

Berlin

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

Augsburg

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

Berlin, 29.05.2015

Rechtsgutachten

Rechtsfragen einer nationalen Umsetzung der Opt-out-Änderungsrichtlinie

im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz

Rechtsanwalt Dr. Achim Willand
Rechtsanwalt Dr. Georg Buchholz
Rechtsanwältin Malika Meyer-Schwickerath

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung	5
B.	Aufgabenstellung	13
C.	Konkretisierung umweltpolitischer Ziele	16
I.	Vorgaben und Rahmen der einschlägigen Richtlinien und des Primärrechts	16
1.	Umweltpolitische Ziele in der Änderungsrichtlinie.....	16
2.	Primärrechtliche Vorgaben: Umweltschutz und „zwingende Gründe“	18
3.	Hinweise aus der Entstehungsgeschichte	20
II.	Zwischenfazit: Kategorien zulässiger Gründe für ein Anbauverbot.....	26
III.	Prüfung ausgewählter Begründungsansätze mit Blick auf großflächige Anbauverbote	27
1.	Vorsorge gegen Umweltrisiken.....	27
a)	Verbot des Widerspruchs zur Umweltverträglichkeitsprüfung	28
aa)	Die Umweltverträglichkeitsprüfung im Zulassungsverfahren.....	29
bb)	Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement	33
cc)	Zwischenfazit	43
dd)	Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte	45
ee)	Zu den Gutachten von <i>Dederer</i> und <i>Herdegen</i>	47
b)	Unzulässige Gründe.....	48
c)	Risikomanagement.....	51
aa)	Inhalt der Risikomanagemententscheidung	51
bb)	Abgrenzung zur Umweltverträglichkeitsprüfung.....	54
cc)	Bekannte Risiken, insbesondere IR- und HT-Pflanzen	55
dd)	Risikohypothesen.....	59
ee)	Basisrisiko	61
ff)	Rechtfertigungsgrundsatz als Risikomanagementstrategie... ..	65
d)	Ergänzende Risikobewertung.....	67
e)	Insbesondere: Risiken für die Biodiversität.....	70
2.	Erhaltung der Eigenart der Natur und Umweltgestaltung	75
a)	Widerspruchsverbot und Abgrenzung zu Umweltrisiken.....	75
b)	Gebiets- und Biotopschutz.....	77
c)	Flächendeckender Schutz der Eigenart der Natur	80
3.	Unterstützung naturnaher Landwirtschaft.....	84

a)	Ökologische Erzeugung	84
b)	Erzeugung von Lebensmitteln „ohne Gentechnik“	87
c)	Konventionelle Erzeugung.....	88
d)	Akkumulierende Betrachtung.....	90
D.	Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an Anbauverbote	91
I.	Unionsrecht.....	91
1.	Allgemeine Kriterien nach der Rechtsprechung des EuGH.....	92
a)	Zwingende Gründe	93
b)	Eignung.....	93
c)	Erforderlichkeit.....	95
d)	Anforderungen an die wissenschaftliche Basis der Maßnahme	96
e)	Konsistenz des Maßnahmenkonzeptes.....	99
2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung bei sekundärrechtlicher Harmonisierung	101
a)	Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab.....	101
b)	Handlungsspielraum des Unionsgesetzgebers bei der Harmonisierung	103
c)	Insbesondere: Durch Sekundärrecht eingeräumte Erlaubnisse und Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten.....	107
3.	Schlussfolgerungen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Anbauverböten auf Grundlage der Änderungsrichtlinie	110
4.	Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines bundesweiten Anbauverböts.....	118
a)	Administrative Aspekte eines bundesweiten Anbauverböts	118
b)	Fachliche Fundierung eines bundesweiten Anbauverböts	122
c)	Abwägung: Verbindung verschiedener Gründe und Berücksichtigung sämtlicher Belange	126
d)	Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit.....	127
II.	Grundrechte	128
1.	Abgrenzung zwischen Berufsausübung und Berufswahl.....	129
2.	Legitime Ziele	130
3.	Verhältnismäßigkeit und Ermessensspielraum des Gesetzgebers	132
4.	Fazit	133
E.	Anforderungen des Welthandelsrechts.....	134
I.	Relevante welthandelsrechtliche Anforderungen und Meinungsstand.....	135
II.	Anzuwendende WTO-Regeln.....	139

III.	Allgemeines Gleichbehandlungsgebot (Art. III: 4 GATT).....	141
1.	Ungleichartigkeit von GVO-Saatgut und konventionellem Saatgut	141
2.	Rechtfertigungsgründe	142
IV.	Anwendbarkeit und Anforderungen des SPSÜ.....	143
1.	Anwendung des SPSÜ	143
a)	Verhältnis zu GATT und TBTÜ	143
b)	GVO als Gegenstand von Regelungen zum Umwelt- und Gesundheitsschutz.....	144
c)	Anbaubeschränkung als SPS-Maßnahme?	145
2.	Wissenschaftliche Fundierung	148
V.	Fazit	152
F.	Aufforderung zur Anpassung des geografischen Geltungsbereiches in Phase 1	154
I.	Voraussetzungen einer Aufforderung in Phase 1.....	154
II.	Spätere Erweiterungsanträge.....	158

A. Zusammenfassung

Allgemeines

1. Die Opt-out-Änderungsrichtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten, den GVO-Anbau für einzelne GVO oder Gruppen von GVO auf Teilen ihres Hoheitsgebiets oder in ihrem gesamten Hoheitsgebiet zu untersagen. Sie räumt ihnen dazu einen erheblichen Ermessens- und Gestaltungsspielraum ein.
2. Die Mitgliedstaaten dürfen im Rahmen der berücksichtigungsfähigen Umweltziele selbst das Schutzniveau bestimmen und entscheiden, welche Umweltrisiken sie akzeptieren (Risikomanagement) und in welcher Eigenart sie die Natur einschließlich ihrer landwirtschaftlich genutzten Bestandteile in ihrem Hoheitsgebiet erhalten wollen.
3. Für die Verhältnismäßigkeit und Rechtssicherheit eines flächendeckenden Anbauverbotes ist es von Rechts wegen unerheblich, ob es durch den Bund oder die Länder erlassen wird. Entscheidend ist, ob die getroffene Entscheidung im Ergebnis den rechtlichen Anforderungen entspricht, insbesondere ob die Belastung der jeweils Betroffenen im Hinblick auf die jeweils verfolgten Ziele verhältnismäßig ist. In der Praxis lässt ein Anbauverbot auf Bundesebene deshalb größere Rechtssicherheit erwarten, weil die Konsistenz von Anbauverboten und Risikobewertungen im Zulassungsverfahren besser gewahrt werden können.

Konkretisierung umweltpolitischer Ziele

4. Als umweltpolitische Ziele, die unter Beachtung der Vorgaben der Freisetzungsrichtlinie in der Fassung der Opt-out-Änderungsrichtlinie ein nationales Anbauverbot rechtfertigen können, kommen insbesondere in Betracht:
 - Vorsorge gegen Umweltrisiken (dazu 5. bis 9.),
 - Naturschutz und Umweltgestaltung (10.)
 - Unterstützung naturnaher Landwirtschaft (11.).
5. Gründe der Vorsorge gegen Umweltrisiken dürfen nur zur Begründung herangezogen werden, soweit sie nicht im Widerspruch zur im Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung stehen (Widerspruchsverbot).

6. Unzulässige Gründe sind danach Widersprüche zur wissenschaftlichen Risikobewertung der EFSA. Diese beschränkt sich auf die naturwissenschaftlich belegten Erkenntnisse über Umweltrisiken (Tatsachengrundlagen). Sie bezieht sich nicht auf die darauf beruhende, aber davon zu unterscheidende Risikomanagemententscheidung der Kommission bzw. der Vertreter der Mitgliedstaaten im Regelungs- und Berufungsausschuss im harmonisierten Zulassungsverfahren (fachliche und rechtliche Würdigung der Tatsachengrundlagen).
7. Ein unzulässiger Widerspruch zur wissenschaftlichen Risikobewertung liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat ein Verbot auf ein Risiko stützen will, das nach den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Risikobewertung nicht oder nicht in dem vom Mitgliedstaat angenommenen Umfang besteht.
8. Die Mitgliedstaaten dürfen Anbauverbote auf eine Risikomanagemententscheidung stützen, die sich in Bezug auf den Anbau von derjenigen der Unionsorgane im harmonisierten Zulassungsverfahren unterscheidet. Sie dürfen insbesondere
 - a) bestimmen, welches Schutzniveau sie anstreben und wie sie die festgestellten oder nicht auszuschließenden Risiken mit dem Nutzen und gegebenenfalls sonstigen Nachteilen der Freisetzung eines GVO abwägen;
 - b) entscheiden, welche bekannten Risiken sie in Kauf nehmen wollen, insbesondere bezüglich der bioziden Wirkung von insektenresistenten GVO und der mit dem Einsatz bestimmter Herbizide verbundenen mittelbaren Wirkungen des Einsatzes herbizidtoleranter GVO;
 - c) unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips bewerten, welchen Stellenwert sie nachvollziehbaren konkreten Risikohypothesen beimessen, die im Rahmen des Zulassungsverfahrens weder bestätigt noch widerlegt werden konnten;
 - d) ihrer Entscheidung unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips auch ohne konkrete Risikohypothese die Annahme zu Grunde legen, dass mit jeder genetischen Veränderung ein Basisrisiko verbunden ist, weil die Auswirkungen einer solchen Veränderung auf Grund des begrenzten Wissensstandes und der Komplexität möglicher Auswirkungsszenarien nicht sicher prognostiziert werden können, aber möglicherweise unumkehrbar sind.

9. Die Mitgliedstaaten dürfen Anbauverbote ferner auf wissenschaftliche Risikobewertungen stützen, die die im harmonisierten Zulassungsverfahren konkret durchgeführte Risikobewertung ergänzen, dieser aber nicht widersprechen. Sie dürfen insbesondere bestimmen, ab welcher Schwelle (Schadenshöhe oder Eintrittswahrscheinlichkeit) sie Risiken im Rahmen der ihnen zustehenden Risikomanagemententscheidung berücksichtigen.
10. Die Mitgliedstaaten dürfen Anbauverbote auf Gründe des Naturschutzes und der Umweltgestaltung mit dem Ziel der Erhaltung der Eigenart der Natur einschließlich ihrer landwirtschaftlich genutzten Bestandteile stützen. Solche Gründe widersprechen der im harmonisierten Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung nicht, da in deren Rahmen nur Schäden und Risiken für die Umwelt berücksichtigt werden. Die Mitgliedstaaten dürfen insbesondere
 - a) den Anbau von GVO in näher bezeichneten Schutzgebieten und Lebensräumen verbieten, auch soweit dies über naturschutzrechtlich geschützte Gebiete hinausreicht;
 - b) das Ziel verfolgen, die Natur- und Kulturlandschaft flächendeckend, also im gesamten Hoheitsgebiet zur dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts sowie der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft vor einer unnötigen Verbreitung von Transgenen zu schützen.
11. Die Mitgliedstaaten dürfen Anbauverbote auf Gründe der Unterstützung einer naturnahen Landwirtschaft stützen. Sie dürfen insbesondere
 - a) die ökologische Landwirtschaft und Lebensmittelerzeugung vor GVO-Einträgen schützen, auch um dadurch die weiteren positiven Auswirkungen dieser Bewirtschaftungsform für die Umwelt zu erhalten;
 - b) die Erzeugung von Lebensmitteln „ohne Gentechnik“ und deren Ausgangserzeugnisse vor GVO-Einträgen schützen;
 - c) biologisch wirtschaftende Imker und Imkereiprodukte ohne Gentechnik erzeugende Imker, die wegen der Flugradien der Bienen von 3 bis 10 km in besonderer Weise von GVO-Einträgen bedroht sind, vor solchen Einträgen schützen;
 - d) im Rahmen der Risikomanagemententscheidung bei insektenresistenten und herbizidtoleranten GVO alternative Methoden der Schädlingsbe-

kämpfung und den Vorrang eines integrierten Pflanzenschutzes berücksichtigen.

12. Die Mitgliedstaaten dürfen im Rahmen einer pauschalierenden Betrachtungsweise großräumige GVO-Anbauverbote erlassen, um dadurch einer Akkumulation schutzwürdiger Gebiete (s.o., Ziff. 10) und Landwirtschaftsformen (s.o., Ziff. 11) Rechnung zu tragen und den Schutz durch einen Umgebungsschutz zu ergänzen.

Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an ein Anbauverbot

13. Unionsrecht

- a) Da ein Anbauverbot der Mitgliedstaaten den freien Warenverkehr in der Union beeinträchtigen kann, sind solche Regelungen nur zulässig, wenn sie dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.
- b) Der Prüfmaßstab des EuGH für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit durch nationale Maßnahmen – zwingende Gründe bzw. Erfordernisse, Eignung und Erforderlichkeit von Maßnahmen (wissenschaftliche Basis und Konsistenz) – wird maßgeblich durch das einschlägige Sekundärrecht beeinflusst.
- c) Soweit eine harmonisierende Regelung der Gemeinschaft reicht, sind mitgliedstaatliche Maßnahmen vorrangig am Sekundärrecht zu messen (das im Lichte des Primärrechts auszulegen ist). Dies gilt auch, wenn der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten explizit bestimmte Handlungsspielräume einräumt oder bestimmte Maßnahmen erlaubt. Es kommt daher entscheidend auf die Auslegung der Änderungsrichtlinie (Umfang und Reichweite der Harmonisierung) an.
- d) Der Regelungsgehalt der Änderungsrichtlinie erschöpft sich nicht darin, einen Teil der Harmonisierung der Bedingungen für den Anbau von GVO zurückzunehmen. Vielmehr räumt die Änderungsrichtlinie den Mitgliedstaaten absichtsvoll einen eigenen Gestaltungsspielraum ein, der zudem durch prozedurale und materielle Vorgaben strukturiert wird. So regelt die Union das gestufte Verfahren des Opt-out (Phase 1 bzw. 2), konkretisiert

für typische Konfliktlagen beim Anbau von GVO die in Betracht kommenden „zwingenden Gründe“ und benennt Alternativen für die Ausgestaltung von Anbauverböten und -beschränkungen.

- e) Es sollen nach der Änderungsrichtlinie auch Anbauverböte in Betracht kommen, die das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und ggf. eine Gruppe von GVO erfassen.
- f) Die Änderungsrichtlinie strebt eine Optimierung in verschiedene Richtungen an: Dem Bedarf an mitgliedstaatlichen Entscheidungsbefugnissen soll entsprochen werden, um auf der anderen Seite die Hemmnisse in den Zulassungsverfahren zu überwinden und das Funktionieren des Binnenmarktes in diesem Bereich zu verbessern. Die Regelung ist Ausdruck einer komplexen Abwägung verschiedener Interessen auf einem besonders konfliktträchtigen Feld und insofern eine typische Konstellation, in der dem Unionsgesetzgeber nach der Rechtsprechung des EuGH ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist. Dieser schließt es ein, den Mitgliedstaaten im Rahmen der Harmonisierung durch Sekundärrecht Befugnisse einzuräumen, die ihnen durch Primärrecht nicht wieder genommen werden können.
- g) Die Änderungsrichtlinie stellt sich insgesamt nicht als Verzicht auf Harmonisierung dar. Im Gegenteil ist der den Mitgliedstaaten vermittelte, genau umrissene und durch detaillierte Kriterien bestimmte Gestaltungsspielraum integraler Teil des Harmonisierungskonzepts.
- h) Die Ziele des Unionsgesetzgebers – Verlagerung von Entscheidungen auf die nationale Ebene und Absenkung des Konfliktniveaus im Zulassungsverfahren auf Unionsebene – lassen sich nur dann erreichen, wenn die gegenüber GVO skeptisch eingestellten Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, unter praxisnahen Bedingungen großräumige Anbauverböte zu erlassen. Diese Zielsetzung ist maßgeblich bei der Auslegung der Richtlinie zu berücksichtigen. Ein „funktionsfähiger“ Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten ist für das Erreichen dieser Ziele des Unionsgesetzgebers essentiell.

- i) Es ist wahrscheinlich, dass der EuGH im Streitfalle den vom Unionsgesetzgeber für die Mitgliedstaaten geschaffenen Entscheidungsspielraum respektiert und auf dieser Grundlage getroffene nationale Maßnahmen nur zurückhaltend auf ihre Verhältnismäßigkeit prüft (offensichtliche Fehler).

14. Grundrechte

- a) Anbauverbote können Grundrechte von Landwirten, Zulassungsinhabern und Saatgutherstellern und -händlern beeinträchtigen, insbesondere die Berufsfreiheit und das Eigentum. Die Anforderungen zur Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.
- b) Zu den legitimen Zielen für Anbaubeschränkungen zählen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Gentechnikgesetz auch der Schutz der Umwelt und der Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen durch GVO-Einträge. Wegen der teilweise noch ungeklärten Risiken der Gentechnik und des Vorsorgeprinzips hat der Gesetzgeber bei allen Elementen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.

Anforderungen des Welthandelsrechts

- 15. Ein großflächiges Anbauverbot steht mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des GATT im Einklang, sofern ausreichend begründet werden kann, dass das betreffende GVO-Saatgut und das entsprechende konventionelle Saatgut nicht „gleichartig“ sind. Hierfür existieren tragfähige Begründungsansätze (Produkteigenschaften, Umweltrisiken und Verbraucheranschauung).
- 16. Ein auf Umweltrisiken gestütztes Anbauverbot kann am SPS-Übereinkommen zu messen sein, wenn dieses extensiv ausgelegt wird. Das Anbauverbot muss in diesem Falle wissenschaftlich begründet und verhältnismäßig sein, wobei die Bundesrepublik Deutschland das angestrebte Schutzniveau selbst festlegen und z.B. auch das Basisrisiko ausschließen darf. Soweit ein Anbauverbot auf andere Ziele gestützt ist – z.B. Erhaltung der Eigenart der Natur, Umweltgestaltung oder Verhinderung von GVO in anderen Produkten bzw. agrarpolitische und sozioökonomische Aspekte, die in Rahmen dieses Gutachten nicht behandelt wur-

- den,– gilt das SPS-Übereinkommen mit seinen hohen Anforderungen an die wissenschaftliche Begründung nicht.
17. Ein Konflikt mit den WTO-Regeln kann zudem nur auftreten, wenn das Anbauverbot zumindest mittelbar Auswirkungen auf den internationalen Handel hat. Die bisherigen WTO-Streitigkeiten – insbesondere zwischen der EU und den Vereinigten Staaten – bezogen sich jeweils auf Vermarktungsbeschränkungen oder -bedingungen für Produkte. Ein Anbauverbot regelt dagegen lediglich die innerstaatliche Verwendung von Produkten. Es erscheint daher offen, ob vor allem das SPS-Übereinkommen im Falle eines eventuellen WTO-Streits auf ein Anbauverbot angewendet werden würde. Gegebenenfalls müsste der in der Europäischen Union und in Deutschland rechtlich verankerte Umgang mit Restriktiven (Vorsorge) und die entsprechend verwurzelte „Sicherheitskultur“ erneut verteidigt werden. Hierfür bestände auch aller Anlass, wenn die WTO-Regeln so verstanden werden sollten, dass sie innerstaatliche Sicherheitsvorschriften bei der Verwendung von Produkten „aushebeln“ könnten.

Aufforderung zur Anpassung des geografischen Geltungsbereiches in Phase 1

18. Das unionsrechtliche sowie das bundesdeutsche Rechtsstaatsgebot (Bestimmtheitsgebot und Willkürverbot) erfordern nicht, dass für die Aufforderung in Phase 1 zwingende Gründe i.S.d. Art. 26b Abs. 3 der Richtlinie vorliegen oder dass die Aufforderung entsprechend begründet wird. Die Aufforderung entfaltet nur Rechtswirkungen zu Lasten des Antragstellers in Verbindung mit der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung, dass der räumliche Geltungsbereich der Zulassung auch dann eingeschränkt wird, wenn der Antragsteller nach der Aufforderung schweigt. Insofern ist die Aufforderung der Auftakt für eine normsetzende einvernehmliche Regelung. Ein solches konsensuales Vorgehen des Staates ist gerade im Umweltrecht gängige Staatspraxis und wird vom Bundesverfassungsgericht gebilligt. Die Aufforderung darf allerdings nicht willkürlich sein – sich etwa auf völlig sachfremde Erwägungen stützen – und sollte auf die rechtlichen Grundlagen und Rechtsfolgen hinweisen. Für die Beschränkung der Zulassung im Falle eines bloßen Schweigens des Antragstellers als Folge einer solchen Aufforderung ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Da die derzeit anhängigen Zulassungsverfahren aber nicht vor den deutschen Zulassungsbehörden, sondern überwiegend von der EFSA geführt werden, richtet sich die Zu-

lässigkeit einer entsprechenden Beschränkung in diesen aktuellen Verfahren nicht nach deutschem Recht.

19. Spätere Erweiterung einer in Phase 1 beschränkten Zulassung: Wenn der jeweilige Mitgliedstaat später doch in den Geltungsbereich der Zulassung aufgenommen werden will, genügt ein entsprechendes Ersuchen an die zuständige Behörde. Nach der hier vertretenen Auffassung kann ein Antragsteller, mit dessen Einverständnis der Geltungsbereich seiner Zulassung beschränkt wurde, nicht selbst über einen entsprechenden Antrag eine Aufhebung der räumlichen Beschränkung der Zulassung herbeiführen.

B. Aufgabenstellung

Das Inverkehrbringen und die Verwendung von gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in der EU unterliegen einem unionsrechtlich harmonisierten Zulassungsverfahren nach Maßgabe der Richtlinie 2001/18/EG über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt (nachfolgend: „Richtlinie“ oder „Freisetzungsrichtlinie“) oder der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel (nachfolgend: „Verordnung“).

Die Harmonisierung des Zulassungsverfahrens steht nationalen Beschränkungen des *Inverkehrbringens* und der *Verwendung* von GVO grundsätzlich entgegen. Ausgenommen sind Beschränkungen, die im Unionsrecht selbst ausdrücklich vorgesehen sind. Solche Ausnahmen sind insbesondere Sofortmaßnahmen bei ernsten Gesundheits- oder Umweltrisiken gemäß Art. 34 der Verordnung oder Maßnahmen zur Verhinderung des unbeabsichtigten Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen („Koexistenzmaßnahmen“) gemäß Art. 26a der Richtlinie.¹

Mit der Richtlinie (EU) 2015/412 zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG (nachfolgend: „Änderungsrichtlinie“)² wird den Mitgliedstaaten als weitere Ausnahme ermöglicht, den Anbau von GVO in ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen („Opt-out“).

Dazu können sie zunächst den Anmelder bzw. Antragsteller im Zulassungsverfahren auffordern, den geografischen Geltungsbereich seiner Anmeldung bzw. seines Antrages zu beschränken (Phase 1). Wenn dieser nicht ausdrücklich bestätigt, dass er am ursprünglichen Umfang seiner Anmeldung bzw. seines Antrages festhält, wird der geografische Geltungsbereich der Zulassung entsprechend beschränkt.³

Alternativ kann ein Mitgliedstaat Maßnahmen erlassen, um in seinem gesamten Hoheitsgebiet oder in Teilen davon den Anbau eines GVO oder einer Gruppe von nach Kulturpflanzen oder Merkmalen festgelegten GVO nach der Zulassung zu beschrän-

¹ EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Rs. C-36/11, Rn. 70 f., *Pioneer Hi-Bred Italia*.

² Richtlinie (EU) 2015/412 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.03.2015 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. EU Nr. L 68 v. 13.03.2015, S. 1 ff.).

³ Art. 26b Abs. 1 und 2 der Richtlinie.

ken oder zu untersagen. Diese Maßnahmen müssen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen und begründet, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein. Sie müssen sich zudem auf zwingende Gründe stützen, die unter anderem umweltpolitische Ziele betreffen können, aber nicht im Widerspruch zu der gemäß der Richtlinie oder der Verordnung durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung stehen dürfen (Phase 2).⁴

Die Bundesregierung beabsichtigt, diese neu erschlossene nationale Regelungskompetenz zu nutzen. Sowohl das federführende Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL)⁵ als auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)⁶ streben ein bundesweites und flächendeckendes Anbauverbot an. Nach Auffassung des BMEL sind Anbauverbote jedoch rechtssicher am besten von den Ländern zu erlassen. Der Gesetzentwurf des BMEL enthält deshalb lediglich zuständigkeits- und verfahrensbezogene Regelungen, mittels derer die Landesregierungen zum Erlass von Anbauverboten oder -beschränkungen durch Rechtsverordnung ermächtigt werden sollen.⁷

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist deshalb primär ein flächendeckendes Anbauverbot, unabhängig davon, ob es einheitlich auf Bundesebene oder jeweils durch die Länder für ihr Hoheitsgebiet erlassen wird. Weiterhin wird diskutiert, ob eine Zuständigkeit auf Bundesebene oder Länderebene eine höhere Rechtssicherheit bietet.

Die Änderungsrichtlinie ermöglicht nicht nur ein flächendeckendes Anbauverbot, sondern auch anderweitige Anbaubeschränkungen (z.B. erhöhte Mindestabstände zu konfligierenden Nutzungen oder Naturschutzgebieten). Sie ermöglicht ferner räumlich begrenzte Anbauverbote oder -beschränkungen, z.B. die Festlegung räumlich begrenzter gentechnikfreier Gebiete oder die beschränkte Ausweisung besonderer Gebiete, in denen ein GVO-Anbau zulässig ist. Solche Anbaubeschränkungen oder beschränkten Verbote sind nicht unmittelbar Gegenstand der Prüfung, aber im Rahmen

⁴ Art. 26b Abs. 3 der Richtlinie.

⁵ Pressemitteilung Nr. 81 des BMEL v.19.03.2015 zur Agrarministerkonferenz in Bad Homburg, unter www.bmel.de.

⁶ So die Süddeutsche Zeitung am 15.01.2015 „Hendricks will gentechnikfreies Deutschland“, ferner das Interview mit dem Staatssekretär *Jochen Flasbarth* in der FAZ v.13.02.2015 „Wir bekommen Frieden auf den Feldern“.

⁷ BMEL, Entwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des Gentechnik Gesetzes v.20.02.2015, nicht veröffentlicht.

der Verhältnismäßigkeitsprüfung als potentiell mildere Maßnahmen zu berücksichtigen.

Außerdem bestehen rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich tragfähiger Verbotsgründe. Bedenken ergeben sich insbesondere aus den Rechtsgutachten von *Prof. Dr. Hans-Georg Dederer* im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (nachfolgend: *Dederer-Gutachten*)⁸ sowie von *Prof. Dr. Dr. Matthias Herdegen* und *Carsten Kalla* im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (nachfolgend: *Herdegen-Gutachten*).⁹ Beide Gutachten beziehen sich nicht auf die Endfassung, sondern eine teilweise abweichende Entwurfsfassung der Änderungsrichtlinie, die der Rat am 23.07.2014 angenommen hat.¹⁰

Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht unter Berücksichtigung der vorgenannten Rechtsgutachten ausgewählte Rechtsfragen, um eine rechtssichere Umsetzung einer flächendeckenden Untersagung des GVO-Anbaus in Deutschland zu stützen und insbesondere die Möglichkeit des Ausspruches bundesweiter Verbote herauszuarbeiten.

Im Fokus steht zunächst die Konkretisierung der umweltpolitischen Ziele, auf die sich ein Anbauverbot stützen lässt (C.). Sodann werden Einzelfragen im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht (D.). Anschließend sind die Anforderungen des Welthandelsrechts an ein nationales Anbauverbot zu bewerten (E.). Besondere Rechtsfragen wirft die Aufforderung zur Anpassung des geografischen Geltungsbereiches in Phase 1 auf (F.).

⁸ *Dederer*, Nationale „Opt-out“-Möglichkeiten beim Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen, Rechtsgutachten im Auftrag des BMBF v.05.11.2014.

⁹ *Herdegen/Carsten Kalla*, Die geplante Opt-out-Regelung zum Anbau gentechnisch veränderter Organismen (Änderung der Richtlinie 2001/18/EG), Rechtliche Spielräume für die Mitgliedstaaten, Rechtsgutachten im Auftrag des BMEL vom November 2014.

¹⁰ Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG betreffend die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, den Anbau von genetisch veränderten Organismen (GVO) auf ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, vom Rat am 23.07.2014 angenommen, Ratsdok. 10972/3/14, Rev.3.

C. Konkretisierung umweltpolitischer Ziele

Zur Konkretisierung der als Gründe für ein Anbauverbot in Betracht kommenden umweltpolitischen Ziele ergeben sich wesentliche Hinweise aus der Richtlinie selbst (I. 1.), aus den Regelungen und Anforderungen des Primärrechts (I. 2.) sowie aus der Entstehungsgeschichte der Änderungsrichtlinie (I. 3.). Hieraus entwickeln wir die Kategorien zulässiger umweltpolitischer Ziele als Gründe für ein Anbauverbot (II.). Anschließend prüfen wir, inwieweit die Vorsorge gegen Umweltrisiken (III.1.), Naturschutz und Umweltgestaltung (III.2.) und Unterstützung einer naturnahen Landwirtschaft (III.3.) als zulässige umweltpolitische Ziele für ein Anbauverbot herangezogen und wie sie konkretisiert werden können.

I. Vorgaben und Rahmen der einschlägigen Richtlinien und des Primärrechts

1. Umweltpolitische Ziele in der Änderungsrichtlinie

Nach der Änderungsrichtlinie können zwingende Gründe, auf die ein Verbot gestützt werden kann, beispielsweise Folgendes betreffen:

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

Diese Gründe können – mit Ausnahme der öffentlichen Ordnung, die nicht einzeln aufgeführt werden kann – einzeln oder zusammen angeführt werden, je nach den besonderen Gegebenheiten in dem Mitgliedstaat, der Region oder dem Gebiet, in dem die Maßnahmen zur Anwendung kommen sollen; diese Gründe dürfen jedoch auf keinen Fall im Widerspruch zu der gemäß der Richtlinie oder der Verordnung durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung stehen.¹¹

¹¹ Art. 26b Abs. 3 der Richtlinie.

In den Erwägungsgründen heißt es, dass der Anbau in bestimmten Fällen mehr Flexibilität erfordern könnte, da es sich um ein Thema mit ausgeprägter nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung handelt, das mit der Bodennutzung, den örtlichen landwirtschaftlichen Strukturen und dem Schutz oder der Erhaltung von Lebensräumen, Ökosystemen und Landschaften verknüpft ist.¹² Insoweit wird der Begriff der umweltpolitischen Ziele konkretisiert durch den Schutz oder die Erhaltung von Lebensräumen, Ökosystemen und Landschaft.

An anderer Stelle heißt es, dass ein Mitgliedstaat nur solche Gründe im Zusammenhang mit umweltpolitischen Zielen anführen sollte, die Auswirkungen betreffen, die sich von der Risikobewertung in Bezug auf die Gesundheit und Umwelt im Zulassungsverfahren unterscheiden und diese Risikobewertung ergänzen. Hierzu gehören Gründe wie die Beibehaltung und Entwicklung landwirtschaftlicher Verfahren, die besser geeignet sind, die Erzeugung mit der Nachhaltigkeit der Ökosysteme in Einklang zu bringen, oder die Erhaltung der örtlichen biologischen Vielfalt – einschließlich bestimmter Lebensräume und Ökosysteme – oder bestimmter Natur- oder Landschaftselemente und bestimmter Ökosystemfunktionen und -leistungen.¹³ Danach schließen umweltpolitische Ziele auch die Berücksichtigung landwirtschaftlicher Aspekte ein.

In den Erwägungsgründen wird ferner darauf hingewiesen, dass die den Mitgliedstaaten nun eingeräumte Möglichkeit von Anbauverboten oder Beschränkungen im Einklang mit Art. 2 Abs. 2 AEUV steht.¹⁴ Danach können in Bereichen der geteilten Zuständigkeit die Union und die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.

¹² Erwägungsgrund 6, Satz 3 der Änderungsrichtlinie.

¹³ Erwägungsgrund 14, Satz 2 der Änderungsrichtlinie.

¹⁴ Erwägungsgrund 6 der Änderungsrichtlinie.

Mehrfach verweisen die Erwägungsgründe darauf, dass den Mitgliedstaaten entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip mehr Flexibilität bei der Entscheidung über den Anbau von GVO in ihrem Hoheitsgebiet gewährt werden soll.¹⁵

Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Art. 5 Abs. 3 EUV).

2. Primärrechtliche Vorgaben: Umweltschutz und „zwingende Gründe“

Wie bei den anderen Verbotsgründen, muss es sich auch bei den umweltpolitischen Zielen um „zwingende Gründe“ („compelling grounds“) handeln. Damit nimmt die Änderungsrichtlinie Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV).

Nach Art. 36 AEUV sind Beschränkungen des freien Warenverkehrs zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen oder kommerziellen Eigentums gerechtfertigt. Als weitere, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH sog. zwingende Erfordernisse angenommen, etwa die Erfordernisse einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.¹⁶ Als Rechtfertigungsgrund anerkannt sind ferner zwingende Erfordernisse des

¹⁵ Vor allem die Erwägungsgründe 6 und 8 der Änderungsrichtlinie, ferner Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie.

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662, *Cassis de Dijon*, Rn. 8; hierzu *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 36, Rn. 33 ff.

Umweltschutzes, zumal der Umweltschutz als Ziel der Gemeinschaft durch die Einheitliche Europäische Akte bestätigt worden ist.¹⁷

Zur Konkretisierung der umweltpolitischen Ziele kann danach auf die Regelungen des Umweltkapitels gemäß Titel XX des Dritten Teils des AEUV verwiesen werden.¹⁸ Danach trägt die Umweltpolitik der Union zur Verfolgung folgender Ziele bei:¹⁹

- Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität;
- Schutz der menschlichen Gesundheit;
- umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen;
- Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels.

Mit den umweltpolitischen Zielen sind damit auch die dort genannten Grundsätze der Vorsorge und Vorbeugung, der Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie das Verursacherprinzip in Bezug genommen.²⁰ Ferner sind zu berücksichtigen:²¹

- die verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten;
- die Umweltbedingungen in den einzelnen Regionen der Union;
- die Vorteile und die Belastung aufgrund des Tätigwerdens bzw. eines Nichttätigwerdens;
- die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der Union insgesamt sowie die ausgewogene Entwicklung ihrer Regionen.

¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 20.09.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4627, 4630, Rn. 8 f., Kommission ./ Dänemark; hierzu *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 36, Rn. 41 m.w.N.

¹⁸ Art. 191 ff. AEUV. So auch *Dederer* auf S. 29 ff. seines Gutachtens.

¹⁹ Art. 191 Abs. 1 AEUV.

²⁰ Art. 191 Abs. 2 Satz 2 AEUV.

²¹ Art. 191 Abs. 3 AEUV.

Auf die Umweltkompetenz gestützte Maßnahmen können in der Regel durch Mehrheitsbeschluss verabschiedet werden. Wenn umweltbezogene Maßnahmen die Bodennutzung betreffen, ist dagegen Einstimmigkeit erforderlich.²²

Auf die Umweltkompetenz gestützte Maßnahmen hindern die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, solange die betreffenden Maßnahmen mit den Verträgen vereinbar sind.²³

Die Änderungsrichtlinie ist allerdings – wie die Freisetzungsrichtlinie selbst – nicht auf die Umweltkompetenz der Union gestützt, sondern auf die Kompetenz zur Rechtsangleichung. Auch insoweit ist ein hohes Schutzniveau für die Umwelt anzustreben.²⁴ Verstärkte Schutzmaßnahmen sind in diesem Bereich jedoch nur sehr eingeschränkt zulässig; dafür sind im Sekundärrecht regelmäßig besondere Schutzklauseln vorgesehen,²⁵ so auch im Anwendungsbereich der Richtlinie und der Verordnung.

Ferner ist der Umweltschutz integraler Bestandteil sämtlicher Unionspolitiken („Querschnittsklausel“).²⁶

3. Hinweise aus der Entstehungsgeschichte

Wichtige Hinweise zur Konkretisierung der umweltpolitischen Ziele, die ein Anbauverbot rechtfertigen können, ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Änderungsrichtlinie.

Im ursprünglichen Kommissionsvorschlag vom Juli 2010 war lediglich vorgesehen, dass sich Anbauverbote auf andere Gründe stützen müssten als diejenigen, die auf der Bewertung der schädlichen Auswirkungen auf Gesundheit und Umwelt beruhen, die sich aus der Freisetzung des GVO er-

²² Art. 192 Abs. 2 b) Anstrich 3 AEUV.

²³ Art. 193 AEUV.

²⁴ Art. 114 Abs. 3 AEUV.

²⁵ Art. 114 Abs. 4 bis 7 und 10 AEUV.

²⁶ Art. 11 AEUV.

geben könnten²⁷ (nachfolgend: Unterscheidungsgebot). In der zugehörigen Mitteilung der Kommission heißt es, dass das in der EU gewählte Schutzniveau in Bezug auf die Gesundheit von Mensch und Tier und die Umwelt nicht durch einen Mitgliedstaat verändert werden und daran auch nicht gerüttelt werden dürfe. Deshalb seien nur Gründe zulässig, die noch nicht durch den harmonisierten Bestand der EU-Bestimmungen erfasst seien, die bereits die Notwendigkeit vorsehen würden, die Gefahren zu berücksichtigen, die ein für den Anbau bestimmter GVO möglicherweise für die Gesundheit und die Umwelt haben kann.²⁸

Dieser Vorschlag warf die Frage auf, auf welche Gründe die Mitgliedstaaten ein solches Verbot in Übereinstimmung mit den EU-Verträgen und dem Welthandelsrecht stützen könnten. Diese Frage wurde in Gutachten der juristischen Dienste des Rates²⁹ und des Parlaments³⁰ vom November 2010 geprüft.

Auf Grundlage eines Arbeitsdokuments der Kommission vom Februar 2011³¹ listete ein Kompromissvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft vom März 2011³² sechs Verbotsgründe auf, die mit den nun in die Änderungsrichtlinie aufgenommenen Verbotsgründen teilweise identisch sind. Der Verbotsgrund der umweltpolitischen Ziele wird dort wie folgt erläutert (Unterstreichungen dieses):

²⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG betreffend die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, den Anbau von GVO auf ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, vom 13.07.2010, KOM (2010), 375 endg., S. 15.

²⁸ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Freiheit der Mitgliedstaaten, über den Anbau von genetisch veränderten Kulturen zu entscheiden, v.13.07.2010, KOM (2010), 380 endg., S. 8.

²⁹ Council of the EU, Opinion of the Legal Service, Ratsdok. 15696/10 v.05.11.2010, partially accessible to the Public, vgl. dazu das Kommissionsdokument SEC (2010) 1454 final v.19.11.2010 = Ratsdok. 16826/10 v.23.11.2010.

³⁰ Legal Service des EP, Dokument SJ-0630/10 v.17.11.2010, nicht veröffentlicht, aber erwähnt in SEC (2011) 551 v.29.04.2011, S. 2 = Ratsdok. 9648/11 v.05.05.2011.

³¹ Commission Staff Working Document, Complementary Considerations on Legal Issues on GMO Cultivation Raised in the Opinions of the Legal Service of the Council of the European Union of 5 November 2010 and of the Legal Service of the European Parliament of 17 November 2010 (Indicative List of Grounds for Member States to Restrict or to Prohibit GMO Cultivation), SEC (2011) 184 final v.08.02.2011 = Ratsdok. 16826/10 v.08.02.2011.

³² Vorschlag des Rates v.25.03.2011, Ratsdok. 8259/11.

„General environmental policy objectives which are different from those covered in Directive 2001/18/EC and Regulation (EC) No. 1829/2003; e.g.:

- maintenance of certain type of natural and landscape features,³³*
- maintenance of certain habitats and eco systems (i.e. preservation of the conservation status quo);*
- maintenance of specific eco system functions and services (e.g. preservation of nature-oriented regions of particular natural and recreational value to citizens);”*

Im Arbeitsdokument der Kommission wird dazu ergänzend ausgeführt:³⁴

“eco system function and services can be defined as those ecological or ecosystem processes or functions that have value to individuals or to society (e.g. flood prevention, erosion prevention, regulation of water, air and climate, food production or intrinsic value to citizens).”

Zulässige umweltpolitische Ziele, die sich von denjenigen unterscheiden, die mit der Richtlinie und der Verordnung abgedeckt sind, sind danach die Erhaltung bestimmter Eigenarten von Natur und Landschaft, die Erhaltung bestimmter Lebensräume und Ökosysteme, insbesondere die Erhaltung des aktuellen Zustandes sowie die Erhaltung bestimmter Funktionen und Leistungen des Ökosystems, z.B. die Erhaltung naturnaher Regionen mit besonderem natürlichen und Erholungswert für Bürger.

Das Europäische Parlament hat auf Grundlage des Berichts des Umweltausschusses vom April 2011, dem sog. Lepage-Bericht,³⁵ in seinem Standpunkt vom Juli 2011 das von der Kommission vorgeschlagene Unterscheidungsgebot abgelehnt. Stattdessen hat es vorgeschlagen, dass sich die umweltpolitischen Ziele, auf ergänzende Umweltauswirkungen oder auf

³³ Im Kommissionsdokument SEC (2011) 184 final wird dazu ergänzend darauf hingewiesen, dass dieses Beispiel ebenso unter Stadt- und Raumplanung/Bodennutzung, kulturpolitische Ziele und/oder sozialpolitische Ziele gerechtfertigt werden könnte.

³⁴ Kommissionsdokument SEC (2011) 184 final, Fn. 9 auf S. 3.

³⁵ Parldok. A 7-0170/2011 v.20.04.2011, S. 17 f., Änderungsantrag 16.

das Risikomanagement beziehen können (nachfolgend: Ergänzungsoption). Sie sollten sich auf Folgendes stützen können (Unterstreichungen diesseits):³⁶

- „i) entsprechend gerechtfertigte Gründe im Zusammenhang mit lokalen oder regionalen Umweltauswirkungen, die sich aus der absichtlichen Freisetzung oder dem Inverkehrbringen von GVO ergeben könnten und die Umweltauswirkungen ergänzen, die bei der gemäß Teil C dieser Richtlinie durchgeführten wissenschaftlichen Bewertung der schädlichen Auswirkungen auf die Umwelt geprüft wurden, oder Gründe im Zusammenhang mit dem Risikomanagement. Diese Gründe können Folgendes umfassen:
- die Verhinderung einer Resistenzbildung bei schädlichen Pflanzen und Tieren gegenüber Pestiziden;
 - das Invasionspotential oder die Persistenz einer GVO-Art bzw. die Möglichkeit der Kreuzung mit heimischen Kultur- oder Wildpflanzen;
 - die Verhinderung schädlicher Auswirkungen auf die lokale Umwelt, die durch die Änderung der landwirtschaftlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem Anbau von GVO verursacht werden;
 - die Beibehaltung und die Entwicklung landwirtschaftlicher Verfahren mit einem größeren Potenzial dafür, die Erzeugung und die Nachhaltigkeit der Ökosysteme in Einklang zu bringen;
 - die Erhaltung der lokalen biologischen Vielfalt, einschließlich bestimmter Lebensräume und Ökosysteme, sowie bestimmter Natur- und Landschaftselemente;
 - fehlende oder unzureichende Daten zu den potenziellen schädlichen Auswirkungen der Freisetzung von GVO auf die lokale oder regionale Umwelt, einschließlich der biologischen Vielfalt, eines Mitgliedstaates.“

³⁶ Parldok P 7_TA(2011)0314 v.05.07.2011, S. 8.

Im Rat konnte in den Jahren 2011 bis 2012 keine Einigung erzielt werden.

2014 wurde das Verfahren wieder aufgegriffen. Die griechische Ratspräsidentschaft verzichtete in ihrem Vorschlag vom Februar 2014 zunächst auf einen Katalog von Verbotsgründen und verlangte nur, dass die Maßnahmen mit Unionsrecht vereinbar sind und nicht im Widerspruch zu der Umweltverträglichkeitsprüfung nach Maßgabe der Richtlinie oder der Verordnung stehen³⁷ (nachfolgend: Widerspruchsverbot).

Der vom Rat im Juli 2014 angenommene Standpunkt enthielt zusätzlich zu diesem Widerspruchsverbot den nun in der Änderungsrichtlinie enthaltenen Katalog von Verbotsgründen. Darüber hinaus enthielt der Verbotsgrund der umweltpolitischen Ziele die Einschränkung, dass sich diese Ziele von den gemäß der Richtlinie und der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 bewerteten Faktoren unterscheiden müssten („environmental policy objectives distinct from the elements assessed“).³⁸ Dieser Vorschlag enthielt damit erneut das zunächst von der Kommission vorgeschlagene, aber vom Parlament abgelehnte Unterscheidungsgebot. Es blieb allerdings unklar, inwieweit sich dieses Unterscheidungsgebot auf die umweltpolitischen Ziele oder nur die bewerteten Faktoren (elements assessed) beziehen sollte.

Der Umweltausschuss des Europäischen Parlaments hatte gegen das Widerspruchsverbot keine Einwände. Es lehnte aber das abgewandelte Unterscheidungsgebot in seiner Empfehlung für die zweite Lesung vom November 2014³⁹ erneut ab. Er knüpfte erneut an die frühere Ergänzungsoption an und schlug vor, die Regelung zu Anbauverboten in Phase 2 dahingehend zu ergänzen, dass die Mitgliedstaaten im Anschluss an die Risikobewertung gemäß der Richtlinie und der Verordnung und in Ausübung der Funktion einer Stelle für Risikomanagement Maßnahmen erlassen könnten. Der Verbotsgrund der umweltpolitischen Ziele sollte Ziele betreffen

³⁷ Vorschlag der Ratspräsidentschaft v.17.02.2014, Anhang zum Ratsdok. 6528/14.

³⁸ Art. 26b Abs. 3 a) in der Fassung des Standpunktes des Rates v.23.07.2014, Ratsdok. 10972/3/14, Rev. 3.

³⁹ Europäisches Parlament, Ausschuss für Umweltfragen, Öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Empfehlungen für die zweite Lesung, Berichterstatterin Frédérique Ries, Parldok. A 8-0038/2014 v.18.11.2014.

„im Zusammenhang mit etwaigen Auswirkungen der absichtlichen Freisetzung oder des Inverkehrbringens von GVO, die nicht bereits im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung konkret geprüft wurden, die gemäß dieser Richtlinie und der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 vorgenommen wurde“.⁴⁰

In den Schlussverhandlungen des Trilogs zwischen Rat, Parlament und Kommission am 03.12.2014⁴¹ war die Divergenz zwischen der Ergänzungsoption des Parlaments und dem Unterscheidungsgebot des Rates („complementary“ vs. „distinct“) das Hauptproblem in Bezug auf Phase II.⁴²

Man löste dieses Problem dadurch, dass der Richtlinienentwurf gekürzt und keine dieser Ergänzungen bzw. Einschränkungen übernommen wurde. Im Richtlinienentwurf blieb damit lediglich das allgemeine Verbot des Widerspruches zur Umweltverträglichkeitsprüfung.⁴³

Zugleich wurde der korrespondierende Erwägungsgrund 11 des Entwurfs (Erwägungsgrund 14 der Endfassung) geändert. Dafür hatte der Rat vorgeschlagen, das Widerspruchsverbot aufzunehmen und durch die oben genannten, unstreitigen Beispiele naturschutzbezogener Ziele zu erläutern. Dagegen hatte das Parlament vorgeschlagen, diese Erläuterung zu streichen und statt des Widerspruchsverbots die Ergänzungsoption aufzunehmen („objectives which are complementary to the assessment“). Nach dem in der Endfassung enthaltenen Kompromiss müssen die von den Mitgliedstaaten angeführten umweltpolitischen Ziele Auswirkungen betreffen, die sich von der Risikobewertung im Zulassungsverfahren unter-

⁴⁰ Parldok. A 8-0038/2014 v.18.11.2014, S. 31, Änderungsantrag 37.

⁴¹ Vgl. die Gegenüberstellung und Bewertung der Positionen im Mandat der Ratspräsidentschaft v.02.12.2014 für den informellen Trilog am 03.12.2014, Ratsdok. 16359/14 v.02.12.2014.

⁴² Vgl. die Feedback Note, First trilogue on cultivation of GMOs, 03.12.2014, 19:00 bis 00:45 Uhr, der Berichtsteratterin des Umweltausschusses des EP *Frédérique Ries* v.04.12.2014, nicht veröffentlicht.

⁴³ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie.

scheiden und diese ergänzen; außerdem werden die naturschutzbezogenen Beispiele genannt.

II. Zwischenfazit: Kategorien zulässiger Gründe für ein Anbauverbot

Als erste Schlussfolgerung ergibt sich aus dem Primärrecht sowie den Regelungen und der Entstehungsgeschichte der Richtlinie Folgendes:

- Umweltpolitische Ziele können von den anderen in Art. 26b der Richtlinie genannten Verbotsgründen nicht trennscharf abgegrenzt werden. Vielmehr sind Überschneidungen unvermeidbar. Schon den Regelungen zur Umweltpolitik im AEUV lässt sich entnehmen, dass Umweltpolitik als Querschnittsaufgabe mit anderen Unionspolitiken untrennbar verknüpft ist. Damit können sich umweltpolitische Ziele mit Belangen der Stadt- und Raumordnung⁴⁴ sowie mit agrarpolitischen Zielen⁴⁵ überschneiden. Die bei der Umweltpolitik gebotene Berücksichtigung wirtschaftlicher und sozialer Entwicklungen gemäß Art. 191 Abs. 3 Anstrich 4 AEUV korrespondiert mit dem separaten Verbotsgrund „sozioökonomische Auswirkungen“ gemäß Art. 26b Abs. 3 b) der Richtlinie. Der engen Verknüpfung umweltpolitischer Maßnahmen mit der Bodennutzung gemäß Art. 26b Abs. 3 c) der Richtlinie ist mit dem Einstimmigkeitserfordernis gemäß Art. 192 Abs. 2 b) Anstrich 3 AEUV Rechnung getragen.
- Der Verknüpfung von Umwelt und Landwirtschaft trägt die Änderungsrichtlinie dadurch Rechnung, dass sie auch Gründe wie die Beibehaltung und Entwicklung landwirtschaftlicher Verfahren, die besser geeignet sind, die Erzeugung mit der Nachhaltigkeit der Ökosysteme in Einklang zu bringen, zu den zulässigen umweltpolitischen und nicht etwa nur zu den zulässigen agrarpolitischen Zielen zählt.⁴⁶
- Einigkeit bestand zwischen Kommission, Rat und Parlament stets darin, dass die Erhaltung bestimmter Eigenarten von Natur und Landschaft, die Erhaltung bestimmter Lebensräume und Ökosysteme, insbesondere die

⁴⁴ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 Buchst. b der Richtlinie.

⁴⁵ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 Buchst. f der Richtlinie.

⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 14 der Änderungsrichtlinie.

Erhaltung des aktuellen Zustandes sowie die Erhaltung bestimmter Funktionen und Leistungen des Ökosystems, z.B. die Erhaltung naturnaher Regionen mit besonderem natürlichen und Erholungswert für Bürger, als zulässiger Verbotsgrund anzusehen sind.

- Im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens war besonders umstritten, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten ein Anbauverbot auch auf ergänzende Risikoerwägungen stützen dürfen. Die Kommission stand dem grundsätzlich ablehnend gegenüber. Sie verlangte, dass sich die Gründe eines nationalen Anbauverbots von den Gründen, die im Zulassungsverfahren bereits geprüft wurden, unterscheiden müssen. Dagegen hat sich das Parlament stets dafür ausgesprochen, den Mitgliedstaaten auch ausdrücklich die Kompetenz zu ergänzenden Risikoerwägungen zuzusprechen. Kompromissformel ist insoweit das von der griechischen Ratspräsidentschaft erstmals vorgeschlagene Verbot des Widerspruchs zur Umweltverträglichkeitsprüfung.

III. Prüfung ausgewählter Begründungsansätze mit Blick auf großflächige Anbauverbote

Vor diesem Hintergrund prüfen wir nachfolgend, inwieweit die Vorsorge gegen Umweltrisiken (1.), Naturschutz und Umweltgestaltung (2.) und Unterstützung einer naturnahen Landwirtschaft (3.) als zulässige umweltpolitische Ziele für ein Anbauverbot herangezogen und wie sie konkretisiert werden können.

1. Vorsorge gegen Umweltrisiken

Eines der primären umweltpolitischen Ziele der Regulierung von GVO ist die Vermeidung von Umweltrisiken. Wie dargestellt, war im Unionsgesetzgebungsverfahren zwischen Kommission und Parlament umstritten, ob und inwieweit Umweltrisiken eines GVO als Gründe für nationale Anbauverbote herangezogen werden dürfen und inwieweit derartige nationale Erwägungen durch das unionsweit harmonisierte Zulassungsverfahren ausgeschlossen sein sollen.

Nach dem Wortlaut der Richtlinie kommt es dafür zentral auf das von der griechischen Ratspräsidentschaft als Kompromissformel vorgeschlagene Widerspruchsverbot an. Danach dürfen die umweltpolitischen Ziele, auf

die sich ein Verbot stützt, ebenso wie die anderen Verbotsgründe „auf keinen Fall im Widerspruch zu der gemäß dieser Richtlinie oder der Verordnung (EG) Nr.1829/2003 durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung stehen“.⁴⁷

In den Erwägungsgründen wird das Widerspruchsverbot dahingehend erläutert, dass ein Mitgliedstaat nur solche Gründe im Zusammenhang mit umweltpolitischen Zielen anführen sollte, die Auswirkungen betreffen, die sich von der Risikobewertung in Bezug auf die Gesundheit und die Umwelt, die im Zusammenhang mit den Zulassungsverfahren gemäß der Richtlinie 2001/18/EG und der Verordnung (EG) Nr. 1829/03 vorgesehen ist, unterscheiden und diese Risikobewertung ergänzen.⁴⁸

Gegenstand des Widerspruchsverbotes ist danach speziell die Umweltverträglichkeitsprüfung bzw. Risikobewertung (environmental risk assessment) und nicht etwa die Zulassungsentscheidung insgesamt.

Um die Reichweite dieses Widerspruchsverbotes bestimmen zu können, muss deshalb zunächst geklärt werden, was Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung bzw. Risikobewertung ist [a)]. Hieraus ergibt sich, auf welche Gründe ein Verbot nicht gestützt werden darf [b)]. Zulässige Gründe sind dagegen abweichende Risikomanagemententscheidungen [c)] und ergänzende Risikobewertungen [d)]. Zur Prüfung von Umweltrisiken für die Biodiversität ergänzen wir besondere Hinweise [e)].

a) Verbot des Widerspruchs zur Umweltverträglichkeitsprüfung

Gegenstand des Widerspruchsverbotes ist die Umweltverträglichkeitsprüfung; nur zu dieser dürfen die Gründe nicht im Widerspruch stehen.

⁴⁷ Art. 26b Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie (“shall, in no case, conflict with the environmental risk assessment carried out pursuant to this Directive or to Regulation (EC) No 1829/2003”).

⁴⁸ Erwägungsgrund 14 der Änderungsrichtlinie (impacts which are distinct from and complementary to the assessment of risks to health and the environment which are assessed in the context of the authorisation procedures provided in Directive 2001/18 EC and in Regulation (EC) No. 1829/2003).

Deshalb ist zunächst zu klären, wie die Umweltverträglichkeitsprüfung definiert ist und welche Rolle sie im mehrstufigen Zulassungsverfahren der Richtlinie und der Verordnung spielt [dazu aa)]. Daran zeigt sich, dass sorgfältig zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement zu unterscheiden ist [bb)]. Danach bezieht sich das Widerspruchsverbot nur auf die wissenschaftliche Risikobewertung, nicht aber auf das Risikomanagement [cc)], wie auch die Entstehungsgeschichte der Änderungsrichtlinie bestätigt [dd)].

aa) Die Umweltverträglichkeitsprüfung im Zulassungsverfahren

Der Begriff der Umweltverträglichkeitsprüfung ist in der Freisetzungsrichtlinie definiert als „Bewertung der direkten oder indirekten, sofortigen oder späteren Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt, die mit der absichtlichen Freisetzung oder dem Inverkehrbringen von GVO verbunden sein können, und die gemäß Anhang II der Richtlinie durchgeführt wird“.⁴⁹

In der englischen Fassung der Richtlinie wird die Umweltverträglichkeitsprüfung als „environmental risk assessment“ bezeichnet und definiert als „evaluation of risks to human health and the environment“.

Das Zulassungsverfahren für das Inverkehrbringen von GVO als Produkte oder in Produkten (einschließlich Saatgut) richtet sich grundsätzlich nach Teil C der Richtlinie. Die Zulassung setzt voraus, dass vor dem Inverkehrbringen bei der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates, in dem der GVO erstmals in den Verkehr gebracht wird, eine Anmeldung eingereicht wird (Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie). Vor der Anmeldung hat der Verantwortliche eine Umweltverträglichkeitsprüfung (environmental risk assessment) durchzuführen, die den Anforderun-

⁴⁹ Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie, auf den auch Art. 2 Nr. 4 der Verordnung verweist.

gen insbesondere des Anhangs II der Richtlinie entspricht und die mit der Anmeldung vorzulegen ist.⁵⁰ Die Mitgliedstaaten und die Kommission stellen sicher, dass mögliche schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt gemäß Anhang II Fall für Fall je nach Art des eingeführten Organismus und der den Organismus aufnehmenden Umwelt sorgfältig geprüft werden.⁵¹

Auf Grundlage der eingereichten Unterlagen erstellt die nationale Behörde einen Bewertungsbericht (assessment report), aus dem hervorgehen muss, ob und unter welchen Bedingungen der jeweilige GVO in den Verkehr gebracht werden sollte.⁵² Lehnt die nationale Behörde das Inverkehrbringen ab, entscheidet sie selbst abschließend, dass der GVO nicht in den Verkehr gebracht werden soll (Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie). Befürwortet sie das Inverkehrbringen, gibt sie zunächst anderen Mitgliedstaaten und der Kommission die Gelegenheit zur Stellungnahme. Erheben diese keine begründeten Einwände, erteilt die nationale Behörde die Zustimmung zum Inverkehrbringen (Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie).

In aller Regel erheben einige Mitgliedstaaten Einwände gegen das Inverkehrbringen. Dann konsultiert die Kommission von sich aus oder auf Antrag eines Mitgliedstaates die zuständigen wissenschaftlichen Ausschüsse zu dem Sachverhalt, auf den sich der Einwand bezieht (Art. 28 der Richtlinie). Die Kommission kann ferner von sich aus oder auf Ersuchen des Parlaments oder des Rates unbeschadet der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für ethische Fragen jeden Ausschuss, den sie zu ihrer Beratung über die ethischen Implikationen der Biotechnologie eingesetzt hat, zu allgemeinen ethischen Fragen hören (Art. 29 der Richtlinie).

⁵⁰ Art. 4 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 Buchst. b i.V.m. Anhang II der Richtlinie.

⁵¹ Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anhang II der Richtlinie.

⁵² Art. 14 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang VI der Richtlinie.

Abschließend wird nach Durchführung des Prüfverfahrens der Komitologie-Verordnung (EU) Nr. 182/2011 darüber entschieden, ob und unter welchen Bedingungen die Zustimmung erteilt wird.⁵³ Im Rahmen dieses Prüfverfahrens entscheiden Vertreter der Mitgliedstaaten in einem Regelungsausschuss⁵⁴ mit qualifizierter Mehrheit⁵⁵ darüber, ob die Kommission die Zustimmung erteilen muss. Kommt – wie es regelmäßig der Fall ist – eine qualifizierte Mehrheit nicht zustande, kann die Kommission entweder demselben Ausschuss einen geänderten Entscheidungsentwurf unterbreiten oder den Entwurf einem Berufungsausschuss vorlegen.⁵⁶ Auch der Berufungsausschuss entscheidet mit qualifizierter Mehrheit der Mitgliedstaaten.⁵⁷ Eine mit qualifizierter Mehrheit abgegebene Stellungnahme bindet die Kommission; kommt eine solche auch hier nicht zustande, kann die Kommission eine Entscheidung über die Zulassung treffen.⁵⁸ Im Falle einer positiven Entscheidung der Kommission verfügt schließlich die nationale Behörde die schriftliche Zustimmung.⁵⁹

Das Zulassungsverfahren nach der Freisetzungsrichtlinie ist nicht anzuwenden, soweit in sektoralen Rechtsvorschriften mindestens gleichwertige Anforderungen geregelt sind.⁶⁰ Praktisch wird der Anwendungsbereich der Richtlinie durch die Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 über genetisch veränderte Le-

⁵³ Art. 18 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie i.V.m. Art. 5 und 13 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

⁵⁴ Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

⁵⁵ Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011 i.V.m. Art. 238 Abs. 3 Buchst. a) AEUV: Mindestens 55 % der Mitgliedstaaten, sofern diese mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen.

⁵⁶ Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 2 Buchst. b) und Unterabs. 3 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 7, Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 Buchst. c) der Verordnung (EU) Nr. 182/2011 sowie Art. 30 Abs. 2 der Freisetzungsrichtlinie.

⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

⁵⁸ Art. 6 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

⁵⁹ Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie.

⁶⁰ Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie.

bens- und Futtermittel weitgehend verdrängt. Diese Verordnung ist eine spezielle Regelung im Rahmen der Verordnung (EG) 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, auf die sie insbesondere bezüglich der Schutzklausel und des Ausschussverfahrens verweist.⁶¹

Die Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 gilt nicht nur für Lebens- und Futtermittel, sondern auch für zur Verwendung als oder in Lebens- oder Futtermitteln bestimmte GVO.⁶² Das sind GVO, die als Lebens- oder Futtermittel oder als Ausgangsmaterial für deren Herstellung verwendet werden können.⁶³ Dazu zählt auch Saatgut, das zur Herstellung von Lebens- oder Futtermitteln verwendet werden kann.⁶⁴

Die Verordnung sieht ebenfalls ein unionsweit harmonisiertes Zulassungsverfahren vor. Dieses Zulassungsverfahren wird nicht von einer nationalen Behörde, sondern in der ersten Phase von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) geführt.⁶⁵ In diesem Verfahren hat der Antragsteller ebenfalls eine Umweltverträglichkeitsprüfung (risk assessment) nach der Begriffsbestimmung und den Anforderungen der Richtlinie 2001/18/EG vorzulegen.⁶⁶ Dazu ersucht die EFSA eine nationale Behörde, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen,⁶⁷ konsultiert die zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten⁶⁸ und übermittelt anschließend der Kommission, den Mitgliedstaaten und dem Antragsteller ihre

⁶¹ Art. 34 f. der Verordnung.

⁶² Art. 3 Abs. 1 a) und Art. 15 Abs. 1 a) der Verordnung.

⁶³ Art. 2 Nr. 8 und 9 der Verordnung.

⁶⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 3 c) und Art. 18 Abs. 3 c) der Verordnung.

⁶⁵ Art. 5 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 2 der Verordnung.

⁶⁶ Art. 5 Abs. 5 a) und Art. 17 Abs. 5 a) in Verbindung mit Art. 2 Nr. 4 der Verordnung.

⁶⁷ Art. 6 Abs. 3 c) und Art. 17 Abs. 3 c) der Verordnung.

⁶⁸ Art. 6 Abs. 4 Satz 2 und Art. 18 Abs. 4 Satz 2 der Verordnung.

in einem Bewertungsbericht (report describing its assessment) begründete Stellungnahme (opinion).⁶⁹

Nach Erhalt der Stellungnahme der EFSA stimmt die Kommission zunächst einen Entscheidungsentwurf mit dem Ständigen Ausschuss für Pflanzen, Tiere, Lebens- und Futtermittel (StAP-TLF) ab, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt.⁷⁰ Dabei berücksichtigt sie die Stellungnahme der EFSA, die einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts und andere legitime Faktoren, die für den jeweils zu prüfenden Sachverhalt relevant sind.⁷¹ Stimmt der Entscheidungsentwurf nicht mit der Stellungnahme der EFSA überein, erläutert die Kommission die betreffenden Unterschiede.⁷² Anschließend entscheidet die Kommission nach Durchführung des Prüfverfahrens der Komitologie-Verordnung (EU) Nr. 182/2011 endgültig über den Zulassungsantrag.⁷³ Für das Prüfverfahren gelten dieselben Regelungen wie für das Prüfverfahren im Rahmen der Richtlinie.

bb) Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement

Die Begriffsbestimmung der Richtlinie für die Umweltverträglichkeitsprüfung und die in der Richtlinie und der Verordnung geregelten Verfahrensabläufe zeigen, dass zwischen einer wissenschaftlichen Risikobewertung, die im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung durch Unternehmen und wissenschaftliche Behörden erfolgt, und einer Risikomanagemententscheidung unterschieden werden muss.

⁶⁹ Art. 6 Abs. 6 und Art. 18 Abs. 6 der Verordnung.

⁷⁰ Art. 7 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1, jeweils i.V.m. Art. 35 Abs. 1 der Verordnung, Art. 58 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts und Art. 3 Abs. 2 der Komitologie-Verordnung (EU) Nr. 182/2011. Der Ausschuss wurde bis 2014 als Ständiger Ausschuss für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit (StALuT) bezeichnet.

⁷¹ Art. 7 Abs. 1 Satz 1 und Art. 19 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung.

⁷² Art. 7 Abs. 1 Satz 2 und Art. 19 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung.

⁷³ Art. 7 Abs. 3, Art. 19 Abs. 3 und Art. 35 Abs. 2 der Verordnung i.V.m. Art. 5 und 13 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

Das wird besonders deutlich, wenn man die im Bereich des Lebensmittelrechts allgemein geltenden Grundsätze der Risikoanalyse berücksichtigt. Diese sind in den Regelungen und Begriffsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze des Lebensmittelrechts (nachfolgend: Basisverordnung) im Einklang mit den Grundsätzen der Codex Alimentarius Commission (CAC) im Rahmen des Joint FAO/WHO Food Standards Programme der Food and Agriculture Organisation (FAO) und der World Health Organisation (WHO) niedergelegt.⁷⁴

Danach bezeichnet der übergeordnete Begriff der Risikoanalyse (risk analysis) einen Prozess aus den drei miteinander verbundenen Einzelschritten Risikobewertung, Risikomanagement und Risikokommunikation.⁷⁵

Dabei wird Risikobewertung (risk assessment) definiert als wissenschaftlich untermauerter Vorgang mit den vier Stufen Gefahrenidentifizierung, Gefahrenbeschreibung, Expositionsabschätzung und Risikobeschreibung (hazard identification, hazard characterisation, exposure assessment and risk characterisation).⁷⁶ Sie beruht auf den verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen und ist in einer unabhängigen, objektiven und transparenten Art und Weise vorzunehmen.⁷⁷

Nach dieser gesetzlichen Definition geht es also zunächst nur um die Ermittlung und Abschätzung (assessment) der Gefahren und Risiken. Es geht um die Schaffung einer ausreichenden

⁷⁴ Vgl. Codex Alimentarius Commission, Procedural Manual, 23rd Ed. 2015, Section IV, im Internet unter www.codexalimentarius.org.

⁷⁵ Art. 3 Nr. 10 und Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, und Section IV No. 5 des CAC, Procedural Manual, a.a.O., S. 111.

⁷⁶ Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, ebenso No. 2 der Statements of Principle Relating to the Role of Food Safety Risk Assessment, Decision of the 22nd Session of the CAC, 1997, Vgl. CAC, Procedural Manual, a.a.O., Section IV No. 19 S. 111 und 218.

⁷⁷ Art. 6 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

Datenbasis für die spätere Risikobeurteilung. Anders als der deutsche Begriff der Risikobewertung suggeriert, geht es aber gerade noch nicht um die wertende Beurteilung der ermittelten Daten.

Diese ist vielmehr Bestandteil des Risikomanagements (risk management). Das wird definiert als ein von der Risikobewertung unterschiedener Prozess der Abwägung strategischer Alternativen in Konsultation mit den Beteiligten unter Berücksichtigung der Risikobewertung und anderer berücksichtigungswerter Faktoren und ggf. der Wahl geeigneter Präventions- und Kontrollmöglichkeiten.⁷⁸ Beim Risikomanagement ist den Ergebnissen der Risikobewertung, anderen angesichts des betreffenden Sachverhalts berücksichtigungswerter Faktoren sowie bei Bestehen wissenschaftlicher Unsicherheiten dem Vorsorgeprinzip Rechnung zu tragen, um die allgemeinen Ziele des Lebensmittelrechts einschließlich des Schutzes der Umwelt zu erreichen.⁷⁹

Dabei wird in den Dokumenten der CAC betont, dass es eine funktionale Trennung zwischen Risikobewertung (risk assessment) und Risikomanagement geben sollte, um die wissenschaftliche Integrität der Risikobewertung zu gewährleisten, eine Vermischung der Aufgaben der Verantwortlichen für Risikobewertung und Risikomanagement zu vermeiden und Interessenkonflikte zu reduzieren.⁸⁰

Gleichwohl ist anerkannt, dass die Risikoanalyse ein iterativer Prozess und eine Verknüpfung zwischen Risikomanagement

⁷⁸ Art. 3 Nr. 13 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002; vgl. CAC, Criteria for the Consideration of the Other Factors Referred to in the Second Statement of Principles, Decision of the 24th Session of the CAC, 2001, und CAC, Procedural Manual, a.a.O., Section IV No. 28, S. 113 und 216.

⁷⁹ Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

⁸⁰ CAC, Procedural Manual, a.a.O., Section IV No. 9 Satz 1, S. 110, und No. 3 der Statements of Principle Relating to the Role of Food Safety Risk Assessment, Decision of the 22nd Session of the CAC, 1997, Procedural Manual, a.a.O., S. 218.

und Risikobewertung für eine pragmatische Herangehensweise notwendig ist.⁸¹ In den Dokumenten der CAC wird dies anschaulich dadurch erläutert, dass die wissenschaftliche Risikobewertung vielfach einen Bewertungsrahmen (risk assessment policy) voraussetzt. Dieser ist Bestandteil des Risikomanagements und sollte von den für das Risikomanagement Verantwortlichen vor der wissenschaftlichen Risikobewertung und in Abstimmung mit den dafür Verantwortlichen festgelegt werden.⁸²

Im Lebensmittelrecht erfolgt die funktionale Trennung zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement dadurch, dass die Risikobewertung in erster Linie Aufgabe der EFSA ist, während die Risikomanagemententscheidungen von den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten getroffen werden.⁸³

Dieser Unterscheidung folgt die Verordnung (EG) Nr. 1829/2003, die unmittelbar dem Lebensmittelrecht zuzurechnen ist, uneingeschränkt. Nach der zugehörigen Durchführungsverordnung (EU) Nr. 503/2013 über Anträge auf Zulassung genetisch veränderter Lebens- und Futtermittel gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 gelten für die Begriffe Risikobewertung, Risiko und Gefahr unmittelbar die Begriffsbestimmungen der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) 178/2002.⁸⁴

Danach beschränkt sich die Risikobewertung auf die vier Stufen Gefahrenidentifizierung, Gefahrenbeschreibung, Expositi-

⁸¹ CAC, Procedural Manual, a.a.O., Section IV No. 9, S. 110, und No. 3 der Statements of Principle Relating to the Role of Food Safety Risk Assessment, Decision of the 22nd Session of the CAC, 1997, Procedural Manual, a.a.O., S. 218.

⁸² CAC, Procedural Manual, a.a.O., Section IV No. 13 ff., 17, S. 110 f.

⁸³ Vgl. vor allem die Erwägungsgründe 34, 47 und 53 sowie Art. 6 Abs. 3, 22 f., Art. 40 Abs. 1, Art. 50 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

⁸⁴ Art. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) Nr. 503/2013 in Verbindung mit Art. 3 Nr. 9, 11 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

onsabschätzung und Risikobeschreibung, beruht auf den verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen und ist in einer unabhängigen, objektiven und transparenten Art und Weise vorzunehmen.⁸⁵

Wie in der Basisverordnung vorgesehen, obliegt der EFSA ausschließlich die wissenschaftliche Risikobewertung, während die Risikomanagemententscheidung von den Unionsorganen, also der Kommission im Zusammenwirken mit den im StAPTLF vertretenen Mitgliedstaaten getroffen wird. Die Risikomanagemententscheidung der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten ist eine Abwägungsentscheidung, bei der ausdrücklich andere Faktoren zu berücksichtigen sind und die deshalb als Mehrheitsentscheidung von Vertretern der demokratisch legitimierten Regierungen der Mitgliedstaaten getroffen wird.

In der Richtlinie ist die Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement etwas weniger deutlich. Zum einen ist die durch unabhängige Behörden durchzuführende Risikobewertung hier nicht der EFSA zugeordnet und deshalb auf Unionsebene weniger klar von den Managementaufgaben getrennt. Zum anderen legt die Richtlinie sowohl die Risikobewertung als auch das Risikomanagement stärker in die Hand der Mitgliedstaaten und schreibt diesen keine funktionale Trennung der Risikobewertungs- und Risikomanagementaufgaben vor. So enthält der von der Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterscheidende und eher dem Risikomanagement zuzurechnende Bewertungsbericht der nationalen Behörde (assessment report)⁸⁶ sowohl Elemente der Risikobewertung⁸⁷

⁸⁵ Art. 3 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

⁸⁶ Art. 14 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang VI der Richtlinie.

⁸⁷ Z.B. die Bewertung, ob die genetische Veränderung im Hinblick auf die Beurteilung der Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt hinreichend dargestellt wurde, und die Auflistung entsprechender Risiken anhand der Umweltverträglichkeitsprüfung, Art. 14 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang VI Nrn. 2 und 3 der Richtlinie.

als auch Elemente der Risikomanagemententscheidung.⁸⁸ Entsprechendes gilt für etwaige Einwände der Kommission oder anderer Mitgliedstaaten sowie der abschließenden Entscheidung der Kommission und des zuständigen Regelungs- und Berufungsausschusses. Denn die nationalen Behörden und die Unionsorgane haben sowohl die wissenschaftliche Qualität der Umweltverträglichkeitsprüfung (Risikobewertung) des Anmelders zu überprüfen als auch die darauf aufbauende Risikomanagemententscheidung zu treffen, ob und ggf. unter welchen Bedingungen die Zustimmung erteilt wird.

Gleichwohl unterscheidet auch die Richtlinie klar zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement. Sie ordnet die Umweltverträglichkeitsprüfung eindeutig und ausschließlich der wissenschaftlichen Risikobewertung und nicht dem Risikomanagement zu.

Das ergibt sich zunächst aus dem in der englischen Fassung verwendeten Begriff des „environmental risk assessment“, der sich ausdrücklich auf die Risikobewertung (risk assessment) beschränkt. Die deutsche Übersetzung dieses Begriffes ist uneinheitlich: Während im Richtlinienentwurf selbst das „environmental risk assessment“ mit „Umweltverträglichkeitsprüfung“ übersetzt wird,⁸⁹ wird im zugehörigen Erwägungsgrund der synonyme Begriff des „assessment of risks to health and the environment“ übersetzt mit „Risikobewertung in Bezug auf die Gesundheit und die Umwelt“.⁹⁰

Eine der Funktion der EFSA im Lebensmittelrecht ähnliche, ausschließlich auf die wissenschaftliche Risikobewertung bezoge-

⁸⁸ Z.B. die Schlussfolgerung, ob und unter welchen Bedingungen der GVO in Verkehr gebracht werden darf; in ihr sollten unter anderem zum Risikomanagement klare Angaben gemacht werden, Art. 14 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang VI Nr. 4 der Richtlinie.

⁸⁹ Art. 26 b Abs. 3 letzter Halbsatz der Richtlinie.

⁹⁰ Erwägungsgrund 14 der Änderungsrichtlinie.

ne Funktion hat ferner der in Art. 28 der Richtlinie vorgesehene wissenschaftliche Ausschuss. Dagegen können die Unionsorgane für ethische Fragen einen geeigneten Ethikausschuss hören, ohne dass dadurch aber die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für ethische Fragen eingeschränkt wird (Art. 29 der Richtlinie).

Ferner verwendet auch die Richtlinie die Begriffe der Umweltverträglichkeitsprüfung/Risikobewertung (risk assessment) und Risikomanagement durchgehend im Sinne der vorgenannten Differenzierung nebeneinander.⁹¹

Ihr Verhältnis zueinander wird bei der Bestimmung des Ziels der Umweltverträglichkeitsprüfung bzw. Risikobewertung (risk assessment) dahingehend beschrieben, dass diese durchzuführen ist, damit festgestellt werden kann, ob ein Risikomanagement notwendig ist, und, wenn ja, welches die geeignetsten Methoden sind.⁹² Im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung soll der Anmelder zwar Risikomanagementstrategien vorschlagen.⁹³ Er kann aber im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung bzw. Risikobewertung die Risikomanagemententscheidung, die ausschließlich den Behörden der Mitgliedstaaten und den Unionsorganen zusteht, nicht vorwegnehmen.

Die Unterscheidung zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement ergibt sich ferner aus dem Ziel der Richtlinie, das Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt⁹⁴

⁹¹ Vgl. etwa Erwägungsgrund 27, Art. 12 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie.

⁹² Anhang II A. Satz 2 der Richtlinie, Vgl. ferner Anhang II B Anstrich 4 der Richtlinie.

⁹³ Anhang II C.2. Nr. 5 der Richtlinie.

⁹⁴ Beide veröffentlicht auf der Internetseite der Biodiversitätskonvention unter www.cbd.int.

umzusetzen.⁹⁵ Denn auch das Cartagena-Protokoll unterscheidet klar zwischen „risk assessment“ und „risk management“.

Nach dem Protokoll sollen risk assessments (Art. 15 des Protokolls) „be carried out in a scientifically sound matter“ unter Berücksichtigung der Anforderungen in Anhang III des Protokolls und anerkannter Methoden (techniques) der Risikobewertung.⁹⁶ Fehlende wissenschaftliche Erkenntnisse oder fehlender wissenschaftlicher Konsens sollen weder zwangsläufig als Indiz für ein bestimmtes Risikoausmaß, für die Abwesenheit eines Risikos noch für die Vertretbarkeit eines Risikos interpretiert werden.⁹⁷

Als gesondert geregeltes Risikomanagement (Art. 16 des Protokolls) sollen die Vertragsstaaten angemessene Mechanismen, Maßnahmen und Strategien etablieren und aufrecht erhalten, um die in der Risikobewertung identifizierten Risiken zu regulieren und zu überwachen.⁹⁸

Auch das deutsche Gentechnikgesetz folgt der Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement. Es verwendet den Begriff der Risikobewertung an Stelle des in der deutschen Sprachfassung der Richtlinie verwendeten Begriffs der Umweltverträglichkeitsprüfung. Ferner definiert es in seinen Begriffsbestimmungen den Begriff des Risikomanagements ausdrücklich als von der Risikobewertung unterschiedenen Prozess der Abwägung von Alternativen bei der Vermei-

⁹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie.

⁹⁶ Art. 15 in Verbindung mit Anhang III Nr. 3 des Cartagena-Protokolls.

⁹⁷ Anhang III Nr. 4 des Cartagena-Protokolls: „Lack of scientific knowledge or scientific consensus should not necessarily be interpreted as indicating a particular level of risk, an absence of risk, or an acceptable risk.”

⁹⁸ Art. 16 Abs. 1 des Cartagena-Protokolls: „The Parties shall (...) establish and maintain appropriate mechanisms, measures and strategies to regulate, manage and control risks identified in the risk assessment provisions of this Protocol associated with the use, handling and transboundary movement of living modified organisms.”

dung oder Beherrschung von Risiken.⁹⁹ Danach ordnet auch das deutsche GenTG die letztlich politisch zu verantwortende Abwägung, wie mit wissenschaftlich festgestellten oder nicht auszuschließenden Risiken umzugehen ist, ausschließlich dem Risikomanagement zu.

Die Funktion und Bedeutung der Risikomanagemententscheidung zeigt sich im deutschen GenTG auch an den gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen. Danach ist eine Inverkehrbringensgenehmigung zu erteilen, wenn „nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck des Inverkehrbringens unvertretbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind“ (§ 16 Abs. 2 GenTG). Das erfordert jenseits der wissenschaftlichen Risikobewertung auch eine wertende (Risikomanagement-)Entscheidung darüber, ob und ggf. welche Risiken unter Berücksichtigung des Nutzungszwecks vertretbar sind. Insoweit verfügt die Genehmigungsbehörde nach ständiger Rechtsprechung in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Atomrecht über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen die getroffene Risikoentscheidung letztlich politisch zu verantworten ist.¹⁰⁰

Dieser Beurteilungsspielraum betrifft auch und gerade die Risikomanagemententscheidung. So hat das VG Köln in seinem Urteil vom 09.04.2007 zu einer (der Inverkehrbringensgenehmigung insoweit ähnlichen) standortbezogenen Freisetzungsgenehmigung bestätigt, dass das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) im Rahmen einer Freisetzungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 GenTG bei der Festlegung von Mindestabständen zu benachbarten Kulturen nicht nur wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen hat,

⁹⁹ § 3 Nr. 6b GenTG.

¹⁰⁰ *OVG* Berlin, Beschl. v. 9. 7. 1998, 2 S 9/97, NVwZ 1999, 96, 99; Beschl. v. 29.03.1994, 1 S 45/93, NVwZ 1995, 1023, 1024 f.; Vgl. Ferner zur gentechnikrechtlichen Anlagengenehmigung *BVerwG*, Beschl. v. 15.04.1999, 7 B 278/98, NVwZ 1999, 1232, 1233 f.

sondern auch eine Bewertung zu treffen hat, in welchem Ausmaß Auskreuzungen (bzw. Einkreuzungen) in benachbarte Maisbestände als unvermeidliches „Restrisiko“ hingenommen werden sollen oder nicht. Deshalb hat es das VG Köln auch nicht beanstandet, dass das BVL trotz gleichbleibender wissenschaftlicher Grundlagen seine früheren Bewertungen revidiert und in einer neueren Genehmigung größere Mindestabstände gefordert hat.¹⁰¹

Allerdings ist die dargestellte Unterscheidung zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement in der deutschen Rechtsprechung und Literatur bislang nicht in der durch den gesetzlichen Rahmen gebotenen Weise aufgegriffen worden. Dadurch, dass sich die Rechtsprechung zum Gentechnikrecht an der Rechtsprechung zum Atomrecht orientiert, greift sie das dort zur Überprüfung von Beurteilungsspielräumen verwendete Begriffspaar der „Risikoermittlung und -bewertung“ auf. Nach ständiger Rechtsprechung zum Atomrecht entscheidet die Genehmigungsbehörde in eigener Verantwortung über das Maß des erforderlichen Schutzes und über Art und Ausmaß von Risiken, die hingenommen oder nicht hingenommen werden. Die Gerichte haben zu überprüfen, ob die der behördlichen Beurteilung zu Grunde liegende Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung trägt, die Behörde also ihre Überzeugung von Rechts wegen haben durfte.¹⁰²

Nach dem hiernach gängigen Begriffspaar der Risikoermittlung und -bewertung ist die wissenschaftliche Risikobewertung im Gentechnikrecht eher der Risikoermittlung zuzurechnen, die vor allem auf einer ausreichenden Datenbasis beruhen

¹⁰¹ VG Köln, Urt. v. 09.04.2007, 13 K 4565/05, BeckRS 2007, 26436.

¹⁰² Vgl. nur *BVerwG*, Urt. v. 22.03.2012, 7 C 1.11, Rn. 20, *BVerwGE* 142, 159, 165 (Standort-Zwischenlager Unterweser) m.w.N.

muss. Dagegen betrifft die Risikobewertung im Atomrecht eher die wertende Beurteilung der ermittelten Risiken, also eher Fragen des Risikomanagements. Eine genaue Abgrenzung dieser beiden Funktionen ist aber im deutschen Atom- und sonstigen Umweltrecht regelmäßig schon deshalb nicht erforderlich, weil aus der Perspektive der gerichtlichen Kontrolle die zu überprüfende Behördenentscheidung sowohl die wissenschaftliche Risikoermittlung als auch die wertende Risikomanagemententscheidung umfasst und die Behörde für beides verantwortlich ist.

Notwendig kann eine funktionale Trennung zwischen wissenschaftlicher Risikoermittlung und wertender Risikomanagemententscheidung aus prozessualer Sicht werden: Nur die wissenschaftliche Risikoermittlung ist als Tatsachenfrage im Streitfall einer Beweiserhebung durch Sachverständige zugänglich. Dagegen kann und darf die Behörde die ihr obliegende wertende Risikomanagemententscheidung nicht auf Sachverständige delegieren. Sie muss sie in eigener Verantwortung treffen und unterliegt insoweit auch einer – allerdings auf eine Willkürkontrolle beschränkten – Rechtskontrolle der Gerichte.

cc) Zwischenfazit

Damit ist die Umweltverträglichkeitsprüfung zwar die wissenschaftliche Grundlage für die zu treffende Zulassungsentscheidung. Sie deckt aber nur den Teilbereich der wissenschaftlichen Risikobewertung ab, während die Risikomanagemententscheidung auf Unionsebene in einem letztlich demokratisch legitimierten Abwägungsprozess unter Berücksichtigung weiterer Aspekte zu treffen ist.

Das Verbot eines Widerspruchs zur im Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung bezieht sich danach ausschließlich auf die in dieser Umweltverträglichkeitsprüfung enthaltene wissenschaftliche Risikobewertung, nicht aber auf das darauf aufbauende Risikomanagement.

Aspekte des Risikomanagements, die nicht zugleich Elemente der wissenschaftlichen Risikobewertung sind, können deshalb schon sachlich gar nicht im Widerspruch zur Umweltverträglichkeitsprüfung stehen. Dazu zählen alle Aspekte, die einer wissenschaftlichen Bewertung von vornherein nicht zugänglich sind, insbesondere die Abwägung etwaiger Risiken mit dem gesellschaftlichen Nutzen der Verwendung eines GVO [vgl. dazu näher unten d) und e)].

Konsequenz des Widerspruchsverbots ist insofern, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung des unionsweit harmonisierten Zulassungsverfahrens als wissenschaftliche Risikobewertung des GVO auch für den Anbau von GVO die maßgebliche Bewertungsgrundlage bleibt. Für die auf Basis dieser wissenschaftlichen Risikobewertung zu ziehenden Schlussfolgerungen im Rahmen des Risikomanagements erfolgt jedoch lediglich eine Teilharmonisierung in Gestalt der Regelung von Mindestanforderungen. Die im harmonisierten Zulassungsverfahren getroffenen Risikomanagemententscheidungen werden künftig weiterhin auch in Bezug auf den Anbau als Mindestanforderungen an den Anbau weiterhin unionsweite Geltung beanspruchen. Den Mitgliedstaaten ist nämlich nicht gestattet, aufgrund eines weniger strengen nationalen Risikomanagements den Anbau von GVO zu erlauben, der auf Unionsebene nicht zugelassen worden ist. Durch die Änderungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten aber ermächtigt, im Rahmen des Risikomanagements auf Basis eigener Schlussfolgerungen weitergehende Anbauverbote zu erlassen.

Im Ergebnis wird damit auf sekundärrechtlicher Grundlage im Rahmen der Rechtsangleichungskompetenz der Union (Art. 114 AEUV) eine ähnliche Rechtslage geschaffen, wie wenn der Anbau von GVO (nur) im Sinne von Mindestanforderungen auf Grundlage der Umweltkompetenz der Union (Art. 192 AEUV) geregelt worden wäre. Dann wären schon nach Maßgabe des

Primärrechts weitergehende nationale Schutzmaßnahmen zulässig (Art. 193 AEUV).

Auf diese Weise wird einerseits das Ziel des Fortbestands einer harmonisierten wissenschaftlichen Risikobewertung beibehalten, andererseits der Spielraum der Mitgliedstaaten auch in Bezug auf Umweltrisiken des Anbaus von GVO in umgrenzten Teilbereichen (Anbau einzelner oder bestimmter Gruppen von GVO) erweitert.

dd) Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte

Diese Beschränkung der Harmonisierung auf die wissenschaftliche Risikobewertung und die Rückübertragung des Risikomanagements in Bezug auf den Anbau auf die Mitgliedstaaten wird durch die Entstehungsgeschichte der Änderungsrichtlinie bestätigt.

Wie oben ausführlich dargestellt (unter II. 3.) müssten sich die umweltpolitischen Ziele sowohl nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag vom Juli 2010 als auch nach den Vorschlägen der ungarischen Ratspräsidentschaft vom März 2011 und dem Standpunkt des Rates vom Juli 2014 von den gemäß der Richtlinie und der Verordnung bewerteten Faktoren unterscheiden.

Dagegen hat das Parlament im Lepage-Bericht vom April 2011, in seinem Standpunkt vom Juli 2011 und in der Empfehlung des Umweltausschusses vom November 2011 stets auf die Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement hingewiesen, wollte den Mitgliedstaaten die Funktion des Risikomanagements zuweisen und außerdem eine ergänzende Risikobewertung ermöglichen und so den Harmonisierungsumfang der Richtlinie und der Verordnung in Bezug auf den Anbau auch bezüglich der Aspekte, die Gegenstand des harmonisierten Zulassungsverfahrens sind, bewusst einschränken. Vorschläge, wonach sich die umweltpolitischen Ziele von den im

Rahmen der Zulassungsverfahren bewerteten Faktoren unterscheiden müssen, hat das Parlament stets abgelehnt.

In der verabschiedeten Fassung der Änderungsrichtlinie hat sich das Parlament im hier entscheidenden Punkt insoweit durchgesetzt, als die Einschränkung, wonach sich die umweltpolitischen Ziele für einen Grund von den im Zulassungsverfahren bewerteten Faktoren unterscheiden müssen, ersatzlos gestrichen wurde und lediglich das Widerspruchsverbot erhalten blieb.

Dagegen könnte eingewandt werden, dass die im Trilog vereinbarte Endfassung der Richtlinie auch mit einer Änderung des Erwägungsgrunds 14 verknüpft war. Mit dieser Änderung wurde eine ergänzende Risikobewertung nur unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, dass sie zusätzlich („und“) Auswirkungen betrifft, die sich von der Risikobewertung unterscheiden.¹⁰³ Wie sich aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes ergibt, bezieht sich das Unterscheidungsgebot hier nur auf Auswirkungen und nicht auf die umweltpolitischen Ziele. Mit anderen Worten: Die Mitgliedstaaten dürfen im Rahmen der Risikobewertung nur Auswirkungen berücksichtigen, die sich von denjenigen unterscheiden, die die EFSA bereits abschließend wissenschaftlich bewertet hat, und diese ergänzen. Das entspricht dem Inhalt des Widerspruchsverbots. Dagegen müssen sich auch nach Erwägungsgrund 14 die von den Mitgliedstaaten verfolgten umweltpolitischen Ziele (anders als im Kommissionsentwurf 2010 vorgesehen) nicht von den im Zulassungsverfahren berücksichtigten umweltpolitischen Zielen unterscheiden. Außerdem ist klargestellt, dass sich sowohl das Unterscheidungs- als auch das Ergänzungsgebot nur auf die wissenschaftliche Risikobewertung und nicht auf die Entscheidung insgesamt, also nicht auf die Risikomanagemententscheidung beziehen.

¹⁰³ Erwägungsgrund 14 Satz 2 der Änderungsrichtlinie.

Zwar ist der vom Parlament vorgeschlagene Hinweis auf die Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement und die ausdrückliche Zuweisung der Funktion des Risikomanagements zu den Mitgliedstaaten nicht aufgenommen worden. Diese hätten aber ohnehin nur klarstellende Funktionen gehabt, da sich diese Unterscheidung, wie dargelegt, aus der Richtlinie insgesamt ergibt.

ee) Zu den Gutachten von *Dederer* und *Herdegen*

Die Gutachten von Dederer und Herdegen vom November 2014 sind insoweit nicht aktuell. Sie beziehen sich auf den Standpunkt des Rates vom Juli 2014, der noch das Unterscheidungsgebot enthielt, das in der Endfassung der Änderungsrichtlinie entfallen ist.

So meint *Dederer* in seinem Rechtsgutachten, die Änderungsrichtlinie habe nichts daran geändert, dass die Richtlinie und die Verordnung eine Vollharmonisierung beinhalten und deshalb Sperrwirkung für die Verfolgung abweichender umweltpolitischer Ziele entfalten würden.¹⁰⁴ In ähnlicher Weise hatte bereits der Juristische Dienst des Parlaments zum Kommissionsentwurf von 2010 die Auffassung vertreten, ein solches Unterscheidungsgebot schließe ein Verbot aus umweltpolitischen Gründen letztlich aus.¹⁰⁵

Dies wäre mit der ausdrücklichen Aufnahme umweltpolitischer Ziele als zulässigen Verbotsgrund und der Intention der Änderungsrichtlinie, den Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf umweltpolitische Ziele einen eigenen Entscheidungsspielraum einzuräumen, offenkundig nicht vereinbar gewesen. Deshalb kann angenommen werden, dass das Parlament im Rahmen

¹⁰⁴ Seite 22 ff. und Seite 29 ff. des Dederer-Gutachtens.

¹⁰⁵ Legal Service des EP, Dokument SJ-o630/10 v.17.11.2010, Nr. 15, S. 4 (nicht veröffentlicht).

des Trilogies zwar das auf die unionsweit einheitliche wissenschaftliche Risikobewertung beschränkte Widerspruchsverbot akzeptiert, aber das Unterscheidungsgebot erneut abgelehnt und sogar auf der Möglichkeit der Ergänzung der wissenschaftlichen Risikobewertung ausdrücklich bestanden hat.

Herdegen hat allerdings trotz des in der Entwurfsfassung des Rates noch enthaltenen Unterscheidungsgebotes primär auf das Widerspruchsverbot abgestellt und die Berücksichtigung komplementären Faktoren bei der Risikobewertung für zulässig gehalten.¹⁰⁶ Auch hat er festgestellt, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung politische Präferenzentscheidungen, welche die Risikobewertung nicht infrage stellen, nicht sperrt.¹⁰⁷ Damit greift auch *Herdegen* die Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement im Ansatz auf, ohne freilich die grundlegende Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement näher zu beleuchten.

b) Unzulässige Gründe

Unzulässige Gründe sind danach solche, die im Widerspruch zu der für den jeweiligen GVO im Zulassungsverfahren durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung, also der wissenschaftlichen Risikobewertung der EFSA, stehen.

So dürfte beispielsweise ein Anbauverbot nicht pauschal auf ein hohes Auskreuzungsrisiko von GVO auf Wild- oder andere Kulturpflanzen gestützt werden, wenn auf Grund der wissenschaftlichen Risikobewertung feststeht, dass für bestimmte von einem solchen Verbot betroffene Kulturen (z. B. Mais oder Kartoffeln) tatsächlich kein entsprechendes Auskreuzungsrisiko besteht.

¹⁰⁶ Seite 18 ff., 23 und 25 f. des Herdegen-Gutachtens.

¹⁰⁷ Seite 24 des Herdegen-Gutachtens.

Unzulässig wäre ferner, ein Verbot auf konkrete schädliche Auswirkungen für bestimmte Tiere oder Pflanzen zu stützen, wenn die wissenschaftliche Risikobewertung ergeben hat, dass diese schädlichen Auswirkungen nicht zu besorgen sind. Das gilt auch dann, wenn in der Wissenschaft verschiedene Auffassungen vertreten werden und wenn der betreffende Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass die wissenschaftliche Risikobewertung in einem bestimmten Punkt unrichtig ist und sich hierbei auf wissenschaftliche Erkenntnisse stützen kann.

Wichtig ist insoweit, dass sich die Umweltverträglichkeitsprüfung auch tatsächlich auf eine wissenschaftliche Risikobewertung beschränken muss. In deren Rahmen kommt es naturgemäß nicht auf Mehrheits- oder Minderheitsmeinungen im Sinne einer „demokratischen“ Entscheidung an, sondern vielmehr auf die wissenschaftliche Nachweisbarkeit oder zumindest Plausibilität einer Risikobewertung. Insofern ist es Aufgabe einer wissenschaftlichen Risikobewertung, verbleibende Unsicherheiten zu benennen und wissenschaftlich zu bewerten.

Das bedeutet auch, dass die wissenschaftliche Risikobewertung Aussagen dazu enthalten muss, ob und mit welcher Sicherheit die vorhandene Datenbasis die gezogenen Schlussfolgerungen rechtfertigt (z.B. Konfidenzgrad der Aussagen). Nach dem einschlägigen Leitliniendokument der EFSA sollte die Risikobewertung qualitative und, sofern möglich, quantitative Aussagen für das Risikomanagement enthalten, bei dem Art und Umfang von Unsicherheiten über die identifizierten Risiken angegeben werden.¹⁰⁸

Enthält die wissenschaftliche Risikobewertung dazu keine Aussagen, bleibt insoweit Raum für eine ergänzende wissenschaftliche Bewertung der verbleibenden Unsicherheiten durch die Mitgliedstaaten

¹⁰⁸ EFSA Panel on GMO, Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants, Scientific Opinion, EFSA Journal 2010; 8(11):1879, S. 3: „At the end, the overall risk evaluation should result in informed qualitative and, if possible, quantitative advice to risk managers, outlining the nature and magnitude of uncertainties associated with the identified risks.”

[dazu ausführlich unten C.III.1.d)]. Die Risikobewertung durch die EFSA und die darin aufgezeigten Unsicherheiten und die ggf. ergänzende Risikobewertung durch den Mitgliedstaat bilden dann die Basis für dessen Risikomanagemententscheidung, ob etwaige Schäden in Kauf genommen werden sollen, deren Eintritt unwahrscheinlich erscheint, aber nicht ausgeschlossen werden kann. Das ist keine Frage der wissenschaftlichen Risikobewertung, sondern des Risikomanagements.

Derzeit ist beispielsweise im Zulassungsverfahren zu Bt-Mais 1507 in der Diskussion, welche Abstände zwischen einem Anbaugebiet und Schutzgebieten für Schmetterlinge einzuhalten sind. Insoweit gibt es eine wissenschaftliche Diskussion, mit welchem Ausbreitungsmodell die Pollendeposition abgeschätzt werden kann.¹⁰⁹ Diese Frage muss im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung unionsweit einheitlich geklärt werden, soweit es um die objektiv nachprüfbare Frage geht, ob und inwieweit die jeweiligen Modelle die tatsächliche Ausbreitung zutreffend beschreiben. Dagegen können die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Risikomanagemententscheidung bestimmen, welches Ausmaß festgestellter oder möglicher Beeinträchtigungen sie hinnehmen wollen.

Unzulässige Gründe wären ferner auch neue Erkenntnisse, die im Widerspruch zur im Zulassungsverfahren durchgeführten Risikobewertung stehen. Da die Richtlinie erkennbar die Einheitlichkeit der wissenschaftlichen Risikobewertung bewahren will, können neue Erkenntnisse, die im Widerspruch zu bisherigen Erkenntnissen stehen, nur im Rahmen der unionsweit harmonisierten wissenschaftlichen Risikobewertung, insbesondere im Rahmen des weiterhin möglichen Schutzklauselverfahrens, berücksichtigt werden. Das gilt etwa, wenn sich aus neuen Erkenntnissen zur Pollenausbreitung

¹⁰⁹ Vgl. *Hofmann/Otto/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). *Environmental Science Europe*, 2014, 26:24 und EFSA, Scientific Opinion updating the evaluation of the environmental risk assessment and risk management recommendations on insect resistant genetically modified maize 1507 for cultivation, *EFSA Journal* 2011;9(11):2429.

ergibt, dass Abstandsregelungen in früheren Zulassungen auf falschen Modellannahmen beruhen und deshalb revidiert werden müssen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die im Zulassungsverfahren durchgeführte harmonisierte wissenschaftliche Risikobewertung einheitliche wissenschaftliche Grundlage sowohl der Zulassungsentscheidung als auch etwaiger nationaler Anbaubeschränkungen bleibt.

c) Risikomanagement

Ohne weiteres zulässig ist eine abweichende Würdigung der umweltpolitischen Ziele im Rahmen des politisch zu verantwortenden Risikomanagements, also jenseits der wissenschaftlichen Risikobewertung.

Das ergibt sich daraus, dass sich das Widerspruchsverbot nur auf die wissenschaftliche Risikobewertung bezieht, nicht aber auf die Zulassungsentscheidung insgesamt und damit nicht auf die von der wissenschaftlichen Risikobewertung zu trennende Risikomanagemententscheidung [dazu oben III. 5. a) bb)].

Dazu zeigen wir den Inhalt der Risikomanagemententscheidung auf [aa)] und grenzen sie von den im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung zu entwickelnden Risikomanagementvorschlägen ab [bb)]. Wir beleuchten die Bedeutung der Risikomanagemententscheidung bei der Bewertung bekannter Risiken [cc)], bei der Bewertung wissenschaftlich begründeter konkreter Risikohypothesen [dd)] und bei der Bewertung des allgemeinen Basisrisikos aller GVO [ee)]. Ferner ergänzen wir einen Hinweis auf die vergleichbare, im Strahlenschutz zur Anwendung kommende Risikomanagementstrategie des Rechtfertigungsgrundsatzes.

aa) Inhalt der Risikomanagemententscheidung

Zum Risikomanagement zählen alle Entscheidungsaspekte, die einer wissenschaftlichen Risikobewertung nicht zugänglich sind. Das sind vor allem wertende Entscheidungen, die zur

Würdigung der wissenschaftlichen Risikobewertung im Rahmen von Abwägungsentscheidungen stets erforderlich sind.

Zum Risikomanagement zählen zunächst Entscheidungen darüber, unter welchen Bedingungen ein GVO-Anbau zugelassen werden soll. Dies betrifft z. B. Schutzvorkehrungen gegen bestimmte Risiken im Rahmen einer Zulassungsentscheidung, etwa die Festlegung von Mindestabständen oder von Insektenresistenzmanagementstrategien im Rahmen einer Genehmigung zur Freisetzung von GVO.

Zum Risikomanagement zählt aber auch die grundlegende Entscheidung, ob ein GVO-Anbau (bezogen auf einen bestimmten GVO, Gruppen von GVO oder alle GVO) auf Basis etwaiger in der wissenschaftlichen Risikobewertung festgestellter Risiken oder der nach Abschluss der Risikobewertung verbleibenden Unsicherheiten überhaupt zugelassen werden soll.

Dem Risikomanagement zuzurechnen ist dabei die Bestimmung des anzustrebenden Schutzniveaus. Dazu gehört unter anderem die Festlegung, welche Auswirkung als Schaden anzusehen ist, mit welchem Konfidenzgrad die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, ggf. in Abhängigkeit vom möglichen Schadensumfang oder der Reversibilität eines Schadens, ausgeschlossen werden muss, sowie welche (möglichen) Beeinträchtigungen im Hinblick auf den (möglichen) Nutzen eines GVO für Landwirtschaft, Verbraucher oder andere Belange hingenommen werden können. Diese Fragen können im Rahmen einer wissenschaftlichen Grundsätzen verpflichteten Risikobewertung nicht beantwortet werden; sie bedürfen einer politischen und damit demokratisch legitimierten Entscheidung entweder durch den Gesetzgeber oder durch die Exekutive, soweit ihr der Gesetzgeber diese Entscheidung z.B. im Rahmen von Beurteilungs- oder Ermessensentscheidungen überträgt. So ist für das Atomrecht anerkannt, dass die Bestimmung der Schwelle zwischen der zu treffenden Schadens-

vorsorge und dem verbleibenden Restrisiko nach dem dortigen Regelungsmodell in der Verantwortung der Exekutive liegt.¹¹⁰

Entsprechendes gilt für die Abwägung der festgestellten oder nicht auszuschließenden Risiken mit dem Nutzen der Freisetzung eines GVO. Zwar können im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse ebenfalls wissenschaftliche Methoden zur Anwendung kommen. Eine solche Kosten-Nutzen-Bewertung ist aber von vornherein nicht Gegenstand der Risikobewertung im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung. Deshalb bleibt es der Risikomanagemententscheidung vorbehalten, den Nutzen einer Freisetzung zu bewerten und die dafür verwendeten Methoden zu bestimmen, soweit der Gesetzgeber eine Berücksichtigung des Nutzens bei der Entscheidung über ein Anbauverbot vorsieht.¹¹¹

Wie dargelegt,¹¹² beinhaltet die im harmonisierten Zulassungsverfahren getroffene Genehmigungsentscheidung auch eine Risikomanagemententscheidung in Bezug auf den Anbau. Diese regelt aber nach Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie nur noch Mindestanforderungen. Die Mitgliedstaaten sind nicht ermächtigt, im Rahmen eigener Risikomanagemententscheidungen weniger strenge Vorkehrungen vorzusehen als in der harmonisierten Zulassungsentscheidung. Dagegen dürfen die Mitgliedstaaten nun im Rahmen einer eigenen Risikomanagemententscheidung in Bezug auf den Anbau strengere Anforderungen stellen. Sie dürfen etwa für den Anbau von GVO generell ein höheres Schutzniveau zu Grunde legen. Sie müssen Risiken, die die Unionsorgane im Rahmen der harmonisierten Risikomanagemententscheidung für vertretbar gehalten haben, künftig nicht mehr in Kauf nehmen, sondern können

¹¹⁰ BVerwG, Urt. v. 22.01.1997, 11 C 7/95, BVerwGE 104, 36, 51.

¹¹¹ Vgl. zur notwendigen Berücksichtigung des Zwecks der Freisetzung im Rahmen einer Freisetzungs- oder Inverkehrbringensgenehmigung § 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 1 GenTG.

¹¹² Oben III.5.a)cc).

diese im Rahmen einer eigenständigen Risikomanagemententscheidung als unvertretbar einstufen.

bb) Abgrenzung zur Umweltverträglichkeitsprüfung

Der Anmelder soll im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung zwar neben der wissenschaftlichen Risikobewertung im engeren Sinn auch Risikomanagementstrategien vorschlagen.¹¹³ Auch die einschlägigen EFSA-Leitlinien sehen vor, dass nach den vier gesetzlich definierten Stufen der Risikobewertung (Gefahrenidentifizierung, Gefahrenbeschreibung, Expositionsabschätzung und Risikobeschreibung)¹¹⁴ auf fünfter Stufe die vom Antragsteller vorgeschlagenen Risikomanagementstrategien berücksichtigt werden und auf sechster Stufe eine Gesamtbewertung (overall risk evaluation and conclusions) erfolgt.¹¹⁵

Diese Vorschläge für das Risikomanagement und die Risikobeurteilung (risk evaluation) gehen aber über die gesetzlich definierte und auf die ersten vier Stufen beschränkte wissenschaftliche Risikobewertung hinaus. Sie sind naturgemäß weder für die im harmonisierten Zulassungsverfahren zuständigen Unionsorgane oder Mitgliedstaaten, noch für die Mitgliedstaaten im Rahmen nationaler Anbauverbote verbindlich.

Läge ein unzulässiger Widerspruch zur Umweltverträglichkeitsprüfung bereits darin, dass ein Mitgliedstaat die vom Anmelder oder der EFSA vorgeschlagenen Risikomanagementstrategien für unzureichend hält und weitergehende Beschränkungen regeln will, wären die Mitgliedstaaten im Rahmen eines nationalen Opt-out an Risikomanagementvorschlä-

¹¹³ Anhang II A, Satz 2 der Richtlinie, Vgl. ferner Anhang II B Anstrich 4 der Richtlinie; hierzu bereits oben II. 5. a) bb).

¹¹⁴ Art. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) Nr. 503/2013 in Verbindung mit Art. 3 Nr. 9, 11 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

¹¹⁵ EFSA Panel on GMO, Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants, Scientific Opinion, EFSA Journal 2010; 8(11):1879, S. 13 bis 20.

ge gebunden, die über den Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung hinausreichen und auch für die Unionsorgane nicht verbindlich sind. Entgegen dem Wortlaut der Änderungsrichtlinie wären die Mitgliedstaaten damit gerade nicht nur an die wissenschaftliche Risikobewertung, sondern faktisch auch an die Risikomanagementvorschläge des Anmelders bzw. die möglicherweise zurückhaltenderen Risikomanagemententscheidungen der Unionsorgane gebunden.

Das würde nicht nur in Bezug auf umweltpolitische Ziele, sondern auch in Bezug auf andere im Rahmen der Risikomanagemententscheidung berücksichtigungsfähige Faktoren gelten (z.B. den Schutz vor GVO-Einträgen und die Bewertung sozio-ökonomischer Auswirkungen). Dadurch würde die klare Differenzierung zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement unterlaufen. In letzter Konsequenz wäre ein nationales Opt-out entgegen dem klaren Ziel der Änderungsrichtlinie nicht mehr möglich, weil bereits die im harmonisierten Zulassungsverfahren verlangten Risikomanagementanforderungen typischerweise eher strenger sind als die allein aus der wissenschaftlichen Risikobewertung abgeleiteten Risikomanagementvorschläge.

cc) Bekannte Risiken, insbesondere IR- und HT-Pflanzen

Eine Risikomanagemententscheidung ist zunächst erforderlich bei der Bestimmung, welche bekannten Risiken hingenommen werden sollen.

Diese Frage stellt sich insbesondere bei den derzeit am weitesten verbreiteten GVO mit spezifischer Ausrichtung auf den Pflanzenschutz vor Schädlingen. Sie erzeugen teilweise auf Grund der genetischen Veränderung selbst Insektizide (sogenannte „insektenresistente“ = IR-Pflanzen, insbesondere solche, die Bt-Toxine produzieren). Teilweise sind sie gegen bestimmte Pflanzenschutzmittel resistent („herbizidtolerante“ = HT-Pflanzen).

Bei GVO mit spezifisch insektizider Wirkung sind die beabsichtigten Auswirkungen auf die sogenannten Ziel- und Nichtzielorganismen Gegenstand der wissenschaftlichen Risikobewertung. Ob und inwieweit die im Rahmen der Risikobewertung festgestellten und mit jedem Pestizideinsatz verbundenen Schäden und Risiken für davon betroffene Individuen, Arten und Lebensräume hingenommen werden sollen, ist aber eine Frage des Risikomanagements und damit der wissenschaftlichen Risikobewertung entzogen.

Im Rahmen des Risikomanagements kann unter anderem der potenzielle Nutzen des GVO und die Notwendigkeit der GVO-spezifischen Art der Schädlingsbekämpfung berücksichtigt werden. Dazu zählt beispielsweise die Bewertung, ab welchem Befallsdruck eine Bekämpfung des Zielorganismus der zu schützenden Kultur im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedsstaats durch den GVO angemessen erscheint.

Dazu gehört auch die Berücksichtigung alternativer Schädlingsbekämpfungsmethoden nach dem Leitbild des integrierten Pflanzenschutzes [vgl. zum integrierten Pflanzenschutz unten C. III. 3. c)]. Insoweit kann berücksichtigt werden, dass Anbauverfahren wie Pflügen, biologische Schädlingsbekämpfung und Fruchtwechsel ausgeschöpft sein sollten, bevor Schädlinge mit insektiziden Wirkstoffen bekämpft werden.

Der Einsatz insektizider GVO konfliktiert mit diesem Grundsatz, da diese ständig „Pflanzenschutzmittel“ erzeugen, während eine alternative Behandlung mit externen Pflanzenschutzmitteln von einem konkret zu erwartenden Befallsdruck abhängig gemacht und zeitlich beschränkt werden kann. Außerdem ist die Exposition der Umwelt durch den weiten Pollenflug von Bt-Pflanzen größer als durch die Abdrift bei der externen Anwendung von Pflanzenschutzmitteln. Im Rahmen eines nationalen Anbauverbotes kann spezifischen Bedingungen innerhalb des Hoheitsgebiets im Hinblick auf die Verbreitung bestimmter

Schädlinge und auf die Erfahrungen mit alternativen Schädlingsbekämpfungsmethoden Rechnung getragen werden.

Insoweit kann schließlich auch entschieden werden, ob und inwieweit die im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung ermittelten Rückstände der insektiziden Substanzen in Lebens- und Futtermitteln auch im Hinblick auf den spezifischen Nutzen des jeweiligen GVO und die Möglichkeit alternativer Methoden des Pflanzenschutzes akzeptiert werden sollen.

Diese Risikomanagemententscheidung kann bei insektiziden GVO nur im Rahmen einer Entscheidung über die Anbauzulassung getroffen werden, also entweder im Rahmen des harmonisierten Zulassungsverfahrens oder im Rahmen der noch zu regelnden Verfahren über die nun als Opt-out eröffneten Anbauverbote.

Dagegen erfolgt im Pflanzenschutzmittelrecht ein gestuftes Risikomanagement auf mehreren Ebenen. Bezogen auf den Wirkstoff¹¹⁶ und die Festlegung zulässiger Rückstandshöchstgehalte in oder auf Lebens- und Futtermitteln¹¹⁷ erfolgt eine Vollharmonisierung auf Unionsebene. Ein weiteres Risikomanagement erfolgt in Bezug auf das Pflanzenschutzmittel in weitgehend harmonisierter Weise auf Ebene der Mitgliedstaaten.¹¹⁸ Unabhängig davon gelten weitere Regeln für die Anwendung des Pflanzenschutzmittels durch spezifische anwendungsbezogene Anforderungen der Mitgliedstaaten, für die unionsweit nur Mindestanforderungen geregelt sind.¹¹⁹ Außer-

¹¹⁶ Art. 4 ff. der Pflanzenschutzmittelverordnung (EU) Nr. 1107/2009.

¹¹⁷ Art. 29 Abs. 1 i) der Pflanzenschutzmittelverordnung (EU) Nr. 1107/2009 und Art. 6 ff. der Rückstandshöchstmengen-Verordnung (EG) Nr. 396/2005.

¹¹⁸ Art. 28 ff. der Pflanzenschutzmittelverordnung (EU) Nr. 1107/2009.

¹¹⁹ §§ 12 ff. PflSchG, Art. 1 ff. der Richtlinie 2009/128/EG über einen Aktionsrahmen der Gemeinschaft für die nachhaltige Verwendung von Pestiziden, Art. 55 der Pflanzenschutzmittelverordnung (EU) Nr. 1107/2009.

dem ermächtigt das Bundesrecht die Länder zum Erlass weitergehender Anwendungsbeschränkungen und -verbote.¹²⁰

Diese gestuften Regelungen des Pflanzenschutzmittelrechts werden nach der aktuellen Rechtspraxis auf insektizide GVO nicht angewendet, da diese nicht als Pflanzenschutzmittel angesehen werden. Entsprechende Risikomanagemententscheidungen, die sich konkret auf den Anbau beziehen, müssen deshalb abschließend im Rahmen der Entscheidungen über die Zulassung des GVO-Anbaus getroffen werden.

Dagegen erfolgen bei herbizidtoleranten GVO Risikobewertung und Risikomanagement des auf den GVO abgestimmten Pflanzenschutzmittels zunächst im Rahmen des Pflanzenschutzmittelrechts. Das schließt indes nicht aus, etwaige Folgen des Anbaus eines herbizidtoleranten GVO im Rahmen der Entscheidung über die Anbauzulassung des GVO zu berücksichtigen. Vielmehr kann das spezifische Zusammenwirken des GVO-Anbaus und des zugehörigen Herbizids nur im Rahmen der Entscheidung über den GVO-Anbau berücksichtigt werden, da die Wirkstoffe und die Herbizide in der Regel nicht nur für die Verwendung in Verbindung mit dem GVO-Anbau zugelassen werden, während die GVO in der Regel spezifisch im Hinblick auf die Resistenz gegen bestimmte Wirkstoffe verändert worden sind. Entgegen der von *Dederer* vertretenen Auffassung, wonach es sich hier um unbeachtliche, weil nicht gentechnikspezifische Auswirkungen handele,¹²¹ müssen diese mittelbaren, durch den GVO-spezifischen Herbizideinsatz verursachten Auswirkungen nach den EFSA-Leitlinien bereits jetzt im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung berücksichtigt werden.¹²² Dann können die Mitgliedstaaten folglich

¹²⁰ §§ 22 Abs. 1 PflSchG.

¹²¹ S. 34 des Dederer-Gutachtens.

¹²² EFSA Panel on GMO, Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants, Scientific Opinion, EFSA Journal 2010; 8(11):1879, S. 77 bis 79: "Specific considerations for GM HT Plants."

eine hierauf gestützte Risikomanagemententscheidung treffen.

Bei herbizidtoleranten GVO kann im Rahmen des Risikomanagements insbesondere berücksichtigt werden, inwieweit durch die Verwendung der mit solchen GVO abgestimmten Total- oder Breitbandherbizide wegen ihrer unspezifischen Wirkung Kollateralschäden für Pflanzen, Tiere oder das Ökosystem verbunden sind. Problematisch sind insbesondere schädliche Auswirkungen auf die Agrarbiodiversität.¹²³ Im Rahmen des Risikomanagements können die Mitgliedstaaten berücksichtigen, ob und inwieweit derartige Nachteile durch Vorteile im Hinblick auf eine effektive Schädlingsbekämpfung, eine potenzielle Verringerung des Einsatzes von Pflanzenschutzmitteln oder eine Erleichterung von Arbeitsvorgängen bei der Bearbeitung gerechtfertigt sind.

Auch bei herbizidtoleranten GVO kann berücksichtigt werden, ob alternative Bekämpfungsmethoden wie ein Fruchtwechsel vorrangig genutzt werden können, da der Einsatz der herbizidtoleranten GVO den Vorgaben des Integrierten Pflanzenschutzes nicht entspricht.

dd) Risikohypothesen

Praktische Bedeutung hat ferner der Umgang mit wissenschaftlich begründeten Hypothesen, deren Verifizierung oder Falsifizierung den Rahmen eines Zulassungsverfahrens sprengen würde.

Dazu gehören etwa mögliche Langzeitauswirkungen, die erst mit einer erheblichen Zeitverzögerung erkennbar werden und

¹²³ Vgl. *Tappeser* u.a., Agronomic and environmental aspects of the cultivation of genetically modified herbicide resistant plants, A joint paper of BfN (Germany), FOEN (Switzerland) and EAA (Austria), BfN-Skripten 362, 2014, im Internet unter www.bfn.de.

z. B. auf Grund der hohen Komplexität biologischer oder ökologischer Systeme nicht oder nur schwer vorhersehbar sind.

Hierzu gehört ferner, dass die Bewertung der Wirkung z. B. von Insektiziden GVO auf Nichtzielorganismen im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung nur auf Untersuchungen in Bezug auf repräsentative Arten gestützt werden kann. Daraus gezogene Analogieschlüsse auf andere Arten bergen oft erhebliche Unsicherheiten. Diese Unsicherheiten mögen zwar in gewissem Umfang durch wissenschaftlich begründete Annahmen eingegrenzt werden können. Das wird aber häufig nicht ausreichen, um ein verbleibendes Risiko als wissenschaftlich widerlegt einstufen zu können.

Eine weitere typische Frage der wissenschaftlichen Risikobewertung ist es, ob ein horizontaler Gentransfer möglich ist und auf diese Weise etwa durch gentechnische Methoden eingefügte Antibiotikaresistenzen auf andere Organismen übertragen werden können. Auf Grundlage der wissenschaftlichen Risikobewertung ist die Wahrscheinlichkeit eines horizontalen Gentransfers im Allgemeinen als sehr gering anzusehen. Bei einem großflächigen Anbau können aufgrund der potenziell hohen Mengen an Freisetzungen aber auch kleine Wahrscheinlichkeiten einen signifikanten Effekt haben.¹²⁴ Da solche Auswirkungen die Behandlung von Krankheiten erheblich erschweren würden und möglicherweise unumkehrbar sind,¹²⁵ kann ein Mitgliedstaat dieses Risiko trotz der geringen Wahrscheinlichkeit für so bedeutsam einstufen, dass er deshalb – anders als die Unionsorgane im harmonisierten Zulassungsverfahren – einen kommerziellen Anbau untersagt.

¹²⁴ Vgl. EFSA, Statement on the consolidated presentation of opinions on the use of antibiotic resistance genes as marker genes in genetically modified plants, EFSA Journal (2009) 1108, 1-8, sowie die als Annex 1 dieses Statements wiedergegebene Scientific Opinion, Use of Antibiotic Resistance Genes as Marker Genes in Genetically Modified Plants, EFSA Journal (2009) 1034, 1-82, Vgl. dort insbesondere die abweichenden Meinungen in Appendix D, S. 81 f.

¹²⁵ Vgl. Erwägungsgrund 4, Satz 2 der Freisetzungsrichtlinie.

Solche auf nachvollziehbare, wissenschaftlich begründete Hypothesen gegründete Risikoannahmen, die im Rahmen eines Zulassungsverfahrens weder bestätigt noch widerlegt werden können, können nur im Rahmen einer Risikomanagemententscheidung berücksichtigt werden.

Gerade bei solchen wissenschaftlichen Unsicherheiten ist das Vorsorgeprinzip zu beachten.¹²⁶ Dieses verlangt zwar nicht den Ausschluss aller erdenklichen Risiken, aber es ermöglicht staatliche Eingriffe auch dann, wenn eine Gefahr für Rechtsgüter nicht sicher ist, aber auch nicht ausgeschlossen werden kann. Es bildet gewissermaßen den Rahmen für die Risikomanagemententscheidung und bestimmt das Schutzniveau in der Weise, dass der Schutz nicht nur auf die Abwehr wissenschaftlich nachgewiesener Gefahren beschränkt ist.

ee) Basisrisiko

Neben bekannten und auf konkreten Hypothesen beruhenden Risiken darf der nationale Gesetzgeber im Rahmen des Risikomanagements für den Anbau schließlich auch das sogenannte Basisrisiko von genetisch veränderten Organismen als solchen berücksichtigen.

Das Konzept des Basisrisikos ist in der juristischen Literatur, auf die sich auch die Rechtsprechung bezieht, in einer früheren Kommentierung des GenTG von Prof. Rainer Wahl beschrieben.¹²⁷ Danach liegt bereits in der gentechnischen Veränderung als solcher, namentlich in der angenommenen Andersartigkeit gentechnischer Veränderungen gegenüber klassischen Zuchtmethoden, ein zusätzliches Risiko, das eine spezifische rechtli-

¹²⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 3 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002; hierzu oben II. 5. a) bb).

¹²⁷ Wahl, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Bd. IV, zuletzt in der 53. EL 2008 (in aktuelleren Bearbeitungsständen nicht mehr enthalten), GenTG, Rn. 17 (Stand 1997); Vgl. nur *VG Schleswig*, Beschl. v. 07.11.2007, 1 B 33/07, BeckRS 2007, 27819.

che Kontrolle und Beschränkung des Umgangs mit GVO rechtfertigt.

Wissenschaftliche Grundlage für das Konzept des gentechnik-spezifischen Basisrisikos ist die Annahme, dass durch den Einbau von Fremd-DNA der Stoffwechsel der Pflanze manipuliert wird, wodurch sich die Zusammensetzung der Inhaltsstoffe ändern kann.

Transgene DNA neigt zur strukturellen Instabilität sowie zur Integration in Rekombinations-Hotspots im Empfänger-genom. Dies wiederum erhöht die Gefahr, dass sie sich löst und horizontal verbreitet. Transgene DNA enthält oft weitere genetische Signale (wie z. B. den Replikationsursprung), die aus dem Plasmid-Vektor stammen. Auch das sind Rekombinations-Hotspots, die die transgene DNA in die Lage versetzen, sich unabhängig zu replizieren.¹²⁸

Der Stress für den Stoffwechsel des Wirtsorganismus, verursacht durch die fortwährende Hyperaktivierung der Gene durch aggressive Promotoren, wie beispielsweise dem CaMV 35S-Promotor, erhöht ebenfalls die Instabilität der transgenen DNA und erleichtert auf diese Weise einen horizontalen Gentransfer.¹²⁹

Ferner sind epigenetische Effekte durch Interaktionen des Transgens mit der Umwelt kaum vorhersagbar. Epigenetische Effekte sind Effekte, die ihre Ursache oberhalb der Ebene der linearen DNA-Sequenz haben, nämlich auf Ebene der Genregu-

¹²⁸ Vgl. *Mae-Wan Ho*, Horizontal Gene Transfer – The Hidden Hazards of Genetic Engineering, ISIS Report v.19.o8.2000, im Internet unter <http://www.i-sis.org.uk/horizontal.php>.

¹²⁹ Vgl. *Kohli et al.*, Molecular characterization of transforming plasmid rearrangements in transgenic rice reveals a recombination hotspot in the CaMV promoter and confirms the predominance of microhomology mediated recombination, 1999, *The Plant Journal* 17(6), S. 591-601..

lation. Diese kann durch Wechselwirkungen mit Umweltfaktoren beeinflusst werden.¹³⁰

Die Grundannahme eines Basisrisikos ist zwar stets bestritten worden.¹³¹ Gleichwohl liegt dieses Konzept nach wie vor dem unionsrechtlichen ebenso wie dem deutschen Gentechnikrecht und dem Cartagena-Protokoll zu Grunde. Denn die staatliche Regulierung knüpft gerade am Merkmal der gentechnischen Veränderung an und unterwirft auch zugelassene GVO einer besonderen Überwachung (Monitoring) wegen der gleichwohl verbleibenden Risiken. Würde man dieses Konzept ablehnen, könnte dies auf eine Regulierung hinauslaufen, die – wie in den USA – nur an spezifischen Merkmalen oder Verwendungszwecken (z. B. als Pestizid) anknüpfen, ohne danach zu differenzieren, ob es sich um einen genetisch veränderten, einen durch konventionellen Methoden gezüchteten oder einen in der Natur vorhandenen Organismus handelt.¹³²

Das Konzept des Basisrisikos ist auch in der Rechtsprechung anerkannt und gegen Kritik verteidigt worden.¹³³ Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in seiner Leitentscheidung zum Gentechnikgesetz 2010 ausgeführt, dass der Gesetzgeber gentechnisch veränderte Organismen im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative ohne wissenschaftlich-empirischen Nachweis eines realen Gefährdungspotenzials als mit einem allgemeinen Basisrisiko behaftet ansehen darf.¹³⁴

¹³⁰ Vgl. *Trtikova et al.* (2015) Transgene Expression and Bt Protein Content in Transgenic Bt Maize (MON810) under Optimal and Stressful Environmental Conditions. PLOS ONE | DOI:10.1371/journal.pone.0123011.

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4390241/>.

¹³¹ Vgl. nur den in *VG Schleswig*, Beschl. v. 07.11.2007, 1 B 33/07, BeckRS 2007, 27819, wiedergegeben Vortrag des Antragstellers und den in der Urteilsbegründung erwähnten Aufsatz von *Dederer*, NuR 2001, 64 (68).

¹³² Vgl. zum Ganzen *Wahl*, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Bd. IV, 53. EL. 2008, GenTG, Rn. 12 – 17.

¹³³ *VG Schleswig*, Beschl. v. 07.11.2007, 1 B 33/07, BeckRS 2007, 27819.

¹³⁴ *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (39) m.H.a. *VG Schleswig*, Beschl. v. 07.11.2007, 1 B 33/07, Juris-Rn. 76; *VG Hannover*, Urt. v. 01.10.2008, 11 A 4732/07, NuR 2009, S. 67 (72); Mecklenburg, NuR 2006, S. 229 (232).

Dieses Basisrisiko ist per definitionem allen GVO immanent. Deshalb ließe sich ein hierauf gestütztes Anbauverbot prinzipiell auf alle GVO unabhängig von einer konkreten Risikobewertung oder bestimmten Eigenschaften stützen. Ob das Basisrisiko allerdings für sich allein ausreichen würde, den großflächigen Anbau von GVO zu verbieten, ist eine Frage des Regelungsspielraums des Gesetzgebers und der Beschränkungen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (dazu unten D.).

Zwar ermächtigt die Änderungsrichtlinie die Mitgliedstaaten lediglich zu Anbauverboten eines GVO oder einer Gruppe nach Kulturpflanzen oder Merkmalen festgelegten GVO.¹³⁵ Ein Anbauverbot für sämtliche GVO wäre danach von der Ermächtigung der Richtlinie nicht gedeckt.

Das schließt jedoch nicht aus, das allen GVO immanente Basisrisiko als zulässiges umweltpolitisches Ziel im Rahmen der nationalen Risikomanagemententscheidung zu berücksichtigen. Die Beschränkung der Ermächtigung auf einzelne GVO oder näher bezeichnete Gruppen von GVO soll lediglich sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten jeweilig die spezifischen Chancen und Risiken berücksichtigen, und sich nicht allein auf Basis der aktuell zugelassenen oder im Zulassungsverfahren befindlichen GVO von vornherein auf ein pauschales Anbauverbot festlegen.

Das zeigt sich unter anderem daran, dass die Richtlinie selbst als zulässigen Grund die Verhinderung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen nennt. Dieser Grund ist ebenfalls unspezifisch und nicht auf die Verhinderung des Vorhandenseins eines bestimmten GVO oder einer näher bezeichneten Gruppe von GVO beschränkt. Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Richtlinie als auch dem Regelungs-

¹³⁵ Art. 26 b Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie.

zweck. Denn dieser Grund dient unter anderem dem Schutz der biologischen/ökologischen Produktion. Für diese gilt ein unspezifisches, generelles GVO-Verwendungsverbot;¹³⁶ eine weitere Differenzierung wäre deshalb widersinnig.

Ein auf das Basisrisiko gestütztes pauschales nationales GVO-Anbauverbot erscheint in gewisser Weise vergleichbar mit dem nationalen Verbot der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität im Rahmen des Atomausstiegs (§ 7 Abs. 1 Satz 2 AtG). Dort führte u. a. das trotz aller Schutzvorkehrungen letztlich verbleibende Restrisiko zu einem vollständigen Nutzungsverbot, weil die maßgeblichen politischen Entscheidungsträger im Rahmen einer gesetzlichen Risikomanagemententscheidung das verbleibende Restrisiko trotz geringer Eintrittswahrscheinlichkeit auf Grund des hohen Schadenspotenzials verboten haben. Auch der Atomausstieg erstreckt sich aber nicht generell auf die Nutzung radioaktiver Stoffe. Vielmehr bleiben die Nutzung der Kernenergie zum Zwecke der Forschung und die Nutzung radioaktiver Stoffe zu medizinischen Zwecken zulässig. Deshalb beruht letztlich auch der Ausstieg aus der Kernenergienutzung nicht allein auf einer Risikobewertung, sondern auf einer Abwägung, auf Grund derer die Verwendung von Kernbrennstoffen nur für einen spezifischen Verwendungszweck (die gewerbliche Erzeugung von Elektrizität) verboten wurde.

ff) Rechtfertigungsgrundsatz als Risikomanagementstrategie

Zum Spektrum möglicher Risikomanagementmaßnahmen im Vorsorgebereich kann wegen einer gewissen Ähnlichkeit zu GVO-Anbauverboten auf den im Strahlenschutzrecht geltenden Rechtfertigungsgrundsatz verwiesen werden.

¹³⁶ Erwägungsgründe 9 und 10 sowie Art. 9 der EG-Öko-Verordnung Nr. 834/2007.

Im Strahlenschutz ist bislang nicht geklärt, ob auch geringe Strahlenexpositionen schädliche Auswirkungen haben können oder ob z.B. unterhalb einer näher zu bestimmenden Schwelle biologische Mechanismen der Zellreparatur solche Auswirkungen verhindern. Gleichwohl ist anerkannt, dass auch gegen geringe Strahlenexpositionen aus Vorsorgegründen Maßnahmen ergriffen werden.¹³⁷

Eine grundlegende Risikomanagementmaßnahme im unionsrechtlichen¹³⁸ und nationalen¹³⁹ Strahlenschutzrecht ist neben den Grundsätzen der Dosisbegrenzung,¹⁴⁰ der Optimierung bzw. Vermeidung unnötiger Strahlenexposition und Dosisreduzierung¹⁴¹ der Grundsatz der Rechtfertigung. Danach müssen Tätigkeiten, mit denen Strahlenexpositionen oder Kontaminationen von Mensch und Umwelt verbunden sein können, unter Abwägung ihres wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen Nutzens gegenüber der möglicherweise von ihnen ausgehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung gerechtfertigt sein.¹⁴² Auch medizinische Strahlenexpositionen müssen einen hinreichenden Nutzen erbringen.¹⁴³ Für bestimmte Tätigkeiten wie z.B. die Verwendung radioaktiver Stoffe zur Herstellung von Leuchtfarben oder als Rauchmelder ist in der Strahlenschutzverordnung geregelt, dass diese nicht gerechtfertigt sind.¹⁴⁴

¹³⁷ Vgl. ausführlich zu biologischen Gesichtspunkten des Strahlenschutzes die Empfehlungen der Internationalen Strahlenschutzkommission (ICRP) von 2007, ICRP-Empfehlungen 103, Rn. 62 ff. (deutsche Übersetzung im Internet unter http://www.icrp.org/docs/P103_German.pdf).

¹³⁸ Richtlinie 2013/59/Euratom zur Festlegung grundlegender Sicherheitsnormen für den Schutz vor den Gefahren einer Exposition gegenüber ionisierender Strahlung.

¹³⁹ Strahlenschutzverordnung (StrlSchV).

¹⁴⁰ Art. 5 Buchst. c) der Richtlinie 2013/59/Euratom, § 5 StrlSchV.

¹⁴¹ Art. 5 Buchst. b) der Richtlinie 2013/59/Euratom, § 6 StrlSchV.

¹⁴² Art. 5 Buchst. a) und Art. 19 ff. der Richtlinie 2013/59/Euratom, § 4 Abs. 1 StrlSchV.

¹⁴³ § 4 Abs. 2 StrlSchV.

¹⁴⁴ § 4 Abs. 3 i.V.m. Anlage XVI StrlSchV.

Ähnlich wie ein GVO-Anbauverbot werden durch diese Risikomanagementstrategie die Verwendung bestimmter Stoffe zu bestimmten Zwecken generell aus Gründen der Risikovorsorge auf Basis einer generalisierenden Abwägung von Risiken und Nutzen der Verwendung der Stoffe zum jeweiligen Zweck verboten.

Ein nationales Anbauverbot könnte analog zu dieser Risikomanagementstrategie ausgestaltet und ein Anbau nur ermöglicht werden, soweit dessen Nutzen die potenziellen Risiken des Anbaus übersteigt.

d) Ergänzende Risikobewertung

Zulässig ist es ferner, Anbauverbote auf eine ergänzende wissenschaftliche Risikobewertung zu stützen, solange diese nicht im Widerspruch zu der im Zulassungsverfahren durchgeführten Risikobewertung steht.

Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Richtlinie sowie dem Regelungszweck, den Mitgliedstaaten möglichst weitgehende Flexibilität für Anbaubeschränkungen zu eröffnen, ohne die im Zulassungsverfahren durchgeführte Risikobewertung in Frage zu stellen.

Zutreffend hat *Herdegen* darauf hingewiesen, dass es nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie für die Zulässigkeit ergänzender Risikoerwägungen zur Begründung eines Anbauverbotes nicht auf den abstrakt möglichen, sondern den konkreten Inhalt der Risikobewertung des betreffenden GVO ankommt.¹⁴⁵ Denn die Richtlinie stellt auf einen Widerspruch zu der (konkret) „durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung“ ab („risk assessment carried out“)¹⁴⁶ und nicht auf einen Widerspruch zu einer (abstrakt, also von Rechts wegen) „durchzuführenden Umweltverträglichkeitsprüfung“ („risk as-

¹⁴⁵ S. 23 und S. 25 des Herdegen-Gutachtens.

¹⁴⁶ Art. 26 b Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie.

essment to carry out“). Nur wenn die Richtlinie auf die durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung Bezug nähme, läge es nahe, deren Vollständigkeit zu unterstellen, so dass ergänzende Risikobewertungen nur im Rahmen eines Schutzklauselverfahrens berücksichtigt werden könnten.

Die Gegenauffassung von *Dederer* ist, wie bereits dargelegt, überholt, weil sie sich auf die in der Endfassung der Änderungsrichtlinie nicht übernommene Anforderung stützt, dass sich die umweltpolitischen Ziele von den im Zulassungsverfahren bewerteten Faktoren unterscheiden müssen.¹⁴⁷

Eine ergänzende Risikobewertung kommt zunächst bezüglich spezifischer regionaler Risiken in Betracht, etwa auf Grund besonderer klimatischer Bedingungen oder eines besonderen Aufnahmемilieus, die im Rahmen der eher großräumigen Prüfungen im harmonisierten Zulassungsverfahren nicht berücksichtigt wurden.¹⁴⁸

Im Rahmen der Zulassungsprüfung von GVO wird derzeit nach Angaben des BfN keine systematische Untersuchung darüber verlangt, ob und wie Umweltstress bei gentechnisch veränderten Pflanzen unerwünschte Reaktionen hervorruft, d.h. wie der Stoffwechsel von GVO auf veränderte Klimabedingungen reagiert. Auch wird nicht verlangt, dass die Genexpression in verschiedenen Sorten des Events bestimmt wird. Daten über den Bt-Gehalt in GVO sind indes erforderlich, um eine mögliche Gefährdung der Umwelt, z. B. die Risiken für Bodenorganismen oder die Raupen geschützter Schmetterlinge, abschätzen zu können. Soweit die konkrete Risikobewertung der EFSA hierzu keine Angaben enthält, können ergänzende Erkenntnisse ohne Widerspruch zur Risikobewertung berücksichtigt werden.

Praktische Bedeutung können ferner wissenschaftlich begründete Risiken für die Umwelt haben, die zwar von den Mitgliedstaaten im

¹⁴⁷ S. 23 und S. 29 des Dederer-Gutachtens, hierzu oben II. 5. a) ee).

¹⁴⁸ So zutreffend *Herdegen*, auf Seite 19 f., 23 f. seines Gutachten.

Rahmen des Zulassungsverfahrens vorgetragen, aber im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung der EFSA weder bestätigt noch widerlegt worden sind.

Das gilt auch für die Frage, mit welcher Sicherheit die vorliegende Datenbasis aus naturwissenschaftlicher Sicht die daraus gezogenen Schlüsse rechtfertigt (Konfidenzgrad). Wie bereits erwähnt beschränkt sich die wissenschaftliche Risikobewertung auf wertneutrale Aussagen zum Konfidenzgrad (z.B. dass eine bestimmte Folge mit einer Wahrscheinlichkeit von x bis y % ausgeschlossen werden kann). Wenn sich die EFSA nicht zum Konfidenzgrad ihrer Schlüsse äußert, bleibt insoweit Raum für ergänzende wissenschaftliche Bewertungen der Mitgliedstaaten. Die Frage, ob die so erreichbare Sicherheit ausreicht, ist dagegen keine Frage der wissenschaftlichen Risikobewertung, sondern eine dem Risikomanagement vorbehaltene Frage des Schutzniveaus.

Die Zulässigkeit solcher ergänzender Risikobewertungen ist auch deshalb von Bedeutung, weil Kriterien für die vorzunehmende Bewertung im harmonisierten Zulassungsverfahren teils nicht definiert sind. Dies gilt z.B. für Erheblichkeitsschwellen, die den Wahrscheinlichkeitsgrad oder die Schadenshöhe bestimmen, von denen an ein Risiko näher betrachtet wird, und Kriterien, ab welcher Schwelle ein Schutzgut als geschädigt anzusehen ist. Insoweit fehlt es an einem unionsweit abschließend harmonisierten Bewertungsrahmen im Sinne einer einheitlichen risk assessment policy [dazu oben C.III.1.a)cc)]. Die Bestimmung dieser Kriterien ist Bestandteil des Risikomanagements. Sie konkretisieren das angestrebte Schutzniveau und setzen die Maßstäbe auch für die wissenschaftliche Risikobewertung. Die EFSA legt zwar der Risikobewertung entsprechende Kriterien zu Grunde, deren Bestimmung fällt aber nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EFSA für die wissenschaftliche Risikobewertung, sondern in die Zuständigkeit der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten für das Risikomanagement. Sie unterfällt damit auch nicht dem Widerspruchsverbot. Vielmehr wird den Mitgliedstaaten im Rahmen des ihnen zugewiesenen ergänzenden Risikomanagements ermöglicht, für den Anbau ein höheres Schutzniveau

und ein höheres Maß an Vorsorge als auf Unionsebene durchzusetzen. Deshalb ist es den Mitgliedstaaten auch erlaubt, die damit korrespondierenden Erheblichkeitsschwellen abzusenken bzw. von den seitens der EFSA in der Risikobewertung zu Grunde gelegten Kriterien abzuweichen.

Dadurch wird die Einheitlichkeit der wissenschaftlichen Risikobewertung auf Unionsebene nicht in Frage gestellt. Denn die von den Mitgliedstaaten im Rahmen des Zulassungsverfahrens geäußerten Bedenken können von der EFSA in die harmonisierte wissenschaftliche Risikobewertung einbezogen und dort gewürdigt werden. Dann bleibt für eine ergänzende nationale Risikobewertung kein Raum mehr. Auch die zur Begründung eines nationalen Anbauverbotes herangezogenen ergänzenden Risikobewertungen, die der Kommission zu übermitteln sind,¹⁴⁹ können auf Unionsebene einheitlich wissenschaftlich bewertet werden.

Soweit es sich lediglich um ergänzende Risikobewertungen handelt, die nicht im Widerspruch zur harmonisierten Risikobewertung im Zulassungsverfahren stehen, können die Mitgliedstaaten deshalb auch gegenüber der Risikobewertung im Zulassungsverfahren neue Erkenntnisse als Grundlage für ein Anbauverbot heranziehen. Auch hierdurch wird die Einheitlichkeit der harmonisierten Risikobewertung nicht in Frage gestellt, da auch diese neuen Erkenntnisse gegenüber der Kommission notifiziert werden müssen.

e) Insbesondere: Risiken für die Biodiversität

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Ermittlung und Bewertung der Auswirkungen des GVO-Anbaus auf die Erhaltung der biologischen Vielfalt (Biodiversität). Das gilt sowohl für die wissenschaftliche Risikobewertung als auch für das Risikomanagement.

¹⁴⁹ Art. 26 b Abs. 4 der Richtlinie.

Die Erhaltung der biologischen Vielfalt ist umweltpolitisches Ziel der Biodiversitätskonvention,¹⁵⁰ der FFH-Richtlinie¹⁵¹ und des Bundes-Naturschutzgesetzes.¹⁵² Das Schutzziel wird konkretisiert durch Biodiversitätsstrategien auf Unions-¹⁵³ und nationaler Ebene.¹⁵⁴ Es wird ergänzt durch die Sektorstrategie Agrobiodiversität¹⁵⁵ und ist integriert in die Nationale Nachhaltigkeitsstrategie.¹⁵⁶

Die biologische Vielfalt wird definiert als die Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten einschließlich der innerartlichen Vielfalt sowie die Vielfalt an Formen und Lebensgemeinschaften und Biotopen.¹⁵⁷

Naturschutzrechtliches Ziel ist unter anderem die flächendeckende Erhaltung der Biodiversität der in der FFH-Richtlinie definierten neun biogeografischen Regionen¹⁵⁸ der EU. Zwar erfolgt der Schutz der biologischen Vielfalt unter anderem durch die Ausweisung besonderer Schutzgebiete.¹⁵⁹ Zu den besonders zu schützenden Gebieten gemeinschaftlicher Bedeutung (FFH-Gebiete) zählen aber auch solche, die in signifikantem Maße zur biologischen Vielfalt in der bio-

¹⁵⁰ Art. 1 des Übereinkommens über die biologische Vielfalt.

¹⁵¹ Erwägungsgrund 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG.

¹⁵² § 1 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

¹⁵³ Europäische Kommission, Biologische Vielfalt – Naturkapital und Lebensversicherung: EU-Strategie zum Schutz der Biodiversität bis 2020 v.25.10.2011, KOM (2011) 244 endg.

¹⁵⁴ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt, 2007, vom Bundeskabinett am 07.11.2007 beschlossen.

¹⁵⁵ Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Agrobiodiversität erhalten, Potenziale der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft erschließen und nachhaltig nutzen, Strategie des BMELV, 2009.

¹⁵⁶ Bundesregierung, Nationale Nachhaltigkeitsstrategie, Fortschrittsbericht 2012, S. 29 und 197 ff.

¹⁵⁷ § 7 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, ähnlich Art. 2 der Biodiversitätskonvention: "Biological diversity' means the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems."

¹⁵⁸ Das sind die alpine, atlantische, boreale, kontinentale, makaronesische, mediterrane, pannonsche Region sowie Schwarzmeer- und Steppenregion, Art. 1 Buchst. c) iii) der FFH-Richtlinie 92/43/EWG.

¹⁵⁹ Vgl. nur § 1 Abs. 2 sowie Kap. 4 und 5 des BNatSchG.

geographischen Region beitragen können.¹⁶⁰ Primäres Schutzgut ist danach nicht nur die biologische Vielfalt in Schutzgebieten, sondern die biologische Vielfalt in der EU und ihren biogeografischen Regionen insgesamt.¹⁶¹

Die Auswirkungen des GVO-Anbaus auf die Biodiversität auch außerhalb von Schutzgebieten, insbesondere deren kumulative langfristige Auswirkungen, sind Gegenstand der wissenschaftlichen Risikobewertung der EFSA.¹⁶² Dem entsprechend wird auch in den EFSA-Leitlinien für die Umweltverträglichkeitsprüfung vielfach auf die Auswirkungen auf die Biodiversität hingewiesen.¹⁶³

Allerdings enthält das Unionsrecht nur Mindestanforderungen an den Schutz der Biodiversität. Sie ergeben sich aus der FFH-Richtlinie und der Umwelthaftungsrichtlinie. Letztere definiert Schädigungen geschützter Arten und natürlicher Lebensräume, also jeden Schaden, der erhebliche nachteilige Auswirkungen in Bezug auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustandes dieser Lebensräume oder Arten hat, als Umweltschaden¹⁶⁴ (sog. Biodiversitätsschaden). Dabei ist die Erheblichkeit dieser Auswirkungen mit Bezug auf den Ausgangszustand unter Berücksichtigung verschiedener, in einem Anhang konkretisierter Kriterien zu ermitteln.¹⁶⁵ Man kann deshalb davon ausgehen, dass jedenfalls das Risiko der Entstehung eines Biodiversitätsschadens im Sinne der Umwelthaftungsrichtlinie auch ein im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung beachtlicher Schaden ist. Umgekehrt ist aber nicht aus-

¹⁶⁰ Vgl. die Begriffsbestimmung der Gebiete gemeinschaftlicher Bedeutung in Art. 1 Buchst. k) der FFH-Richtlinie 92/43/EWG.

¹⁶¹ Vgl. Heuge/, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 7 Rn. 15 und § 32 Rn. 8.

¹⁶² Vgl. Nr. 3 Anstrich 4 der Leitlinien für die Umweltverträglichkeitsprüfung in Anhang II der Freisetzungsrictlinie sowie

¹⁶³ Vgl. nur EFSA Panel on GMO, Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants, Scientific Opinion, EFSA Journal 2010; 8(11):1879, S. 17, 49, 55 f., 71 ff., 77 ff., 106, 108.

¹⁶⁴ Art. 2 Nr. 1 Buchst. a) sowie Nr. 2 bis 4 Umwelthaftungsrichtlinie 2004/35/EG i.V.m. Art. 3 und Anhang I und II der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, sowie Art. 4 und Anhang I der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG; Vgl. dazu § 2 Nr. 1 USchadG i.V.m. § 7 und § 19 BNatSchG.

¹⁶⁵ Art. 2 Nr. 1 Buchst. a) Satz 2 Umwelthaftungsrichtlinie 2004/35/EG; Vgl. dazu § 19 Abs. 5 BNatSchG.

geschlossen, dass auch Beeinträchtigungen unterhalb dieser umwelthaftungsrechtlichen Schadensschwelle im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung und des Risikomanagements bezüglich des Anbaus von GVO berücksichtigt werden.

Sowohl die FFH-Richtlinie als auch die Umwelthaftungsrichtlinie sind auf die Umweltkompetenz der Gemeinschaft bzw. der Union gestützt. Sie geben deshalb nur Mindestanforderungen vor. Die Mitgliedstaaten dürfen verstärkte Schutzmaßnahmen beibehalten oder ergreifen (Art. 193 AEUV).

Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten gerade in Bezug auf die Konkretisierung des erforderlichen Schutzes der Biodiversität erhebliche Spielräume für eine eigenständige Bestimmung des Schutzniveaus und der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Biodiversität haben.

Auf nationaler Ebene gilt insoweit die allgemeine Zielbestimmung, dass zur dauerhaften Sicherung der biologischen Vielfalt entsprechend dem jeweiligen Gefährungsgrad lebensfähige Populationen wild lebender Tiere und Pflanzen einschließlich ihrer Lebensstätten zu erhalten, Gefährdungen von natürlich vorkommenden Ökosystemen, Biotopen und Arten entgegenzuwirken und Lebensgemeinschaften und Biotope mit ihren strukturellen und geografischen Eigenheiten in einer repräsentativen Verteilung zu erhalten sind und bestimmte Landschaftsteile der natürlichen Dynamik überlassen bleiben sollen.¹⁶⁶

Dieses Ziel kann durch gesetzliche Regelungen und die Ausübung der gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielräume konkretisiert werden.¹⁶⁷

¹⁶⁶ § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BNatSchG.

¹⁶⁷ Vgl. zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten einer konsensualen Konkretisierung von Zielen den fehlenden Konsens über die Ergebnisse wissenschaftlicher Untersuchungen zu den Auswirkungen des GVP-Anbaus auf die biologische Vielfalt bei der Fest-

In Bezug auf landwirtschaftliche Nutzungen kommt insoweit dem Teilaspekt der Agrobiodiversität besondere Bedeutung zu. Dazu zählt einerseits die Vielfalt der unmittelbar landwirtschaftlich genutzten und nutzbaren Lebewesen, andererseits die damit assoziierte Biodiversität.¹⁶⁸ Letztere hat einen fundamentalen ökologischen Wert. Sie gewährleistet die Funktionsfähigkeit der genutzten Ökosysteme und der darin ablaufenden Prozesse, z.B. die Regulation von Stoffkreisläufen, die Regeneration der Bodeneigenschaften und das Selbstreinigungsvermögen der Gewässer.¹⁶⁹

In Bezug auf den Anbau von GVO muss insoweit im Rahmen der Risikomanagemententscheidung beispielsweise beurteilt werden, inwieweit die nach Maßgabe der wissenschaftlichen Risikobewertung zu erwartenden Beeinträchtigungen der Agrobiodiversität durch den Anbau von HT-Pflanzen und den damit verbundenen Herbizideinsatz (Beeinträchtigung von Ackerwildkräutern,¹⁷⁰ Schädigung erd- und oberflächenaktiver Wirbellose¹⁷¹) hingenommen werden sollen.

Soweit die wissenschaftliche Risikobewertung der EFSA keine ausreichende Datengrundlage liefert, sind die Mitgliedstaaten auch hier berechtigt, die Risikobewertung zu ergänzen, soweit dies erforderlich ist, um das auf nationaler Ebene angestrebte Schutzniveau zu erreichen [dazu oben d)].

legung entsprechender Indikatoren in Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Indikatorenbericht 2010 zur Nationalen Strategie zur biologischen Vielfalt, 2010, S. 54.

¹⁶⁸ Sektorstrategie Agrobiodiversität des BMELV: Agrobiodiversität erhalten, Potenziale der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft erschließen und nachhaltig nutzen, 2007, S. 9.

¹⁶⁹ Sektorstrategie Agrobiodiversität des BMELV, 2007, S. 10.

¹⁷⁰ Vgl. *Heard*, et. ol., 2003, 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, 1819-1832.

¹⁷¹ Vgl. *Brooks*, et. ol., 2003, Invertebrate responses to the management of genetically modified herbicide-tolerant and conventional spring crops. I. Soil-surface-active invertebrates *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 358, 1847-1862.

2. Erhaltung der Eigenart der Natur und Umweltgestaltung

Wie dargestellt, bestand zwischen Kommission, Rat und Parlament stets Einigkeit dahingehend, dass die Erhaltung bestimmter Eigenarten von Natur und Landschaft, die Erhaltung bestimmter Lebensräume und Ökosysteme, insbesondere die Erhaltung des aktuellen Zustandes sowie die Erhaltung bestimmter Funktionen und Leistungen des Ökosystems, z. B. die Erhaltung naturnaher Regionen mit besonderem natürlichen und Erholungswert für Bürger, als zulässiger Verbotsgrund anzusehen ist.¹⁷²

Solche Maßnahmen können als Maßnahmen des Naturschutzes (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG: Schutz der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft) bzw. im weitesten Sinne als Maßnahmen der Umweltgestaltung bezeichnet werden.

Dazu stellen wir zunächst dar, dass und weshalb solche Maßnahmen vom Verbot des Widerspruchs zur Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erfasst sind [a)]. Zulässig ist danach ein (erweiterter) Schutz bestimmter besonders schützenswerter Gebiete und Biotope [b)]. Fraglich ist, ob darüber hinaus auch flächendeckende Maßnahmen, insbesondere zur Erhaltung und Gestaltung der landwirtschaftlich genutzten Kulturlandschaften, jenseits besonderer Schutzgebiete zulässig sind [c)].

a) Widerspruchsverbot und Abgrenzung zu Umweltrisiken

Nach Auffassung von *Dederer*¹⁷³ sind auch naturschutzfachliche Gründe prinzipiell Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung. In deren Rahmen sei eine Analyse der kumulativen langfristigen Auswirkungen durchzuführen, die sich auf die akkumulierten Auswirkungen auf die Gesundheit des Menschen und die Umwelt beziehen, und zwar u. a. auf die Flora und Fauna, die Bodenfruchtbarkeit, den Abbau von organischen Stoffen im Boden, die Nahrungs-

¹⁷² Dazu oben, C.I. 3. und II.

¹⁷³ Auf Seite 30 seines Gutachtens.

mittel- bzw. Nahrungskette und die biologische Vielfalt.¹⁷⁴ Außerdem könnten die Mitgliedstaaten naturschutzfachliche Gründe mit Blick auf die in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Natur- und Landschaftselemente im Zulassungsverfahren vortragen mit der Folge, dass in der Zulassung Bedingungen für den Schutz besonderer Ökosysteme/Umweltgegebenheiten und/oder geografischer Gebiete aufgenommen würden.¹⁷⁵ Konsequenter Weise verlangt *Dederer*, ein Anbauverbot in Naturschutzgebieten müsse über ein Schutzklauselverfahren nach Maßgabe der Richtlinie oder der Verordnung geltend gemacht werden.¹⁷⁶

Wären auf Grundlage dieser Auffassung auch umweltpolitische Ziele wie die Erhaltung der Natur in einem bestimmten Zustand Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung im Zulassungsverfahren, müsste auch insoweit geprüft werden, ob derartige Ziele im Widerspruch zur Umweltverträglichkeitsprüfung im Zulassungsverfahren stehen.

Ein solcher Widerspruch scheidet aber von vornherein aus. Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist gesetzlich definiert als „Bewertung der direkten oder indirekten, sofortigen oder späteren Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt, die mit der absichtlichen Freisetzung oder dem Inverkehrbringen von GVO verbunden sein können, und die gemäß Anhang II der Richtlinie durchgeführt wird“.¹⁷⁷

Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung sind danach ausschließlich Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt zur Vermeidung von Schäden bzw. Beeinträchtigungen. Das entspricht der im Unionsrecht verankerten Grundpflicht der Mitgliedstaaten und der Kommission, dafür zu sorgen, dass Freisetzung oder

¹⁷⁴ So Anhang II vor A. der Richtlinie.

¹⁷⁵ Art. 19 Abs. 3 c der Richtlinie bzw. Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 e und Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 Abs. 5 e der Verordnung.

¹⁷⁶ S. 31 des Dederer Gutachtens.

¹⁷⁷ Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie, auf den auch Art. 2 Nr. 4 der Verordnung verweist.

Inverkehrbringen von GVO keine schädlichen bzw. nachteiligen Auswirkungen (adverse effects) auf die Gesundheit von Mensch und Tier oder die Umwelt haben.¹⁷⁸

Die eingangs unter 2. genannten umweltpolitischen Ziele z.B. der Erhaltung der Eigenart der Natur – sei es in bestimmten kleinräumigen Schutzgebieten oder großräumigen biogeografischen Regionen bzw. dem gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates – sind unabhängig von möglichen Schadensrisiken und damit nicht Gegenstand der gentechnikrechtlichen Risikobewertung.¹⁷⁹

Im Ergebnis sind damit umweltpolitische Ziele, die der Erhaltung der Umwelt in ihrer Eigenart oder der positiven Gestaltung der Umwelt und nicht nur der Abwehr von Risiken oder schädlichen Auswirkungen für die Umwelt dienen, von vornherein nicht Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung. Sie können deshalb auch nicht im Widerspruch zur Umweltverträglichkeitsprüfung stehen. Solche Ziele sind deshalb grundsätzlich zulässige Ziele für nationale Anbauverbote.¹⁸⁰

b) Gebiets- und Biotopschutz

Wie sich bereits aus den Überlegungen zum Widerspruchsverbot ergibt, ist der Harmonisierungsumfang der Freisetzungsrichtlinie und der Verordnung bereits bisher auf die Abwehr von Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt beschränkt. Danach entfalteten die Richtlinie und die Verordnung schon nach bisherigem Recht keine Sperrwirkung gegenüber besonderen naturschutz-

¹⁷⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 der Richtlinie sowie Art. 4 Abs. 1 a und Art. 16 Abs. 1 a der Verordnung.

¹⁷⁹ Vgl. zur Abgrenzung zwischen Gentechnik- und Naturschutzrecht ausführlich *Winter*, Naturschutz bei der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen, NuR 2007, 571 ff. (Teil 1) und Seite 635 ff. (Teil 2), ferner *Willand/Buchholz*, Stärkung gentechnikfreier Regionen, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v.30.07.2009, S. 77 ff., im Internet unter http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/uploads/file298168.pdf.

¹⁸⁰ In diesem Sinne wohl auch *Herdegen/Kalla* auf Seite 26 seines Gutachtens.

rechtlichen Regelungen, auf Grund derer in besonders geschützten Gebieten der Anbau von GVO beschränkt oder verboten wurde.¹⁸¹

Das wird insbesondere durch ein Gutachten des EuGH zum Cartagena-Protokoll gestützt. Mit dem Cartagena-Protokoll werden auf völkerrechtlicher Ebene Vorkehrungen zum Schutz gegen Risiken durch GVO verlangt; es bildet den völkerrechtlichen Rahmen für die Richtlinie 2001/18/EG¹⁸² und die Verordnung 1829/2003.

In seinem Rechtsgutachten zur richtigen Rechtsgrundlage für die Ratifizierung des Cartagena-Protokolls durch die damalige EG (Außenkompetenz als ausschließliche Handlungskompetenz der EG oder mit den Mitgliedstaaten geteilte Umweltkompetenz) hat der EuGH festgestellt, dass eine umfassende Regelung über den Schutz der Umwelt infolge des Inverkehrbringens und der Verwendung von GVO auf die Umweltkompetenz gestützt werden müsste.¹⁸³ In diesem Zusammenhang stellt der EuGH fest, dass die Harmonisierung durch die Freisetzungsrichtlinie den durch das Cartagena-Protokoll geregelten Bereich der biologischen Sicherheit nur ganz partiell abdeckt.¹⁸⁴

Im Ergebnis enthielten damit bereits die Richtlinie und die Verordnung in ihrer bisherigen Fassung keine abschließende Regelung im Hinblick auf naturschutzrechtliche Verwendungsbeschränkungen. Da die harmonisierte Zulassung von GVO der Schadensvermeidung bei der Verwirklichung der Binnenmarktes dient, wird dadurch die Verwirklichung der naturschutzrechtlichen Schutzziele einer gesteigerten Unberührtheit der Natur in besonders geschützten Gebieten nicht ausgeschlossen.¹⁸⁵ Dem entsprechend enthalten bereits jetzt

¹⁸¹ Dazu ausführlich *Winter*, in: NuR 2007, 571 ff. und 635 ff. sowie *Willand/Buchholz*, Stärkung gentechnikfreier Regionen, a.a.O., S. 77 ff.

¹⁸² Vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie, hierzu bereits oben C. III. 1. a).

¹⁸³ *EuGH*, Gutachten 2/00 v.06.12.2001, Rn. 29 f., 33, 37, 39 f. und 42, Slg. 2001, I.-9717, 9759 ff.

¹⁸⁴ *EuGH*, Gutachten 2/00 v.06.12.2001, Rn. 46, Slg. 2001, I.-9717, 9765.

¹⁸⁵ So *Winter*, NuR 2007, 635, 640.

viele naturschutzrechtliche Schutzgebietsverordnungen Verbote des Einbringens von GVO.¹⁸⁶

Spätestens mit der Änderungsrichtlinie ist klargestellt, dass die Freisetzungsrichtlinie solchen Verboten in den Mitgliedstaaten auf bestehender naturschutzrechtlicher Rechtsgrundlage nicht entgegensteht.

Darüber hinaus erweitert die Änderungsrichtlinie den Spielraum der Mitgliedstaaten, GVO-Anbauverbote nicht nur im Rahmen der Ermächtigungsgrundlagen des Naturschutzrechts zu erlassen, sondern Gesichtspunkte der Erhaltung bestimmter Natur- und Kulturräume in einem Zustand ohne GVO auch zur Begründung von Anbauverboten außerhalb von Naturschutzgebieten heranzuziehen, z.B. zum Schutz von Biotopen (vgl. § 30 BNatSchG).

So können etwa Anbauverbote nicht nur in engeren Schutzzonen von Naturschutzgebieten, sondern auch in weiteren Schutzzonen, wie etwa Landschaftsschutzgebieten, Naturparks, Pflege- und Entwicklungszonen sowie vergleichbaren, weniger intensiven Schutzzonen von Naturschutzgebieten und Nationalparks geregelt werden.¹⁸⁷ Die Änderungsrichtlinie erlaubt es ferner, die Umgebung von Schutzgebieten oder Reserveflächen für künftige Schutzgebiete von einem GVO-Anbau freizuhalten, um auf diese Weise die Erhaltung der Natur in einem genetisch unveränderten Zustand in potenziellen künftigen Schutzgebieten zu gewährleisten.

Schließlich ermöglicht die Änderungsrichtlinie, die Perspektive einzelner (potenzieller) Schutzgebiete zu verlassen und die Gesamtfläche der schutzwürdigen Gebiete innerhalb einer bestimmten geografischen Region oder dem gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates oder eines Bundeslandes in den Blick zu nehmen. Insbe-

¹⁸⁶ Vgl. dazu *Willand/Buchholz*, Rechtsgutachten zur Stärkung gentechnikfreier Regionen v.30.07.2009, a.a.O., S. 79 f. m.w.N.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Willand/Buchholz*, Rechtsgutachten zur Stärkung gentechnikfreier Regionen v.30.07.2009, a.a.O., S. 90 ff.

sondere kann sich aus einer Akkumulation solcher (potenzieller) Schutzgebiete das legitime Ziel ergeben, den GVO-Anbau im Sinne einer pauschalierten Betrachtungsweise zur Verbesserung des Schutzes generell zu verbieten.

c) Flächendeckender Schutz der Eigenart der Natur

Fraglich ist, ob ein Verbot auch auf flächendeckende Aspekte jenseits schutzgebietsbezogener Betrachtungen gestützt werden können.

Dafür spricht bereits, dass schon das unionsrechtliche Naturschutzrecht nicht nur auf den Schutz der besonderen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, sondern auch auf den Schutz der Biodiversität in den neun biogeografischen Regionen der Union abzielt [dazu oben 1.e)].

Auch die Ziele des nationalen Naturschutzrechts werden nicht nur durch einen besonderen Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft¹⁸⁸ und bestimmter besonders geschützter Arten¹⁸⁹ verfolgt, sondern auch durch Vorschriften zur (flächendeckenden) Landschaftsplanung,¹⁹⁰ über den allgemeinen Schutz von Natur und Landschaft¹⁹¹ und zum allgemeinen Artenschutz.¹⁹²

Dem entsprechend können die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege, wie sie in § 1 BNatSchG definiert und konkretisiert sind, auch in Bezug auf den Anbau von GVO flächendeckend konkretisiert werden.

¹⁸⁸ Kap. 4, §§ 20 ff. BNatSchG.

¹⁸⁹ Kap. 5 Abschnitt 3, §§ 44 ff. BNatSchG.

¹⁹⁰ Kap. 2, §§ 8 ff. BNatSchG.

¹⁹¹ Kap. 3, §§ 13 ff. BNatSchG.

¹⁹² Kap. 5 Abschnitt 2, §§ 39 ff. BNatSchG.

Ein GVO-Anbauverbot kann insbesondere der dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts dienen, indem Böden¹⁹³ sowie wild lebende Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften sowie ihre Biotope und Lebensstätten¹⁹⁴ auch im Hinblick auf ihre jeweiligen Funktionen im Naturhaushalt erhalten werden.

Ferner kann ein GVO-Anbauverbot der dauerhaften Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft dienen, indem Naturlandschaften und historisch gewachsene Kulturlandschaften vor Beeinträchtigungen bewahrt werden.¹⁹⁵

Insbesondere stünde es im Einklang mit diesen Zielsetzungen, die vorhandenen genetischen Ressourcen der Natur flächendeckend, also auch auf landwirtschaftlichen Flächen, so zu erhalten und zu bewirtschaften, dass die Funktion und der Wert der sich über Jahrtausende herausgebildeten Bedingungen einer konventionellen Reproduktion und damit die natürliche Eigenart der Fortpflanzung möglichst weitgehend erhalten und nicht oder nur in einem möglichst geringen Umfang durch Verbreitung von Transgenen verändert oder gestört werden.

Ein derartiges Ziel einer möglichst weitgehenden evolutionären Integrität der Natur wurde in einem Beitrag von *Breckling* und *Züghart* aus dem Jahr 2001 beschrieben.¹⁹⁶

¹⁹³ § 1 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG.

¹⁹⁴ § 1 Abs. 3 Nr. 5 BNatSchG.

¹⁹⁵ § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatSchG.

¹⁹⁶ *Breckling/Wiebke Züghart*, Die Etablierung einer ökologischen Langzeitbeobachtung beim großflächigem Anbau transgener Nutzpflanzen, in: Lemke/Winter, Bewertung von Umweltwirkungen von gentechnisch veränderten Organismen im Zusammenhang mit naturschutzbezogenen Fragestellungen, UBA-Berichte 3/01, 2001, S. 319, 326 f. Vgl. hierzu auch *Kowarik/Heink/Bartz*, „Ökologische Schäden“ in Folge der Ausbringung gentechnisch veränderter Organismen im Freiland – Entwicklung einer Begriffsdefinition und eines Konzeptes zur Operationalisierung, BfN-Skripte 166, 2006, S. 21 f.

Mit dem Schutzgut der evolutionären Integrität soll die Selbstorganisation der Natur im Fortgang der evolutionären Dynamik geschützt werden. Es soll sichergestellt werden, dass sich Transgene in selbstreproduzierenden Freilandpopulationen nicht vermehren können. Damit ist nicht eine Konservierung des Status quo gemeint, sondern die Wahrung der qualitativen Aspekte des selbstorganisierten Fortschreitens und der Selbstveränderungsfähigkeit der Organismen innerhalb der Grenzen, die sich evolutionär herausgebildet haben.¹⁹⁷

Ein solcher Schutz der Eigenart der genetischen Ressourcen und der natürlichen Reproduktion vor dem Eintrag von Transgenen ist in gewisser Weise verwandt mit der oben dargestellten Annahme eines Basisrisikos. Auch hier sollen prinzipiell nicht vorhersagbare Folgewirkungen der Weiterentwicklung von Transgenen in natürlichen Populationen mit dem Risiko einer schädlichen Einwirkung auf andere Schutzgüter verhindert werden.¹⁹⁸ Allerdings geht es nicht nur um die Vermeidung potenzieller Risiken, sondern auch um eine bewusste Gestaltungs- und Bewirtschaftungsentscheidung. Es geht um die Regelung der Rahmenbedingungen für die langfristige Entwicklung der Natur und Kulturlandschaft auch in Verantwortung für künftige Generationen (vgl. Art. 20a GG). Insoweit sind nicht nur Risiken, sondern auch Chancen und unterschiedliche Nutzungsinteressen gegeneinander abzuwägen.

Gegen die Heranziehung des Konzepts der evolutionären Integrität im Zusammenhang mit der Risikobewertung nach dem bisher geltenden Recht, insbesondere im Zusammenhang mit der Definition ökologischer Schäden, ist vorgetragen worden, dass der Gesetzgeber mit den gesetzlichen Zulassungstatbeständen eine Grundentscheidung zu Gunsten der Freisetzung von GVO in die Umwelt getroffen habe, die unter Berücksichtigung von Sicherheitsvorkehrungen auch die Möglichkeit einer prinzipiell unumkehrbaren Ausbreitung von

¹⁹⁷ Breckling/Züghart, a.a.O., S. 319, 326 f.

¹⁹⁸ Breckling/Züghart, a.a.O., S. 319, 327.

GVO in der Umwelt einschließe. Deshalb könne das Vorhandensein von GVO in der Umwelt als solches nicht per se als Schaden bewertet werden.¹⁹⁹

Mit der Änderungsrichtlinie erhalten die Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit, ihre Grundentscheidung zu Gunsten einer prinzipiell unbegrenzten kommerziellen Freisetzung von GVO zum Zwecke des Anbaus zu revidieren bzw. zu relativieren. Sie dürfen den angestrebten Erhaltungszustand der Natur nicht nur in Bezug auf besonders geschützte Gebiete, sondern – nach der ausdrücklichen Ermächtigung der Richtlinie – im gesamten Hoheitsgebiet definieren.

Damit ist ein flächendeckender Schutz der Eigenart der genetischen Ressourcen und der natürlichen Reproduktion vor dem Eintrag von Transgenen ein zulässiges umweltpolitisches Ziel auch zur Begründung eines flächendeckenden Anbauverbotes.

Dabei muss dieses Ziel nicht in einem radikalen Sinne verstanden und angewandt werden, wonach jegliche Verwendung und Freisetzung von GVO außerhalb geschlossener Systeme zu verbieten sei (vgl. dazu die Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit unten D.). Vielmehr kann dieses Ziel auch pragmatisch und abwägungsoffen als Bewirtschaftungsgrundsatz angewandt werden, der zwar einen Abwägungsbelang bezeichnet, der aber eine abweichende Abwägung für bestimmte GVO oder Gruppen von GVO zulässt.

So können gegenläufige Belange beispielsweise zeitlich oder räumlich begrenzte Freisetzungen zum Zwecke der Forschung rechtfertigen. Denkbar sind auch GVO mit bestimmten Eigenschaften, die mit einem derart hohen gesellschaftlichen Nutzen verbunden sind, dass der Schutz der Eigenart der Natur (ebenso wie etwaige Bedenken wegen verbleibender Risiken) dahinter zurücktritt.

¹⁹⁹ Vgl. *Kowarik/Heink/Bartz*, „Ökologische Schäden“ in Folge der Ausbringung gentechnisch veränderter Organismen im Freiland – Entwicklung einer Begriffsdefinition und eines Konzeptes zur Operationalisierung, BfN-Skripte 166, 2006, S. 55 ff.

3. Unterstützung naturnaher Landwirtschaft

Zu den zulässigen umweltpolitischen Zielen zählt die Änderungsrichtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 14 auch die Beibehaltung und Entwicklung landwirtschaftlicher Verfahren, die besser geeignet sind, die Erzeugung mit der Nachhaltigkeit der Ökosysteme in Einklang zu bringen.

Damit können umweltpolitische Ziele auch im Hinblick auf mittelbare Auswirkungen eines GVO-Anbaus auf die Landwirtschaft berücksichtigt werden. Zu unterscheiden sind insoweit Auswirkungen auf den ökologischen Landbau [a)], die Erzeugung von Lebensmitteln „ohne Gentechnik“ [b)] und die konventionelle Landwirtschaft generell [c)]. Auch hier ist eine akkumulierende Betrachtung zulässig [d)].

a) Ökologische Erzeugung

Zulässiges umweltpolitisches Ziel ist zunächst der Schutz der ökologischen Landwirtschaft und Lebensmittelerzeugung.

Diese bilden ein Gesamtsystem der landwirtschaftlichen Betriebsführung und der Lebensmittelproduktion, das beste umweltschonende Praktiken, ein hohes Maß der Artenvielfalt, den Schutz der natürlichen Ressourcen und die Anwendung hoher Tierschutzstandards kombiniert. Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass bestimmte Verbraucher Erzeugnisse, die unter Verwendung natürlicher Substanzen und nach natürlichen Verfahren erzeugt worden sind, den Vorzug geben. Sie spielen somit eine doppelte gesellschaftliche Rolle, denn sie bedienen einerseits auf einem spezifischen Markt die Verbrauchernachfrage nach ökologischen/biologischen Erzeugnissen und stellen andererseits öffentliche Güter bereit, die einen Beitrag zu Umwelt- und Tierschutz ebenso wie zur Entwicklung des ländlichen Raums leisten.²⁰⁰

²⁰⁰ So Erwägungsgrund 1 der EG-Öko-Verordnung 834/2007; Vgl. dazu die Ziele und Grundsätze der ökologischen Produktion in Art. 3 bis 5 dieser Verordnung.

Die ökologische/biologische Produktion trägt damit auf vielfältige Weise zu umweltpolitischen Zielen bei. Der Schutz der ökologischen Produktion dient also nicht nur unmittelbar GVO-spezifischen umweltpolitischen Zielen, sondern auch der Erhaltung der mit der ökologischen Produktion insgesamt verbundenen Entlastung der Umwelt, etwa im Hinblick auf den Beitrag der ökologischen Produktion zur Erhaltung der biologischen Vielfalt, zum Schutz natürlicher Ressourcen wie Wasser und Boden und zum Tierschutz. Der Schutz der ökologischen Produktion vor GVO-Einträgen dient damit mittelbar dem Schutz der Umwelt vor Beeinträchtigungen durch die landwirtschaftliche Nutzung insgesamt.

Wegen seiner vielfältigen positiven Auswirkungen auf Natur und Umwelt strebt die Bundesregierung im Rahmen ihrer Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie eine Erhöhung des Flächenanteils des ökologischen Landbaus an der landwirtschaftlich genutzten Fläche auf 20 % in den nächsten Jahren an.²⁰¹ 2012 lag der Flächenanteil bei ca. 6 % bei nur leicht steigender Tendenz.²⁰²

Die ökologische Land- und Lebensmittelwirtschaft ist in besonderer Weise durch einen Anbau von GVO und damit verbundene Einträge von GVO bedroht. Denn in der ökologischen Produktion dürfen GVO und aus oder durch GVO hergestellte Erzeugnisse nicht als Lebensmittel, Futtermittel, Verarbeitungshilfsstoffe, Pflanzenschutzmittel, Düngemittel, Bodenverbesserer, Saatgut, vegetatives Vermehrungsmaterial, Mikroorganismus oder Tier verwendet werden.²⁰³ Deshalb sind ökologische Betriebe in besonderer Weise betroffen, wenn es auf Grund der Verwendung von GVO in benachbarten Anbauflächen oder durch gemeinsam genutzte Einrichtungen, die auch für die Beförderung, Lagerung oder Be- oder Verarbeitung von GVO

²⁰¹ Bundesregierung, Nationale Nachhaltigkeitsstrategie, Fortschrittsbericht 2012, S. 30.

²⁰² Vgl. Statistisches Bundesamt, Nachhaltige Entwicklung in Deutschland, Indikatorenbericht 2014, 2. Fassung vom Oktober 2014, Indikator 12b, S. 42 f.

²⁰³ Art. 9 Abs. 1 EG-Öko-Verordnung 834/2007.

verwendet werden, zu Einträgen von GVO in die ökologische Produktionskette kommt.

Zwar schließen geringfügige Einträge zugelassener GVO unterhalb der allgemein geregelten Kennzeichnungsschwellen eine Verwendung derart verunreinigter Produkte nicht kategorisch aus. Erzeuger und Verarbeiter von Bioprodukten dürfen sich auf entsprechende Kennzeichnungen aber bereits dann nicht mehr verlassen, wenn ihnen Informationen vorliegen, dass eine solche Kennzeichnung fehlerhaft ist.²⁰⁴ Biobetriebe haben deshalb einen erhöhten Kontrollaufwand und höhere Kosten, wenn in der Umgebung des Anbaus von Bioprodukten GVO angebaut werden und GVO-Einträge deshalb nicht ausgeschlossen werden können. Die geltenden Anforderungen an die Vorsorge gegen wesentliche Beeinträchtigungen durch GVO-Einträge²⁰⁵ bieten insoweit zwar einen gewissen Schutz. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass solche Anforderungen im Einzelfall nicht eingehalten werden. Deshalb können zur Qualitätssicherung und zur Vermeidung zivil- und ordnungsrechtlicher Sanktionen DNA-Analysen und gegebenenfalls weitere Maßnahmen erforderlich werden.

Besonders betroffen sind biologisch wirtschaftende Imker. Sie haben ihre Bienenstöcke so aufzustellen, dass im Umkreis von 3 km um den Standort Nektar- und Pollentrachten im Wesentlichen aus ökologischen/biologischen Kulturen, Wildpflanzen und/oder Kulturen bestehen, die nach Methoden mit geringer Umweltauswirkung behandelt werden und die die ökologische/biologische Qualität der Imkereierzeugnisse nicht beeinträchtigen können.²⁰⁶ Damit ist die ökologische Honigproduktion im Umkreis von 3 km um einen nennenswerten GVO-Anbau ausgeschlossen.

²⁰⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2 Satz 2 EG-Öko-Verordnung 834/2007.

²⁰⁵ § 16 b GenTG i.V.m. der Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung (GenTPflEV).

²⁰⁶ Art. 13 Abs. 1 der EG-Öko-Durchführungsverordnung 898/2008.

Zulässiges umweltpolitisches Ziel ist es damit, die biologische Landwirtschaft und die darauf fußende biologische Lebensmittelwirtschaft vor GVO-Einträgen in Verbindung mit dem Anbau von GVO zu schützen. Dadurch wird die Umwelt mittelbar nicht nur wegen der Abwesenheit von GVO, sondern auch wegen der weiteren positiven Auswirkungen der biologischen Landwirtschaft auf die Umwelt geschützt.

b) Erzeugung von Lebensmitteln „ohne Gentechnik“

Soweit mit dem Anbau von GVO Umweltrisiken verbunden sind [dazu oben C.III.1.c) und d)] oder der Anbau einer zulässigen Umweltgestaltungsentscheidung widerspricht [dazu oben C.III.2.] ist auch der bloße Verzicht auf den Anbau von GVO ein aus umweltpolitischer Sicht schutzwürdiges landwirtschaftliches Verfahren, das besser geeignet ist, die Erzeugung mit der Nachhaltigkeit der Ökosysteme in Einklang zu bringen,²⁰⁷ als ein Anbau von GVO.

Deshalb zählt auch die landwirtschaftliche Produktion von Lebensmitteln „ohne Gentechnik“ im Sinne des EG-Gentechnik-Durchführungsgesetzes (EGGenTDurchfG)²⁰⁸ sowie die Produktion der Ausgangserzeugnisse solcher Lebensmittel (einschließlich Futtermitteln) zu den schutzwürdigen landwirtschaftlichen Verfahren.

Die Kennzeichnung von Lebensmitteln ohne Gentechnik hat in der Praxis bisher vor allem bei Milch- und Molkereiprodukten, aber auch anderen Produkten wie beispielsweise Bier Verbreitung gefunden. Außerdem erfüllen auch viele Bioproduzenten die Anforderungen an die Ohne-Gentechnik-Kennzeichnung.

²⁰⁷ So Erwägungsgrund 14 der Änderungsrichtlinie.

²⁰⁸ §§ 3 a f. des Gesetzes zur Durchführung der Verordnungen der europäischen Gemeinschaft oder der europäischen Union auf dem Gebiet der Gentechnik und über die Kennzeichnung ohne Anwendung gentechnischer Verfahren hergestellter Lebensmittel (EGGenTDurchfG).

Bezüglich der Erzeugung für Lebensmittel ohne Gentechnik kann grundsätzlich auf die Ausführungen zur ökologischen Produktion verwiesen werden. Auch diese Erzeugung ist besonderen Risiken ausgesetzt, falls in der Umgebung der Anbaugebiete GVO angebaut werden oder mit GVO in gemeinsam genutzten Transportmitteln, Lager- oder Verarbeitungseinrichtungen umgegangen wird.

Die Erzeugung von Lebensmitteln ohne Gentechnik ist allerdings insoweit noch empfindlicher als der Ökolandbau, als deren spezifische Kennzeichnungsanforderungen teilweise noch strenger sind. Das gilt insbesondere in Bezug auf geringfügige Verunreinigungen: Diese sind bei Lebensmitteln „ohne Gentechnik“ generell auch unterhalb der allgemeinen Kennzeichnungsschwellen unzulässig.²⁰⁹

Auch hier sind die Imker die am meisten gefährdeten Lebensmittelherzeuger: Nach dem einschlägigen Standard des Verbandes Lebensmittel ohne Gentechnik (VLOG) dürfen im Abstand von mindestens 10 km zum Bienenstand im gleichen Jahr und im Vorjahr laut Standortregister nach § 16 a GenTG keine Anpflanzungen von genteisch veränderten Pflanzen stattgefunden haben.²¹⁰

c) Konventionelle Erzeugung

Umweltpolitische Ziele können ferner berücksichtigt werden, soweit die Anbauzulassung eines GVO eine erhöhte Umweltbelastung durch Pflanzenschutzmittel erwarten lässt.

Insoweit kann auf die Ausführungen zur Bewertung bekannter Risiken in Bezug auf IR- und HT-Pflanzen im Rahmen des Risikomanagements verwiesen werden [oben C. III. 1. c) cc)]. Die danach erforderliche Risikomanagemententscheidung verlangt, wie dargelegt, nicht nur eine Bewertung der Risiken, sondern auch eine Abwägung

²⁰⁹ § 3 a Abs. 2 und 3 EGGentTDurchfG.

²¹⁰ Nr. 1.1.1 der Kriterien für die „ohne Gentechnik“ Auslobung von Honig und anderen Imkererzeugnissen des VLOG, Stand 12/2011, im Internet unter www.ohne-gentechnik.org.

mit dem Nutzen eines GVO und alternativen Methoden der Schädlingsbekämpfung.

Unter dem Aspekt der alternativen Methode zur Schädlingsbekämpfung kann insbesondere berücksichtigt werden, ob und inwieweit die jeweils verfügbaren Methoden dem gesetzlichen Leitbild des integrierten Pflanzenschutzes entsprechen.

Der integrierte Pflanzenschutz ist gesetzlich definiert als die sorgfältige Abwägung aller verfügbaren Pflanzenschutzmethoden und die anschließende Einbindung geeigneter Maßnahmen, die der Entstehung von Populationen von Schadorganismen entgegenwirken und die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln und anderen Abwehr- und Bekämpfungsmethoden auf einem Niveau halten, das wirtschaftlich und ökologisch vertretbar ist und Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt reduziert oder minimiert. Der integrierte Pflanzenschutz stellt auf das Wachstum gesunder Nutzpflanzen bei möglichst geringer Störung der landwirtschaftlichen Ökosysteme ab und fördert natürliche Mechanismen zur Bekämpfung von Schädlingen.²¹¹

Nach Maßgabe der Pestizid-Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten den integrierten Pflanzenschutz fördern und insbesondere dafür sorgen, dass alle beruflichen Verwender von Pestiziden die allgemeinen Grundsätze des integrierten Pflanzenschutzes anwenden.

²¹²

Vor diesem Hintergrund entspricht eine Risikomanagemententscheidung, durch die der Anbau von IR- oder HT-Pflanzen zum Zwecke der Reduzierung des Eintrags von Pflanzenschutzmitteln in die

²¹¹ Art. 3 Nr. 6 der Pestizid-Rahmenrichtlinie 2009/128/EG; vgl. dazu die verkürzte Begriffsbestimmung in § 2 Nr. 2 PflSchG: „eine Kombination von Verfahren, bei denen unter vorrangiger Berücksichtigung biologischer, biotechnischer, pflanzenzüchterischer sowie anbau- und kulturtechnischer Maßnahmen die Anwendung chemischer Pflanzenschutzmittel auf das notwendige Maß beschränkt wird.“

²¹² Art. 14, insbes. Abs. 1 und 4 der Pestizid-Rahmenrichtlinie 2009/128/EG. Vgl. dazu § 3 Abs. 1 Nr. 1 PflSchG.

Umwelt untersagt oder beschränkt wird, den allgemeinen umweltschutzrechtlichen Zielen der Union.²¹³

Insoweit unterfällt es dem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eröffneten Prognose- und Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, zu prüfen und zu bewerten, ob und inwieweit der Anbau von GVO zu einer zusätzlichen bzw. intensiveren Umweltbelastung durch Pestizide führt [vgl. dazu oben C.III.1.c)cc) und e)].

d) Akkumulierende Betrachtung

Wie bei Schutzgebieten zum Zwecke des Naturschutzes [oben C.III.2.b)] kann auch bei Flächen für die ökologische Produktion, für die Erzeugung von Lebensmitteln ohne Gentechnik und für Gebiete, in denen ein GVO-Anbau den Erfordernissen des integrierten Pflanzenschutzes widerspricht, eine Akkumulation der schutzwürdigen Gebiete unter Einbeziehung eines ggf. notwendigen Umgebungs-schutzes erfolgen. Außerdem können weitere Flächenanteile berücksichtigt werden, wenn mit einer Ausweitung der so bewirtschafteten Flächen gerechnet werden kann und ein Anbauverbot deshalb der Freihaltung solcher Flächen als Vorratsflächen für einen künftigen entsprechenden Anbau dient.

Wie bei geschützten Gebieten im Interesse des Naturschutzes kann auch hier eine Arrondierung und Pauschalierung bezüglich größerer geografischer Gebiete bis hin zum gesamten Hoheitsgebiet des Bundes oder eines Landes erfolgen, soweit dies unter Berücksichtigung des Anteils der geschützten Gebiete, etwaiger weiterer um-

²¹³ Vgl. ferner zur Förderung von Agrarumweltmaßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik Art. 28 der ELER-Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) sowie Art. 43 ff. der Direktzahlungs-Verordnung (EU) Nr. 1307/2013, Vgl. ferner zur Möglichkeit der Förderung landwirtschaftlicher Methoden, bei denen die Verwendung von Pestiziden eingeschränkt oder auf diese vollständig verzichtet wird, Nr. I. 1-3, Nr. II. 1-7 und III. 3 des Anhangs IX zu Art. 43 Abs. 3 der Direktzahlungs-Verordnung (EU) Nr. 1307/2013; davon wird in Deutschland kein Gebrauch gemacht (§ 14 Direktzahlungen-Durchführungsgesetz - DirektzahlDurchfG).

weltpolitischer Ziele oder sonstiger zwingender Gründe gerechtfertigt ist.

D. Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an Anbauverbote

I. Unionsrecht

Die Änderungsrichtlinie verweist ausdrücklich auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Beschränkungen oder Verbote des Anbaus von GVO durch die Mitgliedstaaten. Solche Maßnahmen müssen „im Einklang mit dem Unionsrecht stehen und begründet, verhältnismäßig und nicht diskriminierend“ sein.²¹⁴ In den Erwägungsgründen wird darauf hingewiesen, dass die Maßnahmen der Mitgliedstaaten u. a. im Einklang mit Art. 34 und 36 AEUV (Warenverkehrsfreiheit) stehen sollen.²¹⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet u.a. bei Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten Anwendung.²¹⁶

Gemäß der unionsrechtlich garantierten Warenverkehrsfreiheit sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten (Art. 34 AEUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH können auch Regelungen, mit denen die Verwendung von Erzeugnissen beschränkt wird, Maßnahmen gleicher Wirkung sein.²¹⁷ Damit fallen grundsätzlich auch Anbauverbote in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit.

Fraglich ist allerdings, welchen Einfluss die Änderungsrichtlinie auf den Prüfmaßstab für die Verhältnismäßigkeit von Anbauverboten hat.

Hierzu sind zunächst die allgemeinen Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darzustellen und der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten zu skizzieren.

²¹⁴ Art. 26b Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie.

²¹⁵ Erwägungsgrund 16 der Änderungsrichtlinie.

²¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 29.11.1956, Rs. 8/55, *Fédération Charbonnière*; siehe auch: Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV.

²¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-142/05, *Mickelsson*, Rn. 24 ff., zur Beschränkung der Verwendung von Wassermotorrädern; Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, Rn. 56 – 58, zur Beschränkung der Verwendung von Motorradanhängern.

ren (1.). Dazu werden unter anderem die Anforderungen an die wissenschaftliche Basis und die Konsistenz des Maßnahmenkonzepts dargelegt [1. d) und e)].

Ferner wird der Einfluss von sekundärrechtlicher Harmonisierung auf die Prüfung nationaler Maßnahmen, insbesondere wenn der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten absichtsvoll einen Handlungsspielraum einräumt, eingegangen (2.).

Darauf aufbauend werden Umfang und Reichweite der Harmonisierung durch die Änderungsrichtlinie ermittelt und Schlussfolgerungen gezogen (3.). Schließlich werden einzelne Aspekte der Verhältnismäßigkeit eines bundesweiten Anbauverbots erörtert (4.).

1. Allgemeine Kriterien nach der Rechtsprechung des EuGH

Nach dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfen Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was zu Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist. Den freien Warenverkehr einschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind daher nur dann verhältnismäßig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sind.²¹⁸

Grundsätzlich kommt dem nationalen Gesetzgeber bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ein Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum²¹⁹ zu. Dieser betrifft die Wahl der Maßnahme²²⁰ sowie das Schutzniveau,²²¹ welches der Mitgliedstaat im Hinblick auf das mit der Maßnahme verfolgte Ziel für erforderlich hält. Der Umfang des Ermessensspielraums hängt also auch davon ab, welchen Zweck die konkrete Maßnahme verfolgt. Hierbei

²¹⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 36 AEUV, Rn. 88, m.w.N.; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 36 AEUV, Rn. 50.

²¹⁹ Der EuGH unterscheidet nicht wie im deutschen Recht zwischen Beurteilungsspielräumen auf Tatbestandsseite und Ermessensspielräumen auf Rechtsfolgenseite.

²²⁰ So bspw.: EuGH, Urt. v. 15.09.1994, Rs. C-293/93, Houtwipper, Rn. 22, zur Geeignetheit von Kontrollen bei Edelmetallprägung oder EuGH, Urt. v. 15.06.1999, Rs. C-394/97, Heinonen, Rn. 43, in Bezug auf Einfuhrbeschränkungen für alkoholische Getränke.

²²¹ Schröder, a.a.O., Rn. 13; EuGH, Urt. v. 23.09.2003, Rs. C-192/01, Kommission/Dänemark, Rn. 42.

können auch besondere Gegebenheiten eines Mitgliedstaates Berücksichtigung finden, wie etwa Verbraucherverhalten, Ernährungsgewohnheiten oder Wertvorstellungen, die sich zwischen den Mitgliedstaaten unterscheiden können.²²²

a) **Zwingende Gründe**

Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sind nur zur Verfolgung legitimer Ziele zulässig („zwingende Erfordernisse“).

Auch die Richtlinie verweist in Art. 26b Abs. 3 ausdrücklich darauf, dass sich eine Verbots- oder Beschränkungsmaßnahme auf zwingende Gründe stützen muss. Die Aufzählung nennt einschlägige Bereiche, aus denen entsprechende zwingende Gründe stammen können. Sie stellen jedoch selbst keine zwingende Gründe dar, wie die gewählte Formulierung deutlich macht, wonach sich die Maßnahmen auf „zwingende Gründe stützen“ müssen, „die beispielsweise Folgendes betreffen“.

Zu den zwingenden Gründen, die im Rahmen der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit anerkannt sind, wird auf oben C. I. 2. verwiesen.

b) **Eignung**

Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie ein brauchbares Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks ist, d. h. dass sie diesen zumindest grundsätzlich fördern muss.²²³

Eine Maßnahme ist zur Erreichung des verfolgten Ziels daher ungeeignet, wenn sie ersichtlich ohne Kausalzusammenhang bzw. Wir-

²²² *Kingreen*, a.a.O., Rn. 90 mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 06.06.1984, Rs. 97/83, *Melkunie*; Urt. v. 23.09.2003, Rs. C-192/01, *Kommission/Dänemark*; Urt. v. 04.12.1974, Rs. 41/74, *van Duyn/Home Office*.

²²³ *Kingreen*, a.a.O., Rn. 92, mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 10.07.1980, Rs. 152/78, *Kommission/Frankreich*.

kung, kontraproduktiv oder inkonsequent in Bezug auf das angestrebte Ziel ist.²²⁴

So wird in der Rechtsprechung beispielsweise verlangt, dass eine Maßnahme den legitimen Zweck nicht nur mittelbar bzw. beiläufig sondern gerade gezielt bewirken muss. Für ungeeignet wurde deshalb ein Verbot der Einfuhr alkoholischer Getränke für Privatpersonen befunden, da eine solche Regelung eine Beschränkung des Alkoholkonsums aus Gründen des Gesundheitsschutzes nur beiläufig mit sich bringe.²²⁵

Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich verpflichtet, alle relevanten Tatsachen zu ermitteln und dürfen diese nicht offensichtlich fehlerhaft beurteilen²²⁶ [zu den Anforderungen an die wissenschaftlichen Grundlagen der Risikobewertung siehe unten d)].

Der EuGH stuft eine Maßnahme außerdem als nicht geeignet ein, wenn das Schutzkonzept widersprüchlich ist und der Mitgliedstaat für vergleichbare Sachverhalte unterschiedliche Maßnahmen für erforderlich hält [„Konsistenz“, dazu näher s. u. e)].²²⁷

Verfolgt eine Maßnahme mehrere Ziele im Sinne zwingender Gründe (z.B. Erfordernisse des Umweltschutzes und des Verbraucherschutzes), so genügt es für die Feststellung der Eignung, dass die Maßnahme die Erreichung nur eines dieser Ziele fördert. Für den nachfolgenden Prüfschritt der Erforderlichkeit (Angemessenheit) der Maßnahme kann es aber relevant sein, ob in die Abwägung einbezogen werden kann, dass zugleich andere gerechtfertigte Ziele erreicht oder unterstützt werden.

²²⁴ Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 54. Erg.-Lfg. 2014, Art. 34 AEUV, Rn. 117.

²²⁵ EuGH, Urt. v. 05.06.2007, Rs. C-170/04, *Rosengren et al.*, Rn. 47.

²²⁶ Kingreen, a.a.O., Rn. 92.

²²⁷ So etwa EuGH, Urt. v. 12.03.1987, Rs. 178/84, *Kommission/Deutschland*.

c) Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn unter mehreren zur Erreichung des verfolgten Ziels gleichermaßen geeigneten Mitteln dasjenige gewählt wurde, das den freien Warenverkehr am wenigsten beeinträchtigt.

Außerdem muss die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen, wobei diese Angemessenheitsprüfung regelmäßig in der Prüfung der Erforderlichkeit aufgeht.²²⁸ Eine Güterabwägung entsprechend der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wie man sie aus dem deutschen Verfassungsrecht kennt, nimmt der EuGH meist nur im Zusammenhang mit entgegenstehenden Grundrechten vor.²²⁹

Primär ist hier also zu prüfen, ob weniger einschneidende Alternativmaßnahmen zur Verfügung stehen und diese für die Erreichung des verfolgten Zwecks gleichermaßen geeignet sind.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung muss sich der Mitgliedstaat grundsätzlich nicht auf Maßnahmen beschränken, die nur ein geringeres als das von ihm für erforderlich gehaltene Schutzniveau bieten. Solche Maßnahmen sind grundsätzlich nicht gleichermaßen geeignet.

Gleichwohl wird teilweise das von einem Mitgliedstaat festgelegte Schutzniveau vom EuGH nicht anerkannt und mit dieser Argumentation eine alternative Maßnahme für ebenso geeignet befunden.²³⁰ Im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz hält der EuGH regelmäßig eine ausreichende Information bzw. Etikettierung als mil-

²²⁸ *Kingreen*, a.a.O., Rn. 93 und 98; insoweit zutreffend auch die Ausführungen auf S. 66 des Dederer-Gutachtens.

²²⁹ *Kingreen*, a.a.O., Rn. 98 unter Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, *Schmidberger*.

²³⁰ So bspw. *EuGH*, Urt. v. 02.02.1994, Rs. C-315/92, *Clinique*; Vgl. auch Schroeder, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 54.

dere Maßnahme gegenüber einem Verbot für gleichermaßen geeignet.²³¹

Es ist daher grundsätzlich zutreffend, dass ein Verkehrs- bzw. Anbauverbot als das restriktivste Mittel entsprechend hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit stellt.²³²

d) Anforderungen an die wissenschaftliche Basis der Maßnahme

Der EuGH stellt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Anforderungen an die Tatsachenermittlung und -bewertung, die auf verschiedenen Stufen der Prüfung – „zwingendes Erfordernis“ (z. B. Vorliegen einer Gefahr für ein Schutzgut), Eignung und Erforderlichkeit von Maßnahmen [dazu siehe vorstehend a) bis c)] – stattfindet. Stützt der Mitgliedstaat seine Maßnahme auf die Annahme einer Gefahr z. B. für die Umwelt oder die menschliche Gesundheit, so muss er nachweisen, dass eine solche Gefahr besteht, auf die seine Maßnahme ersichtlich Auswirkungen haben wird. Insofern trifft den Mitgliedstaat die Beweislast.

Der EuGH verlangt, dass

„die geltend gemachte Gefahr [...] auf der Grundlage der letzten wissenschaftlichen Informationen, die bei Erlass eines solchen Verbotes zur Verfügung stehen, als hinreichend nachgewiesen anzusehen ist.“²³³

²³¹ So bspw. *EuGH*, Urt. v. 14.07.1988, Rs 407/85, *3 Glocken u.a.*

²³² *Schroeder*, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 15.

²³³ *EuGH*, Urt. v. 23.09.2003, Rs. C- 192/01, *Kommission/Dänemark*, Rn. 48; entsprechend auch: Urt. v. 02.12.2004, Rs. C-41/02, *Kommission/Niederlande*, Rn. 49; den Entscheidungen lagen mitgliedstaatliche Regelungen zugrunde, nach welchen mit Zusatzstoffen angereicherte Lebensmittel nur in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn dieser Zusatz einem tatsächlichen Ernährungsbedürfnis entspricht. Der *EuGH* sah die von dem Mitgliedstaat vorgetragene Gesundheitsgefahr durch angereicherte Lebensmittel ohne Ernährungsbedürfnis als nicht erwiesen an.

Gegenstand der Gefahrenbeurteilung durch den Mitgliedstaat ist in einem solchen Fall die Beurteilung des Wahrscheinlichkeitsgrads der schädlichen Auswirkungen sowie der Schwere dieser potenziellen Auswirkungen.²³⁴ Regelmäßig ist erforderlich, dass der „letzte“ bzw. „aktuelle“ Stand der Wissenschaft berücksichtigt wird.

Es sind nicht nur die spezifischen Auswirkungen des einzelnen Erzeugnisses von Bedeutung, sondern gegebenenfalls auch kumulative Auswirkungen mit anderen auf dem Markt befindlichen Quellen, die denselben Stoff enthalten.²³⁵

Die Anforderungen an den Nachweis hängen u. a. von der Intensität der im Einzelfall drohenden Gefahr und der Eintrittswahrscheinlichkeit ab.²³⁶ Je gravierender die drohende Rechtsgutverletzung ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Darlegungslast des Mitgliedstaats.

An dieser Stelle kann auch der Vorsorgegrundsatz Bedeutung erlangen.²³⁷ Hiernach kann ein Mitgliedstaat auch dann Maßnahmen treffen, wenn nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft Unsicherheiten bzgl. möglicher Gefahren für die Gesundheit oder Umwelt bestehen. Die zuständigen Stellen sind nicht gezwungen abzuwarten, bis Vorhandensein und Ausmaß dieser Gefahren eindeutig dargelegt sind.²³⁸

²³⁴ Ebda, Rn. 49.

²³⁵ Ebda, Rn. 50.

²³⁶ *Kingreen*, a.a.O., Rn. 199; *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 23; so im Ansatz auch *EuGH*, Urt. v. 02.12.2004, Rs. C-41/02, *Kommission/Niederlande*, Rn. 51.

²³⁷ Art. 191 Abs. 2 Satz 2 AEUV; auch Erwägungsgrund 2 der Änderungsrichtlinie verweist auf das Vorsorgeprinzip. Hierzu bereits oben, C. III. 1. a) bb).

²³⁸ *EuGH*, Urt. v. 09.09.2003, Rs. C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia*, Rn. 111; *EuGH*, Urt. v. 02.12.2004, Rs. C-41/02, *Kommission/Niederlande*, Rn. 51-52, unter Verweis auf *EuGH*, 05.05.1998, C-157/96, *National Farmers Union*, Rz., 63; *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 110, Art. 36 AEUV, Rn. 23.

Die Unionsrechtsprechung fordert aber auch im Rahmen des Vorsorgeprinzips eine eingehende, nachvollziehbare und umfassende Risikobewertung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls.²³⁹ Diese darf sich nicht auf hypothetische Erwägungen beschränken.²⁴⁰

Hierzu sind die möglicherweise negativen Auswirkungen auf das Schutzziel zu bestimmen und eine umfassende Bewertung des Risikos auf der Grundlage der zuverlässigsten wissenschaftlichen Daten, die zur Verfügung stehen, sowie der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung vorzunehmen.²⁴¹

In der Entscheidung *Monsanto Agricoltura*²⁴² führt der EuGH zu den wissenschaftlichen Anforderungen an mitgliedstaatliche Schutzmaßnahmen aus:

„Derartige Maßnahmen setzen insbesondere voraus, dass die Risikobewertung, über die die nationalen Behörden verfügen, spezifische Indizien erkennen lässt, die, ohne die wissenschaftliche Unsicherheit zu beseitigen, auf der Grundlage der verlässlichsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung vernünftigerweise den Schluss zulassen, dass die Durchführung dieser Maßnahmen geboten ist, um zu verhindern, dass neuartige Lebensmittel, die mit potenziellen Risiken für die menschliche Gesundheit behaftet sind, auf dem Markt angeboten werden.“

²³⁹ *EuG*, Urt. v. 11.09.2002, Rs. T-13/99, *Pfizer* Rn. 160, 162.

²⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 02.12.2004, Rs. C-41/02, *Kommission/Niederlande*, Rn. 52.

²⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 02.12.2004, Rs. C-41/02, *Kommission/Niederlande*, Rn. 53.

²⁴² *EuGH*, Urt. v. 09.09.2003, Rs. C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia*, Rn. 113, die Entscheidung betraf mitgliedstaatliche Schutzmaßnahmen nach Artikel 12 der Verordnung Nr. 258/97 (Novel-Food-Verordnung) betreffend die Zulassung von neuartigen Lebensmitteln. Inhaltlich ging es um Zutaten aus gentechnisch verändertem Mais (Maismehl), die zum damaligen Zeitpunkt noch unter diese Verordnung fielen.

(Unterstreichungen diesseits)

Der Mitgliedstaat muss also die verlässlichsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und neusten Ergebnisse der Forschung für seine Entscheidung heranziehen. Es geht also sowohl um wissenschaftliche Verlässlichkeit als auch um Aktualität der Daten. Beide Kriterien stehen nebeneinander, so dass bei vergleichbarer wissenschaftlicher Verlässlichkeit den aktuelleren Erkenntnissen wohl der Vorzug zu gewähren wäre, soweit sie ältere Daten in Frage stellen bzw. widerlegen. Demgegenüber können ältere wissenschaftliche Daten gegenüber neueren Erkenntnissen bestehen bleiben, wenn diese nicht als gleichermaßen verlässlich zu qualifizieren sind.

Im weiteren Schritt muss diese wissenschaftliche Grundlage vernünftigerweise den Schluss zulassen, dass die Maßnahme des Mitgliedstaats geboten ist, um dem potentiellen Risiko zu begegnen. Dieser Schluss muss sich also nicht aufdrängen oder sich gar als zwingendes Ergebnis der wissenschaftlichen Grundlage darstellen. Es reicht vielmehr aus, dass eine sachgemäße Analyse und Bewertung des Risikos ein entsprechendes Verständnis vertretbar erscheinen lässt. Insoweit haben die Mitgliedstaaten auch bei der wissenschaftlichen Bewertung einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum [dazu s. o., D.I.1., vor a)].

e) **Konsistenz des Maßnahmenkonzeptes**

Bei der Bestimmung des Schutzniveaus und der Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat für erforderlich hält, verlangt der EuGH Konsistenz²⁴³ im Hinblick auf die Behandlung vergleichbarer Sachverhalte. Eine Maßnahme sei nicht zur Erreichung des vorgegebenen Ziels geeignet, wenn sie für einen Teilbereich bestimmte Einschränkungen vorsieht, für einen anderen, vergleichbaren Teilbereich aber keine entsprechende Regelung trifft.

²⁴³ Teils in der Rechtsprechung als „Kohärenz“ bezeichnet, vgl. *EuGH*, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-28/09, *Kommission / Österreich*, Rn. 133.

Für ungeeignet befand der EuGH etwa ein Verbot von Zusatzstoffen in Bier aus Gründen des Gesundheitsschutzes, wenn diese Stoffe in anderen Getränken zugelassen sind.²⁴⁴ Des Weiteren hielt der EuGH die Unterscheidung zwischen Aperitif und Digestif nicht für ein geeignetes Differenzierungskriterium im Rahmen von Werbebeschränkungen für alkoholische Getränke, denen erstere unterliegen sollten, letztere nicht.²⁴⁵

In einer anderen Entscheidung wurde dagegen eine Maßnahme nicht für inkonsistent befunden, die zur Folge hatte, dass umweltschonendere LKW mit „schienenaffinen“ Gütern auf bestimmten Strecken verboten waren, umweltschädlichere LKW mit sonstigen Gütern demgegenüber erlaubt, auch wenn mit der Maßnahme Umweltschutzziele verfolgt wurden. Nach Ansicht des EuGH könne es

„nicht als inkohärent angesehen werden, dass ein Mitgliedstaat, der beschlossen hat, die Beförderung von Gütern im Einklang mit einem im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik anerkannten Ziel auf die Schiene zu lenken, eine Maßnahme erlässt, die auf Waren fokussiert ist, die sich für die Beförderung durch verschiedene Arten des Schienenverkehrs eignen.“²⁴⁶

Wie die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, sollen die Anforderungen an die Konsistenz vor allem verschleierte Handelsbeschränkungen entgegenwirken, mit denen innerstaatlich erzeugte Waren bevorzugt werden. Ergreift ein Mitgliedstaat zum Schutz bestimmter Belange Maßnahmen, die nur eine bestimmte Produktgruppe betreffen und dadurch die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen, so kommt es darauf an, dass vergleichbare Produktgruppen (die ebenfalls eine solche Gefahr verursachen) auch gleich behandelt werden.

²⁴⁴ EuGH, Urt. v. 12.03.1987, Rs. 178/84, *Kommission / Deutschland*, Rn. 49.

²⁴⁵ EuGH, Urt. v. 10.07.1980, Rs. 152/78, *Kommission / Frankreich*, Rn. 15 ff.

²⁴⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-28/09, *Kommission / Österreich*, Rn. 133.

2. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei sekundärrechtlicher Harmonisierung

Vorliegend regelt Unions-Sekundärrecht – nämlich Art. 26b der Freisetzungsrichtlinie in ihrer neuen Fassung – die Befugnis der Mitgliedstaaten zu GVO-Anbauverboten oder -beschränkungen. Es ist zu untersuchen, welchen Einfluss die Opt-out-Regelung der Richtlinie auf die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung hat. Hierzu sind zunächst allgemein die Auswirkungen von Sekundärrecht auf die Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen mit dem Unionsrecht darzustellen [a)], insbesondere wenn der Unionsgesetzgeber von seinem weiten Gesetzgebungsspielraum [b)] Gebrauch macht und den Mitgliedstaaten ihrerseits durch Sekundärrecht einen Handlungsspielraum einräumt [c)]. Auf dieser Grundlage werden Schlüsse für den durch die Änderungsrichtlinie vermittelten Spielraum der Mitgliedstaaten gezogen (3.).

a) Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab

Eine sekundärrechtliche Harmonisierung bezweckt oft eine Rechtsangleichung in einem Bereich, in welchem sonst aufgrund von zwingenden Gründen des Allgemeinwohls einschränkende mitgliedstaatliche Regelungen zuzulassen wären. Insofern werden unionsrechtliche Anforderungen an mitgliedstaatliche Maßnahmen durch das harmonisierende Sekundärrecht bestimmt. Das Sekundärrecht kann so z. B. die Abwägung und den Ausgleich zwischen der Warenverkehrsfreiheit und gegenläufigen Interessen und Belangen bereits auf Unionsebene vornehmen.

Bei der Anwendung der Grundfreiheiten ist dann das einschlägige Sekundärrecht in dem Maße zu beachten, in dem es den Gegenstand harmonisiert.²⁴⁷ Ist eine Materie vollständig harmonisiert, so sind mitgliedstaatliche Maßnahmen ausschließlich an den Maßgaben des jeweiligen Sekundärrechts zu messen.²⁴⁸ Stehen die mitgliedstaatlichen Maßnahmen mit diesem in Einklang, so sind sie keine

²⁴⁷ *Schroeder*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 14; *Forsthoff*, in: Grabitz/Nettesheim, a.a.O., Art. 45 AEUV, Rn. 352.

²⁴⁸ *Schroeder*, ebda.; *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 38.

ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit.²⁴⁹ Für eine unmittelbare Prüfung der primärrechtlichen Grundfreiheiten ist dann kein Raum mehr.

Harmonisiert das Sekundärrecht die jeweilige Regelungsmaterie nur teilweise, verbleibt den Mitgliedstaaten im Übrigen ein eigener Beurteilungs- und Handlungsspielraum. Hier belässt das Sekundärrecht die Möglichkeit, dass die einzelnen Mitgliedstaaten den Gegenstand jeweils unterschiedlich regeln.²⁵⁰

Eine nationale Regelung ist dann im harmonisierten Teilbereich am Standard des Sekundärrechts zu messen. Soweit sekundärrechtliche Regelungen existieren, sind die Grundfreiheiten kein Prüfungsmaßstab.²⁵¹

Im nicht harmonisierten Teilbereich sind die Anforderungen des Primärrechts zu beachten, so dass z. B. nationale Maßnahmen am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 ff. AEUV zu überprüfen sind.²⁵² Die primärrechtlichen Anforderungen – gerade der Grundfreiheiten – fließen allerdings in die Auslegung und Anwendung des Sekundärrechts ein (Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts).²⁵³

In welchem Umfang die unionsrechtliche Regelung abschließenden Charakter hat und welcher Spielraum den Mitgliedstaaten noch zukommen soll, ist in jedem Einzelfall durch Auslegung des Sekundärrechts zu ermitteln.

²⁴⁹ *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 126.

²⁵⁰ *Ebda.*

²⁵¹ *Kingreen*, a.a.O., Rn. 18.

²⁵² *Ebda.*

²⁵³ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 288, Rn. 9 m.w.N.; *Schroeder*, a.a.O., Art. 288, Rn. 20 zum Umweltrecht.

b) Handlungsspielraum des Unionsgesetzgebers bei der Harmonisierung

Vorstehend wurde herausgearbeitet, dass nationale Maßnahmen im harmonisierten Bereich grundsätzlich nur noch an dem jeweiligen Sekundärrechtsakt zu messen sind. Die Handlungsbefugnisse der Mitgliedstaaten hängen dann auch davon ab, wie der Unionsgesetzgeber von seinem weiten Spielraum bei der Harmonisierung durch Sekundärrecht Gebrauch macht:

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gelten die Grundfreiheiten auch für den Unionsgesetzgeber beim Erlass von Sekundärrecht.²⁵⁴ Die Harmonisierungskompetenzen stehen unter dem Vorbehalt, die Grundfreiheiten zu fördern, da sie die Fundamente des Binnenmarktes darstellen.²⁵⁵ Zugleich sind Sekundärrechtsakte regelmäßig auch an den Grundrechten sowie an anderen, primärrechtlich geschützten Rechten, Rechtsgütern und Grundsätzen zu messen. Stehen diese in einem Spannungsverhältnis zu den Grundfreiheiten, so ist es auch Aufgabe des Unionsgesetzgebers, diese gegenläufigen Interessen in Einklang zu bringen.²⁵⁶

Hat eine sekundärrechtliche Regelung einschränkende Wirkung auf die Warenverkehrsfreiheit, so misst der EuGH diese an vergleichbaren Kriterien wie nationale Maßnahmen (siehe oben D. I. 1.): Die Regelung muss einem legitimen Zweck dienen, geeignet zur Erreichung des Zwecks sein und darf nicht über das hinaus gehen, was zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist.²⁵⁷

²⁵⁴ *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 36; *Schroeder*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 29; u.a. *EuGH*, Urt. v. 17.05.1984, Rs. 15/83, *Denkavit Nederland*, Rn. 15; Urt. v. 09.08.1994, Rs. C-51/93, *Meyhui*, Rn. 11.

²⁵⁵ *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 36.

²⁵⁶ *Leible/T. Streinz*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 36.

²⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Rn. 57 ff., 64 ff.; Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, *British American Tobacco et al.*, Rn. 122; für die Dienstleistungsfreiheit, *EuGH*, Urt. v. 26.10.2010, Rs. C-97/09, *Schmelz*, Rn. 57 ff.. *EuGH*, Urt. v. 09.08.1994, Rs. C-51/93, *Meyhui*, Rn. 19 ff.; Urt. v. 25.06.1997, Rs. C-114/96, *Kieffer/Thill*, Rn. 30, 33 ff.; Urt. v. 12.07.2005, Rs. C-154/04 und

Hieraus folgt jedoch nicht, dass Harmonisierungsregelungen nicht über die Eingriffe hinausgehen dürfen, welche die Mitgliedstaaten in Abwesenheit einer Rechtsangleichung selbst vorsehen könnten, wie *Herdegen* meint.²⁵⁸

In der Rechtsprechungspraxis stellt der EuGH bei der Überprüfung von Sekundärrecht an die Verhältnismäßigkeit bei Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit deutlich weniger strenge Anforderungen als bei nationalen Maßnahmen. Im Ergebnis wird nur sehr selten ein Verstoß gegen Grundfreiheiten bejaht.²⁵⁹

Der EuGH räumt dem Unionsgesetzgeber generell einen Spielraum im Rahmen der Harmonisierung ein²⁶⁰; in bestimmten Bereichen einen besonders weiten Ermessensspielraum (Hervorhebungen diesseits):²⁶¹

„Was die gerichtliche Nachprüfbarkeit dieser Voraussetzungen angeht, so verfügt der Gemeinschaftsgesetzgeber über ein weites Ermessen in einem Bereich wie dem hier betroffenen, der von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt und in dem er komplexe Prüfungen durchführen muss. Folglich ist eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Zieles, das die zuständigen Organe verfolgen, offensichtlich ungeeignet ist.“

C-155/04, *Natural Health Ltd.*, Rn. 48, 51.; Urteile v.14.12.2007, Rs. C-434/02, *Arnold André*, Rn. 45 und C-210/03, *Swedish Match*, Rn. 47.

²⁵⁸ S. 11 des Herdegen-Gutachtens.

²⁵⁹ So etwa *EuGH*, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 122/78, *Fonds d'Orientation et de Régularisation des Marchés Agricoles*; Vgl. auch Kingreen, a.a.O., Rn. 109.

²⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 09.08.1994, Rs. C-51/93, *Meyhui*, Rn. 21; Urt. v. 25.06.1997, Rs. C-114/96, *Kieffer/Thill*, Rn. 37.

²⁶¹ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.07.2005, Rs. C-154/04 und C-155/04, *Natural Health Ltd.*, Rn. 51 f.

Der EuGH betont regelmäßig, dass der Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers bei Entscheidungen besonders weit ist, die ihm komplexe und technische Prüfungen abverlangen, um politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen unter Berücksichtigung vieler verschiedener Interessenlagen treffen zu können.²⁶²

Entsprechend hat der Unionsgesetzgeber auch im Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes einen weiten Ermessensspielraum.²⁶³

Sekundärrechtsakte widersprechen allerdings dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn sie offensichtlich ungeeignet sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen.²⁶⁴

In einer Entscheidung²⁶⁵ stellt der EuGH ergänzend klar (Hervorhebung diesseits):

„die Ausübung der Beurteilungsbefugnis des Gemeinschaftsgesetzgebers darf jedoch nicht zu Ergebnissen führen, die offenkundig weniger angemessen als die Ergebnisse aufgrund anderer für diese Ziele ebenfalls geeigneter Maßnahmen sind.“

In Entscheidungen in Bezug auf landwirtschaftsbezogene Maßnahmen wird darüber hinaus betont, dass der Unionsgesetzgeber

²⁶² S. O., D. I. 2. c); so auch EuG, Urt. v. 12.04.2013, T-31/07, *Du Pont de Nemours et al.*, Rn. 125, 155.

²⁶³ Zum Gesundheitsschutz: *EuGH*, Urteile v. 14.12.2007, Rs. C-434/02, *Arnold André*, Rn. 46 und C-210/03, *Swedish Match*, Rn. 48; Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, *British American Tobacco et al.*, Rn. 122 ff, hier allerdings allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Bezug zu den Grundfreiheiten.

²⁶⁴ Im Hinblick auf den Umweltschutz so i.E. auch *EuGH*, Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Rn. 55 ff.

²⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07, *Arcelor*, Rn. 59, die Entscheidung betrifft zwar nicht die Grundfreiheiten sondern einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, ist aber im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit vergleichbar.

„im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik über ein weites Ermessen [verfügt], das seiner politischen Verantwortung, die ihm die Artikel 34 EG bis 37 EG übertragen, entspricht. Folglich hat sich die richterliche Kontrolle auf die Prüfung der Frage zu beschränken, ob die betreffende Maßnahme nicht mit einem offensichtlichen Irrtum oder einem Ermessensmissbrauch behaftet ist oder ob die betreffende Behörde die Grenzen ihres Ermessens nicht offensichtlich überschritten hat.“²⁶⁶ (Hervorhebungen dieses)

Die Intensität, mit der der EuGH Sekundärrechtsakte an dem genannten Maßstab der Verhältnismäßigkeit prüft, variiert: In einigen Entscheidungen wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nur angedeutet, jeweils ohne vertiefte inhaltliche Prüfung.²⁶⁷ In anderen Entscheidungen nimmt der EuGH eine systematischere und inhaltlich ausführlichere Abwägung vor.²⁶⁸ Diese teils detaillierten Ausführungen des EuGH zur Verhältnismäßigkeit relativieren allerdings nicht den vom Gericht bei Sekundärrechtsakten erklärtermaßen angelegten Prüfmaßstab, wonach nur offenkundige Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Unvereinbarkeit mit dem Primärrecht führen.

Unionssekundärrechtsakte werden daher durch den EuGH unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nur beanstandet, wenn ein offensichtlicher Verstoß vorliegt. Dies gilt für die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit der Harmonisierungsmaßnahme.²⁶⁹

²⁶⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.07.2011, C-189/01, *Jippes*, Rn. 80; so auch *EuGH*, Urt. v. 05.05.1998, Rs. C-157/96, *National Farmers' Union*, Rn. 60 f.

²⁶⁷ So bspw. *EuGH*, Urt. v. 13.09.2001, Rs. C-169/99, *Schwarzkopf*, Rn. 40 f.; Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Rn. 57 ff., bzgl. Verwendungsverboten von bestimmten Substanzen zum Schutz der Ozonschicht; Urt. v. 09.08.1994, Rs. C-51/93, *Meyhui* 19 ff.

²⁶⁸ *EuGH*, Urt. v. 25.06.1997, Rs. C-114/96, *Kieffer/Thill*, Rn. 30 ff., *EuGH*, Urt. v. 12.07.2005, Rs. C-154/04 und C-155/04, *Natural Health Ltd*, Rn. 51 ff.

²⁶⁹ So etwa auch *Schroeder*, a.a.O., Art. 34 AEUV, Rn. 29.

Für die Beurteilung von Sekundärrecht ist also eine andere Perspektive erforderlich als bei mitgliedstaatlichen Maßnahmen, denn nur eine Gesamtbetrachtung aller Auswirkungen macht es möglich, die Rechtsakte des Unionsgesetzgebers angemessen zu beurteilen.²⁷⁰

Hiermit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass Unionsregelungen – anders als nationale Maßnahmen – regelmäßig unionsweite Geltung beanspruchen und sich durch einen besonderen prozess- und kompromisshaften Charakter auszeichnen.²⁷¹ Sie sind regelmäßig Ergebnis einer unionsweiten Bewertung von Sachlagen und Ausgleich vielschichtiger gegenläufiger Interessen. Eine gerichtliche Überprüfung dieses Ergebnisses beschränkt der EuGH auf offensichtliche Fehlentscheidungen.

Selbst für fehlerhaft erlassene Rechtsakte der Union spricht grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit; sie entfalten Rechtswirkungen, solange sie nicht aufgehoben worden sind und sind nur in besonderen Ausnahmefällen nichtig.²⁷²

c) Insbesondere: Durch Sekundärrecht eingeräumte Erlaubnisse und Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten

Der Unionsgesetzgeber kann einen Teilbereich auch in der Weise harmonisieren, dass er den Mitgliedstaaten durch Sekundärrecht explizit bestimmte Handlungsoptionen eröffnet, bestimmte Maßnahmen erlaubt oder Gestaltungsspielräume einräumt.

In der Rechtsprechung des EuGH gibt es eine ganze Reihe von Beispielen dafür, dass eine in einer Verordnung oder Richtlinie explizit zugelassene mitgliedstaatliche Maßnahme nicht mehr anhand des

²⁷⁰ So auch *Forsthoff*, a.a.O., Art. 45 AEUV, Rn. 133, mit Verweis u.a. auf *EuGH*, Urt. v. 01.10.2009, Rs. C-247/08, *Gaz de France*.

²⁷¹ Ebda., Rn. 350.

²⁷² Vgl. nur *EuGH*, Rs. C-137/92, *BASF, Geißmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV, Rn. 31.

Primärrechts (z. B. der Grundfreiheiten) gemessen wird,²⁷³ allerdings existieren auch Gegenbeispiele.²⁷⁴

Die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass sekundärrechtlich eingeräumte Erlaubnisse, Handlungsoptionen und -spielräume grundsätzlich keiner weiteren Überprüfung anhand der Grundfreiheiten unterliegen, soweit die Maßnahmen den Kriterien des Sekundärrechtsakts entsprechen²⁷⁵, ist zutreffend. Der Gerichtshof hat sein entsprechend dem vorgenannten Grundsatz getroffenes Urteil in der Sache *Hellenische Republik/Kommission* („Ouzo“) inzwischen ausdrücklich bekräftigt.²⁷⁶

Je präziser das erlaubte Verhalten durch das Sekundärrecht beschrieben wird, desto weniger Raum besteht für eine primärrechtliche Grundfreiheitsprüfung.²⁷⁷ Die sekundärrechtliche Regelung ist allerdings im Lichte der Grundfreiheiten auszulegen.²⁷⁸ Andererseits darf der Einfluss der primärrechtlichen Grundfreiheiten nicht so weit gehen, dass der sekundärrechtlich vermittelte Handlungsspielraum grundsätzlich in Frage gestellt und damit praktisch negiert wird.²⁷⁹

²⁷³ Z. B. *EuGH*, Urt. v. 05.12.2004, Rs. C-475/01, *Kommission/Hellenische Republik* für Ausnahmeregelungen bei der Besteuerung alkoholischer Getränke (Ouzo); *EuGH*, Urt. v. 01.06.2006, Rs. C-453/04, *innoveatif Limited*, Rn. 34 ff.: Sekundärrechtliche Erlaubnis für die Mitgliedstaaten, bei der Eintragung ausländischer Gesellschaften in das Handelsregister bestimmte Unterlagen zu verlangen; *EuGH*, Urt. v. 27.06.2006, Rs. C-540/03, *Parlament/Rat* (Große Kammer), Rn. 71, 102, 104.

²⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 23.02.2006, Rs. C-471/04, *Keller*, Rn. 45 f.

²⁷⁵ Vgl. *Forsthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, a.a.O., Art. 45 AEUV, Rn. 360 ff.

²⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 05.12.2004, Rs. C-475/01, *Kommission/Hellenische Republik* (Ouzo). In seiner Bekräftigung dieser Entscheidung durch *EuGH*, Urt. v. 15.07.2010, Rs. C-582/08, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Rn. 47 ff. führt das Gericht vor allem den Grundsatz der Rechtssicherheit für den Betroffenen – hier den Mitgliedstaat – an. Weitere Rechtsprechungsbeispiele bei *Forsthoff*, a.a.O., Rn. 360 bis 364; allerdings nennt *Forsthoff* auch Gegenbeispiele aus der Rechtsprechung des *EuGH* (bei Fußnote 4 zu Rn. 360), auf die sich die Gegenauffassung stützen kann, vgl. dazu *Lüdicke/Hummel*, Zum Primat des primären Gemeinschaftsrechts, IStR 2006, 694 ff.

²⁷⁷ *Forsthoff*, a.a.O., Art. 45 AEUV, Rn. 360 ff..

²⁷⁸ Ebda., Rn. 362.

²⁷⁹ Ebda., Rn. 631; a.A. *Lüdicke/Hummel*, a.a.O.

Entscheidend dürfte sein, ob die den Mitgliedstaaten eingeräumten Handlungsbefugnisse Teil der Harmonisierung sind – und dann nach Maßgabe der Ausführungen vorstehend unter a) nicht mehr am Primärrecht zu messen sind – oder ob sie schlicht Ausdruck gesetzgeberischer Zurückhaltung sind.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann die Anwendung des Primärrechts auch dann ausscheiden, wenn den Mitgliedstaaten nicht nur eine bestimmte Maßnahme erlaubt, sondern ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, der die zusätzliche Prüfung der mitgliedstaatlichen Maßnahme anhand des Primärrechts ausschließt.²⁸⁰ Das Gericht macht die ergänzende Anwendung primärrechtlicher Anforderungen explizit davon abhängig, ob in dem jeweiligen Sekundärrechtsakt Grundsätze für die Wahrnehmung des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums und Kriterien präzisiert werden, die die Mitgliedstaaten, die von der Ermächtigung Gebrauch machen, zu berücksichtigen haben.²⁸¹

In diesem Falle kann die Anwendung des Primärrechts sogar dann ausscheiden, wenn in der betreffenden Gemeinschaftsregelung darauf hingewiesen wird, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen „im Einklang mit dem Vertrag“ stehen sollten.²⁸² Es kommt insoweit auf die Auslegung des Sekundärrechts an, um den Bedeutungsgehalt eines solchen Verweises zu ermitteln.²⁸³

²⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Rn. 41-43 zur Verordnung (EWG) Nr. 259/93 (Abfallverbringung); siehe ferner die oben unter Fußnote 276 genannten Urteil des *EuGH*.

²⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 14.12.2004, C-463/01, Kommission ./ Deutschland, Rn. 47 ff. zur deutschen Verpackungsverordnung.

²⁸² Im Falle der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 (Abfallverbringung) müssen deshalb trotz einer solchen Formulierung die nationalen Maßnahmen nicht mehr an der Warenverkehrsfreiheit gemessen werden, vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Rn. 44 ff.

²⁸³ Vgl. einerseits *EuGH*, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Rn. 44 ff.; andererseits *EuGH* (Große Kammer), Urt. v. 14.12.2004, Rs. 463/01, Kommission/Deutschland, Rn. 46 ff. zu Art. 5 der Verpackungsrichtlinie 94/62/EG.

3. Schlussfolgerungen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Anbauverboten auf Grundlage der Änderungsrichtlinie

Vorstehend wurde herausgearbeitet, dass eine mitgliedstaatliche Maßnahme, die eine Grundfreiheit (z.B. den freien Warenverkehr) beeinträchtigt, auf ihre Verhältnismäßigkeit nach den entsprechenden Kriterien des EuGH zu prüfen ist. Wenn die Zulässigkeit solcher Maßnahmen durch Sekundärrecht geregelt ist, hat dieses jedoch maßgeblichen Einfluss auf die unionsrechtliche Beurteilung, je nach Reichweite der Harmonisierung. Die hier relevanten GVO-Anbauverbote können danach eine solche Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit hervorrufen,²⁸⁴ sind jedoch zugleich ausführlich in den neuen Art. 26 b und Art. 26 c der Freisetzungsrichtlinie geregelt.²⁸⁵

Nachfolgend wird die Änderungsrichtlinie in Verbindung mit der Freisetzungsrichtlinie unter der Fragestellung ausgelegt, inwieweit sie die Befugnis der Mitgliedstaaten zum Erlass von Anbauverboten harmonisiert und inwieweit diese (ergänzend) anhand des allgemeinen, primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen sind.

Das Zulassungsverfahren für GVO und die Bedingungen für ihr Inverkehrbringen sowie alle von der Zulassung erfassten gentechnisch veränderten Produkte bleiben auch nach der Änderungsrichtlinie harmonisiert, die Freisetzungsrichtlinie bildet insoweit unverändert eine unionsrechtliche Mindestregelung.²⁸⁶ Nach der früheren Rechtslage waren auch die Anforderungen und Bedingungen für den Anbau von GVO in der Union weitge-

²⁸⁴ S. o., I. 1.

²⁸⁵ Dieser Aspekt wird im Dederer-Gutachten wie im Herdegen-Gutachten, die beide mitgliedstaatliche Anbaubeschränkungen lediglich unmittelbar anhand des Primärrechts und der Rechtsprechung des *EuGH* dazu messen, (s. o., I. 2.) nicht hinreichend berücksichtigt.

²⁸⁶ Dies gilt für das Zulassungsregime der Freisetzungsrichtlinie wie der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003, Vgl. dazu oben C. III. 1. a) aa).

hend harmonisiert, soweit es die Belange des Gesundheits- und Umweltschutzes betrifft.²⁸⁷

Bei dieser Harmonisierung des Zulassungsverfahrens, das nach dem Willen des Unionsgesetzgebers unangetastet bleiben soll,²⁸⁸ bleibt es auch, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Mitgliedstaaten im Wege des Opt-out im Rahmen des Anbaus vom unionsrechtlichen Zulassungsregime abweichen können. Machen die Mitgliedstaaten von ihrer Befugnis zum Opt-out Gebrauch, so bleiben sie durch das Widerspruchsverbot²⁸⁹ an die in der zugrundeliegenden Umweltverträglichkeitsprüfung vorgenommene Risikobewertung gebunden.

Die Änderungsrichtlinie nimmt die bisherige Harmonisierung im Hinblick auf den Anbau von GVO erklärtermaßen teilweise wieder zurück.

Hierauf beschränkt sich die Änderungsrichtlinie allerdings keineswegs, sie gibt den Mitgliedstaaten nicht lediglich die Kompetenz für die Zulassung des Anbaus zurück. Vielmehr bestimmt und strukturiert sie das Opt-out in vielfältiger Weise und gestaltet den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten durch materielle und verfahrensrechtliche Vorgaben aus.

So regelt die Richtlinie das Verfahren für Opt-out-Maßnahmen mit Blick auf die Kooperation zwischen Kommission und Mitgliedstaaten (in Phase 1 auch mit dem Antragsteller). Ferner strukturiert sie die mitgliedstaatliche Entscheidungsfindung über Opt-out-Maßnahmen, indem sie z. B. zwingende Gründe nennt und erläutert, Optionen der Ausgestaltung von Anbaubeschränkungen oder -verbote nennt und zu erkennen gibt, wie umfangreich der mitgliedstaatliche Handlungsspielraum sein soll, welche Belange zu berücksichtigen sind und welche Grenzen zu beachten sein sollen. Im Einzelnen:

²⁸⁷ Vgl. das Zulassungsregime der Freisetzungsrichtlinie und der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003. Belange der „Koexistenz“ waren und sind dagegen nicht harmonisiert.

²⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund 6 der Änderungsrichtlinie.

²⁸⁹ Art. 26 b Satz 2, Hs 2 der Richtlinie. S. o., C. III. 1. a) cc).

Zunächst regelt die Änderungsrichtlinie das Verfahren für das Opt-out, indem die Phasen 1 und 2 in Art. 26 b näher ausgestaltet und in Art. 26 c eine Übergangsregelung geschaffen wird. Die prozeduralen Pflichten – z. B. Übermittlung von Informationen und Entwürfen für Maßnahmen, Ersuchen, Verfahrensentscheidungen und Fristen – sollen das Zulassungsverfahren und die Zulassungsentscheidung einerseits und die mitgliedstaatliche Entscheidung über das Opt-out andererseits koordinieren. Solche koordinierenden Regelungen sind auch notwendig, um den Mitgliedstaaten mehr Flexibilität und Handlungsspielraum im Bereich des Anbaus zu eröffnen und zugleich das Funktionieren des Zulassungsregimes auf Unionsebene zu verbessern.²⁹⁰

Der Unionsgesetzgeber formuliert Gründe, auf die im Einzelfall Anbaubeschränkungen oder -verbote gestützt werden können und erläutert diese in den Erwägungsgründen.²⁹¹ Die in der Richtlinie genannten Gründe²⁹² finden zwar eine Stütze in der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH zu den zwingenden Gründen bzw. Erfordernissen für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten.²⁹³ Der Unionsgesetzgeber trifft insoweit jedoch eine auf die typischen Konfliktlagen beim Anbau von GVO bezogene Auswahl an Gründen und konkretisiert diese unter Art. 26 b Abs. 3 i.V.m. den Erwägungsgründen näher. Dies wird besonders deutlich bei der Formulierung bzw. Erläuterung der umweltpolitischen Ziele, der sozioökonomischen Auswirkungen und des Ziels, das Vorhandensein von GVO in anderen Erzeugnissen zu verhindern.²⁹⁴ Es mag dahinstehen, ob dies lediglich eine Konkretisierung oder auch eine Modifizierung oder Erweiterung der vom EuGH anerkannten Rechtfertigungsgründe ist. Jedenfalls ist der Unionsgesetzgeber befugt, im Rahmen seiner Kompetenz eine entsprechende Harmonisierung durch Sekundärrecht vorzunehmen.²⁹⁵ Der Unionsgesetzgeber knüpft erkennbar an der Rechtsprechung des EuGH an, greift jedoch

²⁹⁰ Zu diesen Zielsetzungen vgl. Erwägungsgründe 3, 6, 8 der Änderungsrichtlinie.

²⁹¹ Art. 26 b Abs. 3 Satz 1 a) bis g) sowie Erwägungsgründe 13 bis 15 der Richtlinie.

²⁹² Dazu s. o., C. I. 1.

²⁹³ S. o., C. I. 2.

²⁹⁴ Art. 26 a Abs. 3 Satz 1 lit a), 1), e) mit Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie.

²⁹⁵ S. o., I. 2.

die in der Praxis typischen Konfliktlagen auf und bestimmt einen eigenständigen Katalog von Gründen, der Opt-out-Regelungen rechtfertigen kann.

Auch auf der Ebene der Ausgestaltung von Opt-out-Maßnahmen macht die Richtlinie strukturierende Vorgaben und gibt zu erkennen, welchen Spielraum die Mitgliedstaaten haben sollen. So sollen die Mitgliedsstaaten ausdrücklich befugt sein, in ihrem gesamten Hoheitsgebiet oder in Teilen davon nicht nur den Anbau eines GVO, sondern auch einer Gruppe von GVO zu beschränken oder zu untersagen.²⁹⁶ Es soll ihnen möglich sein, zur Verhütung sozioökonomischer Auswirkungen den Anbau zugelassener GVO auch in ihrem gesamten Hoheitsgebiet zu untersagen; die Richtlinie gibt detaillierte Hinweise für entsprechende Begründungsansätze.²⁹⁷

Der Unionsgesetzgeber bezweckt mit der Opt-out-Regelung, den Einwänden einiger Mitgliedstaaten politischer und wissenschaftlicher Natur entgegen zu kommen.²⁹⁸ Die Mitgliedstaaten sollen „flexibler entscheiden dürfen, ob sie in ihrem Gebiet den Anbau von GVO zulassen möchten“²⁹⁹, es soll ihnen ein eigenes Feld für die Abwägung eröffnet werden und für Opt-out-Maßnahmen ein weiterer Anwendungsbereich geschaffen werden, auch um eigene Folgerungen aus den wissenschaftlichen Erkenntnissen zu ziehen.³⁰⁰

In diesem Zusammenhang verweist die Richtlinie auch auf den Subsidiaritätsgrundsatz.³⁰¹ Aus Sicht des Unionsgesetzgebers können also für die Entscheidung über den Anbau von GVO Gründe maßgeblich sein, über die auf mitgliedstaatlicher Ebene besser entschieden werden kann.

²⁹⁶ Art. 26 b Abs. 3 der Richtlinie, Erwägungsgründe 13 und 15.

²⁹⁷ Vgl. Erwägungsgrund 15 der Änderungsrichtlinie.

²⁹⁸ Erwägungsgründe 6 und 7 der Änderungsrichtlinie.

²⁹⁹ Erwägungsgrund 6 und 8 der Änderungsrichtlinie.

³⁰⁰ Herdegen-Gutachten, S. 1 f.

³⁰¹ Erwägungsgründe 6, 8 und 9 der Änderungsrichtlinie.

Allerdings hat der Unionsgesetzgeber nicht nur das mitgliedstaatliche Bedürfnis nach mehr Handlungsspielraum im Auge. Vielmehr strebt die Änderungsrichtlinie eine Optimierung in mehrere Richtungen an. Die Opt-out-Regelung soll das Konfliktpotenzial mit den gegenüber GVO skeptischen Mitgliedstaaten vermindern und diesen den Ausgleich gewisser Defizite der Risikobewertung im Zulassungsverfahren ermöglichen. Auf diese Weise soll auch das Funktionieren des Zulassungsverfahrens und damit des Binnenmarktes verbessert werden.³⁰² Insofern erfüllt der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie im Rahmen seines Spielraums den Auftrag, die betroffenen Belange und die widerstreitenden Interessen auf den verschiedenen Handlungsebenen in der Union abzuwägen und auszugleichen.³⁰³

Diese Zielsetzung spiegelt sich auch in der eindeutigen Schwerpunktsetzung der Änderungsrichtlinie selbst wider:

Die Anforderungen, die die Mitgliedstaaten bei nationalen Anbauverböten beachten müssen, nehmen vergleichsweise wenig Raum ein. Im Wesentlichen beschränkt sich die Änderungsrichtlinie auf die Maßgabe, dass Anbauverböte der Mitgliedstaaten „im Einklang mit dem Unionsrecht stehen und begründet, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind und sich zudem auf zwingende Gründe stützen.“³⁰⁴

Dagegen nehmen die Gründe für mitgliedstaatliche Handlungsspielräume im Hinblick auf Probleme des Zulassungsverfahrens, Subsidiarität und das Funktionieren des Binnenmarktes sowie in Betracht kommende mitgliedstaatliche Ziele, die mit einem Anbauverbot verfolgt werden, breiten Raum ein.

Der Änderungsrichtlinie selbst und ihrer Entstehungsgeschichte ist zu entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgeht, dass Opt-out-Maßnahmen nicht nur vereinzelt in den Mitgliedstaaten in einem klein-

³⁰² Vgl. Erwägungsgründe 3 und 8 der Änderungsrichtlinie.

³⁰³ Vgl. zum Spielraum des Unionsgesetzgebers (Sekundärrecht) in solchen Konstellationen oben, I. 3. c).

³⁰⁴ Art. 26 b Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie. Weitere Hinweise auf das zu beachtende Primärrecht enthält Erwägungsgrund 16.

räumlichen Maßstab ergriffen werden. Eine solche Annahme stände schon der Absicht des Unionsgesetzgebers entgegen, mit der Opt-out-Regelung aufgrund der Probleme in Zulassungsverfahren den Rechtsrahmen für die Zulassung von GVO zu verbessern und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu erleichtern.³⁰⁵

Dem entsprechend stützt der Unionsgesetzgeber die Änderungsrichtlinie vor allem auf seine Kompetenz zur Rechtsangleichung.³⁰⁶ An die Stelle der bisherigen, aus Sicht des Unionsgesetzgebers zu weitgehenden Rechtsvereinheitlichung – weil diese eben das reibungslose Funktionieren der Zulassungsverfahren nicht erreichen konnte – tritt ein Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten. Wie dargelegt, unterliegen die Mitgliedstaaten in diesem Rahmen vielfältigen verfahrensrechtlichen und materiellen Bindungen. Das Regelungskonzept setzt den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten in eine funktionale Verbindung mit den Zulassungsverfahren auf Gemeinschaftsebene und dem Binnenmarkt. Aus Sicht des Unionsgesetzgebers sind diese Handlungsspielräume notwendig, damit auf der mitgliedstaatlichen Ebene gewisse Lücken im Zulassungsverfahren³⁰⁷ ausgeglichen werden können und damit das harmonisierte Zulassungsregime insgesamt besser funktioniert.

Ein solcher, koordinierter Ausgleich zwischen Harmonisierung einerseits und mitgliedstaatlichen Handlungsspielräumen andererseits ist nicht ungewöhnlich, sondern auf manchen Feldern des Unionsrechts geradezu typisch. Hier spielt auch die Kompromisshaftigkeit der Unionsgesetzgebung eine Rolle: Die Mitgliedstaaten lassen sich auf eine Harmonisierung eher ein, wenn ihnen auf der anderen Seite bestimmte Handlungsbefugnisse verbleiben.³⁰⁸

³⁰⁵ Vgl. Erwägungsgründe 3 und 8 der Änderungsrichtlinie.

³⁰⁶ Art. 114 AEUV, vgl. den Einleitungssatz der Änderungsrichtlinie: „Gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Art. 114“.

³⁰⁷ Vgl. dazu Erwägungsgrund 3 der Änderungsrichtlinie.

³⁰⁸ Vgl. beispielhaft *EuGH* (große Kammer), Urt. v. 27.06.2006, Rs. C-540/03, Rn. 15, 16, 25 ff.

Der Unionsgesetzgeber macht hier von seinem weiten Ermessensspielraum beim Erlass von Sekundärrecht in einem besonders durch komplexe politische, wirtschaftliche und soziale Verhältnisse geprägten Bereich Gebrauch.³⁰⁹

Diese Ziele lassen sich nur erreichen, wenn die beachtliche Anzahl von Mitgliedstaaten, die skeptisch gegenüber GVO sind, unter realitätsnahen Annahmen in die Lage versetzt wird, auf Grundlage der Richtlinie weitreichende und großflächige Anbauverbote zu erlassen und auch aufrecht erhalten zu können. Die Richtlinie ist deshalb unter Berücksichtigung ihres Wortlauts, Regelungsgehalts und Zwecks so auszulegen, dass den Mitgliedstaaten ein erheblicher Handlungsspielraum für großflächige Anbauverbote verbleibt. Insoweit bildet die Richtlinie den Prüfungsmaßstab. Diese Auslegung kann sich auf eine Reihe von Entscheidungen des EuGH stützen, in denen das Gericht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Ausübung einer den Mitgliedstaaten durch Sekundärrecht eingeräumten Option, Handlungsbefugnis oder eines Handlungsspielraums nicht mehr am Primärrecht zu messen ist. Der Handlungsspielraum ist durch die Änderungsrichtlinie in einem Maße durch Grundsätze, Kriterien, Grenzen und prozedurale Vorgaben ausgestaltet, dass die entsprechenden Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des EuGH erfüllt sind.³¹⁰

Im Falle der Änderungsrichtlinie ist ein „funktionsfähiger“ Handlungsspielraum aus Sicht des Unionsgesetzgebers die Bedingung für die Funktionsfähigkeit des Zulassungsregimes für GVO insgesamt. Dieser Gesichtspunkt spricht dafür, ein mitgliedstaatliches Anbauverbot nur noch an den Anforderungen der Richtlinie selbst zu messen. Allerdings weist die Richtlinie explizit darauf hin, dass die Maßnahmen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen sollen, wozu die Änderungsrichtlinie auch die Warenverkehrsfreiheit zählt.³¹¹

³⁰⁹ Vgl. *EuGH* (Große Kammer), Urт. v. 12.07.2005, Rs.c-154/04 u.a., Llg. I 2005, 6485, Rn. 52, Alliance for Natural Health; sowie oben D I. 2. b).

³¹⁰ Siehe im Einzelnen oben, D I. 2. c). Vgl. insbesondere dort die Ausführungen zu *EuGH*, Urт. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Rn. 44 ff. (keine ergänzende Prüfung der Warenverkehrsfreiheit).

³¹¹ Art. 26 b Abs. 3 Satz 1 und Erwägungsgrund 16 der Änderungsrichtlinie.

Der EuGH hat jedoch für andere sekundärrechtliche Regelungen, die den Mitgliedstaaten Spielräume ausdrücklich „im Einklang mit dem Vertrag“ eingeräumt haben, einem Rückgriff auf das Primärrecht keinen Raum gelassen.³¹² Andererseits ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Warenverkehrsfreiheit auch bei der Auslegung und Anwendung des Sekundärrechts zu berücksichtigen.³¹³

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Änderungsrichtlinie den Mitgliedstaaten einen erheblichen Handlungsspielraum verschafft, der auch großflächige Anbauverbote einschließt.

Unter Berücksichtigung dieser eindeutigen Zielrichtung ist die Änderungsrichtlinie im Hinblick auf ihre Harmonisierungswirkung wie folgt auszulegen:

- Die Richtlinie konkretisiert die in Betracht kommenden „zwingenden Gründe“ für ein Anbauverbot; die mitgliedstaatlichen Maßnahmen sind daher hinsichtlich des Vorliegens eines „zwingenden Grundes“ ausschließlich an der Richtlinie selbst zu messen.
- Die Anforderungen an die Eignung und Erforderlichkeit von Maßnahmen dürfen nach dem Willen des Unionsgesetzgebers nicht so hoch sein, dass trotz des Vorliegens zwingender Gründe großflächige Anbauverbote de facto bei den anstehenden Zulassungen nicht erlaubt wären.
- Die Mitgliedstaaten verfügen über einen erheblichen Bewertungs- und Entscheidungsspielraum bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wie bei der Entscheidung über und die Ausgestaltung von Anbau-

³¹² Vgl. einerseits *EuGH*, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99, Slg. I 2001, 9897, Rd. 44 ff., *DaimlerChrysler/Baden-Württemberg* (keine ergänzende Prüfung der Warenverkehrsfreiheit im Bereich der Abfallverbringung gem. Art. 4 Abs. 3 A Nr. i der Verordnung (EWG) Nr. 259/93; andererseits *EuGH*, (Große Kammer), Urt. v. 14.12.2004, Rs. C-436/01, Slg. I 2004, 11734, Rd. 46 ff., *Kommission/Deutschland* zu Art. 5 der Verpackungsrichtlinie 94/62/EG.

³¹³ *EuGH* (Große Kammer), Urt. v. 12.07.2005, Rs. C-154/04 u.a., Slg. I 2005, 6485, Rd. 47, *Alliance for Natural Health*.

verboten, um die jeweiligen Ziele nach § 26 b Abs. 3 der Richtlinie zu erreichen.

Es ist zu erwarten, dass der EuGH den deutlich erkennbaren Willen des Unionsgesetzgebers, den Mitgliedstaaten einen weiten Handlungsspielraum bei Opt-out-Maßnahmen zu gewähren, respektieren wird und infolge dessen die nationalen Maßnahmen mit einem vergleichbaren Prüfungsmaßstab wie beim Sekundärrecht [Unvereinbarkeit mit den Primärrecht nur bei „offensichtlicher“ Unverhältnismäßigkeit, vgl. oben, D. I. 2. b)]. anlegen wird. Sicher vorhersehbar ist dies allerdings nicht.

4. Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines bundesweiten Anbauverbots

Nachfolgend sollen ausgehend von den in Betracht kommenden umweltpolitischen Zielen eines Anbauverbotes (s. o., C.) einerseits und den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von nationalen Maßnahmen (s. o., D. I. 1.-3.) andererseits einige Aspekte eines eventuellen bundesweiten Anbauverbots diskutiert werden:

Die Verhältnismäßigkeit eines bundeseinheitlichen Anbauverbotes [a]), der Zusammenhang zwischen dem räumlichen Zuschnitt und den Gründen eines Anbauverbots [b]), die Verbindung mit anderen Gründen [c]) und Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit in atypischen Konstellationen [d)].

a) Administrative Aspekte eines bundesweiten Anbauverbots

Im Gesetzgebungsverfahren steht derzeit die Frage im Vordergrund, ob der Erlass von Anbauverboten in die Zuständigkeit der Länder (so der Gesetzentwurf des BMEL) oder des Bundes fallen sollte.

Das BMEL ist nach einer fachlichen und juristischen Prüfung der Auffassung, die strikten rechtlichen Vorgaben für Anbauverbote seien

rechtssicher am besten von den Ländern zu erfüllen.³¹⁴ Im Herdegen-Gutachten heißt es, dass die gebotene Verhältnismäßigkeit einem für das gesamte Staatsgebiet eines Mitgliedstaates geltenden Anbauverbot – jedenfalls bei größeren Staaten wie der Bundesrepublik Deutschland – enge Grenzen setze. Ein Opt-out für das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates drohe wesentlich schneller an der Verhältnismäßigkeit zu scheitern als ein räumlich begrenztes Opt-out. Je genauer ein Opt-out auf die Besonderheiten eines bestimmten Gebietes abstelle, desto eher wahre es die Verhältnismäßigkeit. Was auf nationaler Ebene unverhältnismäßig wäre, könne auf lokaler Ebene verhältnismäßig sein.³¹⁵

Zu trennen ist zwischen der Frage, wer ein Anbauverbot erlässt (Bund oder Land) und ob es sich um ein flächendeckendes, also das gesamte Hoheitsgebiet der jeweiligen Gebietskörperschaft umfassendes Verbot handelt.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spielt nur für die Frage der räumlichen Ausdehnung eine Rolle [dazu nachfolgend b)].³¹⁶

Dagegen spielt es für die Verhältnismäßigkeit und Rechtssicherheit eines flächendeckenden Anbauverbotes grundsätzlich keine Rolle, ob es durch eine einheitliche Bundesregelung oder durch 16 Länderregelungen erlassen wird.

Eine räumliche Differenzierung oder Beschränkung eines Anbauverbotes, wenn sie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlich wäre [dazu nachfolgend b)], kann und muss im Rahmen einer Bundesregelung in gleicher Weise berücksichtigt werden, wie im Rahmen von Landesregelungen.

³¹⁴ So die Pressemitteilung Nr. 81 des BMEL v. 19.03.2015.

³¹⁵ Herdegen-Gutachten, S. 2 und S. 16.

³¹⁶ In erster Linie darauf bezieht sich auf die Argumentation von *Herdegen*; Herdegen-Gutachten, S. 2 und S. 16.

Nur teilweise richtig ist ferner die Annahme, dass ein Opt-out umso eher die Verhältnismäßigkeit wahrt, je genauer es auf die Besonderheiten eines bestimmten Gebietes abstellt.³¹⁷ Das gilt nur, soweit ein Anbauverbot überhaupt auf die Besonderheiten eines bestimmten Gebietes gestützt ist. Ist ein Verbot dagegen auf die mit jedem Anbau verbundenen Risiken für die Agrobiodiversität, sonstige Umweltrisiken oder wirtschaftliche Risiken für benachbarte Betriebe durch GVO-Einträge gestützt, sind nicht nur bestimmte Gebiete auf Grund ihrer Besonderheiten, sondern das gesamte Hoheitsgebiet der Bundesrepublik betroffen.

Vor diesem Hintergrund ist ein bundeseinheitliches Anbauverbot eher mit geringeren Risiken für die Rechtssicherheit behaftet als länderspezifische Regelungen. Denn eine Bundesregelung, die die Zuständigkeit für Anbauverbote auf die Länder delegiert und diesen dafür einen eigenen Entscheidungsspielraum einräumt, hätte zwangsläufig zur Folge, dass die Länder ihren Entscheidungsspielraum unterschiedlich nutzen und ein etwaiges Anbauverbot unterschiedlich begründen können.

Das ist zwar im Grundsatz rechtlich unproblematisch, weil es die logische Konsequenz der Einräumung von Entscheidungsspielräumen ist. In der Praxis ist aber zu erwarten, dass Betroffene im Falle einer gerichtlichen Klärung der Zulässigkeit eines Anbauverbotes etwaige unterschiedliche Begründungsansätze verschiedener Länder hervorheben und die Möglichkeit nutzen würden, die Begründung des einen Landes gegen die Begründung des anderen Landes vorzutragen. Trotz der Entscheidungsspielräume jedes einzelnen Landes für sich kann sich aus einer solchen Gegenüberstellung ein erhöhter Begründungsaufwand ergeben. Wenn etwa ein Bundesland ein Anbauverbot primär auf seine kleinstrukturierte Landwirtschaft und einen hohen Anteil von Ökolandbauflächen stützt, aber die verbleibenden Umweltrisiken von GVO im Ergebnis für hinnehmbar hält, kann das die Argumentation eines anderen Bundeslandes schwä-

³¹⁷ So aber Herdegen-Gutachten, S. 16.

chen, das keine kleinräumige Agrarstruktur aufweist und einen geringeren Anteil an Biolandwirtschaft hat, aber die Umweltrisiken anders bewertet.

Soll ein Anbauverbot (auch) auf Umweltrisiken gestützt werden, spricht ferner für eine bundeseinheitliche Regelung, dass sowohl die wissenschaftliche Risikobewertung als auch das Risikomanagement in den Zulassungsverfahren nach § 16 GenTG bundeseinheitlich geregelt und in der Zuständigkeit von Bundesbehörden durchgeführt werden. Das darin zum Ausdruck kommende bundesstaatliche Interesse an einer einheitlichen Risikobewertung und Risikomanagemententscheidung und die deshalb vor allem auf Bundesebene verfügbare Sachkompetenz sprechen für eine Bundeszuständigkeit.

Eine bundeseinheitliche Regelung hätte insbesondere den wesentlichen Vorteil, dass sie eine konsistente Beurteilung umweltpolitischer Ziele sowohl im harmonisierten Zulassungsverfahren als auch im Rahmen einer Entscheidung über ein nationales Anbauverbot gewährleisten könnte. Nationale Bedenken in Bezug auf notwendige ergänzende wissenschaftliche Risikobewertung oder das erforderliche Risikomanagement, die im unionsweiten Zulassungsverfahren keine Mehrheit fanden, können dann in konsistenter Weise zur Begründung eines nationalen Anbauverbotes herangezogen werden. Würde die Kompetenz auf die Länder delegiert, hätte dies zur Konsequenz, dass die Länder Risikomanagemententscheidungen treffen können, die von derjenigen des Bundes abweichen. Mit anderen Worten: Für einen GVO, der nach Einschätzung der für die Inverkehrbringensgenehmigung zuständigen Bundesbehörde auch zum Anbau zugelassen werden müsste (§ 16 Abs. 2 GenTG räumt zwar einen Beurteilungs-, aber keinen Ermessensspielraum ein), könnte eine zuständige Landesbehörde auf Grund einer abweichenden Risikomanagemententscheidung den Anbau verbieten.

Unbeschadet dessen kommt auch im Rahmen eines bundeseinheitlichen Verbotes insbesondere bezüglich naturschutzfachlicher Bewertungen in Betracht, den Ländern Abweichungsmöglichkeiten einzuräumen. Das entspräche der verfassungsrechtliche Kompetenzver-

teilung zwischen Bund und Ländern, nach der die Länder im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege abweichende gesetzliche Regelungen treffen dürfen (Art. 72 Abs. 3 GG). Das stünde indes nicht im Widerspruch zu einer bundeseinheitlichen Regelung, sondern würde diese voraussetzen und den Ländern gleichwohl ergänzende Spielräume eröffnen.

b) Fachliche Fundierung eines bundesweiten Anbauverbots

Eine Kernfrage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist, ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, ein Anbauverbot auf das gesamte Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland zu erstrecken. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob nicht räumlich beschränkte Anbauverbote oder die Ausweisung wenigstens begrenzter GVO-Anbauzonen als mildere Mittel ausreichen würden, um das jeweilige Ziel des Anbauverbotes zu erreichen.

Diese Frage stellt sich unabhängig davon, ob ein Verbot auf Bundes- oder Landesebene erlassen wird. Denn wenn ein Anbauverbot nur auf Grund besonderer geografischer Bedingungen gerechtfertigt wäre, dürfte auch ein flächendeckendes Verbot auf Landesebene nur erlassen werden, wenn das gesamte Hoheitsgebiet dieses Landes die entsprechenden geografischen Bedingungen aufweist. Würde beispielsweise Bayern oder Baden-Württemberg ein Anbauverbot allein auf die überwiegend kleinstrukturierte Landwirtschaft stützen, wäre dieses Anbauverbot auch innerhalb des jeweiligen Hoheitsgebietes unzulässig, soweit diese Struktur in einem Teilgebiet des Landes nicht gegeben ist.

Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Anbauverbotes im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zeigt sich bereits daran, dass die Richtlinie dies ausdrücklich zulässt. Weder aus der Richtlinie selbst einschließlich der Erwägungsgründe noch aus deren Entstehungsgeschichte lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass ein Verbot, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet erstreckt, nur von kleineren Mitgliedstaaten oder solchen, die innerhalb besonde-

rer und homogener geografischer Gebiete liegen, in Anspruch genommen werden könnte.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist entscheidend, ob ein flächendeckendes Anbauverbot durch das jeweils verfolgte Schutzziel gerechtfertigt ist.

Soweit ein Anbauverbot auf Gründe gestützt wird, die flächendeckend, also nicht nur in bestimmten geografischen Gebieten gelten, ergibt sich die Rechtfertigung für die räumliche Ausdehnung bereits aus dem Sachgrund selbst. Das gilt insbesondere für Umweltziele, die sich nicht nur auf den Schutz bestimmter Schutzgebiete und Biotope beziehen, sondern flächendeckend gelten.

Hierzu zählen beispielsweise Risiken für die Agrobiodiversität, das Management konkreten Risikohypothesen wie im Falle des Risikos eines horizontalen Gentransfers oder die Beurteilung des Basisrisikos [s. o., C. III. 1. c)]. Hierzu zählt auch ein etwaiger flächendeckender Bewirtschaftungsgrundsatz des möglichst weitgehenden Schutzes der Eigenart der Natur vor dem großflächigen Eintrag von Transgenen [C. III. 2. c)].

Gebiets- und Biotopschutz und die Unterstützung naturnaher Landwirtschaft haben überall dort Bedeutung, wo solche Schutzgebiete bestehen oder geplant sind bzw. wo Landwirtschaft betrieben wird – also verstreut über den gesamten ländlichen Raum im Bundesgebiet.

Soweit ein solches Verbot sich auf den Schutz bestimmter Gebiete oder Umweltkompartimente bezieht, wäre allerdings fachlich näher zu begründen, warum eine gebietsbezogene Regelung nicht ausreichen soll [Eignung, vgl. o., 1. a) aa)].

Insoweit kommt es vor allem darauf an, ob etwaige räumlich beschränkte Anbauverbote oder sonstige Anbaubeschränkungen (z. B. Mindestabstände) ausreichen würden, um das jeweils verfolgte Ziel mit gleicher oder zumindest vergleichbarer Sicherheit und Effektivität zu erreichen.

tät zu erreichen. Dafür müssen die praktischen Konsequenzen eines flächendeckenden Anbauverbotes einerseits und eines mildereren Mittels andererseits in Bezug auf den jeweiligen GVO oder der jeweiligen Gruppe von GVO gegenübergestellt werden.

Hier muss begründet werden können, dass und weshalb beispielsweise Abstandsregelungen kein milderes, in gleicher Weise geeignetes Mittel sind wie ein vollständiges Verbot. Dabei bietet sich im Hinblick auf etwaige Abstandsregelungen eine kulturspezifische Betrachtungsweise an, weil das Ausbreitungsverhalten z. B. von Pollen jeweils kulturspezifisch ist. Insofern kann sich beispielsweise ergeben, dass Bt-Polleneinträge schädliche Auswirkungen auf Schmetterlingsarten haben, die nicht nur in ausgewiesenen Naturschutzgebieten, sondern auch in und in der Umgebung von gesetzlich geschützten Biotopen schutzwürdig sind, die sehr verstreut sind. Ist der erforderliche Mindestabstand so groß, dass ein Großteil der Fläche davon betroffen wäre, spricht dies für ein flächendeckendes Verbot. Sind solche Biotope und ihre spezifische Schutzwürdigkeit in Bezug auf einen etwaigen GVO-Anbau für Landwirte zudem schwer erkennbar, kann hinzukommen, dass eine praktische Umsetzung von Abstandsregelungen unwahrscheinlich und eine effektive behördliche Kontrolle kaum möglich wäre.

Vergleichbare Überlegungen wären im Hinblick auf den Schutz naturnaher Landwirtschaft, insbesondere des Ökolandbaus, erforderlich. Auch hier kommt es nicht nur auf den Flächenanteil, sondern die Lage im Raum (z. B. verstreute Anbauflächen) an. Auch hier sind die Erkennbarkeit der Schutzbedürftigkeit und die Effizienz der bislang vorgesehenen Koexistenzmaßnahmen zu berücksichtigen.³¹⁸

Die verschiedenen gebietsbezogenen Aspekte können dann im Rahmen einer akkumulierenden Betrachtung zusammengefasst und geprüft werden, ob und gegebenenfalls welche verbleibenden Gebiete für einen GVO-Anbau noch in Frage kämen. Für diese wäre

³¹⁸ Vgl. § 16 b GenTG i.V.m. der GentPflEV.

dann zu prüfen, ob ein GVO-Anbau zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit zugelassen werden soll oder ob eine Erstreckung des Verbots auf diese Restflächen unter Berücksichtigung der Bedeutung eines GVO-Anbaus in diesen Gebieten und des Gewichts der Gründe, die flächendeckend gegen einen GVO-Anbau sprechen, gerechtfertigt ist.

Ein typischer Einwand gegen die Verhältnismäßigkeit eines Anbauverbotes ist der Hinweis darauf, dass die bereits bestehenden Regelungen zur Koexistenz, die notfalls ergänzt werden könnten, ein milderes Mittel gegenüber einem vollständigen Anbauverbot darstellen würden.³¹⁹

Damit werden aber die Bedeutung und die Reichweite der Opt-out-Änderungsrichtlinie verkannt. Die bisherigen Regelungen zur Koexistenz beruhen auf der Prämisse der Gleichrangigkeit der konventionellen Landwirtschaft, des Ökolandbaus und des Anbaus von GVO.³²⁰ Diese Koexistenz ist insbesondere Leitbild und Zweck des geltenden Gentechnikgesetzes.³²¹ Dem entsprechend sind die geltenden Koexistenzmaßnahmen auf einen Interessenausgleich und gegenseitige Rücksichtnahme gerichtet. Insbesondere ist den konventionell und ökologisch wirtschaftenden Betrieben der nachbarschaftsrechtliche Einwand abgeschnitten worden, dass der Anbau von GVO in der Nachbarschaft bisher nicht ortsüblich war.³²² Außerdem müssen konventionell und ökologisch wirtschaftende Betriebe GVO-Einträge bis zu einem gewissen Ausmaß dulden.³²³

³¹⁹ Vgl. dazu S. 39 f. des Herdegen-Gutachtens und S. 49 ff. des Dederer-Gutachtens.

³²⁰ Vgl. Art. 26 a Abs. 2 der Richtlinie, die Empfehlung 2010/C 200/01 der Kommission v.13.07.2010 mit Leitlinien für die Entwicklung nationaler Koexistenz-Maßnahmen zur Vermeidung des unbeabsichtigten Vorhandenseins von GVO in konventionellen und ökologischen Kulturpflanzen.

³²¹ § 1 Nr. 2 GenTG.

³²² § 36 a Abs. 3 GenTG.

³²³ § 36 a Abs. 1 GenTG.

Die Änderungsrichtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten nun die Möglichkeit, von diesem Leitbild abzuweichen und die konventionelle und ökologische Landwirtschaft gegenüber dem Anbau von GVO zu privilegieren und weitergehend zu schützen.³²⁴ Denn die Möglichkeit eines Opt-out tritt ausdrücklich neben die bisherige Regelung zu Koexistenzmaßnahmen Art. 26 a der Richtlinie.³²⁵ Die Gegenauffassung von Dederer, wonach das zulässige Schutzziel der Vermeidung von GVO in anderen Produkten allenfalls ein Verbot per se nicht koexistenzfähiger Kulturen rechtfertigen solle,³²⁶ ist ersichtlich mit Wortlaut und Ziel der Änderungsrichtlinie nicht vereinbar.

Wenn Deutschland von dieser Möglichkeit Gebrauch macht und sich auch in der Zielsetzung des GenTG klar zu einem Vorrang oder jedenfalls zu einem uneingeschränkten Schutz der konventionellen und der ökologischen Landwirtschaft bekennt, sind die bisherigen Koexistenzmaßnahmen, die auf einen Interessenausgleich zielen, von vornherein nicht geeignet, dieses weitergehende Schutzziel zu erreichen. Solche Koexistenzmaßnahmen sind dann kein milderes Mittel zur Erreichung desselben Zwecks, sondern Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks.

c) Abwägung: Verbindung verschiedener Gründe und Berücksichtigung sämtlicher Belange

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Kern eine Abwägung zwischen den mit einem Anbauverbot verfolgten Schutzinteressen und den entgegenstehenden Belangen notwendig.

Wird ein bundesweites Anbauverbot angestrebt, so sollten deshalb umweltpolitische Gründe ergänzt werden durch weitere Gründe, die ebenfalls bundesweit Geltung beanspruchen und die „mit in die Waagschale gelegt“ werden können. Hierfür kommt etwa das Ziel in

³²⁴ So zutreffend *Herdegen* auf S. 39 seines Gutachtens.

³²⁵ Art. 26 b Abs. 3 e der Richtlinie.

³²⁶ S. 49 ff. des Dederer-Gutachtens.

Betracht, das Vorhandensein von GVO in anderen Produkten zu vermeiden. Diese Zielsetzung ist ebenfalls praktisch überall dort relevant, wo Landwirtschaft betrieben wird oder betrieben werden kann (und räumlich darüber hinaus, weil Material aus gentechnisch veränderten Pflanzen sich durch Pollenflug ausbreiten oder durch Transportverluste u. ä. verschleppt werden kann).

Ferner ist eine Abwägung mit den Interessen von Landwirten, die GVO-Saatgut anbauen wollen und mit den Interessen entsprechender Saatgutunternehmen sowie allgemein mit dem Interesse an einem funktionsfähigen Binnenmarkt notwendig. Die Erörterung der Schranken der Grundrechte im Rahmen des Verfassungsrechts gibt Hinweise auf die bei den verschiedenen Beteiligten zu berücksichtigenden Belange (s. u., D. II.).

Nach der hier vertretenen Auffassung auf Grund einer Analyse der Rechtsprechung des EuGH und der Auslegung der Änderungsrichtlinie verfügen die Mitgliedstaaten über einen erheblichen Abwägungsspielraum (s. o., 4.). Eine andere Auffassung wäre ebenfalls vertretbar. Daher sollte die Prüfung und Begründung der Verhältnismäßigkeit eines Anbauverbots insgesamt und auch im Hinblick auf die Abwägung mit widerstreitenden Belangen möglichst sorgfältig und konkret sowie unter Beachtung der Vorgaben des EuGH zur wissenschaftlichen Basis und Konsistenz von Maßnahmen [s. o., D. I.1. d) und e)] erfolgen.

d) Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit

Ein bundesweites Anbauverbot unterwirft partiell unterschiedliche Konfliktlagen einer allgemeinen und für alle Beteiligten verbindlichen Regelung. Je nach der Begründung, auf die ein Anbauverbot gestützt ist, ist allerdings denkbar, dass die für den typischen Fall zu Grunde gelegten Annahmen im Einzelfall nicht zutreffen oder weitere Aspekte berücksichtigt werden müssen. Wenn beispielsweise ein generelles Anbauverbot nicht erkennen lässt, dass es das spezielle Interesse für die Verwendung von GVO-Saatgut zu Forschungszwecken bereits berücksichtigt hat, kann dieses Interesse im Rahmen ei-

ner Ausnahmegenehmigung, ggf. unter Beachtung besonderer Schutzvorkehrungen, berücksichtigt werden.

Um in solchen besonderen Einzelfällen Regelungen treffen zu können, die eine von dem generellen Verbot abweichende Lösung erlauben, ohne die Wirksamkeit des Verbotes insgesamt in Frage stellen zu müssen, sollte ein bundesweites Verbot eine entsprechende Ausnahmeregelung enthalten. Zu denken wäre an einen Befreiungstatbestand, wonach im Einzelfall auf Antrag und nach Prüfung eine fall- und ortspezifische Befreiung mit evtl. Auflagen von dem generellen Anbauverbot ausgesprochen werden kann. Insoweit unterfällt es dem Regelungsspielraum des Gesetzgebers, eine Ausnahmeregelung so zu fassen, dass das generelle Verbot nicht unterlaufen werden kann.

II. Grundrechte

Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist eine zentrale Voraussetzung für die Vereinbarkeit nationaler Anbauverbote oder -beschränkungen mit Grundrechten.

Nationale Anbauverbote oder -beschränkungen sind – als nationales Recht – zunächst am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen. Da sie der Durchführung von Unionsrecht dienen, haben sie zugleich die Unionsgrundrechte zu beachten.³²⁷

Betroffene Grundrechte sind in erster Linie die Berufsfreiheit³²⁸ bzw. die unternehmerische Freiheit³²⁹ und das Eigentum³³⁰ der Landwirte, deren Grundrechte auf die Bewirtschaftung ihrer Felder eingeschränkt wird. Betroffen ist ferner die

³²⁷ Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh, hierzu *Streinz/Michl*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 51 GrCh Rn. 6 ff.

³²⁸ Art. 12 GG, Art. 15 GrCh.

³²⁹ Art. 16 GrCh. Sie ist auf Unionsebene ein eigenständiges Grundrecht, das auf nationaler Ebene von der Berufsfreiheit und teilweise der Eigentumsgarantie (Vgl. das Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) umfasst wird, Vgl. *Jarass*, GrCh, 2010, Art. 16 Rn. 4.

³³⁰ Art. 14 GG, Art. 17 GrCh.

Berufsfreiheit bzw. die unternehmerische Freiheit der Inhaber der GVO-Zulassung, da die Möglichkeit der Vermarktung ihrer Produkte durch Anbauverbote oder -beschränkungen eingeschränkt wird. Eine mittelbare Betroffenheit ergibt sich schließlich für Saatguthersteller und -händler, da deren Möglichkeiten zur Herstellung und Vermarktung von genetisch verändertem Saatgut beschränkt wird.

Diese Eingriffe halten einer Grundrechtsprüfung nur Stand, wenn sie die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachten. Die Regelung muss daher einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen (bzw. verhältnismäßig im engeren Sinn) sein. Die Kriterien entsprechen im Wesentlichen denen der dargestellten unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Rahmen der Angemessenheit, die der EuGH so ausdrücklich nicht prüft, ist eine Abwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht und den durch die Maßnahme zu schützenden Rechtsgütern vorzunehmen.

Inwieweit Berufs- und Eigentumsfreiheit hier alternativ oder nebeneinander Anwendung finden, braucht an dieser Stelle nicht geklärt zu werden. Das BVerfG nimmt regelmäßig Schrankenidentität beider Grundrechte an, so dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung inhaltlich nicht wesentlich unterscheidet.³³¹

Wesentliche Randbedingungen für die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf nationaler Ebene ergeben sich aus der Einstufung der Regelung als Berufsausübungsregelung (dazu 1.), den vom Gesetzgeber verfolgten Zielen (2.) und aus der Reichweite des dem Gesetzgeber eingeräumten Beurteilungsspielraums (3.).

1. Abgrenzung zwischen Berufsausübung und Berufswahl

Die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit richten sich danach, ob es sich bei der Maßnahme um eine Berufsausübungsregelung oder eine (subjektive oder objektive) Berufswahlregelung

³³¹ Vgl. nur *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 40, Rn. 143; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.Lfg. 2014, Art. 12 GG, Rn. 150, mit Verweis auf u.a. *BVerfG*, Beschl. v. 01.02.1973, Az.: 1 BvR 426/72 = BVerfGE 34, 252.

handelt.³³² Während die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden kann, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen, darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger, überragender Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert.³³³

Nationale Beschränkungen oder Verbote des Anbaus von (unionsweit zugelassenen) GVO sind insoweit bloße Berufsausübungsregelungen. Sie beschränken lediglich Herstellung, Vertrieb und Anbau genetisch veränderter Saatgutsorten, lassen aber Herstellung, Vertrieb und Anbau konventioneller Saatgutsorten unberührt. Auch die Entwicklung und Zulassung von GVO bleibt weiterhin möglich. Der Zugang zu den Tätigkeiten als Entwickler und Zulassungsinhaber von GVO, als Saatguthersteller oder -händler oder Landwirt bleibt unberührt. Es gibt keinen Beruf, der in Folge eines nationalen GVO-Anbauverbotes nicht mehr ausgeübt werden könnte.

Das entspricht der Bewertung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zum Gentechnikgesetz. Es hat die dort vorgesehenen Vorsorge- und Haftungsregelungen für alle Personen, die verkehrszugelassene GVO in Verkehr bringen, anbauen oder weiterverarbeiten,³³⁴ als Berufsausübungsregelungen eingestuft.³³⁵

2. Legitime Ziele

Legitime Gemeinwohlziele für Anbaubeschränkungen sind nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Gentechnikgesetz der Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und der Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge auch in Verantwortung für die künftigen Generationen. Legitime Ziele neben diesen umweltpolitischen Zielen sind aber auch der Schutz der Berufs- und Eigentumsfreiheit potenziell Betroffener, die Gewährleistung eines

³³² Sog. Stufentheorie, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 11.06.1958, 1 BvR 596/56 = *BVerfGE* 7, 377.

³³³ Ebda, Rn. 76.

³³⁴ So die Formulierung im Normenkontrollantrag, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, *BVerfGE* 128, 1, 23, Rn. 98.

³³⁵ *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, *BVerfGE* 128, 1, 37 f., 58, 84, Rn. 139 f., 214, 300.

verträglichen Nebeneinanders von Produktionsformen, die Wahrung der Wahlfreiheit für Produzenten, die Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit und eine gesellschaftliche Befriedung.³³⁶

Diese Gemeinwohlziele haben nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts ein so hohes Gewicht, dass sie – unbeschadet der Einordnung von Anbaubeschränkungen als Berufsausübungsregelung – sogar eine Regelung der Berufswahl rechtfertigen könnten.³³⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat ferner bereits ausdrücklich festgestellt, dass Anbaubeschränkungen trotz der Gewährleistung des Schutzes von Umwelt und Gesundheit im Zulassungsverfahren auch zur Verfolgung umweltpolitischer Ziele gerechtfertigt sind. Wörtlich heißt es:

„Zwar ist die Erteilung der Genehmigung für ein Inverkehrbringen grundsätzlich mit der Einschätzung verbunden, dass unvermeidbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 GenTG bezeichneten Rechtsgüter wie die menschliche Gesundheit und die Umwelt nicht zu erwarten sind (§ 16 Abs. 2 Satz 1 GenTG). Es handelt sich jedoch um eine Prognoseentscheidung, welche das Auftreten von nicht vorhergesehenen schädlichen Auswirkungen etwa auf die menschliche Gesundheit oder die Umwelt nicht ausschließen kann. Der Zweck der auf die Schutzgüter des § 1 Nr. 1 GenTG bezogenen Vorsorgepflicht liegt gerade darin, ergänzend zu den Genehmigungsbedingungen für ein Inverkehrbringen einen verantwortungsvollen Umgang mit den zum Inverkehrbringen zugelassenen gentechnisch veränderten Organismen und damit einen möglichst umfassenden und lückenlosen Rechtsgüterschutz nach der Marktfreigabe zu gewährleisten.“³³⁸

³³⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 61 f., 65, Rn. 225, 233.

³³⁷ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 65, Rn. 233.

³³⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 63, Rn. 229.

Nach dem Bundesverfassungsgericht trägt der Gesetzgeber bereits mit der in § 16 b GenTG geregelten Vorsorgepflicht

„der Erkenntnis- und Prognoseunsicherheit Rechnung, die aus dem jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik und dort bestehenden Ungewissheiten resultiert.“³³⁹

Damit hat das Bundesverfassungsgericht bereits anerkannt, dass umweltpolitische Ziele weitere nationale Beschränkungen einer bereits erteilten Zulassung auf Unionsebene auf Grund der verbleibenden Umweltrisiken, insbesondere des Basisrisikos, rechtfertigen können. Dies obwohl die Anbauzulassung zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2010 noch vollständig harmonisiert war und die Freisetzungsrichtlinie noch kein nationales Opt-out ermöglichte und obwohl die Vorsorgepflicht des § 16 b GenTG primär der Gewährleistung der Koexistenz dient.

3. Verhältnismäßigkeit und Ermessensspielraum des Gesetzgebers

Bei bloßen Berufsausübungsregelungen sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung generell eher niedrig. Wegen der geringen Eingriffsintensität sind sie bereits zulässig, wenn sie auf Grund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.³⁴⁰

Erforderlich ist, dass sich eine Berufsausübungsregelung als zur Verfolgung des angestrebten Ziels als geeignet, erforderlich und angemessen erweist.

Erforderlich ist eine Beeinträchtigung nur dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt. Insoweit ist dem Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum zuzubilligen, ob ein alternatives Mittel gleich wirksam ist. Das alternative Mit-

³³⁹ Ebda., Rn. 224.

³⁴⁰ Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 01.12.14, Art. 12 Rn. 94 m.w.N.

tel darf auch nicht merklich höhere Aufwendungen der öffentlichen Hand notwendig machen.³⁴¹

Schließlich gilt im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, dass der Eingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen darf.³⁴²

Bei allen Elementen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.³⁴³ Speziell im Zusammenhang mit Anbaubeschränkungen für GVO hat das Bundesverfassungsgericht besonders betont, dass 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 muss.³⁴⁴

4. Fazit

Aus dem Gentechnik-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2010 lässt sich ableiten, dass die Ziele des Umweltschutzes, des Schutzes anderer Marktteilnehmer vor GVO-Einträgen und die gesellschaftliche Befriedung zulässige Gründe sind, um die Berufsausübung einzuschränken.

Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht bereits vor Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie anerkannt, dass die unionsweite Zulassung es nicht ausschließt, den Anbau zum Zweck der Vermeidung von Umweltrisiken weiter zu beschränken.

Dabei ist dem Gesetzgeber bei der Regelung von GVO-Anbaubeschränkungen ein besonders weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt, um der breiten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte gerecht zu werden.

³⁴¹ Vgl. *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 01.12.14, Art. 12 Rn. 91 m.w.N.

³⁴² *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 01.12.14, Art. 12 Rn. 92 m.w.N.

³⁴³ *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 01.12.14, Art. 12 Rn. 87 m.w.N.

³⁴⁴ *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 65, Rn. 234.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts bezog sich zwar auf Anbaubeschränkungen, die den GVO-Anbau prinzipiell gleichrangig neben dem konventionellen Anbau und der biologischen Landwirtschaft ermöglichen sollten. Dennoch lässt sich aus den Hinweisen auf die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltrisiken trotz erteilter Zulassung und auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers schließen, dass dieser im Rahmen dieses Spielraums auch weitergehende GVO-Anbauverbote erlassen darf.

E. Anforderungen des Welthandelsrechts

Im Gesetzgebungsverfahren für die Änderungsrichtlinie (EU) 2015/412 wurde thematisiert, inwieweit GVO-Anbaubeschränkungen der Mitgliedstaaten mit dem Welthandelsrecht konfliktieren können.³⁴⁵ Auch im juristischen Schrifttum wurden parallel zum Gesetzgebungsverfahren oder schon früher im Kontext von „gentechnik-freie Zonen“ welthandelsrechtliche Aspekte diskutiert.³⁴⁶

Die Europäische Union insgesamt und die Bundesrepublik Deutschland sind – jeweils als Mitglieder der Welthandelsorganisation (WTO) – an die multilateralen Handelsabkommen GATT, SPS-Übereinkommen und TBT-Übereinkommen (nachfolgend: „SPSÜ“ und „TBTÜ“)³⁴⁷ gebunden. Zur Erläuterung des vielschichtigen WTO-Rechtsrahmens,

³⁴⁵ Vgl. juristischer Dienst des Rates der EU, Gutachten v.12.04.2011, Dok. 8994/11; S. 10 ff.; juristischer Dienst der Kommission, commission staff working document, 19.11.2010, doc. 16826/10, S. 11 ff.; juristischer Dienst des Parlaments, Stellungnahme v.17.11.2010 (FJ-0630/10).

³⁴⁶ Herdegen-Gutachten, S. 10 ff.; Dederer-Gutachten, S. 71 ff.; Dederer, Weiterentwicklung des Gentechnikrechts – GVO-freie Zonen und sozioökologische Kriterien für die GVO-Zulassung, 2010. Erhebliche Spielräume sehen: *Epinney/Waldmann/Oeschger/Heuck*, Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der EU, 2011 sowie *Winter/Stoppe-Ramadan*, Koexistenz gentechnikfreier und gentechniknutzender Landwirtschaft: Von individueller zu systemischer Konfliktlösung, NUR 2011, 396 (404) und *Wagner/Volgger*, Die Errichtung von GVO-freien Zonen in der Europäischen Union, 2013, S. 61 bis 90.

³⁴⁷ GATT: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen v.30.10.1947 und Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994; SPS: Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen 1994; TBT: Übereinkommen über technische Handelshemmnisse; die Abkommen sind veröffentlicht in ABl. L336 v.23.12.1994.

soweit er für GVO-Pflanzen und Lebensmittel relevant ist, wird auf die Literatur verwiesen.³⁴⁸

Der Änderungsrichtlinie erwähnt zwar Anforderungen des WTO-Rechts nicht; Entstehungsgrund Nr. 16 weist allerdings darauf hin, dass die Beschränkungen und Verbote der Mitgliedstaaten auch im Einklang mit Art. 216 Abs. 2 AEUV zu stehen haben. Nach dieser primärrechtlichen Vorgabe binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte – dies sind insbesondere die oben genannten WTO-Abkommen – neben den Organen der Union auch die Mitgliedstaaten.

Nachfolgend wird kurz auf den welthandelsrechtlichen Rahmen und den Meinungsstand zum Thema eingegangen (I.). Anschließend wird erörtert, welche Abkommen bzw. spezifischen WTO-Regeln in welcher Konstellation (Gründe und Ausgestaltung eines Anbauverbots) anwendbar sind (II.). Es werden dann die Anforderungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots gemäß GATT (III.) und des SPS (IV.) erörtert. Abschließend folgt ein Fazit (V.).

I. Relevante welthandelsrechtliche Anforderungen und Meinungsstand

Durch eine nationale Anbaubeschränkung für GVO-Saatgut auf Grundlage der Änderungsrichtlinie können vor allem folgende welthandelsrechtliche Regeln berührt sein:

- (i) GATT: Gleichbehandlungsgebot (Verbot einer handelsbeschränkenden Ungleichbehandlung)³⁴⁹ von GVO-Saatgut einerseits und konventionellem Saatgut andererseits;
- (ii) SPSÜ: Anforderungen an gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen („SPS-Maßnahmen“), sofern diese sich mittelbar oder unmittelbar auf den internationalen Handel auswirken können;³⁵⁰
- (iii) TBTÜ: Anforderungen an technische Vorschriften: Diskriminierungsverbot und Verbot unnötiger Handelshemmnisse.³⁵¹

³⁴⁸ Vgl. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 10, 10. Aufl. 2014; Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Ziff. 40., Stand: 2014.

³⁴⁹ Art. III:4 GATT; Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 12 f.; Dederer-Gutachten, S. 93 f.; juristischer Dienst des Rates, a.a.O., S. 10 ff.

³⁵⁰ Insbesondere Art. 2 und Art. 5 SPSÜ; vgl. Epiney, a.a.O., S. 9 ff.; Herdegen-Gutachten, S. 12 ff.

Zu (i) **Allgemeines Gleichbehandlungsgebot gemäß GATT**

Nach Art. III:4 GATT dürfen eingeführte Waren hinsichtlich aller Vorschriften z. B. über Verkauf oder Verwendung im Inland keine weniger günstige Behandlung erfahren als gleichartige Waren inländischen Ursprungs.

„Gleichartigkeit“ von GVO-Saatgut und konventionellem Saatgut

Anbauverbote der Mitgliedstaaten sind keine Ungleichbehandlung, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass GVO-Saatgut und konventionelles Saatgut nicht gleichartig sind.³⁵²

Für einen solchen Nachweis sieht der juristische Dienst des Rates tragfähige Begründungsansätze; ein Teil der Literatur ist dem entsprechend der Auffassung, dass GVO-Saatgut und konventionelles Saatgut nicht „gleichartig“ im Sinne des GATT sind.³⁵³ Herdegen hält es in diesem Zusammenhang für entscheidend, ob die nach dem GATT auch maßgeblichen Verbraucheranschauungen eine Ungleichbehandlung von Produkten mit GVO und GVO-freien Produkten zu tragen vermögen. Dies hält er für wahrscheinlich; es bestehe jedoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit.³⁵⁴

„Weniger günstige Behandlung“

³⁵¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 TBTÜ; *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 79 ff.; Dederer-Gutachten, S. 85 ff.

³⁵² Hierüber besteht Übereinstimmung, Vgl. juristischer Dienst des Rates, a.a.O., S. 10 bis 13; juristischer Dienst der Kommission, a.a.O., S. 13 (Rn. 56 bis 60); Juristischer Dienst des Parlaments, a.a.O., S. 7 f. (Rn. 26 bis 30); Herdegen-Gutachten, S. 12; Dederer-Gutachten, S. 94 i. V. m. S. 87 bis 89; *Wagner/Volgger*, S. 88; Epiney, a.a.O., S. 20.

³⁵³ *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 88; zurückhaltender *Epiney*, a.a.O., S. 20: Die „besseren Gründe“ sprächen „gegen die Annahme der Gleichartigkeit“.

³⁵⁴ Herdegen-Gutachten, S. 13; unklar Dederer-Gutachten, S. 89 i. V. m. S. 94: „...dürften sich GVO im Verhältnis zu den ihnen korrespondierenden konventionellen Organismen nicht stets als gleichartig qualifizieren lassen.“

Sofern man das Merkmal der „Gleichartigkeit“ für gegeben hält, wäre für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung weiter erforderlich, dass ausländische Waren eine „ungünstigere Behandlung“ als inländische erfahren. Ein Anbauverbot behandelt jedoch das betreffende GVO-Saatgut ausländischen wie inländischen Ursprungs gleich. Es kommt dann darauf an, ob sich gleichwohl die Wettbewerbsbedingungen für importiertes GVO-Saatgut zugunsten inländischer konventioneller Produkte verändern.³⁵⁵ Ein Teil des Schrifttums verneint das Vorliegen einer „ungünstigeren Behandlung“ im Falle einer gentechnik-freien Zone.³⁵⁶ *Herdegen* lässt offen, ob eine handelsbeschränkende Ungleichbehandlung entstehen kann.³⁵⁷

Rechtfertigungsgründe

Selbst wenn die vorstehenden Voraussetzungen – Gleichartigkeit und handelsbeschränkende Ungleichbehandlung – gegeben sind, kann ein Anbauverbot nach Maßgabe der in Art. XX GATT geregelten Rechtfertigungsgründe zulässig sein.

Die juristischen Dienste der Unionsorgane prüfen mögliche Rechtfertigungsgründe in einer „Worst-Case“-Betrachtung für den Fall, dass der Nachweis der Ungleichartigkeit nicht erbracht werden kann. Die Dienste halten es für realistisch, dass eine nationale Maßnahme – je nach Ausgestaltung – einen der Rechtfertigungsgründe nach Art. XX GATT erfüllen kann (z. B. Erhaltung bestimmter Lebensräume und Ökosysteme, Vermeidung von GVO in anderen Erzeugnissen, Raumplanung/Bodennutzung).³⁵⁸ Dagegen meint *Herdegen*, dass ein Rechtfertigungsgrund schwerlich zu finden sei, wenn ein solcher sich nicht aus

³⁵⁵ Vgl. *Herdegen-Gutachten*, S. 12 m.w.N.

³⁵⁶ *Epiney*, a.a.O., S. 20; *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 88.

³⁵⁷ Vgl. *Herdegen-Gutachten*, S. 12.

³⁵⁸ Vgl. juristischer Dienst des Rates, a.a.O., S. 13 (Rn. 27 bis 29); juristischer Dienst des Parlaments, a.a.O., S. 8 (Rn. 31 bis 36). Der juristische Dienst der Kommission (a.a.O., S. 13 f., Rn. 59 bis 64) verweist auf die Art der v. Mitgliedstaat ergriffene Maßnahme und sämtliche Umstände, von denen die Vereinbarkeit mit dem GATT abhängt und auf Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die nur begrenzt verfügbare Spruchpraxis der WTO-Streitbeilegungsgremien.

dem SPSÜ ergeben könne (dazu nachfolgend).³⁵⁹ Nach anderen Stimmen in der Literatur können gentechnikfreie Zonen aus Gründen des Umweltschutzes³⁶⁰ oder zur Erhaltung erschöpfbarer Naturressourcen³⁶¹ je nach den Umständen gerechtfertigt sein.³⁶²

Zu (ii) Anforderungen des SPSÜ

Ob und unter welchen Umständen das SPSÜ überhaupt auf innerstaatliche Verwendungsbeschränkungen – wie ein Anbauverbot – anzuwenden ist, ist ungeklärt. Eine Anwendung des SPSÜ kommt überhaupt nur in Betracht, wenn die Opt-out-Regelung sich auf umweltpolitische Gründe oder auf den Gesundheitsschutz stützt und ist insoweit umstritten. Die juristischen Dienste der Unionsorgane halten das SPSÜ nicht für anwendbar, dies allerdings noch auf dem Boden des früheren Richtlinienentwurfs unter der Annahme, dass umweltpolitische Gründe für eine Anbaubeschränkung praktisch ausscheiden.³⁶³ Nach Literaturstimmen zu gentechnik-freien Zonen wird die Anwendung des SPSÜ auch dann für ausgeschlossen gehalten, wenn sich die Maßnahme auf den Schutz der Umwelt abzielt.³⁶⁴ Dagegen sind *Dederer* und *Herdegen* der Auffassung, dass ein auf umweltpolitische Ziele gestütztes Anbauverbot anhand des SPSÜ zu prüfen ist³⁶⁵; sie problematisieren die Anforderungen des SPSÜ an die wissenschaftliche Fundierung, die Erforderlichkeit und Konsistenz der Maßnahme sowie die prozeduralen Anforderungen.³⁶⁶ Umweltpolitisch begründete Anbauverbote mit größte-

³⁵⁹ Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 12 ff.; offen insoweit das Dederer-Gutachten S. 94.

³⁶⁰ *Epiney*, a.a.O., S. 22 f. *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 88.

³⁶¹ *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 88.

³⁶² Vgl. Art. XX lit. b und lit. g GATT.

³⁶³ Juristischer Dienst der Kommission, a.a.O., S. 12 (Rn. 54); juristischer Dienst des Parlaments, a.a.O., S. 9 (Rn. 37).

³⁶⁴ *Epiney*, a.a.O., S. 27; *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 68.

³⁶⁵ Ausführlich zum Anwendungsbereich das Dederer-Gutachten, S. 71 ff.; das Herdegen-Gutachten geht implizit von einer Anwendung des SPSÜ aus, Vgl. S. 13 f.

³⁶⁶ Dederer-Gutachten, S. 71 bis 84; kürzer das Herdegen-Gutachten, das sich im Wesentlichen auf den strengen Maßstab der wissenschaftlichen Rechtfertigung und die Erforderlichkeit beschränkt.

rem räumlichem Umfang sind nach Auffassung von *Dederer* schwerlich mit dem SPSÜ in Einklang zu bringen.³⁶⁷

Zu (iii) Anforderungen des TBTÜ

Das TBTÜ dient der Vermeidung unnötiger technischer Handelsschranken durch Festlegung z.B. von Produktmerkmalen und Produktionsmethoden. Die juristischen Dienste der Unionsorgane und ein Teil der Literatur halten das TBTÜ nicht für anwendbar.³⁶⁸

Dederer ist der Auffassung, dass Opt-out-Maßnahmen in den Anwendungsbereich des TBT-Abkommen fallen und daher einer entsprechenden wissenschaftlichen Basis bedürfen, ein berechtigtes Ziel verfolgen müssen und nicht handelsbeschränkender als notwendig sein dürfen.³⁶⁹

II. Anzuwendende WTO-Regeln

Das systematische Verhältnis der maßgeblichen welthandelsrechtlichen Vorgaben kann unterschiedlich erschlossen werden.³⁷⁰ Welche WTO-Regeln Anwendung finden, hängt von den Gründen für ein Anbauverbot ab. Stützt dieses sich parallel auf mehrere Gründe – z. B. umweltpolitische und solche der öffentlichen Ordnung – sind ggf. verschiedene WTO-Regeln nebeneinander anzuwenden.³⁷¹ Die anzuwendenden WTO-Regeln und die entsprechende Beurteilung na-

³⁶⁷ Dederer-Gutachten, S. 82 bis 84; zurückhaltender: Herdegen-Gutachten, S. 13 f.

³⁶⁸ Juristischer Dienst des Parlaments, a.a.O., S. 9 (Rn. 38); juristischer Dienst der Kommission, a.a.O., S. 12 (Rn. 54), der sich allerdings ebenfalls auf die frühere Entwurfsfassung der Richtlinie stützt. Vgl. auch *Epiney*, a.a.O., S. 17f.; *Winter/Stoppe-Ramadan*, NuR 2011, 396 (404).

³⁶⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 TBTÜ; Dederer-Gutachten, S. 92 f.; offen gelassen im Herdegen-Gutachten, S. 14.

³⁷⁰ Vgl. *Möhler*, a.a.O., Rn. 135; *Dederer* prüft zuerst das SPSÜ, weil dieses *lex specialis* gegenüber dem GATT sei; ausführlich dazu *Dederer*, Fortentwicklung des Gentechnikrechts, 2010, S. 130 ff.; *Herdegen* beginnt dagegen mit den GATT-Regeln (Gleichbehandlungsgebot) und prüft das SPSÜ vor allem als Rechtfertigungsmaßstab für Beeinträchtigungen, Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 12 ff..

³⁷¹ Vgl. *Dederer*, Weiterentwicklung des Gentechnikrechts – GVO-freie Zonen und sozioökonomische Kriterien für die GVO-Zulassung, 2010, S. 130ff.,

tionaler Maßnahmen hängen von deren Zielsetzung, Begründung und sämtlichen relevanten Umständen ab.³⁷² Die nachfolgende Betrachtung legt entsprechend dem Schwerpunkt des Gutachtens ein großflächiges Anbauverbot für einen GVO vorrangig aus umweltpolitischen Gründen zugrunde.

Die von den juristischen Diensten der Unionsorgane geäußerte Sichtweise, dass nationale Anbaubeschränkungen mit dem SPSÜ und dem TBTÜ von vornherein nicht konfigurieren können, dürfte hier nicht mehr zum Tragen kommen, nachdem die Entwurfsfassung der Richtlinie letztlich geändert wurde und in vorliegenden Gutachten Anbauverbote auf Basis umweltpolitischer Gründe erörtert werden, welche von den juristischen Diensten noch weitgehend ausgeschlossen wurden.³⁷³

Das SPSÜ und der hier relevante allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. III:4 GATT und diesbezüglich die Rechtfertigungsgründe unter Art. XX GATT gelten nebeneinander.³⁷⁴

Sofern ein Anbauverbot als SPSÜ-Maßnahme einzustufen ist, scheidet die Anwendung des TBTÜ aus.³⁷⁵

Wenn das TBTÜ aber anwendbar wäre, käme es gleichfalls – wie beim Gleichbehandlungsgebot des GATT – entscheidend auf die Eingangsfrage an, ob GVO-Saatgut als „gleichartig“ mit konventionellem Saatgut der betreffenden Pflanze anzusehen ist.³⁷⁶

Daher werden im Folgenden zunächst die Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach GATT (III.) und dann die Anwendung und Anforderungen des SPSÜ an ein Anbauverbot erörtert (IV.).

³⁷² Vgl. juristischer Dienst der Kommission, a.a.O., S. 14 (Rd. 64).

³⁷³ Siehe oben unter E.I.

³⁷⁴ Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 12ff.

³⁷⁵ Art. 1 Abs. 5 TBTÜ.

³⁷⁶ Vgl. Dederer-Gutachten, S. 87ff.

III. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot (Art. III: 4 GATT)

1. Ungleichartigkeit von GVO-Saatgut und konventionellem Saatgut

Wie bereits dargelegt, kommt es für die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots entscheidend darauf an, ob der Nachweis geführt werden kann, dass von einem Anbauverbot erfasstes GVO-Saatgut und das konventionelle Saatgut der betreffenden Pflanze nicht „gleichartig“ im Sinne des GATT sind.

Die WTO-Spruchpraxis hat für die Prüfung dieses Merkmals einen mehrstufigen Test entwickelt, in dem relevant sind:

- die physischen Eigenschaften,
- die Verwendungszwecke,
- die Verbrauchergewohnheiten und
- die Zollklassifizierung

der Produkte.³⁷⁷

Wie oben unter C.III.1.c) dargelegt, weisen gentechnisch veränderte Pflanzen spezifische Merkmale auf, die sie von konventionellen oder natürlich vorkommenden Pflanzen unterscheiden.³⁷⁸ Dies gilt für die Fähigkeit zur Übertragung von transgenen Bestandteilen, aber auch für spezifische Eigenschaften der IR- und HT-Pflanzen, die diese von konventionellen Pflanzen unterscheiden. Auf diesem für die Risikobewertung relevanten Unterschied fußt das nationale wie das internationale Recht der „grünen Gentechnik“. Daher wird aller Voraussicht nach gut begründbar sein, dass bereits die physikalischen Produkteigenschaften von GVO-Saatgut einerseits und konventionellem Saatgut andererseits nicht „gleichartig“ sind.

Entscheidende Bedeutung haben ferner die Verbrauchergewohnheiten und

-anschauungen, die auf dem hier relevanten deutschen Markt klar zwi-

³⁷⁷ Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 12.

³⁷⁸ Die Gleichartigkeit deshalb verneinend *Winter/Stoppe/Ramadan*, NuR 2011, 396 (404); *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 88.

schen gentechnisch veränderten Pflanzen, Lebensmitteln und Futtermitteln und konventionellen bzw. biologischen Erzeugnissen unterscheiden.

Zu Recht wird darauf verwiesen, dass die spezielle GVO-Regulierung in der EU wie auch im internationalen Recht Folge und zugleich Ausdruck unterschiedlicher Verbraucheranschauungen bezüglich GVO-Produkten einerseits und herkömmlichen Produkten andererseits ist.³⁷⁹ Zu ergänzen wäre, dass es für genetisch veränderte Lebensmittel in den meisten Mitgliedstaaten wegen der Haltung der Verbraucher nur einen äußerst kleinen Markt für genetisch veränderte Lebensmittel gibt und dass die Lebensmittelwirtschaft erhebliche Anstrengungen unternimmt, um GVO-Anteile in Lebensmitteln auszuschließen. In Deutschland gibt es praktisch keine Lebensmittel aus GVO. Der fast vollständige Verzicht auf GVO-Saatgut in Deutschland – auch in Zeiten, in denen dieses zum Handel und Anbau zugelassen war (Mais MON 810, Stärkekartoffel „Amflora“) – ist auch Ausdruck der entsprechenden, hier maßgeblichen Verbraucheranschauungen.

2. Rechtfertigungsgründe

Eine etwaige Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes – wenn die Verschiedenartigkeit nicht nachgewiesen werden kann – könnte ggf. durch eine zulässige SPS-Maßnahme (dazu s. u., IV.) oder durch einen anderen Ausnahmegrund nach Art. XX GATT gerechtfertigt sein.

Im Hinblick auf die hier relevanten umweltpolitischen Gründe für ein Anbauverbot käme die Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen (Art. XX lit. c GATT) in Betracht. *Herdegen* zieht diesen Rechtfertigungsgrund in Erwägung für den Fall der Auskreuzung oder Verdrängung wilder Arten, lehnt aber ein entsprechendes Risiko bei Mais ab.³⁸⁰ Dieser Rechtfertigungsgrund wird weit verstanden, er erfasst beispielsweise auch Maßnahmen zur Luftreinhaltung.³⁸¹ Dies könnte ein Ansatzpunkt sein, das

³⁷⁹ Vgl. Herdegen-Gutachten, S. 13; skeptischer und letztlich unklar Dederer-Gutachten, S. 89: „.....dürften sich GVO im Verhältnis zu den ihnen korrespondierenden konventionellen Organismen nicht stets als gleichartig qualifizieren lassen.“

³⁸⁰ Herdegen-Gutachten, S. 14.

³⁸¹ Panel Report US – Standards for Gasoline, WT/DS2/R (1996), Rn. 6.37

Ziel der Erhaltung der Natur in ihrer Eigenart in diesem Rechtfertigungsgrund berücksichtigt zu sehen. So könnten – je nach den Umständen eines Anbauverbots für bestimmte GVO – Naturkompartimente, die einem Veränderungs- oder Stressrisiko z. B. durch Transgene ausgesetzt sind, als zu bewahrende Naturressource³⁸² i. S. d. Art. XX lit. c GATT eingestuft werden.

IV. Anwendbarkeit und Anforderungen des SPSÜ

1. Anwendung des SPSÜ

Zu klären ist zunächst der Anwendungsbereich des SPSÜ im Zusammenspiel mit GATT und TBTÜ [a)]. Sodann wird erörtert, ob das SPSÜ sachlich anwendbar ist auf GVO-bezogene Regelungen zum Zwecke des Umweltschutzes [b)] und ob Anbauverbote wegen ihrer ggf. mittelbar handelsbeschränkenden Wirkung eine SPS-Maßnahme sein können [c)].

a) Verhältnis zu GATT und TBTÜ

Das SPSÜ gilt für „gesundheitsschutzpolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen“ (nachfolgend: „SPS-Maßnahmen“), die sich unmittelbar oder mittelbar auf den internationalen Handel auswirken können. Die Anforderungen des SPSÜ an solche Maßnahmen gelten unabhängig vom GATT³⁸³ und sind vorrangig gegenüber den Anforderungen des TBTÜ.³⁸⁴ Zugleich ist das SPSÜ Rechtfertigungsmaßstab im Rahmen der Anwendung des GATT: SPS-Maßnahmen, die dem SPSÜ entsprechen, sind GATT-konform.³⁸⁵

In den einschlägigen Streitbeilegungsverfahren waren besonders die Anforderungen an die wissenschaftliche Basis der Risikobewertung und des Risikomanagements³⁸⁶, das der jeweiligen SPS-Maßnahme zugrunde liegt, problematisch.

³⁸² Siehe zu diesen Risiken und Zielen oben, C. III. 1. c) – e) und 2.

³⁸³ Vgl. *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 10, Rn. 85.

³⁸⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 5 TBTÜ.

³⁸⁵ Vgl. Art. 2.4 SPSÜ.

³⁸⁶ Art. 5 SPSÜ.

b) GVO als Gegenstand von Regelungen zum Umwelt- und Gesundheitsschutz

Das Übereinkommen bezieht sich vor allem auf Maßnahmen zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Tieren oder Pflanzen vor Gefahren, die durch die Einschleppung, das Auftreten oder die Verbreitung von Schädlingen u. ä. entstehen können.³⁸⁷

Das *Panel* (als zuständiges WTO-Streitbeilegungsgremium) hat im Fall *EU-Biotechproducts* die EU-Zulassungsregeln für GVO als SPS-Maßnahmen eingestuft. Mit Blick auf ihren Schutzzweck hat das *Panel* den Zulassungsregeln attestiert, sie bezögen sich auf potentielle „Schädlinge“, „krankheitsverursachende Organismen“, „Verunreinigungen“, „Toxine“ in Lebens- und Futtermitteln wie in Saatgut und fielen deshalb in den Anwendungsbereich des SPSÜ.³⁸⁸

Das *Panel* bezieht neben Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier auch Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und zur Vermeidung von Umweltschäden insgesamt mit in den Anwendungsbereich des SPSÜ ein.³⁸⁹ Diese extensive Auslegung des SPSÜ im Fall *EU-Biotechproducts* im Sinne eines „Abkommens zum Schutz der Umwelt“ wird vielfach kritisiert.³⁹⁰

Legt man das Votum des *Panel* zugrunde und überträgt es auf ein umweltpolitisch begründetes Anbauverbot, so ist von Folgendem auszugehen: Sofern risikorelevante Merkmale von GVO Anlass der Maßnahme sind – z. B. Übertragungsfähigkeit (Verbreitungsrisiko), Toxinexpression u. ä. – bezöge sich die Regelung auf potentielle „Schädlinge“ i. S. d. Anhang A.1 SPSÜ und fielen insoweit in dessen

³⁸⁷ Anhang A 1. a) bis c) SPSÜ.

³⁸⁸ Panel report *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS 291 (2006).

³⁸⁹ Vgl. WT/DS 291/R, Rd. 7.372 f.

³⁹⁰ Vgl. Möhler, in: Krenzler/Hermann/Niestädt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Nr. 40.4., Rd. 134; Dederer-Gutachten, S. 73 f. m.w.N.

Anwendungsbereich. Sofern die Maßnahme zur Abwehr von Gefahren oder Risiken für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt dient, fiele auch der Schutzzweck unter das SPSÜ. Dies dürfte auch für die Verhütung des „Basisrisikos“ im Rahmen der Vorsorge gelten – wohlgemerkt dann, wenn man die extensive, umstrittene Anwendung des SPSÜ durch das *Panel* im Fall *EU-Biotechproducts* zu Grunde legt.

Die Zielsetzung, Natur und ländlichen Raum in seiner Eigenart zu erhalten, sowie Maßnahmen der Umweltgestaltung sind unabhängig von solchen Risiken³⁹¹ und fallen deshalb nicht in den Anwendungsbereich des SPSÜ.³⁹²

c) Anbaubeschränkung als SPS-Maßnahme?

Es stellt sich die Frage, ob eine Anbaubeschränkung auch das weitere Merkmal erfüllt, nämlich eine „Maßnahme“ zu sein, die sich auf den internationalen Handel auswirken kann.³⁹³ Die bisher vor der WTO ausgetragenen Streitigkeiten betrafen Einfuhrbeschränkungen oder Bedingungen für die Vermarktung von Produkten.³⁹⁴ Prominente Streitfälle waren das EU-Einfuhrverbot für mit Hormonen behandelte Rinder und die Zulassungsregeln und das „Moratorium“ für GVO-Produkte in der EU.

Eine Anbaubeschränkung schränkt jedoch nicht den freien Verkehr mit GVO-Saatgut ein³⁹⁵, sondern regelt dessen Verwendung. *Dederer* ist der Auffassung, dass eine solche Anbaubeschränkung wegen ihrer mittelbaren Auswirkung vom SPSÜ erfasst ist. Insofern könne

³⁹¹ S. o., C. III. 2.

³⁹² *Epiney*, a.a.O., S. 10 („Eigenwert“ der Natur; *Winter/Stoppe-Ramadan*, NuR 2011, 396 (404 bei Fn. 68)).

³⁹³ Art. 1 Abs 1 SPSÜ.

³⁹⁴ Vgl. die instruktive Übersicht bei *Möhler* in: Krenzler/Hermann/Niestädt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Ziff. 40, Rn. 129 bis 150 (Stand: 2014).

³⁹⁵ Vgl. ausdrücklich Erwägungsgrund Nr. 16 der Änderungsrichtlinie.

nichts anderes gelten, als im Fall der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV.³⁹⁶

Die Folge einer solchen extensiven Anwendung wäre, dass zahlreiche innerstaatliche Sicherheits- und Schutzvorschriften zum Umgang mit Agrarprodukten am SPSÜ zu messen wären, wenn sie nur mittelbare Auswirkungen auf den internationalen Handel haben könnten. Relevant könnten etwa Vorschriften zur Tierhaltung oder zur guten fachlichen Praxis in der Landwirtschaft sein. Solche Regeln wären dann ggf. an den strengen Anforderungen an wissenschaftliche Nachweise und an die Konsistenz nach dem SPSÜ zu messen.³⁹⁷ Zu Recht wird gegen eine derart extensive Anwendung der WTO-Regeln eingewandt, dass hierdurch letztlich alle raumbezogenen Maßnahmen der Vertragsstaaten am Maßstab dieser Regeln zu messen wären.³⁹⁸ Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, dass eine Opt-out-Maßnahme jeweils auf einen bestimmten GVO und damit spezifisch auf bestimmte Produkte und deren typische Verwendung bezogen sei.³⁹⁹

Auch im welthandelsrechtlichen Schrifttum wird die dem SPSÜ immanente Tendenz zu einer extensiven und problematischen Anwendung kritisch gesehen.⁴⁰⁰

Das SPSÜ bezieht nach Anhang A Nr. 1 in die Definition von SPS-Maßnahmen umfassend „alle einschlägigen Gesetze, Erlasse, Verordnungen, Auflagen und Verfahren, einschließlich Kriterien in Bezug auf das Endprodukt, ferner Verfahren und Produktionsmetho-

³⁹⁶ Dederer-Gutachten, S. 72 – 75. Nach den einschlägigen Kriterien des *EuGH* können auch Verwendungsbeschränkungen als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit hervorrufen. *Kinggren* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 AEUV, Rn. 88, m. w. N.

³⁹⁷ Dazu näher u., III.

³⁹⁸ *Epiney*, a.a.O., S. 27.

³⁹⁹ Dederer-Gutachten, S. 76.

⁴⁰⁰ Vgl. *Peele*, Scope of application of the SPS Agreement: a post-*Biotech* analysis, in: Van Calter/Prevost, Research Handbook on Environment, Health and the WTO, 2013, S. 332 ff.; Vgl. auch Dederer, S. 73 f.

den, Prüf-, Inspektions-, Zertifizierungs- und Genehmigungsverfahren, Quarantänemaßnahmen einschließlich der einschlägigen Vorschriften für die Beförderung von Tieren und Pflanzen, Verfahren der Probenahme und der Risikobewertung“ ein. Diese Definition lässt nicht erkennen, ob neben Regelungen zum Inverkehrbringen, also direkten Handelsbeschränkungen, auch Vorschriften zur Verwendung von Produkten im innerstaatlichen Bereich SPS-Maßnahmen sein können. Das welthandelsrechtliche Schrifttum thematisiert – soweit ersichtlich – diese Frage jedenfalls nicht explizit.⁴⁰¹ In der Literatur betreffend GVO-freie Zonen bzw. Anbauverbote werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, ob solche Regelungen unter das SPSÜ fallen.⁴⁰²

Der systematische Zusammenhang mit dem GATT – insbesondere die Funktion des SPSÜ als Rechtfertigungsstandard⁴⁰³ im Rahmen des GATT – spricht allerdings für die Sichtweise, dass produktbezogene Verwendungsregeln als SPS-Maßnahme eingestuft werden können. So bezieht sich das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. III: 1 GAT ausdrücklich auch auf Vorschriften über die „Verwendung“ von Waren im Inland.⁴⁰⁴

Andererseits ist bei der Bestimmung des SPSÜ-Anwendungsbereichs der systematische Zusammenhang mit dem TBTÜ zu berücksichtigen, das gleichfalls produktbezogene Anforderungen zum Zwecke des Umwelt- und Gesundheitsschutzes erfasst (z. B. Kennzeichnungsregeln). So sind nach Darstellung von *Herdegen* die ver-

⁴⁰¹ Vgl. *Wolfrum/Stolz/Pohr*, WTO/Technical barriers and SPS measures, 2007, betonen in ihrem umfangreichen Werk zwar vielfach den weiten Anwendungsbereich des SPSÜ – Vgl. z. B. zu Art. 1 SPS Rn. 1 bis 3 und Rn. 21, 28 etc., gehen auf Regeln, die nicht die Vermarktung, sondern die Verwendung von Produkten betreffen, allerdings nicht ein. Das *Herdegen*-Gutachten geht implizit davon aus, dass Anbaubeschränkungen als SPS-Maßnahme einstufen ist, Vgl. dort, S 13.

⁴⁰² Dafür: *Dederer*-Gutachten, S. 71 ff.; starke Zweifel an der Anwendbarkeit haben *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 73 ff.; *Epiney*, a.a.O., S. 10 f.

⁴⁰³ *Herdegen*-Gutachten, S. 13.

⁴⁰⁴ Vgl. auch Art. III:4 als weitere verwendungsbezogene GATT-Regel; dazu Vgl. *Wolfrum/Stoll/Pohr*, a. a. O., Art. III GATT 1994, Rn. 82 ff. 89 ff.

gleichsweisen hohen Anforderungen des SPSÜ (vor allem an dem wissenschaftlichen Nachweis) im Vergleich zum TBTÜ darin begründet, dass die vom SPSÜ erfassten Handelsbeschränkungen „den Marktzugang eines Produkts an sich hindern“, während die technischen Standards im Sinne des TBTÜ eine weitaus geringere Bedrohung des internationalen Handels seien.⁴⁰⁵

Allerdings wird man einräumen müssen, dass ein bundesweites Anbauverbot faktisch wie eine Marktzugangsschranke für das betreffende GVO-Saatgut wirken würde.

Angesichts der Tendenz der WTO-Streitbeilegungsgremien zu einem extensiven Grundverständnis des SPSÜ und angesichts der dezidierten Produktbezogenheit einer Anbaubeschränkung für bestimmte GVO ist es nicht unwahrscheinlich, dass im Falle eines WTO-Streits das SPSÜ auch auf ein GVO- Anbauverbot angewendet werden wird, soweit dieses der Vermeidung von Umweltrisiken dient.

Es käme dann entscheidend auf die Frage an, ob eine solche Verwendungsbeschränkung mittelbare Auswirkungen auf den internationalen Handel im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 SPSÜ haben kann. Nach dem allgemein im Rahmen des GATT und des SPSÜ zugrunde gelegten Maßstab⁴⁰⁶ erscheint es durchaus möglich, dass die faktischen Auswirkungen eines großräumigen Anbauverbots auf den Handel mit dem betreffenden GVO-Saatgut zu einer Beeinträchtigung des internationalen Handels führen kann, wenn der jeweilige GVO international gehandelt wird.

2. Wissenschaftliche Fundierung

In den bisher von den WTO-Streitbeilegungsgremien entschiedenen Fällen⁴⁰⁷ hatten die Vertragsstaaten, die dem Vorwurf unzulässiger SPS-

⁴⁰⁵ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, a.a.O., § 10, Rn. 94.

⁴⁰⁶ Vgl. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 51 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. die Übersicht bei Möhler, in: Krenzler/Hermann/Miestedt, a.a.O., Rn. 129.

Maßnahmen ausgesetzt waren, jeweils erhebliche Schwierigkeiten, die Anforderungen an die wissenschaftliche Fundierung des Maßnahmekonzepts zu erfüllen. Der EU ist dies weder im *Hormonfall*, noch im *Biotechfall* gelungen. Die Feststellung eines Verstoßes gegen das SPSÜ durch das *Panel*/im EU-Fall *Biotech* ist allerdings nicht so zu verstehen, dass der EU die wissenschaftliche Rechtfertigung ihrer GVO-Zulassungsregeln nicht gelungen wäre, da der Verstoß lediglich in der Verzögerung von Zulassungen (Moratorium) und in unberechtigten Schutzmaßnahmen mehrerer Mitgliedstaaten gesehen wurde.⁴⁰⁸

Wird eine GVO-Anbaubeschränkung als SPS-Maßnahme eingestuft, dann muss diese auf wissenschaftlichen Grundsätzen beruhen, nämlich auf einer den Umständen angepassten Bewertung der Gefahren für das Leben und die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen.⁴⁰⁹ Diese Risikobewertung und die aus ihr zu ziehenden Schlussfolgerungen für SPS-Maßnahmen sind Art. 5 Abs. 1 bis Abs. 8 SPSÜ geregelt und durch die umfangreiche Spruchpraxis der WTO-Streitbeilegungsgremien weiter konkretisiert worden.

Danach ist zusammenfassend von folgenden Grundsätzen auszugehen⁴¹⁰:

- Die Vertragsstaaten müssen das angestrebte **Schutzniveau** explizit **festlegen**
- Es ist eine **objektive Risikobewertung** auf Basis aller maßgeblichen wissenschaftlichen Erkenntnisse erforderlich, das **Risiko** muss **bestimmbar** sein und sich auf einen spezifischen Sachverhalt beziehen, es muss jedoch **nicht unbedingt quantifizierbar** sein.
- Ein **rein theoretisches Risiko** genügt nicht. Neben naturwissenschaftlich überprüfbaren Faktoren können auch andere Faktoren mit berücksichtigt werden (das „in menschlichen Gesellschaften tatsächlich existierende Risiko“).

⁴⁰⁸ IC-Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS 291.

⁴⁰⁹ Art. 2. Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 SPSÜ.

⁴¹⁰ Ausführlicher Dederer-Gutachten, S. 79 ff.; Möhler, a. a. O., Rn. 137 – 141, Wolfrum/Stoll/Pohr, a. a. O., Kommentierung zu Art. 5 SPS.

- Die **Risikobewertung** muss sich an dem angestrebten **Schutzniveau** orientieren
- Zu Spielräumen der Vertragsstaaten:
 - Bei der **Festlegung** des Schutzniveaus sind die Vertragsstaaten **grundsätzlich frei**; auch ein „Null-Risiko“ kann festgelegt werden.⁴¹¹
 - Die Vertragsstaaten haben **keinen Bewertungsspielraum** bei der Risikobewertung, die WTO-Streitbeilegungsgremien **prüfen die Risikobewertung** eines Mitglieds im Einzelnen.
 - Allerdings kann sich die Risikobewertung auch auf **Minderheitsmeinungen** stützen, soweit diese von **qualifizierten** und **respektierten** Wissenschaftlern vertreten werden.
 - Es wird keine Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement gemacht (die Vertragsstaaten werden also keinen Spielraum im Bereich des Risikomanagements im unionsrechtlichen Sinne haben).⁴¹²
- Notwendigkeit (**Erforderlichkeit**) der Maßnahmen und **Angemessenheit**: Die Maßnahmen müssen auf der Risikobewertung „beruhen“⁴¹³, die Maßnahme muss sich durch die Risikobewertung vernünftigerweise rechtfertigen lassen⁴¹⁴; wenn eine alternative SPS-Maßnahme verfügbar ist, die das angestrebte angemessene Schutzniveau ebenso erreicht und wesentlich weniger handelsbeschränkend ist, gilt die ergriffene SPS-Maßnahme als nicht notwendig.⁴¹⁵
- Das **Vorsorgeprinzip** kann nur für Umweltrisiken zur Rechtfertigung vorübergehender Maßnahmen nach Art. 5 Abs. 7 SPSÜ (betreffend Fälle, in denen das einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht);

⁴¹¹ Allerdings könnten die Kriterien für die Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit (dazu sogleich im Text) auch so zu verstehen sein, dass die Festlegung des Schutzniveaus bei erheblich handelsbeschränkenden Maßnahmen einer Angemessenheitsprüfung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane unterworfen wird.

⁴¹² Siehe dazu oben, C.III.1.c).

⁴¹³ Art. 5 Abs. 1 SPSÜ.

⁴¹⁴ Vgl. *Möhler*, in: Krenzler/Hermann/Miestedt, a.a.O., Rn. 137 f.

⁴¹⁵ Spruchpraxis des Appellate Body (Berufungsinstanz im WTO-Streitschlichtungsmechanismus), z.B. WT/DS18/AB/R, Australia Importation Salmon, Rn. 194.

- das **Cartagena-Protokoll** wird nicht zur Auslegung des SPSÜ herangezogen (USA gehört nicht zu den Vertragsstaaten).
- Die Festlegung des Schutzniveaus und die Maßnahmen selbst müssen **folgerichtig** sein, also auch für vergleichbare Produkte gelten (**Konsistenz**).

Die Anwendung des SPSÜ unterstellt, müsste für ein großflächiges, ggf. bundesweites Anbauverbot aus umweltpolitischen Gründen ein in sich schlüssiges, wissenschaftlich fundiertes Gesamtkonzept erstellt werden. Von Bedeutung erscheinen insbesondere folgende Gesichtspunkte:

- Als **Schutzniveau** müsste zur Begründung eines bundesweiten Anbauverbots wahrscheinlich explizit das „Null-Risiko“ festgelegt werden; dies lässt das SPSÜ zu.
- Die Annahme eines „Basis-Risikos“ sowie darüber hinausgehender Risiken muss sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse über tatsächliche Risiken stützen (hypothetische Risiken genügen nicht). Eine solche wissenschaftliche Begründung wäre GVO- bzw. Pflanzen spezifisch zu erbringen und könnte für die Aspekte Gentransfer, Ausbreitungsrisiko, Persistenz in der Umwelt u. ä. gelingen.⁴¹⁶
- Erkenntnislücken rechtfertigen wohl nur vorläufige Maßnahmen (verbunden mit zusätzlichen prozeduralen Pflichten, vgl. Art. 5 Abs. 7 SPS).
- **Erforderlichkeit:** Es ist dezidiert zu prüfen und zu begründen, warum Anbaubeschränkungen oder regionale Anbauverbote nicht ausreichen, um die relevanten Risiken zu verhindern.⁴¹⁷
- **Konsistenz:** Mögliche Wertungswidersprüche zur weiterhin zulässigen Freisetzung von GVO zu Forschungszwecken sind zu bedenken; soweit toxische Wirkungen von GVO-Pflanzen zur Begründung herangezogen werden, wären die vorhandenen Unterschiede zu stofflich vergleichbaren Insektiziden hervorzuheben, um Inkonsistenzen

⁴¹⁶ Vgl. im Einzelnen o., C. III. 1. c).

⁴¹⁷ Es bestehen entsprechende Begründungsansätze für bundesweit relevante umweltpolitische Ziele, s. o., D. I. 4. a) und b).

zum weiterhin zulässigen Einsatz von stofflich vergleichbaren Insektiziden auszuräumen.⁴¹⁸

- **Verhältnismäßigkeit:** Es ist eine Gewichtung und Abwägung zwischen den Risiken und den Auswirkungen eines bundesweiten Anbauverbots (als der im nationalen Rahmen schärfsten in Betracht kommenden Maßnahme) auf den internationalen Handel sowie eine Begründung der Verhältnismäßigkeit erforderlich.

V. Fazit

Nationale Opt-out-Maßnahmen können zu den gleichen Auseinandersetzungen über Risikobewertung, Vorsorge und Risikomanagement vor der WTO führen, wie sie bereits aus anderen Streitigkeiten geläufig sind (insbesondere im *Hormon-Fall* und im *Biotechproduct-Fall*). Die dort aufgetretenen grundlegenden methodischen Differenzen zwischen der EU und den Vereinigten Staaten sowie anderen Vertragsstaaten – z. B. der unterschiedliche Umgang mit Restrisiken und die Einstufung der Gentechnik als Risikotechnologie durch das Unionsrecht⁴¹⁹ – sind nicht ausgeräumt und werden auf absehbare Zeit weiter existieren.

Ein möglicher WTO-Streit um nationale Anbaubeschränkungen würde allerdings eine Zuspitzung bringen, weil die WTO-Gremien über Maßnahmen zu befinden hätten, die weder als Einfuhrbeschränkung, noch als produktbezogene Vermarktungsbedingungen einzustufen sind, sondern innerstaatliche Regeln zum Umgang bzw. zur Verwendung von Produkten.

Eine (extensive) Anwendung des SPSÜ auf solche innerstaatlichen Regelungen zum Umweltschutz würde erhebliche Inkonsistenzen im WTO-Recht aufdecken. Die strengen Anforderungen an Wissenschaftlichkeit, Konsistenz und Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen nach dem SPSÜ könnten im Ergebnis für elementare innerstaatliche Sicherheitsanforderungen gelten und vorsorgeorientierte Regeln für die Verwendung von Produkten aushebeln. Andere Rechtfertigungs-

⁴¹⁸ Zu den Unterschieden zwischen Insektiziden GVO-Pflanzen und herkömmlichen Pflanzenschutzmitteln als Grundlage für differenzierende Regelungen s. o., C. I. 1. c), cc).

⁴¹⁹ Instrukтив zu den methodischen Differenzen USA – EU *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 12 ff. und 24 ff.

gründe – wie z. B. an Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, des nationalen Kulturguts oder zur Erhaltung nationaler Rohstoffvorräte (vgl. Art. XX a), f), g) i) unterliegen dagegen nicht derart strengen Rechtfertigungsstandards, insbesondere an die Wissenschaftlichkeit.

Wie im Fall *Biotechproducts*, würde im Zentrum einer WTO-Auseinandersetzung wahrscheinlich wieder die Frage stehen, ob es gerechtfertigt ist, GVO-Produkte wegen der im Unionsrecht wie von den Unionsbürgern überwiegend angenommenen Andersartigkeit gegenüber konventionellen Produkten besonderen Regeln und einem spezifischen Risikomanagement zu unterwerfen.

Die Kommission hätte im Rahmen ihrer Kompetenzen im Streitfall die von einem Mitgliedstaat ergriffene Opt-out-Maßnahme vor der WTO zu verteidigen. Es wird der Union also wahrscheinlich nichts anderes übrig bleiben, als ihre Sichtweise und Maßstäbe im Zuge eines möglichen WTO-Streits weiter zu vertreten und einer extensiven Anwendung des SPSÜ auf innerstaatliche Verwendungsregeln entgegenzutreten. Den Mitgliedstaaten bleibt einstweilen die Aufgabe, mögliche Konflikte mit dem WTO-Recht durch eine entsprechende Begründung und Ausgestaltung des Opt-out-Konzepts zu verringern.

Da eine Anwendung des SPSÜ auf ein bundesweites Anbauverbot im Falle eines WTO-Streits nicht unwahrscheinlich wäre (s. o., IV.1.), sollte vorsorglich eine wissenschaftliche Basis geschaffen und ein entsprechendes schlüssiges Risikomanagementkonzept entwickelt werden. Aus jetziger Sicht ist nicht sicher vorherzusehen, ob eine insofern optimal durchgeführte und dargestellte Risikobewertung und ein optimal ausgestaltetes Maßnahmenkonzept im Falle eines WTO-Streits von den Streitbeilegungsgremien akzeptiert werden würde.

Das Konfliktpotenzial mit dem WTO-Recht lässt sich deutlich verringern, wenn ein Anbauverbot nicht ausschließlich auf Risiken für die Umwelt, sondern auch auf die Erhaltung der Natur in ihrer eigenen Art⁴²⁰ und auf die Unterstützung naturnaher Landwirtschaft (sozioökonomische Auswirkungen, Verhinderung

⁴²⁰ S. o., C.III.2.

von GVO in anderen Produkten)⁴²¹ gestützt wird. Diese Gründe für ein Anbauverbot sind nicht am SPSÜ zu messen.⁴²²

Wird ein Anbauverbot ergänzend auf solche Gründe gestützt, so sind hierauf das GATT und ggf. das TBTÜ anzuwenden, wenn der internationale Handel beeinträchtigt werden kann. Es wird dann aber voraussichtlich dargelegt werden können, dass das betreffende GVO-Saatgut und das entsprechende konventionelle Saatgut keine „gleichartigen“ Waren sind, so dass eine Verletzung der GATT-Regeln ausscheiden dürfte.⁴²³

F. Aufforderung zur Anpassung des geografischen Geltungsbereiches in Phase 1

In Phase 1 kann ein Mitgliedstaat den Antragsteller auffordern, den Geltungsbereich der Zulassung räumlich einzuschränken. Widerspricht dieser der Beschränkung nicht, wird der Geltungsbereich der Zulassung entsprechend beschränkt.⁴²⁴

Dazu prüfen wir, ob und inwieweit eine solche Aufforderung eines Mitgliedstaats ähnlichen Rechtfertigungs-, Verhältnismäßigkeits- und Begründungsanforderungen unterliegt wie ein gesetzliches Verbot (I.). Ferner untersuchen wir, ob ein Unternehmen, das den Geltungsbereich seines Antrags begrenzt hat, jederzeit einen neuen Antrag stellen kann, um den Geltungsbereich wieder zu erweitern (II.).

I. Voraussetzungen einer Aufforderung in Phase 1

Der Wortlaut der Änderungsrichtlinie stellt keine Voraussetzungen für eine Aufforderung zur Beschränkung des Geltungsbereichs der Zulassung durch einen Mitgliedstaat auf.⁴²⁵

⁴²¹ S. o., C.III.3.

⁴²² Vgl. *Epiney*, a.a.O., S. 10 f.; *Wagner/Volgger*, a.a.O., S. 65; *Winter/Stoppe-Ramadan*, NUR 2011, 396 (397) zur Erhaltung des „Eigenwerts der Natur“.

⁴²³ Dazu s. o., III.

⁴²⁴ Art. 26b Abs. 1 und 2 der Richtlinie.

⁴²⁵ Art. 26b Abs. 1 und 2 der Richtlinie.

Allerdings leitet *Dederer* aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ab, dass eine Aufforderung zur Beschränkung des geografischen Geltungsbereichs nur erfolgen darf, wenn sie auf die in der Richtlinie genannten zwingenden Gründe gestützt und insoweit begründet wird. Anderenfalls würde der Antragsteller der Willkür staatlicher Gewalt ausgeliefert, was mit dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Willkürverbot nicht vereinbar wäre. Deshalb müsse aus rechtsstaatlicher Sicht jedenfalls auf nationaler Ebene die Aufforderung in Phase 1 ebenso an zwingende Gründe gebunden werden, wie sie eigentlich erst in der zweiten Phase geltend zu machen sind.⁴²⁶

Damit verlangt *Dederer*, dass ein nationales Umsetzungsgesetz die Voraussetzungen einer Aufforderung in Phase 1 näher bestimmt und eine solche Aufforderung mit einer Begründung versehen werden muss. Das leitet er sowohl aus dem unionsrechtlichen als auch aus dem nationalen bundesdeutschen Rechtsstaatsgebot mit seinen Ausprägungen als Bestimmtheitsgebot und als Willkürverbot ab.

Das Bestimmtheitsgebot und das Willkürverbot dienen als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips dazu, den Bürger vor willkürlichen staatlichen Eingriffen zu bewahren. Staatliche Eingriffe in Grundrechte müssen hinreichend bestimmt sein, so dass der Bürger sein Verhalten nach den staatlichen Regelungen ausrichten kann und nicht Gefahr läuft, wegen unklarer Regelungen Dispositionen zu ergreifen oder Sanktionen ausgesetzt zu werden, weil der Regelungsinhalt für den Normadressaten nicht erkennbar ist.⁴²⁷

Die Aufforderung des Mitgliedstaats in Phase 1 ist als solche indes keine einseitige hoheitliche Maßnahme, durch die in Grundrechte eingegriffen wird. Vorgeesehen ist vielmehr eine normersetzende einvernehmliche Regelung. Die Aufforderung soll allerdings Rechtswirkungen zu Lasten des Antragstellers entfalten, wenn dieser nicht widerspricht. Insofern ergibt sich die Rechtswirkung aber aus der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung, dass der geografische Geltungsbe-

⁴²⁶ S. 63 f. des *Dederer*- Gutachtens.

⁴²⁷ Vgl. nur zum Bestimmtheitsgrundsatz *Jarass*, GrCh, 2010, Art. 52, Rn. 29 m.w.N.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20, Rn. 57 ff. m.w.N.

reich der Zulassung auch dann eingeschränkt wird, wenn der Antragsteller auf die Aufforderung nicht reagiert.⁴²⁸

Dem Antragsteller steht die Entscheidung, ob er eine Einschränkung des räumlichen Geltungsbereiches der Zulassung akzeptiert, völlig frei. Ein Widerspruch des Antragstellers gegen eine solche Beschränkung hat keinerlei negative Auswirkungen für ihn. Die Möglichkeit des Mitgliedstaates, im Falle eines Widerspruches des Antragstellers in Phase 2 hoheitliche Anbauverbote zu erlassen, besteht auch ohne eine vorherige Aufforderung zur Anpassung des Geltungsbereichs der Zulassung. Außerdem dürfen Beschränkungen oder Verbote in Phase 2 nicht willkürlich erlassen werden, sondern unterliegen uneingeschränkt rechtsstaatlichen Anforderungen und gerichtlicher Kontrolle.

Ein Eingriff in Grundrechte dürfte allerdings darin liegen, dass der Gesetzgeber an das bloße Schweigen des Antragstellers auf eine entsprechende Aufforderung die Rechtsfolge knüpft, dass der Zulassungsumfang eingeschränkt wird. Im nationalen Recht ist eine entsprechende gesetzliche Regelung erforderlich für in Deutschland geführte Verfahren über Inverkehrbringensgenehmigungen nach dem Gentechnikgesetz. Nur in diesen Zulassungsverfahren richtet sich die Wirkung des Schweigens nach deutschem Recht.

Derzeit sind, soweit hier bekannt, vor allem Zulassungsverfahren im Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1829/2003 anhängig. Insoweit ergibt sich die gesetzliche Grundlage für die Bewertung eines Schweigens des Antragstellers unmittelbar aus der Änderungsrichtlinie i.V.m. der Verordnung.⁴²⁹ Insofern ist zweifelhaft, ob diese – als Richtlinie – geeignet ist, Rechtswirkungen zu Lasten eines Antragstellers zu entfalten, da sie nur an die Mitgliedstaaten gerichtet ist und – anders als eine Verordnung – keine allgemeine Geltung auch unmittelbar für Unionsbürger entfaltet.⁴³⁰ Ein diesbezügliches Defizit könnte aber durch den deutschen Gesetzgeber ohnehin nicht geheilt werden.

⁴²⁸ Vgl. Art. 26 b Abs. 2 Satz 2 und Art. 26 c Abs. 2 und Abs. 3 der Richtlinie.

⁴²⁹ Art. 26 b Abs. 2 Satz 2 und Art. 26 c Abs. 2 der Richtlinie.

⁴³⁰ Vgl. den letzten Satz der Änderungsrichtlinie und Art. 288 AEUV. Der *EuGH* geht prinzipiell von der Möglichkeit aus, dass auch Richtlinien allgemeine Geltung entfalten können, vgl. *EuGH*, Ur. v. 29.06.1993, Rs. C-298/89, *Gibraltar*, Slg. 1993 I-3605, Rn. 16, m.w.N. Ur. v. 22.02.1984, Rs. 70/83, *Kloppenburg*, Slg. 1984, 1075, Rn. 11, und Beschl. v. 13.07.1988, Rs. 160/88 R, *Fédération euro-*

Entsprechendes gilt für etwaige anhängige Zulassungsverfahren nach der Richtlinie in anderen EU-Mitgliedstaaten. Auch dort hängt die Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage für eine Beschränkung des Geltungsbereichs der Anbauzulassung auf Grundlage eines bloßen Schweigens des Antragstellers vom jeweiligen innerstaatlichen Recht bzw. von Vorgaben der Unionsgrundrechte ab.

Es ist ferner rechtsstaatlich unbedenklich, wenn die Mitgliedstaaten nicht gesetzlich verpflichtet werden, ihre Aufforderung zu begründen. Auch hier ergibt sich aus dem notwendigen konsensualen Handeln, dass eine Begründung letztlich der Dispositionsfreiheit der Beteiligten unterliegt. Allerdings wäre es ratsam, in der Aufforderung auf die rechtlichen Grundlagen und die Rechtsfolgen der verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten (Bestätigung, Widerspruch, Schweigen) hinzuweisen.

Aus Sicht des Mitgliedstaates kann es zweckmäßig sein, eine Aufforderung weiter zu begründen, um dem Antragsteller zu verdeutlichen, dass er im Falle eines Widerspruches auf den Erlass eines hinreichend begründeten Anbauverbotes vorbereitet ist. Umgekehrt ist eine ausführliche Begründung entbehrlich, wenn der Mitgliedstaat weiß, dass der Antragsteller ohnehin zu einer Beschränkung seines Antrages bereit ist.

Der Antragsteller wiederum wird durch eine unbegründete Aufforderung nicht schlechter gestellt, als wenn eine solche Aufforderung unterbliebe. Auch dann müsste er mit einem Anbauverbot rechnen, ohne die Tragfähigkeit der Begründung vorher abschätzen zu können.

Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, den Antragsteller zu einer Anpassung aufzufordern, eröffnet diesem die Chance, den Erlass solcher Anbauverbote zu verhindern, ohne sein Recht zu beschränken, einer Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der Zulassung zu widersprechen und gegen ein von ihm für unzulässig gehaltenes Verbot gerichtlich vorzugehen. Dieses Vorgehen kann für den Antragsteller insoweit große praktische Bedeutung haben, als Verbote oder

péenne de la santé animale u. a./Rat, Slg. 1988, 4121, Rn. 28 ; hierzu ferner *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, 7. Aufl. 2015, Art. 263 AEUV Rn. 94 ff. zur Frage der Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage gegen eine Richtlinienbestimmung.

Beschränkungen eines Mitgliedstaates Vorbildwirkung für andere Mitgliedstaaten haben können. Das gilt insbesondere dann, wenn solche Beschränkungen gerichtlich bestätigt werden.

Ein derart konsensuales Vorgehen staatlicher Behörden und Wirtschaftsteilnehmer durch einvernehmliche Regelungen jenseits einseitiger hoheitlicher Regelungen und der dafür geltenden Beschränkungen ist gerade im Bereich des Umweltrechts in vielfachen Ausprägungen gängige Staatspraxis.⁴³¹ Das Bundesverfassungsgericht hat konsensuales und informales Vorgehen in unterschiedlichen Zusammenhängen gebilligt und unterstützt.⁴³²

Aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Willkürverbot folgt deshalb keine Verpflichtung, die Aufforderung in Phase 1 auf zwingende Gründe zu stützen und zu begründen. Das Willkürverbot steht allenfalls – entsprechend seinem Bedeutungsgehalt – willkürlichen Aufforderungen in Phase 1 entgegen, die etwa durch völlig sachfremde Gründe motiviert wären.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen konsensuales Vorgehen werden im Allgemeinen nicht in Bezug auf Grundrechte der daran Beteiligten geltend gemacht, sondern vielmehr im Hinblick auf fehlende Transparenz und Beteiligung Dritter, etwa in Bezug auf Beteiligungsrechte des Parlaments.⁴³³ Insoweit bleibt es aber dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, im Rahmen der nationalen Umsetzung des Opt-out Vorgaben für eine Aufforderung in Phase 1 zu regeln.

II. Spätere Erweiterungsanträge

Hat der Antragsteller auf Grundlage der Aufforderung eines Mitgliedstaates die Beschränkungen des räumlichen Geltungsbereiches seiner Zulassung akzeptiert, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Beschränkung später wieder aufgehoben werden kann.

⁴³¹ Vgl. zum Kooperationsprinzip allgemein und zu kooperativen Instrumenten im Besonderen nur *Kloepfer*, UmweltR, 3. Aufl. 2004, § 4, Rn. 56 ff. und § 5, Rn. 480 ff.

⁴³² So zur kommunalen Verpackungssteuer *BVerfG*, Urt. v. 16.12.1997, 2 BvR 1991, 2004/95, BVerfGE 98, 106, 120 ff.; ferner zum Atomkonsens 2001 *BVerfG*, Urt. v. 19.02.2002, 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249, 265 ff., 270 ff.

⁴³³ Vgl. nur *Kloepfer*, a.a.O., § 5, Rn. 519 m.w.N.

Die Änderungsrichtlinie trifft insoweit eine gesonderte Regelung, wenn der Mitgliedstaat später doch in den Geltungsbereich der Zulassung aufgenommen werden will. Dafür genügt es, wenn der Mitgliedstaat ein entsprechendes Ersuchen an die zuständige Behörde stellt. Diese hat dann den räumlichen Geltungsbereich der Zustimmung entsprechend anzupassen.⁴³⁴

Die Richtlinie trifft dagegen keine Regelung für den Fall, dass ein Antragsteller später die Erstreckung der Zulassung auch auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates beantragt.

Insoweit sind unterschiedliche Konstellationen denkbar: Ein Erweiterungsantrag kann nach einem längeren Zeitraum und ggf. aufgrund von geänderten Rahmenbedingungen erfolgen (z.B. geänderte politische oder gesellschaftliche Umstände, geänderte Nachfrage). Ein Unternehmen kann aber auch gezielt die Strategie verfolgen, zunächst alle entsprechenden Aufforderungen von Mitgliedstaaten zu akzeptieren, um dadurch eine Befürwortung des Zulassungsantrages durch die betreffenden Mitgliedstaaten im harmonisierten Zulassungsverfahren zu begünstigen oder jedenfalls eine Ablehnung durch diese Mitgliedstaaten zu verhindern. Wenn dies gelungen und der GVO erst einmal zugelassen ist, kann das Unternehmen dann mit entsprechenden Erweiterungsanträgen versuchen, den räumlichen Geltungsbereich seiner Zulassung sukzessive auszudehnen.

Da die Richtlinie hierzu keine besondere Regelung trifft, liegt es zunächst nahe, einen Erweiterungsantrag wie einen Antrag auf Änderung oder Erneuerung der Zulassung zu behandeln. Dann würde sich zunächst die Frage stellen, ob dafür eine erneute inhaltliche Prüfung (Umweltverträglichkeitsprüfung / wissenschaftliche Risikobewertung und Risikomanagemententscheidung) erforderlich ist.

Dagegen spricht, dass im Falle des Antrags eines Mitgliedstaates beides nicht erforderlich ist. Dafür spricht, dass im Rahmen einer Änderungsgenehmigung im Umfang der Änderung jeweils auf den aktuellsten Stand der Wissenschaft

⁴³⁴ Art. 26 b Abs. 5 der Richtlinie.

abzustellen ist. Deshalb müssten in Bezug auf den Erweiterungsantrag etwaige nachträgliche Erkenntnisse seit dem ursprünglichen Zulassungsverfahren berücksichtigt werden.

Ferner liegt es nahe, dass die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der Zulassung im Rahmen der Risikomanagemententscheidung des ursprünglichen Zulassungsverfahrens berücksichtigt worden ist. Deshalb kann es notwendig sein, im Rahmen einer Entscheidung über die Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eine erneute Risikomanagemententscheidung hinsichtlich des Erweiterungsantrages zu treffen.

Hier stellt sich allerdings die schwierige Frage, ob und inwieweit diese ergänzende Risikomanagemententscheidung im harmonisierten Zulassungsverfahren von den Unionsorganen (insbesondere der Vertreter aller Mitgliedstaaten im Regelungsausschuss) zu treffen ist oder ob sie ausschließlich einer dann möglichen mitgliedstaatlichen Entscheidung über nationale Anbauverbote oder -beschränkungen in Phase 2 vorbehalten ist.

Gegen eine erneute Risikomanagemententscheidung der Unionsorgane spricht, dass eine solche auch im Falle eines Ersuchens eines Mitgliedsstaates nicht erfolgt.⁴³⁵ Dem lässt sich entgegenhalten, dass der Mitgliedstaat im Falle eines eigenen Ersuchens die Möglichkeit hat, im Vorfeld zu prüfen und zu entscheiden, ob er die bereits vorliegende Risikomanagemententscheidung der Unionsorgane akzeptiert, was bei einem Erweiterungsantrag des Antragstellers nicht der Fall ist.

Alternativ könnte die Richtlinie so ausgelegt werden, dass sie eine abschließende Regelung trifft und der Antragsteller deshalb an eine Beschränkung des Geltungsbereichs seiner Zulassung dauerhaft gebunden ist. Der Zulassungsinhaber könnte eine Erweiterung der Zulassung dann nur erwirken, indem er den betreffenden Mitgliedstaat dazu bewegt, um die Erweiterung der Zulassung zu ersuchen.

⁴³⁵ Art. 26 b Abs. 5 der Richtlinie.

Für diese Auslegung spricht zunächst, dass die Richtlinie für eine Erweiterung des Geltungsbereichs der Zulassung auf Initiative des Mitgliedstaates eine Regelung getroffen hat. Das Unterlassen einer entsprechenden Regelung für eine Erweiterung auf Initiative des Zulassungsinhabers kann deshalb als beredtes Schweigen im Sinne einer bewussten Entscheidung gegen eine solche Möglichkeit ausgelegt werden. Dafür spricht ferner die berechnete Erwartung eines Mitgliedstaates, dass die im Wege eines einvernehmlichen Handelns zum Ausdruck gekommene Bereitschaft eines Antragstellers zur Beschränkung seines Antrags Bestand hat und nicht durch einen Erweiterungsantrag nach Erteilung der Zulassung jederzeit einseitig aufgekündigt werden kann.

Gegen diese Auslegung spricht wiederum das berechnete Interesse des Zulassungsinhabers, zu einem späteren Zeitpunkt veränderten Rahmenbedingungen durch einen Erweiterungsantrag Rechnung tragen zu können. Außerdem ist fraglich, ob ein Unternehmen bereit sein wird, eine derartige dauerhafte Beschränkung zu akzeptieren, zumal es nicht einmal wissen kann, ob und ggf. wann die Mitgliedstaaten, die nicht zu einer Beschränkung aufgefordert haben, von der Möglichkeit zum Erlass von Anbauverböten in Phase 2 Gebrauch machen werden.

Wir neigen im Ergebnis eher zur zweiten Auffassung, wonach eine einmal erfolgte Beschränkung nur durch das Ersuchen des Mitgliedstaates aufgehoben werden kann. Ausschlaggebend dafür ist neben den bereits genannten Argumenten, dass die freiwillige Beschränkung in Phase 1 eine funktionale Alternative zu einem Anbauverbot in Phase 2 darstellt und auch ein Anbauverbot in Phase 2 ausschließlich der Disposition des Mitgliedstaates unterfällt. Hier wäre gegebenenfalls eine vertiefte Prüfung erforderlich, die im Rahmen dieses Gutachtens nicht geleistet werden kann.