohärenzgebot, das die Gleichbehandlung der gentechnikbasierten und der konventionellen Landwirtschaft verbindlich verlangen würde, somit nicht besteht, so haben Dederer und Herdegen/Kalla rechtspolitisch doch einen wunden Punkt von Anbaubeschränkungen/-verboten für GVO thematisiert. Man könnte ihn in einer rechtlich offeneren Form mit dem vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vorgeschlagenen „Konzeptgebot“ fassen. In einer Entscheidung über Schwefeldioxidemissionen hatte das Gericht den Einwand, der Stand der Technik und aus ihm abgeleitete Emissionsgrenzwerte seien in Gebieten, in denen die Immissionswerte nicht überschritten werden, unverhältnismäßig, mit dem Argument zurückgewiesen, das Ziel des Immissionsschutzes sei nicht die kleinräumige Immissionsituation, sondern die Bewältigung eines überregionalen

⁹⁷ EuGH C-243/01 (Gambelli) Rdnr. 67. Ebenso EuGH C-316/07 (Stoß) Rdnr. 103.

⁹⁸ EuGH C- 284/95 (Safety Hi-Tech Srl) Rdnr. 44-46.

Problems überhöhter Belastung, das nur mit einem Konzept gelöst werden könne, welches auch solche Quellen erfasse, deren Effekte nicht individuell feststellbar seien.⁹⁹

Dieser Ansatz ist zB auf Gewässerverschmutzung¹⁰⁰ und allgemein auf Schadstofffernwirkungen¹⁰¹ übertragen worden. Er ist auch auf Anbaubeschränkungen/-verbote, mit denen allgemeinere umwelt- oder agrarpolitische Ziele verfolgt werden, anwendbar. Er fordert ein „Konzept“, das der Verwirklichung des gewählten generellen Regulierungsgrundes dient. Wenn zB eine Anbaubeschränkung für gentechnisch veränderte Pflanzen auf das Ziel gestützt wird, der Industrialisierung der Landwirtschaft entgegenzuwirken, muss dies in eine breitere Politik der Förderung bäuerlicher und biologischer Landwirtschaft eingebettet sein.¹⁰² Dies wäre eine vorsichtige Gleichstellung in eine konstruktive Richtung. Zurückzuweisen wäre dagegen eine Gleichstellung in destruktive Richtung, nämlich, dass Gentechnik nicht beschränkt werden darf, weil die konventionelle Landwirtschaft sich ohnehin schon dem agrarindustriellen Weg verschrieben hat.

V. Vereinbarkeit von Maßnahmen mit Völkerrecht

Zu prüfen ist die Vereinbarkeit von Opt-Out-Maßnahmen mit dem Abkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (kurz: SPS-Abkommen), dem Abkommen über technische Handelsbarrieren (kurz: TBT-Abkommen) und dem General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Die Verpflichtungen aus diesen Abkommen treffen sowohl die EU wie – von ihr abgeleitet – die Mitgliedstaaten. Die Bundesrepublik ist zudem eigenständiger Vertragsstaat.¹⁰³

Auf der anderen Seite wären Verpflichtungen aus demjenigen Völkerrecht zu prüfen, das auf Umweltschutz und soziale Nachhaltigkeit zielt, wie zum Beispiel ein mögliches gewohnheitsrechtliches Umweltvorsorgeprinzip, die Konvention über biologische Vielfalt (CBD), das Cartagena Protokoll über biologische Sicherheit, die Rahmenkonvention zum Klimaschutz und die spezielleren Naturschutzkonventionen von Ramsar, Bern und Bonn. Das Gutachten geht auf diese Fragen jedoch nicht ein. Die entsprechenden Verpflichtungen werden nur insoweit angesprochen, wie sie als Gegenprinzipien zu den Freihandelsprinzipien auftreten.

⁹⁹ BVerwGE 69, 37 (45 f.).

¹⁰⁰ J. Salzwedel, Grundwasservorsorge als Rechtsbegriff – zur Anwendung des großen Verhältnismäßigkeits-tests, in: K.-P. Dolde, K. Hansmann, St. Paetow, E. Schmidt-Assmann (Hg) *Verfassung – Umwelt – Wirtschaft. Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag*, München (Beck) 2010, S. 299 ff.

¹⁰¹ A.-K. von der Heide, *Zurechnung von Schadstofffernwirkungen*, Baden-Baden (Nomos) 2005, S. 250 f.

¹⁰² Ein solches Konzept könnte auch geboten sein, wenn der Anbau aus Gründen des Vertrauens auf den Erfahrungsweg der Evolution beschränkt würde. Das Konzept müsste darin bestehen, auch andere stark eingreifende Biotechniken stärker zu überwachen, wie insbesondere neuere Techniken gezielter, nicht auf Gentechnik im Rechtssinne basierter Züchtung und bestimmte Zweige der synthetischen Biologie. Zu einem solchen Konzept s. Winter/Fricker/Knoepfel *ZUR* 2015, S. 259 ff..

¹⁰³ Von den materiellen Pflichten zu unterscheiden ist die Parteienrolle im Streitbeilegungsverfahren. Im Verfahren *EC-Biotech Products* war die EG zugleich im Hinblick auf die den Mitgliedstaaten vorgeworfenen Pflichtverletzungen aufgetreten. Aus der Empfehlung des Panels wird nicht deutlich, ob dies in Vertretung der Mitgliedstaaten geschah, oder weil der EG ein eigenständiger Verstoß wegen unterlassener Rüge vorgeworfen wurde. Vgl. Nr. 8.6.4, der eher für die zweite Deutung spricht: „In the light of these conclusions, the Panel recommends that the Dispute Settlement Body request the European Communities to bring the relevant member State safeguard measures into conformity with its obligations under the SPS Agreement.“

1. Abkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS-Abkommen)

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Abkommens erstreckt sich auf sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen. Diese werden in Anhang A Nr. 1 definiert als:

Any measure applied:

(a) to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the entry, establishment or spread of pests, diseases, disease-carrying organisms or disease-causing organisms;

(b) to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs;

(c) to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals, plants or products thereof, or from the entry, establishment or spread of pests; or

(d) to prevent or limit other damage within the territory of the Member from the entry, establishment or spread of pests.

Kurz zusammengefasst erfasst Absatz a) Gesundheitsrisiken für Tiere und Pflanzen, die von Schädlingen (engl. pests) oder Krankheitserregern ausgehen, Absatz b) Gesundheitsrisiken für Menschen und Tiere, die von Lebensmitteln ausgehen, die schädliche Chemikalien oder Krankheitserreger enthalten, Absatz c) Gesundheitsrisiken für Menschen, die von Krankheitserregern oder Schädlingen ausgehen, und Absatz d) andere Schäden, die von Schädlingen ausgehen.

Die Definition der sanitären und phytosanitären Maßnahmen stellt somit primär auf das Ziel der Maßnahme ab, nämlich die Bekämpfung bestimmter Risikopfade.

Bei der Auslegung des Anhang A ist der Zusammenhang des Anwendungsbereichs des Abkommens mit dessen materiellen und prozeduralen Anforderungen an SPS-Maßnahmen zu beachten. Es darf nicht sein, dass der Anwendungsbereich sehr weit gezogen wird und die Maßnahmen dann einem Anforderungsprofil unterworfen werden, das eigentlich für einen engeren Anwendungsbereich geschaffen worden ist. Insbesondere zielen die Anforderungen an das risk assessment nach dem Text des Abkommens und in der Auslegung durch die Streitschlichtungsorgane darauf, wissenschaftlich begründbare Kausalitäten festzustellen.¹⁰⁴ Das ist möglich, wenn genau spezifizierte Anfangs- und Endpunkte benannt werden, nämlich bestimmte Schädlinge einerseits und die Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanze andererseits.¹⁰⁵ Die Kausalitäten verschwimmen jedoch, wenn als Anfangspunkt jeder die Verhältnisse nachteilig verändernde Organismus und als Endpunkt holistische Gebilde wie Ökosysteme und Biodiversität gesetzt werden. Es entsteht dann eine logische Schere (man könnte auch sagen: Konkretisierungsfalle), die solche Ziele zu verfolgen letztlich unmöglich macht, weil für sie im risk assessment keine genauen Kausalverläufe ermittelt werden

¹⁰⁴ European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 186 f., 200; European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R 2006, Nr. 7.3240. (Im Folgenden: EC – Biotech Products).

¹⁰⁵ Näher dazu sogleich.

können. Die Konsequenz kann nur sein, entweder die auf allgemeine umweltpolitische Ziele gerichteten Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich des SPS-Abkommens herauszunehmen oder die Methodologie der Risikobewertung für allgemeinere Begründungen zu öffnen.

Das Panel im Verfahren EC-Biotech hat in der Tat eine solche Schere geöffnet oder, m.a.W., eine Konkretisierungsfalle aufgestellt. Es hat den Anwendungsbereich weit gezogen und die Anforderungen verengt. Dies ging zunächst noch nicht zu Lasten der EG, weil das Panel insoweit nur prozedural judizierte und in der Verzögerung der Verfahren ein unzulässiges Moratorium feststellte. Dagegen legt es gegenüber den Mitgliedstaaten, die per Schutzklausel das Inverkehrbringen oder die Verwendung beschränkt hatten, eine präzise Messlatte der Wissenschaftlichkeit an und stellt weitgehend Verletzungen fest.¹⁰⁶

Der Anwendungsbereich wird auf sämtliche Auswirkungen erstreckt, die Anhang II der RL 2001/18/EG zum möglichen Gegenstand einer UVP macht, einschließlich, um nur zwei Beispiele zu nennen, auch

„spätere Auswirkungen der direkten und indirekten Interaktionen zwischen den genetisch veränderten höheren Pflanzen und den Nichtzielorganismen auf die Umwelt einschließlich der Auswirkungen auf die Populationsniveaus der Konkurrenten, Pflanzenfresser, Symbionten (falls zutreffend), Parasiten und Pathogenen“,

sowie

spätere sowie direkte und indirekte Auswirkungen der spezifischen Techniken, die beim Anbau, der Bewirtschaftung und der Ernte der genetisch veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen, auf die Umwelt, soweit sie sich von den Techniken unterscheiden, die bei genetisch nicht veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen.“¹⁰⁷

Das Panel kommt zu dieser Auffassung, indem es „Tiere“ zu „Fauna“ verallgemeinert und „Fauna“ auf „Mikrofauna“ erstreckt; ähnlich verallgemeinert es „Pflanzen“ zu „Flora“ und erstreckt diese auf „Mikroflora“. Sein Beleg sind die Fußnote 5 zu Anhang A, die aber anderes bezweckt¹⁰⁸, sowie „The Shorter Oxford English Dictionary, L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 2002), Vol. 1, p. 931“.¹⁰⁹ Damit erweitert das Panel „textually“¹¹⁰, also ohne nach Sinn und Zweck zu fragen, den Anwendungsbereich erheblich. Hinzu kommt, dass für das Panel die Summe der einzelnen Tiere und Pflanzen zugleich die „Umwelt“ darstellt. Damit wäre jede auf die RL 2001/18/EG gestützte Maßnahme eine SPS-Maßnahme. In dieser Logik ist, wenn eines der Exemplare geschädigt wird, die Umwelt geschädigt. Diese Sichtweise verkennt den systemaren Charakter der Umwelt. Es kann sein, dass die Schädigung eines Exemplars für das System unschädlich ist, weil Reparaturen verfügbar sind. Es kann auch sein, dass eine Systemfunktion geschädigt wird, ohne dass das Leben oder die Gesundheit einzelner Exemplare geschädigt ist. Wenn das System selbst zum Schutzobjekt

¹⁰⁶ European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R 2006, Nr. 7.3240 und Abschnitt F (S. 868 ff.).

¹⁰⁷ RL 2001/18/EG Annex II D 2. Vgl. EC – Biotech Products Nr. 7.285 u. 7.286.

¹⁰⁸ Fauna und Flora werden in Fn 5 zu Anhang A erwähnt, ohne dass dort aber eine Erstreckung auf die Mikroebene gemeint ist. Vielmehr geht es nur um eine Erweiterung der agrarischen Tiere und Pflanzen auf wildlebende Arten.

¹⁰⁹ EC-Biotech Products Nr. 7.219.

¹¹⁰ EC-Biotech Products Nr. 7.219, 3. Satz.

gemacht wird, erscheinen seine Einzelteile nicht als solche, sondern in ihrer Systemleistung. Das Ganze ist eben mehr als die Summe seiner Teile.

Des Weiteren entziehen sich die „späteren“ „direkten“ und „indirekten“ „Interaktionen“¹¹¹ der wissenschaftlichen Kausalprognose. Sie können nicht als „risks arising from“ iSd Anhang A Nr. 1 des SPS-Abkommens bestimmt werden, selbst nicht in der gelockerten Deutung des „might arise from“, wie sie das Panel versteht.¹¹² Wenn ein Vertragsstaat wegen dieser systembedingten Ungewissheit den Schluss zieht, den Anbau eines GVO zu untersagen, so dient dies nicht dem Schutz vor bestimmten Kausalprozessen, sondern dem Schutz vor möglichen Überraschungen.

Hinzu kommt, dass das Panel auch die Definition des Anfangsorganismus, hier also des „Schädling“ (engl. pest), ausweitet. Man hat bereits Schwierigkeiten, die gentechnisch veränderten Pflanzen als Schädling anzusehen, weil sie ja eigentlich gerade gegen Schädlinge ausgerüstet werden, wie etwa die insektizide Pflanze gegen Insekten und die herbizidresistente Pflanze (mittelbar) gegen Unkraut. Selbst wenn man aber akzeptiert, dass solche gentechnisch modifizierten Pflanzen, wenn sie Schädlinge schädigen, sozusagen Schädlinge von Schädlingen sind, fragt sich weiter, welche gentechnisch modifizierten Pflanzen darunter fallen. Obwohl der maßgebliche International Standard for Phytosanitary Measures der Food and Agriculture Organisation (FAO) „pests“ als „injurious“ definiert¹¹³, dehnt das Panel den Begriff aus auf Pflanzen, die „troublesome or annoying“ sind.¹¹⁴ Damit werden im Grunde alle gentechnisch veränderten Pflanzen erfasst, auch zB solche, die nicht wie die insektizide Pflanze Toxine produzieren, sondern gewisse Aufwuchsvorteile aufweisen¹¹⁵, wie zB Wachstumsbeschleunigung, Ertragssteigerung, Trockenresistenz etc. Eine Maßnahme, die den Anbau primär wegen solcher Aufwuchsvorteile und damit wegen Veränderungen systemarer Gleichgewichte beschränkt, wird auf diese Weise in den Anwendungsbereich des SPS-Abkommens einbezogen und müsste sich auf ein strenges risk assessment stützen.

Schließlich interpretiert das Panel auch noch den Begriff der Verhütung „sonstiger Schäden“ (engl. „other damage“) durch Schädlinge, der nach Anhang A Nr. 1 Buchstabe d) die Schutzziele der Buchstaben a) bis c) (Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen) ergänzt, in denkbar weitem Sinn. Das Panel versteht darunter jeden beliebigen anderen Schaden als die von Buchstaben a) bis c) erfassten Schäden an Menschen, Tieren und Pflanzen, sei es ein Sachschaden, ein ökonomischer Schaden im Koexistenzverhältnis, eine Auswirkung auf die biogeochemischen Kreisläufen (zB „carbon and nitrogen recycling through changes in soil decomposition or organic material“) und sogar eine Schädigung der Biodiversität.¹¹⁶ Konsequenterweise müsste auch jede Auswirkung außerhalb des Umweltbereichs einbezogen werden, so etwa agrarpolitische, sozioökonomische und sogar ethische Folgen. Diese uferlose Ausweitung verlässt jeden sinnvollen Zusammenhang mit dem Zweck des SPS-Abkommens, Maßnahmen zu disziplinieren, die Menschen, Tiere und

¹¹¹ S. die obigen Zitate.

¹¹² EC - Biotech Nr. 7.225.

¹¹³ International Standard for Phytosanitary Measure No. 11, *Pest Risk Analysis for Quarantine Pests Including Analysis of Environmental Risks*, FAO, Rome, 2004 (adopted April 2004), Annex 1, p. 34, zitiert in EC-Biotech Products Nr. 7.235.

¹¹⁴ EC - Biotech Products Nr. 7.240.

¹¹⁵ In EC - Biotech Products werden sie „GM plants growing where they are undesired.“ genannt, s. dort Nr. 7.243-7.247.

¹¹⁶ EC - Biotech Products Nr. 7.369-7.373. In Nr. 7.370 wird sogar ein Reputationsschaden erwähnt.

Pflanzen vor Schädlingen und Krankheiten schützen sollen. Mit den „sonstigen Schäden“ sind deshalb richtigerweise nur solche gemeint, in denen sich die spezifische Schädlichkeit der Schädlinge, hier also eines GVO, ausgewirkt hat, und bei denen der Schaden in kausalem Zusammenhang mit Gesundheitsrisiken für Menschen, Tieren oder Pflanzen steht.¹¹⁷ Ökonomische Schäden im Koexistenzverhältnis liegen außerhalb dessen, weil sie nicht aus der spezifischen Schädlichkeit des Schädlings (z.B. der insektiziden Pflanze) resultieren und auch nicht in Zusammenhang mit Gesundheitsrisiken von Menschen, Tieren und Pflanzen stehen.

Gegen die genannten Erweiterungen des Anwendungsbereichs hatte die EG in dem Verfahren EC-Biotech Products im Einzelnen Gründe vorgetragen, die sie wie folgt zusammenfasste:

„The issues arising out of the existence of GMOs go far beyond the risks envisaged and regulated by the SPS Agreement. A rigorous interpretation of the definitions in Annex A.1 of the SPS Agreement unequivocally shows that measures addressing issues such as antibiotic resistance or changes in the ecological balance are not among the measures that the SPS Agreement intends to discipline. Since the European Communities, through its actions, aims at the fulfilment of objectives that go beyond the specific situations that determine the applicability of the SPS Agreement, such Agreement does not provide a sufficient legal framework for the examination of the European Communities' behaviour.”¹¹⁸

Ich halte diesen Vortrag für stimmig. Das entspricht aber, wie dargelegt, nicht der Auffassung des Panels. Leider hatte die EG den Panel-Bericht nicht dem Appellate Body vorgelegt. Insofern gibt es noch keine abschließende WTO-Rechtsprechung zur Gentechnik. Es ist mE zweifelhaft, ob der Appellate Body die fast grenzenlose Erweiterung des Anwendungsbereichs des SPS-Abkommens mitgetragen hätte. Es ist durchaus möglich, dass die gentechnikkritischen EU-Mitgliedstaaten in einem erneuten Streitschlichtungsverfahren mehr Erfolg haben könnten, dies auch deshalb, weil im letzten Jahrzehnt das Bewusstsein dafür gewachsen ist, dass die WTO sich allgemeineren umweltpolitischen Gründen für Handelsbeschränkungen öffnen muss.

Zusammenfassend werden vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens also nur diejenigen Gründe abgedeckt, die sich auf Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen hinsichtlich konkreter Auswirkungen auf Menschen, Tiere und Pflanzen stützen. Maßnahmen, die auf allgemeinen umweltpolitischen Wertungen beruhen, fallen aus dem Anwendungsbereich heraus.

b) Anforderungen an SPS-Maßnahmen

Soweit Maßnahmen vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens erfasst werden, müssen sie bestimmte materielle und methodologische Anforderungen beachten.

aa) Materielle Vorgaben

Zunächst wird das Recht der Mitgliedstaaten anerkannt, Maßnahmen zu treffen,

¹¹⁷ Ebenso Dederer, Gutachten S. 74.

¹¹⁸ EC - Biotech Products Nr. 4.355.

die zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig sind.¹¹⁹

Zu unterscheiden ist zwischen der Festlegung des Schutzniveaus und der Auswahl der Maßnahmen zur Sicherung des Schutzniveaus.¹²⁰

aaa) Schutzniveau

Bei der Festlegung des Schutzniveaus sind die Mitgliedstaaten weitgehend frei.¹²¹ Dabei allerdings

„berücksichtigen die Mitglieder das Ziel, die nachteiligen Auswirkungen auf den Handel auf ein Mindestmaß zu beschränken.“¹²²

Gibt es einschlägige internationale Normen, Richtlinien oder Empfehlungen, können die Mitglieder darüber hinausgehen und ein höheres Schutzniveau bewirken, wenn eine wissenschaftliche Begründung dafür vorliegt.¹²³ Die wissenschaftliche Begründung kann aus einer Prüfung und Bewertung verfügbarer wissenschaftlicher Angaben bestehen.¹²⁴ Das höhere Schutzniveau kann sich aber auch aus einer eigenständigen Risikobewertung gemäß Art. 5 SPS-Abkommen ergeben.¹²⁵

Bei Bestimmung des Schutzniveaus

„vermeidet jedes Mitglied willkürliche oder ungerechtfertigte Unterschiede des Schutzniveaus, das er unter unterschiedlichen Umständen als angemessen erachtet, wenn solche Unterschiede zu Diskriminierung oder verschleierte Beschränkungen des internationalen Handels führen.“¹²⁶

Hier wird in vorsichtiger Weise („als angemessen erachtet“, „willkürlich“, „ungerechtfertigt“) ein Konsistenzgebot aufgestellt, das zB auch auf einen Vergleich der ökologischen Folgen von gentechnisch verändertem und konventionellem Saatgut bezogen werden könnte. Es ist aber nur dann verletzt, wenn mit der unterschiedlichen Behandlung zweier Sachverhalte zugleich eine Diskriminierung oder verschleierte Handelsbeschränkung verbunden ist.¹²⁷

bbb) Maßnahmen

Die Maßnahmen zur Erreichung des Schutzniveaus müssen – zusammengefasst – verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht willkürlich und ungerechtfertigt diskriminierend wirken (a) zwischen dritten Mitgliedern oder (b) zwischen dem regelnden Mitglied und dritten Mitgliedern.¹²⁸

Die Verhältnismäßigkeit der Mittel wird verschiedentlich betont und ausdifferenziert. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass eine Maßnahme

¹¹⁹ Art. 2.1 SPS-Abkommen.

¹²⁰ Australia — Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/AB/R 1998, Nr. 523: „In other words, the appropriate level of protection determines the SPS measure to be introduced or maintained, rather than the appropriate level of protection being determined by the SPS measure.“

¹²¹ Vgl. Art. 3.2 SPS-Abkommen. Deutlich hervorgehoben in Australia — Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/AB/R 1998, Nr. 199, wo von einer Prärogative des Mitglieds gesprochen wird..

¹²² Art. 5.4 SPS-Abkommen.

¹²³ Art. 3.3 SPS-Abkommen.

¹²⁴ Fn 3 zu Art. 3 SPS-Abkommen.

¹²⁵ Art. 3.3 SPS-Abkommen.

¹²⁶ Art. 5.5 SPS-Abkommen.

¹²⁷ Ebenso Dederer, Gutachten S. 78 f.

¹²⁸ Art. 2.3 SPS-Abkommen.

nur insoweit angewendet wird, wie dies zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig ist, [...].¹²⁹

Bei ihren Maßnahmen sollen sich die Mitgliedstaaten des Abkommens auf vorhandene internationale Normen und Richtlinien stützen. Tun sie dies, gilt eine Vermutung für die Vereinbarkeit mit dem Abkommen.¹³⁰ Die Mitglieder dürfen im Schutzniveau über die internationalen Normen etc hinausgehen, wenn es eine wissenschaftliche Begründung dafür gibt.¹³¹

Als in dieser Weise anerkannte internationale Dokumente gelten u. a. diejenigen der Codex Alimentarius Commission (CAC), diejenigen, die unter der Schirmherrschaft des Sekretariats der Internationalen Pflanzenschutzkonvention in Zusammenarbeit mit einschlägigen regionalen Organisationen entwickelt wurden, und diejenigen „anderer einschlägiger internationaler Organisationen, deren Mitgliedschaft nach Feststellung des Ausschusses [scl. für SPS-Maßnahmen nach Art. 12 SPS-Abkommen] allen Mitgliedern offensteht.“¹³² Es ist zweifelhaft, ob die prominente rechtliche Bedeutung, die den genannten Dokumenten zukommt, mit der Notwendigkeit demokratischer Legitimation internationalen Rechts im Einklang stehen.¹³³ Andererseits ist es denkbar, internationale Verträge wie das Cartagena Protokoll, dessen Ratifizierung ja allen WTO-Mitgliedern offensteht, als internationale Normen iSd Art. 3 SPS-Abkommen anzuerkennen. Zumindest könnte dies für diejenigen Mitglieder gelten, die den internationalen Vertrag unterzeichnet (aber nicht ratifiziert) haben und dadurch ihren Konsens ausgedrückt haben. Dies wäre eine Alternative zu der welthandelsrechtlichen Bedeutungslosigkeit, zu der das panel in EC-Biotech Products zB das Cartagena Protokoll verdammt, weil nicht alle Streitparteien (im Fall die Antragsteller Argentinien, Kanada und USA) Vertragspartner sind.¹³⁴ Die Einstufung als internationale Normen iSd Art. 3 SPS-Abkommen würde bedeuten, dass sich ein Mitgliedstaat, der in der Risikobewertung zB Risiken mit dem Nutzen des Produkts abwägen will, auf Art. 26 des Cartagena Protokolls¹³⁵ stützen könnte.

Die Maßnahmen dürfen des Weiteren keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Mitgliedern mit ähnlichen Bedingungen oder zwischen dem regelnden Mitglied und anderen Mitgliedern bewirken, und sie dürfen nicht ein bloßer Vorwand sein, mit dem eine Handelsbeschränkung verschleiert werden soll.¹³⁶ Dieser Grundsatz ist nicht zu verwechseln mit der potentiellen Ungleichbehandlung von Sachverhalten im Mitgliedstaat, wie zB die unterschiedliche Behandlung des Anbaus von gentechnisch verändertem und konventionellem Saatgut. Ein welthandelsrechtliches Konsistenzgebot kann aus Art. 2.3 SPS-Abkommen nicht abgeleitet werden.

¹²⁹ Art. 2.2 SPS-Abkommen.

¹³⁰ Art. 3.1. und 3.2 SPS-Abkommen.

¹³¹ Art. 3.1, 3.2 und 3.3 SPS-Abkommen.

¹³² Anhang A Nr. 3 SPS-Abkommen.

¹³³ S. dazu am Beispiel des CAC A.Herwig, The Contribution of Global Administrative Law to Enhancing the Legitimacy of the Codex Alimentarius Commission, in: O. Dilling, M. Herberg, G. Winter (Hg) Transnational Administrative Rule-Making. Performance, Legal Effects and Legitimacy, Oxford: Hart Publishing 2011, S. 171 – 212.

¹³⁴ Vgl. EC-Biotech Nr. 7.7.4 und 7.7.5. Kritisch dazu N. Bernasconi-Osterwalder, Interpreting WTO Law and the Relevance of Multilateral Environmental Agreements in EC-Biotech, Center of International Environmental Law (CIEL) 2007 (zugänglich auf http://www.ciel.org/Publications/BIICL_ECBiotech_7Jun07.pdf; aufgesucht 11.5.2015)

¹³⁵ S. oben zu II 4. f) bb)..

¹³⁶ Art. 2.3 SPS-Abkommen.

bb) Methodologische Vorgaben

Das SPS-Abkommen ist durch eine besondere Betonung einer wissenschaftlichen Basis der Maßnahmen gekennzeichnet. Grundsätzlich gilt, dass die Mitglieder sicherstellen müssen, dass eine Maßnahme

„auf wissenschaftlichen Grundsätzen beruht und außer in den Fällen nach Art. 5 Abs. 7 nicht ohne hinreichenden wissenschaftlichen Nachweis beibehalten wird.“¹³⁷

Es fällt auf, dass diese Anforderung nicht für die Festlegung des Schutzniveaus gestellt wird, außer, dieses ist strenger als das in internationalen Normen angestrebte.¹³⁸ Das Schutzniveau determiniert die Maßnahmen.

Die SPS-Maßnahmen müssen auf eine nach anerkannten Methoden durchgeführte Risikobewertung gestützt werden.¹³⁹

Bei der Bewertung der Risiken sind zu berücksichtigen:

- das verfügbare wissenschaftliche Beweismaterial
- die einschlägigen Verfahren und Produktionsmethoden
- die einschlägigen Inspektions-, Probenahme- und Prüfverfahren
- das Vorkommen bestimmter Krankheiten und Schädlinge
- das Bestehen schädlings- und krankheitsfreier Gebiete
- die einschlägigen ökologischen und Umweltbedingungen
- Quarantäne oder sonstige Behandlungen.

In Fällen, in denen das „einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht“, können Maßnahmen „vorübergehend auf der Grundlage der verfügbaren einschlägigen Angaben“ und von Angaben internationaler Organisationen oder der Praktiken anderer Staaten eingeführt werden.¹⁴⁰ Die Interpretation dieser Klausel erlaubt es, den Vorsorgeansatz (engl. „precautionary approach“) zur Geltung zu bringen. Deshalb haben es die Streitschlichtungsorgane für nicht erforderlich angesehen zu entscheiden, ob das Vorsorgeprinzip bereits Völkergewohnheitsrecht ist.¹⁴¹

Im Hinblick auf die Betonung der Wissenschaftlichkeit der Risikobewertung hat der Appellate Body hervorgehoben, dass dies nicht eng szientifisch verstanden werden darf. Er möchte das Artifizielle der Laborbedingungen überwinden, kommt aber über eine recht vage Umschreibung von Wissenschaft und Praxis bisher nicht hinaus. Die oft zitierte Formulierung lautet:

„It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on

¹³⁷ Art. 2.2 SPS-Abkommen.

¹³⁸ Art. 3.3 SPS-Abkommen.

¹³⁹ Art. 5.1. bis 5.3 SPS-Abkommen. Vgl. European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 180: “Article 2.2 informs Articles 5.1: the elements that define the basic obligation set out in Article 2.2 impart meaning to Article 5.1.”

¹⁴⁰ Art. 5.7. SPS-Abkommen

¹⁴¹ Vgl. dazu EC - Biotech Products Nr. 7.89.

human health in the real world where people live and work and die.“¹⁴²

Zu beachten ist auch, dass die Risikobewertung nicht zwingend zu einer „monolithic conclusion“ kommen muss. Im Hinblick auf abweichende Meinungen gilt, dass die Maßnahme nicht der Mehrheit der scientific community folgen muss, sondern

„responsible and representative governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion from a qualified and respected source.“¹⁴³

c) Anwendung

Damit ist ein recht anspruchsvolles materielles und methodisches Anforderungsprofil aufgestellt. Es entspricht ungefähr dem auch auf nationaler und EU-Ebene praktizierten, weshalb die oben aufgezählten Gründe für Anbaubeschränkungen/-untersagungen, die vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens erfasst sind, sich ohne große Schwierigkeiten subsumieren lassen dürften. Bei Anwendung des Anforderungsprofils gilt in besonderem Maße, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt. Dies ergibt sich materiell daraus, dass Gesundheits- und Umweltschutz nicht lediglich eine Ausnahme von einem prästierten Freihandelsprinzip, sondern ein mindestens gleichwertiges Prinzip darstellt¹⁴⁴, und prozedural daraus, dass das Niveau demokratischer Legitimation der Beschlüsse der WTO-Streitschlichtungsorgane geringer ist als das der Regelungen der Mitgliedstaaten.¹⁴⁵

Soweit ein Mitgliedstaat die UVP durch Untersuchung nicht untersuchter Wirkungspfade ergänzt (wie zB Auswirkungen auf bestimmte Nicht-Ziel-Organismen), muss nach den anerkannten Methoden der UVP das Risiko bestimmt werden, bevor Anbaubeschränkungen/-verbote ausgesprochen werden können.¹⁴⁶

Soweit es die allgemeinen umweltpolitischen Wertungen angeht, wurde oben begründet, dass das SPS-Abkommen auf Maßnahmen, die darauf gestützt sind, nicht anwendbar ist.

Hilfsweise soll hier dennoch geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Zulässigkeit nach dem Abkommen gegeben sind.

Die allgemeinen umweltpolitischen Wertungen sind Bestandteil der Bestimmung des Schutzniveaus, die im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt. Wenn ein Mitgliedstaat zum Beispiel ökosystemare Auswirkungen von GVO-Anbau vermeiden will, wählt er ein höheres Schutzniveau als wenn er lediglich nachweisbare Schäden vermeiden will. Da es für GVO unter Aspekten des Umweltschutzes keine internationalen Normen, Richtlinien oder Empfehlungen über das Schutzniveau gibt, müssen die Mitgliedstaaten auch nicht

¹⁴² European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 187. Auch zitiert in Appellate Body Report, US — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R 2008, Nr. 527.

¹⁴³ European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 194. Auch zitiert in United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute, WT/DS320/R 2008, Nr. 529.

¹⁴⁴ Vgl. dazu oben zu I. 3.

¹⁴⁵ Vgl. G. Winter, Regimekonflikte im globalisierten Recht: Erscheinungsformen und Lösungen, in: GAIA, 20/4(2011), 248 – 255.

¹⁴⁶ Vgl. die Auffassung des AB in European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 186, dass das Risiko „ascertainable“ sein muss.

wissenschaftlich begründen, warum sie über solche Normen hinausgehen.¹⁴⁷

Soweit Unterschiede des Schutzniveaus zwischen gentechnischen und konventionellen Pflanzen auftreten, verletzen sie das Konsistenzgebot gem. Art. 5.5 SPS-Abkommen nicht, wenn darauf geachtet wird, dass sie nicht zu einer Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung des internationalen Handels führen. Denkbar wäre jedoch, das oben dargelegte Konzeptgebot auch im SPS-Rahmen anzuwenden.¹⁴⁸

Auch für Maßnahmen, die ein hohes Schutzniveau verwirklichen, muss eine Risikobewertung erfolgen. Sie muss das Risiko explizieren und erklären, warum es für nicht akzeptabel gehalten wird. Eine strenge Risikobewertung kann jedoch nicht gefordert werden, weil sie auf lineare Kausalitäten abstellt und die komplexen Wechselwirkungen in Ökosystemen nicht erfasst. Wenn das „verfügbare Beweismaterial“ für eine empirische Falsifizierung der angenommenen Wechselwirkungen nicht ausreicht, kann der Vorsorgeansatz des Art. 5.7 SPS-Abkommen herangezogen werden. Allgemeiner gesagt: dem höheren Abstraktionsgrad des Schutzniveaus entspricht eine höhere Abstraktheit auch der Risikobewertung.

Ähnliches gilt für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der ausgewählten Maßnahmen. Nur strategische Alternativen im Sinne der normativen Verhältnismäßigkeit¹⁴⁹ sind zu untersuchen, nicht kleinteilige Varianten bis in den betroffenen Einzelfall hinein.

Insgesamt ist zu dieser hilfsweisen Prüfung allerdings einzuräumen, dass sie wohl von dem abweicht, was das Panel im Fall EC – Biotech Products an Anforderungen an die gewählten Maßnahmen praktiziert und auch dem Duktus der sonstigen WTO-Streitschlichtungsjudikatur entspricht. Wie im Hinblick auf den Anwendungsbereich des SPS-Abkommens muss also auch für die hilfsweise Prüfung der Anforderungen an das risk assessment mit einem neuen Streitschlichtungsverfahren gerechnet werden. Die Aussichten sind jedoch nicht gering. Man kann dabei immerhin auf diejenigen Formulierungen setzen, mit denen der Appellate Body von einer exakten wissenschaftlichen Basis absieht und Einschätzungen von qualitativer Art, solche aus der Lebenspraxis¹⁵⁰, und solche komplexerer Kausalbeziehungen¹⁵¹ akzeptiert. Besonders deutlich wird dieser Trend in folgender Feststellung:

“Although the definition of a risk assessment does not require WTO Members to establish a minimum magnitude of risk, it is nevertheless difficult to understand the concept of risk as being devoid of any indication of potentiality. A risk assessment is intended to identify adverse effects and evaluate the possibility that such adverse effects might arise. This distinguishes an ascertainable risk from theoretical uncertainty. However, the assessment of risk need not be expressed in numerical terms or as a minimum quantification of the level of risk.”¹⁵²

Soweit die Maßnahmen in den Anwendungsbereich des SPS-Abkommen fallen und seinen

¹⁴⁷ Vgl. Art. 3.3. SPS-Abkommen und oben zu V. 1. b) aa).

¹⁴⁸ Vgl. Art. 5.5 SPS-Abkommen, der selbst den Ausdruck „Konzept“ verwendet (engl. „concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection“).

¹⁴⁹ S. oben zu II. 3. a).

¹⁵⁰ European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 1998, Nr. 187.

¹⁵¹ Vgl. United States — Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R 2008, Nr. 562.

¹⁵² United States — Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R 2008, Nr. 569.

Anforderungen genügen, sind sie nicht auch noch am TBT-Abkommen zu messen, weil das SPS-Abkommen diesem vorgeht.¹⁵³ Sie sind aber noch auf Vereinbarkeit mit dem GATT zu prüfen.

2. Abkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen)

Zu prüfen ist, ob die Maßnahmen, die die allgemeinen umweltpolitischen Ziele verfolgen oder auf anderen als umweltpolitischen Gründen beruhen, in den Anwendungsbereich des TBT-Abkommens fallen. Ist dies der Fall, wären die Anforderungen des TBT-Abkommens durchzugehen. Das TBT-Abkommen unterscheidet sich vom GATT in folgenreicher Weise im Hinblick auf die Frage, ob nur Maßnahmen, die ausländische und inländische Produkte unterschiedlich behandeln (sog. diskriminierende Maßnahmen), rechtfertigungsbedürftig sind oder auch Maßnahmen, die beide nicht unterschiedlich behandeln (sog. nicht diskriminierende Maßnahmen). Das TBT-Abkommen erfasst beide Kategorien, das GATT dagegen nur diskriminierende Maßnahmen. Während das GATT nur Diskriminierungen abbauen will, erhebt das TBT-Abkommen den Anspruch, die allgemeine Handelspolitik der Mitglieder zu disziplinieren.¹⁵⁴

Entscheidend für den Anwendungsbereich des TBT-Abkommens sind dessen Art. 2.1 und 2.2. Sie lauten:

„Die Mitglieder stellen sicher, dass aus dem Gebiet eines anderen Mitglieds eingeführte Waren in Bezug auf technische Vorschriften eine nicht weniger günstige Behandlung erhalten als gleichartige Waren inländischen Ursprungs oder gleichartige Waren mit Ursprung in einem anderen Land.“

Die Mitglieder stellen sicher, dass technische Vorschriften nicht in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. [...].“

Art. 2.1 enthält das grundsätzliche Verbot diskriminierender Maßnahmen, Art. 2.2 das grundsätzliche Verbot auch nicht-diskriminierender Maßnahmen.

Zentral ist in beiderlei Hinsicht der Bezug zu technischen Vorschriften: Sie dürfen (grundsätzlich, also vorbehaltlich möglicher Rechtfertigung) nicht diskriminierend sein bzw. den Handel nicht unnötig hemmen. Art. 26b RL 2001/18/EG, die auf sie gestützte nationale Gesetzgebung und die untergesetzlichen Regelungen mit konkreten Anbaubeschränkungen oder -verboten müssten also eine technische Vorschrift in diesem Sinne sein. Im Folgenden behandle ich nur die untergesetzlichen Anbauregelungen, weil sie letztlich die Handelsbeschränkung verursachen, während die höherrangigen Normen solche Regelungen nur ermöglichen aber nicht zwingend vorschreiben.

Der Ausdruck „technische Vorschrift“ ist definiert als

„ein Dokument, das Merkmale eines Produkts oder die entsprechenden Verfahren und Produktionsmethoden einschließlich der anwendbaren Verwaltungsbestimmungen festlegt, deren Einhaltung zwingend vorgeschrieben ist. Es kann unter anderem oder ausschließlich Festlegungen über Terminologie, Bildzeichen sowie Verpackungs-, Kennzeichnungs- oder Beschriftungserfordernisse

¹⁵³ Art. 1 Abs. 4 SPS-Abkommen.

¹⁵⁴ Es ist hier nicht der Ort zu diskutieren, ob dies der ursprünglichen Intention des Abkommens entspricht.

für ein Produkt, ein Verfahren oder eine Produktionsmethode enthalten.“¹⁵⁵

Zu prüfen ist zunächst, ob Anbaubeschränkungen/-verbote Merkmale des GVO oder die auf ihn bezogenen Verfahren oder Produktionsmethoden festlegen. Sie beziehen sich in der Tat auf das Merkmal eines Produkts, nämlich seine Eigenschaft als gentechnisch modifiziert. Aber bedeutet die bloße Definition eines Ausdrucks und die damit verbundene Absteckung des Anwendungsbereichs einer Norm mittels dieser Definition zugleich, dass die Produktmerkmale damit „festgelegt“ werden (engl. laid down)? Bejaht man die Frage, ist weiter zu prüfen, ob die Einhaltung der festgelegten Merkmale - positiv („muss sein“) oder negativ („darf nicht sein“)¹⁵⁶ - vorgeschrieben wird.¹⁵⁷

Nun gibt es keine abstrakte Einhaltungspflicht für Merkmalsfestlegungen, vielmehr bezieht sich diese Pflicht immer auf bestimmte Handlungsfelder, in denen die Merkmalsfestlegung eine Rolle spielen kann. Dieses Handlungsfeld ist im Kontext des TBT-Abkommens der Handel mit Produkten. Für diesen Handel kann festgelegt und verbindlich vorgeschrieben werden, dass Produkte mit dem Merkmal „gentechnisch verändert“ nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen in Verkehr gebracht werden dürfen. Anbaubeschränkungen oder -verbote schreiben dies aber gerade nicht vor.¹⁵⁸ Sie beziehen sich auf den Anbau, nicht auf den Handel. Der Hersteller bleibt frei, die anbaubeschränkten Produkte in Verkehr zu bringen. Man könnte immerhin überlegen, ob die Anbaubeschränkung oder -untersagung mittelbar die Einhaltung der Merkmalsfestlegung für den Handel vorschreibt, weil die Absatzchancen vermindert werden. Aber dies bedeutete eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des TBT-Abkommens, für die die Streitschlichtungsorgane nicht legitimiert wären. Sie würden dann einen ähnlichen Schritt vollziehen, den der EuGH in den Urteilen Mickelsson und Kommission./Italien gegangen ist. Auf europäischer Ebene ist dies bereits zweifelhaft¹⁵⁹, mag aber bei angemessenem Zuschnitt angehen, in der weltweiten Dimension des TBT-Abkommens wäre dies ein Akt ultra vires.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das TBT-Abkommen auf Anbaubeschränkungen und -verbote nicht anwendbar ist.

3. Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT)

Einschlägig für eine Beurteilung von Anbaubeschränkungen/-verboten am Maßstab des GATT ist Art. 3 Abs. 4. Er lautet:

„Waren, die aus dem Gebiet einer Vertragspartei in das Gebiet einer anderen Vertragspartei eingeführt werden, dürfen hinsichtlich aller Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften über den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, die Beförderung, Verteilung oder Verwendung im Inland keine weniger günstige Behandlung erfahren als gleichartige Waren inländischen Ursprungs.“

Diese Vorschrift ist auch auf Regelungen der Verwendung von Produkten anwendbar, somit auch auf Anbauregelungen. Jedoch müssen diese Regelungen ausländische und inländische

¹⁵⁵ Anhang 1 Nr. 1 TBT-Abkommen.

¹⁵⁶ Beides wäre erfasst; ebenso Dederer, Gutachten S. 86.

¹⁵⁷ Auf das „zwingend“ kommt es hier nicht an, weil dieser Begriff auf den Unterschied zu internationalen Normen verweist. Entscheidend ist, dass die Vorschrift selbst darauf zielt, dass die Produktmerkmale von den Adressaten beachtet werden sollen.

¹⁵⁸ Diesen Zusammenhang mit dem Warenverkehr erkennt Dederer, Gutachten S. 86. Wie hier A. Strack, Der lange Weg zum Opt-out von der Gentechnik, NuR 2014, 829 ff. (dort Fn. 34).

¹⁵⁹ Vgl. oben zu IV. 1.

Produkte ungleich behandeln. Das ist sichtlich nicht der Fall, weil alle gentechnisch veränderten Pflanzen den gleichen Anbaubeschränkungen oder -verboten unterworfen werden.

Da im tatsächlichen Effekt der Anbaubeschränkungen/-verbote wohl quantitativ mehr ausländische als inländische Pflanzen betroffen sein würden, stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch eine faktische Ungleichbehandlung von Art. 3 Abs. 4 GATT erfasst ist. Im Prinzip ist dies vom Appellate Body anerkannt worden. Entscheidend ist, ob die Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil der eingeführten Produkte negativ verändert wurden.¹⁶⁰ Dabei muss die negative Veränderung gerade auf die ausländische Herkunft der Produkte zurückzuführen sein:

„However, the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product, such as the market share of the importer in this case.“¹⁶¹

Die negative Veränderung der Marktbedingungen liegt bei Anbaubeschränkungen/-verboten darin, dass die Produkte den Gründen für Verwendungsbeschränkungen nicht entsprechen. Die Regelungen sind gänzlich neutral hinsichtlich der Herkunft der Produkte.

Eine deutlichere Ungleichbehandlung könnte dagegen dann anzunehmen sein, wenn man nicht gentechnisch verändertes Saatgut aus dem Ausland und Inland vergleicht, sondern gentechnisch verändertes Saatgut aus dem Ausland mit konventionellem Saatgut aus dem Inland. Ersteres wäre im Anbau beschränkt, letzteres nicht. Für einen solchen Vergleich müsste es sich bei beiden Produktgruppen um „gleichartige“ Waren handeln. Dies ist nicht der Fall, weil sich beide Produkte vor allem in ihren physischen Eigenschaften sowie in den Vorstellungen und im Verhalten der Verbraucher unterscheiden.¹⁶²

Zusammenfassend verstoßen Anbaubeschränkungen oder -verbote, die für in- und ausländische gentechnisch veränderte Produkte gleichermaßen gelten, nicht gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 4 GATT.

¹⁶⁰ Japan — Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. 1996, S. 16 f.; European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS135/AB/R. 2001, Nr. 100.

¹⁶¹ Dominican Republic — Measures affecting the importation and internal sale of Cigarettes, WT/DS302/AB/R 25 April 2005, Kap. V Nr. 11.

¹⁶² Ebenso Dederer, Gutachten S. 88 f.

VI. Ergebnis im Überblick

Das Ergebnis des Gutachtens lässt sich in folgender Tabelle zusammenfassen.

Zulässigkeit unterschiedlicher Gründe für Anbaubeschränkungen und -verbote (AB)

| Gründe Zulässigkeit | Tatsachen und fachliche Wertungen zur UVP | allg. umweltpolitische Gründe (zB Biodiversität, bäuerl. Landwirtschaft) | Gründe außerhalb umweltpolitischer Ziele |
|---|--|---|---|
| Art. 26b RL 2001/18 | AB nicht zulässig, wenn von der UVP abweichend AB zulässig, wenn die UVP ergänzend | AB zulässig, s. Art. 26b Abs. 3 „normbezogene Verhältnismäßigkeit“ | |
| Grundgesetz (Grundrechte, Bestimmtheitsgebot) | AB zulässig, da Grundrechtseingriffe durch Art. 20a und konkurrierende Grundrechte gerechtfertigt werden können | | Ethische Gründe präzisierungsbedürftig Religiöse Gründe unzulässig |
| Art. 34 AEUV | Art. 34 nicht anwendbar, weil RL2001/18 erschöpfend regelt. Hilfsweise: AB zulässig, weil Eingriff durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann. Dies ist judiziell bzgl. ethischer Gründe noch offen | | |
| SPS-Abkommen | Abkommen ist anwendbar; AB zulässig, wenn auf risk assessment gestützt | Abkommen ist nicht anwendbar, weil nicht konkret auf Mensch, Tier o. Pflanze bezogen. Hilfsweise: Bestimmung des Schutzniveaus im Ermessen des Mitgliedstaates; strenges risk assessment nicht erforderlich | Abkommen nicht anwendbar, weil Ziele nicht umweltbezogen sind |
| TBT-Abkommen | Abkommen nicht anwendbar, weil subsidiär nach SPS-Abkommen | Abkommen nicht anwendbar, weil AB keine technische Vorschrift | |
| Art. III.4 GATT | Abkommen nicht anwendbar, weil AB ausländische und inländische Produkte nicht ungleich behandelt | | |

Zusammenfassung

I. Vorüberlegungen

Die Gentechnik hat seit ihrem Beginn bis heute **Kontroversen** provoziert. Diese durchzogen Gesellschaft, Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Sie wurden und werden nicht nur auf deutscher Ebene ausgetragen, sondern auch innerhalb der EU und im Verhältnis der EU und ihrer Mitgliedstaaten mit Drittstaaten. In einer **ersten Phase** wurden Kompromisse zur Entwicklung eines **allgemein verbindlichen Rahmens** angestrebt, in einer **zweiten Phase**, als man merkte dass die Gegensätze unüberbrückbar waren, wurde um Kompromisse zur Ermöglichung des **Nebeneinanders von gentechnischer und konventioneller bzw organischer Landwirtschaft** gerungen.

Das **Opt-Out-Modell** ist ein **radikaler Ausweg aus dieser Kontroverse**. Dem Subsidiaritätsprinzip neuen Raum gebend, setzt es auf eine Pluralisierung der Regulierungspraktiken der Mitgliedstaaten. Die Richtlinie, die es einführt, ist demokratisch legitimiert und muss deshalb ernst genommen werden. Ihr kommt ein „**effet utile**“ zu, der die Nutzung des Opt-Out effektiv ermöglichen muss. Dem würde es widersprechen, wenn durch vielfältige Kautelen wie zB eine überdetaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung versucht würde, den politisch eröffneten Spielraum wieder einzuengen. Hätte diese Strategie Erfolg, würde die mühsam befriedete Kontroverse in eine neue Runde gehen.

Das **Opt-Out-Konzept** ist ein neues **Lösungsmodell**, das **auch für die grundlegenden Mechanismen der Raumnahme der zweckrationalen Wirtschaft** gegenüber der wertrationalen Gesellschaft (M. Weber), oder (in philosophischen Kategorien) der instrumentellen Systemwelt gegenüber der kommunikativen Lebenswelt (Habermas), oder (in Kategorien der Nachhaltigkeit) zwischen der ökonomischen und der sozial-ökologischen Sphäre wegweisend sein könnte. Den **Wirtschaftsunternehmen** ist es in einem säkularen politischen Prozess gelungen, sich selbst eine **konstitutionelle Freiheitsbasis** zu verschaffen, die sich immer weiter in die sozialökologische Sphäre ausdehnte.

Mit der Subjektivierung der Unternehmensinteressen hat die **Subjektivierung der gesellschaftlichen und ökologischen Interessen** nicht Schritt gehalten. Den Einzelnen stehen deshalb, abgesehen von gewissen Schutzrechten bei gesundheitlichen und anderen sektoralen Betroffenheiten, kaum Rekursmöglichkeiten zur Verfügung. Sie sind also auf den politischen Weg verwiesen, letztlich also darauf, dass ihr Staat sich ihrer Interessen regulierend annimmt. Als legitime Interessen werden im Bereich der Nutzung natürlicher Ressourcen unzweifelhaft solche des Gesundheits- und Umweltschutzes anerkannt. Weitgehend unbemerkt sind dagegen solche Gesichtspunkte geblieben, die die Nutzung natürlicher Ressourcen aus anderen als Gesundheits- und Umweltschutzgründen heraus regeln wollen, insbesondere aus solchen Gründen, die man als **kulturelle Traditionen einer Gesellschaft** bezeichnen könnte. Das europäische Opt-Out-Konzept stellt diese Gesichtspunkte nun in recht umfassender Weise in den Mittelpunkt europäischer und sicherlich auch internationaler Aufmerksamkeit.

II. Das Opt-Out-Konzept

Der neue Art. 26b RL 2001/18/EG regelt das Verfahren, die Inhalte von Maßnahmen, die legitimen Gründe und bestimmte Anforderungen an Maßnahmen.

1. Verfahren und Maßnahmeinhalte

Das **Verfahren** ist **nicht notwendig zweistufig**, vielmehr kann es auch einstufig verlaufen. Die

Anbaubeschränkung oder -untersagung kann aber erst erfolgen, wenn der betreffende GVO vorher zugelassen worden ist. Für die Aufforderung auf der ersten Stufe ist keine Begründung vorgeschrieben. Es empfiehlt sich aber, eine solche vorzulegen, um den Antragsteller zu einer Anpassung seines Antrags zu bewegen.

Die Anbaubeschränkung oder -untersagung kann sich auf einen GVO oder eine „Gruppe von nach Kulturpflanzen oder Merkmalen festgelegten GVO“ beziehen. Soll eine Anbaubeschränkung oder -untersagung für eine ganze Gruppe angeordnet werden, so kann, weil lediglich einzelne zugelassene GVO geregelt werden können, dies nur in der Weise erfolgen, dass eine bestimmte Praxis in Gang gesetzt wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit empfiehlt es sich, diese **Praxis durch programmatische Erklärung vorher anzukündigen**.

Die Anbaubeschränkung oder -untersagung kann die Form eines **Anbauverbots** annehmen oder bestimmte **Anbaumodalitäten** festlegen. Sie kann auf bestimmte **Gebiete** beschränkt sein oder sich auf das **ganze Staatsgebiet** erstrecken. Hieraus ergeben sich folgende **Gestaltungsvarianten**:

- lokale oder regionale Anbauregelung (z.B. gentechnikfreie Zone, einzelnes Schutzgebiet, Landschaftsplanung)
- landesweite Anbauregelung
 - auf Gebiete (z. B. bestimmte Naturschutzgebiete) oder Gebietstypen (z.B. alle Naturschutzgebiete) bezogen
 - allerorts für das gesamte Landesgebiet
- bundesweite Anbauregelung
 - auf Gebietstypen bezogen (zB Naturschutzgebiete, wertvolle Agrarbiotope)
 - allerorts für das gesamte Bundesgebiet

2. Legitime Gründe im Überblick

Als mögliche Gründe zählt Art. 26b Abs. 2 RL 2001/18/EG auf: a) umweltpolitische Ziele; b) Stadt- und Raumordnung; c) Bodennutzung; d) sozioökonomische Auswirkungen; e) Verhinderung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet des Artikels 26a; f) agrarpolitische Ziele; g) öffentliche Ordnung. Da diese nur „beispielsweise“ genannt sind, können weitere Gründe hinzutreten.

Die Gründe können zusammen oder – mit Ausnahme des Grundes „öffentliche Ordnung“ – einzeln angeführt werden.

Manche Gründe tragen nur regionale oder örtliche Maßnahmen. **Je allgemeiner gültig die Gründe sind, desto eher ist eine bundesweite Anbaubeschränkung oder -untersagung zulässig**. Zum Beispiel ist für ein umweltpolitisches Ziel des Schutzes der Integrität von Ökosystemen oder ein agrarpolitisches Ziel der Förderung bäuerlichen Landwirtschaft nur eine bundesweite Maßnahme sinnvoll.

Bei der Interpretation der legitimen Gründe ist der „**effet utile**“ des Opt-Out-Konzepts zur Geltung zu bringen, nämlich die Ermöglichung, nicht die Verhinderung einer Pluralisierung der Anbauregelung durch die Mitgliedstaaten.

3. Anforderungen an Maßnahmen

Maßnahmen müssen im Hinblick auf die von ihnen verfolgten Ziele verhältnismäßig sein. Dabei ist jedoch nicht die Perspektive des einzelnen Betroffenen einzunehmen, sondern, weil nicht Verwaltungsakte sondern Verordnungen zu prüfen sind, eine gewisse Pauschalierung

erlaubt und die Erforderlichkeitsprüfung eher auf strategische Alternativen zu beziehen. Dem Normgeber kommt ein besonderer Ermessensspielraum zu. **Je anspruchsvoller und allgemeiner das politische Ziel ist, desto größer wird dieser Spielraum, weil die alternativen Instrumente umso vielfältiger werden und sich Gerichte nicht an die Stelle der demokratisch legitimierten Normgeber setzen dürfen.**

4. Gründe und Maßnahmen im Einzelnen

a) **Umweltpolitische Ziele**

Umweltpolitische Ziele eröffnen ein weites Feld, das jedoch durch die Maßgabe eingegrenzt ist, dass die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu der im Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung stehen dürfen. Der Spielraum, der sich den Mitgliedstaaten eröffnet, lässt sich auf zwei Dimensionen der Risikoregulierung beziehen: **Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen** einerseits und **allgemeine umweltpolitische Wertungen** andererseits. Während sich die fachlichen Aussagen und Wertungen meist auf lineare Kausalitäten beziehen, sind allgemeine umweltpolitische Wertungen durch eine ganzheitliche Betrachtungsweise geprägt. Manche von ihnen tragen allorts anzuwendende Anbaubeschränkungen/-verbote, andere nur solche Maßnahmen, die auf Gebietstypen bezogen sind. Als **umweltpolitische Gründe, die auf allgemeine umweltpolitische Wertungen gestützt werden können**, kommen in Betracht:

- auf Gebietstypen bezogen
 - eine Freihaltung von Gebietstypen von jeglicher Präsenz von GVO aus wissenschaftlichen Gründen (Referenzgebiete)
 - eine Freihaltung von Gebietstypen aus Gründen des Natur- und Artenschutzes (Erhaltung der Selbstorganisation der evolutionären Dynamik)
 - eine Freihaltung von Gebietstypen aus agrarökologischen Gründen (Erhaltung der Biodiversität in wertvollen Agrarbiotopen)
- allorts anzuwenden
 - eine kritische Sicht auf die Methodik des Vergleichs des GVO mit seinen Elternorganismen (Familiaritätskriterium) oder mit anderen Komparatoren
 - ein grundsätzlich vorsichtigeres Verständnis des Ungewissheitsproblems¹⁶³
 - eine andere Einschätzung der Wahrscheinlichkeit von horizontalem Gentransfer
 - eine Betonung der Irreversibilität der Ausbringung vermehrungsfähiger GVO
 - eine längerfristige Zeitperspektive auf die Entstehung nachteiliger Auswirkungen
 - epigenetische Effekte, d.h. unbeabsichtigte Effekte auf der Ebene der Genregulation; unerwartete Änderungen im Stoffwechsel durch die eingebaute Fremd-DNA
 - Verhinderung von mittelbaren agrarökologischen Auswirkungen von herbiziresistenten und insektiziden gentechnisch veränderten Pflanzen

¹⁶³ Zum Beispiel im Hinblick auf die Auswirkungen von Bt-Toxinen, die von der Bt-Pflanze in die Umwelt gelangen, auf sensible Arten.

- Vermeidung von Klimaeffekten einer durch GVO-Anbau geförderten Industrialisierung der Landwirtschaft
- Ablehnung der Akzeptabilität verbleibender Risiken

Wenn ein Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass eine Tatsachenaussage falsch oder eine fachliche Beurteilung unbegründet ist, kann er dagegen im **Rechtswege** vorgehen. Er kann nicht einfach davon abweichen, weil er sich dann in den von Art. 26b RL 2001/18/EG untersagten Widerspruch zu der UVP begeben würde. Nicht untersuchte Auswirkungen kann der Mitgliedstaaten dagegen ergänzend untersuchen und seinen Maßnahmen zu Grunde legen. Er muss dafür aber eine eigene UVP durchführen.

Allgemeine umweltpolitische Gesichtspunkte liegen weitgehend außerhalb der UVP, werden in der UVP-Praxis manchmal aber mit angesprochen, dies jedoch meist in der Art pauschaler Feststellungen, dass insoweit bisher keine Untersuchungen vorlägen oder nach dem Stand der Forschung keine Bedenken bestünden. Solche Bemerkungen sind nicht als wissenschaftliche Aussagen, sondern als Meinungsäußerungen zu qualifizieren. Von ihnen können die Mitgliedstaaten abweichen, ohne sich mit der UVP in Widerspruch zu setzen. **Zugespitzt gesagt, dürfen die Mitgliedstaaten Anbauregelungen auf diejenigen Gründe stützen, die die Kommission in ihrem über das wissenschaftliche risk assessment hinausgehenden risk management geltendmachen darf.**

b) Sozio-ökonomische Auswirkungen

In Betracht kommen vor allem die **Kosten der Koexistenzmaßnahmen**, die einer Vielzahl von Akteuren von der Urproduktion über die Verarbeitung und den Handel bis zum Verbraucher anfallen. Anbaubeschränkungen oder –untersagungen sind auch zulässig, wenn der **Gebrauchswert des GVO in Abwägung gegen seine Risiken** gering erscheint, m.a.W. wenn „nutzlose Risiken“ vermieden werden sollen. Als weiterer Grund kommt in betracht, dass die **Wahlfreiheit der Verbraucher** gewährleistet werden soll.

c) Agrarpolitische Ziele

Sie decken sich weitgehend mit umweltpolitischen und sozioökonomischen Gesichtspunkten. Als agrarpolitisches Ziel kommt vor allem eine **Umsteuerung agrarindustrieller Entwicklungen in Richtung auf bäuerliche und biologische Landwirtschaft** in Betracht. Der Beitrag bestimmter gentechnisch veränderter Pflanzen zu dieser Entwicklung rechtfertigt Anbaubeschränkungen und-verbote, auch solche mit bundesweitem Bezug.

d) Ethische Gründe

Als sonstige Gründe kommen ethische Werte in Betracht. Zu ihnen sind die **Achtung der „Natur“, das Vertrauen auf den Erfahrungsprozess der Evolution und die Anerkennung einer der Pflanze immanenten Eigenart** zu rechnen.

e) Kumulation von Gründen

Jeder der zulässigen Gründe (außer der der öffentlichen Ordnung) kann eine Anbaubeschränkung oder –untersagung individuell tragen. Solche individuell tragfähigen Gründe können auch kumuliert werden, so dass die Basis für die Maßnahme umso stabiler wird. Die Kumulation von Gründen ermöglicht aber auch Maßnahmen, die ein Grund für sich genommen nicht tragen würde. Für einen **herbizidresistenten Raps** könnten folgende Gründe – je für sich oder kumulativ - ein **bundesweites Anbauverbot** rechtfertigen:

- *umweltpolitische Ziele: der Grund auszuschließen, dass mehr Herbizide ausgebracht werden als bisher, dass die verwendeten Herbizide eine unnötig breite Palette von Pflanzen beseitigen und dass Pflanzen Resistenzen gegen das von der Nutzpflanze tolerierte Herbizid entwickeln*
- *sozio-ökonomische Auswirkungen: der Grund, dass der Vorteil, Ackerbaukosten zu sparen, die verbleibenden ökologischen Risiken nicht aufwiegt*
- *agrarpolitische Ziele: der Grund, dass die Industrialisierung der Landwirtschaft gebremst und die bäuerliche Landwirtschaft gefördert werden sollen; der Grund auszuschließen, dass die Reinheit des Saatguts gefährdet wird und die Vielfalt der Nutzpflanzen abnimmt*
- *sonstige Gründe: Anerkennung einer der Pflanze immanenten, durch die Evolution geprägten Eigenart.*

*Die Kumulationsmöglichkeit bedeutet zugleich, dass eine Überschneidung von Gründen unschädlich ist. **Für die Prüfung am Maßstab höherrangigen Rechts folgt hieraus, dass der Grund unter einer Rubrik Bestand haben kann, wenn er unter einer anderen Rubrik scheitert.** Wenn das Ziel der Erhaltung der Agrarökologie zum Beispiel an den umweltbezogenen Maßstäben des SPS-Abkommens scheitert, kann er unter agrarpolitischen Gesichtspunkten bestehen bleiben, weil diese nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen.*

III. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

*Als verletzte Grundrechte kommen die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie derjenigen Landwirte in Betracht, die gentechnisch verändertes Saatgut verwenden wollen. Beide Grundrechte sind schon in ihrem Schutzbereich gesetzgeprägt. Wenn also Gesetzgebung den Anbau bestimmter Arten von Saatgut beschränkt, fragt es sich, ob überhaupt der Schutzbereich berührt ist. Gehört es zum Schutzbereich, dass ein Landwirt eine beliebig große Auswahl von Saatgut nutzen kann? Ist die Nichtaufnahme einer Sorte in den Sortenkatalog ein Eingriff in die Wahlfreiheit des Landwirts? Müsste dann nicht auch eine Schutzpflicht des Staates bestehen, für die Bereitstellung einer Vielfalt von Sorten zu sorgen, einschließlich solcher, die für organische Landwirtschaft geeignet sind? **Es ist also Vorsicht angebracht, den Schutzbereich der betroffenen Grundrechte allzu weit auszudehnen.***

*Die **Rechtfertigung des Eingriffs** in die Berufsfreiheit bzw der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums müsste **konkurrierende Grundrechte und Schutzpflichten** beachten. Hierzu gehören die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie der konventionell und der organisch wirtschaftenden Landwirte, die auf zweierlei Weise beeinträchtigt werden können, nämlich einerseits – ökologisch - durch die Gesundheits- und Umweltrisiken von gentechnisch verändertem Saatgut und andererseits - ökonomisch - durch ökonomische Schäden, wenn ihr Anbau durch Pollenflug oder auf anderen Wegen kontaminiert und die Ernte deshalb nicht mehr als gentechnikfrei gehandelt werden kann.¹⁶⁴ Über den Ausgleich der konkurrierenden Grundrechte hinaus ist als objektive Schutzpflicht Art. 20a GG zu beachten. Diese hat das BVerfG im Sinne einer **Risikoversorge** interpretiert.*

*Im Hinblick auf das **Bestimmtheitsgebot** empfiehlt sich eine gesetzgeberische Konkretisierung der „sonstigen Gründe“, also insbesondere der ethischen Werte, etwa in der Weise, dass „ethische Gründe“ als legitim erachtet werden. Denkbar wäre auch eine*

¹⁶⁴ Ebenso BVerfGE 128, 1 ff. (37 und 61 f.).

Ausdifferenzierung in folgender Form: „Achtung der Natur, Vertrauen auf den Erfahrungsprozess der Evolution, Anerkennung einer der Pflanze immanenten Eigenart“.

IV. Vereinbarkeit mit Primärrecht

1. Warenverkehrsfreiheit (Art. 34/36 AEUV)

Art. 26b Richtlinie 2001/18/EG kann als eine erschöpfende Regelung der Möglichkeiten und Grenzen des Opt-Out angesehen werden. Zwar will die Richtlinie gerade keine Harmonisierung, sondern eine Pluralisierung. Diese Pluralisierung wird zugleich ermöglicht und begrenzt durch Vorgabe von Gründen und Maßgaben für ihre Auswahl und Instrumentierung. Es handelt sich also, paradox formuliert, um eine voll harmonisierte Nichtharmonisierung, oder, weniger paradox, um die **erschöpfende Strukturierung von pluralen Lösungen**.

In hilfsweiser Betrachtung ergibt sich, dass **nur ein bundesweites Anbauverbot in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV** geriete, weil dann die Absatzmöglichkeiten des Saatguts mittelbar erheblich eingeschränkt würden. Im Hinblick auf die **Rechtfertigung** solcher Maßnahmen kommen Gründe aus Art. 36 und sonstige begründbare öffentliche Interessen in Betracht. Zu überprüfen wären jedoch nur solche Maßnahmen, die sich auf Gründe stützen, die sekundärrechtlich durch Art. 26b RL 2001/18/EG nicht bereits vorgegeben sind. **Zur Überprüfung stehen deshalb nur die „sonstigen Gründe“**. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass das Gericht sich insoweit noch offen gehalten hat.

2. Kohärenz-/ Konsistenzgebot?

Allgemeine umwelt- und agrarpolitische Ziele des Schutzes von Ökosystemen und von bäuerlicher Landwirtschaft könnten als Gründe für Anbaubeschränkungen und -untersagungen ausscheiden, wenn ein Kohärenzgebot bestünde. Dieses könnte dann als verletzt angesehen werden, weil auch die konventionelle Landwirtschaft Ökosysteme schädigt und sich industrialisiert. Ein solches weitgreifendes Kohärenzgebot ist im Unionsrecht jedoch nicht existent. Es lässt sich aber ein **Konzeptgebot** vertreten, das fordert, dass Anbaubeschränkungen und -verbote für GVO Bestandteil eines politischen Konzepts der Entwicklung einer nachhaltigen und bäuerlichen Landwirtschaft ist.

V. Vereinbarkeit mit dem Welthandelsrecht

a) SPS-Abkommen

Das SPS-Abkommen ist auf Maßnahmen, die andere als umweltpolitische Ziele (wie z.B. sozioökonomische, agrarpolitische oder ethische Ziele) verfolgen, nicht anwendbar.

Im Bereich umweltpolitischer Ziele werden vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens werden nur diejenigen Gründe abgedeckt, die sich auf Tatsachenaussagen und fachliche Beurteilungen hinsichtlich konkreter Auswirkungen auf Menschen, Tiere und Pflanzen stützen. **Maßnahmen, die auf allgemeinen umweltpolitischen Wertungen beruhen, fallen aus dem Anwendungsbereich heraus. Das Panel im Verfahren EC-Biotech Products sieht dies zwar anders. Seine Begründung ist jedoch keineswegs überzeugend und nicht durch den Appellate Body überprüft. Ein neues Verfahren würde zur besseren Klärung beitragen.**

Soweit ein Mitgliedstaat die **UVP** durch Untersuchung nicht untersuchter Wirkungspfade **ergänzt** (wie zB Auswirkungen auf bestimmte Nichtzielorganismen), muss nach den anerkannten Methoden der UVP das Risiko bestimmt werden, bevor bestimmte Anbaubeschränkungen oder -verbote ausgesprochen werden.

Bei hilfsweiser Prüfung von Maßnahmen, die auf allgemeine umweltpolitische Wertungen gestützt sind, ist festzustellen, dass diese Bestandteil der **Bestimmung des Schutzniveaus** sind, die **im Ermessen der Mitgliedstaaten** liegt. Trotzdem muss eine Begründung gegeben werden, die expliziert, warum ein Risiko für nicht akzeptabel gehalten wird. **Eine strenge Risikobewertung kann jedoch nicht gefordert werden.**

b) TBT-Abkommen

Das **TBT-Abkommen ist auf Anbaubeschränkungen und -verbote nicht anwendbar**, weil es sich nur auf technische Vorschriften bezieht, die im Warenhandel beachtet werden müssen.

c) GATT

Da Anbaubeschränkungen und -verbote für in- und ausländische gentechnisch veränderte Produkte gleichermaßen gelten, verstoßen sie nicht gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 4 GATT.