

nicht mehr gesprochen werden, wenn eine Variante auf ein anderes Projekt hinausläuft, wie das namentlich der Fall ist, wenn ein mit dem Vorhaben verbundenes wesentliches Ziel mit einer Alternative nicht erreicht werden kann.⁶⁷

Als Alternativen kommen z. B. andere Orte, Größenordnungen oder Prozesse in Betracht.⁶⁸

3.4 Minimierungspflicht

Sodann sind nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 WHG alle praktisch geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern. Es geht darum, die Auswirkungen auf den Gewässerzustand des betroffenen Wasserkörpers so gering wie möglich zu halten. Diese Verpflichtung steht indes unter dem Vorbehalt der technischen Durchführbarkeit und Verhältnismäßigkeit.⁶⁹ Sie ist mit dem Vermeidungsgebot des § 15 Abs. 1 BNatSchG zu vergleichen.⁷⁰

4. Fazit

Es kann folglich festgehalten werden, dass der EuGH mit Urteil vom 1.7.2015 zum einen klar gestellt hat, dass die wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele des Art. 4 Abs. 1 WRRL in ihrer innerstaatlichen Umsetzung striktes Recht sind und nicht nur Vorgaben für die Abwägung im Rahmen der Maßnahmen- und Bewirtschaftungsplanung enthalten. Des Weiteren hat der EuGH der bislang nicht nur in Deutschland herrschenden Zustandsklassentheorie im Hinblick auf die „one out all out“-Regel und bei in einem schlechten Zustand befindlichen Qualitätskomponenten generell eine Absage erteilt. Der u. a. vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Bagatelleschwellenlösung ist der EuGH ebenfalls nicht gefolgt. Mit Blick auf den Umstand, dass die Bewirtschaftungsziele letztlich nicht auf die einzelne Gewässereinwirkung selbst abheben, sondern auf den Zustand bzw. das Potenzial des gesamten Wasserkörpers, wird jedoch zumindest gegen die Entwicklung und Anwendung von „Abschneidekriterien“ nichts einzuwenden sein, welche –

fachlich belastbar – die Grenzen der Messbarkeit und Zurechenbarkeit von Verschlechterungen markieren.

Insgesamt wird damit künftig viel häufiger von der Ausnahmemöglichkeit des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG Gebrauch gemacht werden müssen als bisher. Dies ist insofern misslich, als im Zusammenhang mit dieser auf Art. 4 Abs. 7 WRRL zurückgehenden Vorschrift bislang seitens des EuGH nur klargestellt worden ist, dass der Ausnahmegrund des übergeordneten öffentlichen Interesses hinsichtlich des Gewichts des geltend gemachten öffentlichen Interesses keine Mindesteingangsschwelle vorsieht. Ansonsten sind aber noch viele Fragen offen. Wegen der strukturell unterschiedlichen Ansätze kann insoweit auch nicht einfach auf die Erfahrungen mit der Abweichungsentscheidung im europäischen Gebietsschutzrecht nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zurückgegriffen werden. Fraglich ist daher vor allem, was unter „Veränderung der physischen Gewässereigenschaften“ zu verstehen ist und ob – anders als im Naturschutzrecht – die Ausnahmeentscheidung hier eng in die Bewirtschaftungsplanung eingebunden und damit planerischer Natur ist. Nach hier vertretener Ansicht ist der Begriff der Veränderung der physischen Gewässereigenschaften weit auszulegen, so dass auch bloße Veränderungen der Wasserbeschaffenheit hierunter fallen, sofern sie Auswirkungen auf den betroffenen Wasserkörper selbst zeitigen und einen Bezug zur Gewässerökologie aufweisen. Fernerhin ist die Ausnahmeentscheidung unseres Erachtens Teil der planerischen Bewirtschaftungsentscheidung. Dies bedingt, dass der zuständigen Behörde hier sowohl hinsichtlich des Vorliegens der Ausnahmegründe als auch hinsichtlich der vorzunehmenden Alternativenprüfung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt.

67) BVerwG, Urt. v. 15.1.2004 – 4 A 11.02, BVerwGE 120, 1, 11.

68) Spieth/Ipsen (Fn. 34), S. 394.

69) Spieth/Ipsen (Fn. 34), S. 395.

70) Hierzu Lau, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (Teil 2), NuR 2011, 762.

DOI: 10.1007/s10357-015-2887-5

Anbaubeschränkungen für gentechnisch veränderte Pflanzen. Zugleich ein Beitrag über plurale Risikokulturen im europäischen und internationalen Freihandel – Teil 2

Gerd Winter

© Springer-Verlag 2015

Der Beitrag setzt den im Augustheft (Seite 516) begonnenen Aufsatz bzgl. den Anbaubeschränkungen für gentechnisch veränderte Pflanzen fort.

III. Vereinbarkeit von Opt-Out-Maßnahmen mit dem Grundgesetz

Der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber muss bei Einführung von Anbaubeschränkungen die Grundrechte und

Schutzpflichten des Grundgesetzes, das Bestimmtheitsgebot und die Zuständigkeitsordnung beachten. Die beiden ersten Themen werden im Folgenden untersucht, nicht dagegen das dritte.¹

1. Grundrechte und Schutzpflichten

Als verletzte Grundrechte kommen die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht derjenigen Landwirte in Betracht, die gentechnisch verändertes Saatgut verwenden wollen; des-

Prof. Dr. Gerd Winter,
Universität Bremen, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht,
Bremen, Deutschland

1) Die Bundeskompetenz wurde vom BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 ff., 34 bejaht.

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

Unterstellt, der Schutzbereich der Berufs- und Eigentumsfreiheit der Gentechnik verwendenden Landwirte ist berührt, so müsste die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit bzw. die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums konkurrierende Grundrechte und Schutzpflichten beachten. Hierzu gehören die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie der konventionell und der organisch wirtschaftenden Landwirte, die auf zweierlei Weise beeinträchtigt werden können, nämlich einerseits – ökologisch – durch die Gesundheits- und Umweltrisiken von gentechnisch verändertem Saatgut und andererseits – ökonomisch – durch ökonomische Schäden, wenn ihr Anbau durch Pollenflug oder auf anderen Wegen kontaminiert und die Ernte deshalb nicht mehr als gentechnikfrei gehandelt werden kann.² Über den Ausgleich der konkurrierenden Grundrechte hinaus ist als objektive Schutzpflicht Art. 20a GG zu beachten. In den Worten des BVerfG hat der Gesetzgeber

„den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag zu beachten, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen (vgl. BVerfGE 118, 79 <110>). Dieser Auftrag kann sowohl die Gefahrenabwehr als auch die Risikovorsorge gebieten. Zu den nach dieser Maßgabe von Art. 20a GG geschützten Umweltgütern gehören auch die Erhaltung der biologischen Vielfalt und die Sicherung eines artgerechten Lebens bedrohter Tier- und Pflanzenarten.“³

Hieran ist bemerkenswert, dass das BVerfG Art. 20a GG auch im Sinne einer Risikovorsorge interpretiert. Die Vorsorgepflicht sei aus der „Erkenntnis- und Prognoseunsicherheit“ zu rechtfertigen, „die aus dem jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik und dort bestehenden Ungewissheiten resultiert.“⁴

Hiermit dürften die auf umweltpolitische Ziele gestützten Anbaubeschränkungen gerechtfertigt sein. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.⁵

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

Bei der Verwirklichung dieser Ziele muss dem Gesetzgeber gerade vor dem Hintergrund der breiten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte um den Einsatz von Gentechnik und seine angemessene staatliche Regulierung ein großzügiger Entscheidungsspielraum zugestanden werden.⁶

Zweifel könnten die sozio-ökonomischen Gründe aufwerfen, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Betrachtung der Gebrauchswerte von GVO. Dazu ist auf das

oben Gesagte zu verweisen. Es ginge ja nicht um eine abstrakte Bedarfsprüfung, sondern um eine Abwägung des Nutzens eines GVO mit seinen Risiken.

Zweifel bestehen auch im Hinblick auf die ethischen Gründe. Soweit diese auf religiösem Glauben beruhen, könnte gefragt werden, ob sich hier der Staat eine religiöse Meinung zu eigen macht und anderen aufoktroiert. Dadurch würde das Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates verletzt und in die Religionsfreiheit eingegriffen.⁷ Zwar mag es erforderlich sein, dass religiös begründete Entscheidungen von Mitgliedstaaten auf europäischer und internationaler Ebene aus Integrationsgründen akzeptiert werden, auf Ebene des Grundgesetzes wäre dies unzulässig. Der Staat ist jedoch nicht gehindert, ethische Positionen zu vertreten.

2. Bestimmtheitsgebot

Die Liste der in RL 2001/18 benannten Gründe dürfte, wenn sie in das Umsetzungsgesetz übernommen werden, dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Dagegen bestehen Zweifel im Hinblick auf die Öffnungsklausel für weitere Gründe. Zwar könnte angeführt werden, dass der Horizont solcher Gründe aus den langjährigen Debatten über die Gentechnik hinreichend vorgedacht ist, so dass nichts Überraschendes mehr erwartet werden muss. Dennoch empfiehlt sich eine gesetzgeberische Konkretisierung, etwa in der Weise dass „ethische Gründe“ als legitim erachtet werden. Denkbar wäre auch eine Ausdifferenzierung etwa in folgender Form: „Achtung der Natur, Vertrauen auf den Erfahrungsprozess der Evolution, Anerkennung einer der Pflanze immanenten Eigenart“.

IV. Vereinbarkeit von Maßnahmen mit EU-Primärrecht

Art. 26b enthält als weitere Maßgabe, dass die Maßnahmen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssen. Relevant ist ihre Zulässigkeit im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit, aber auch ihre mögliche Pflichtigkeit im Hinblick auf den Gesundheits- und Umweltschutz nach Art. 3 und 37 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 GrCh (unten 1.). Beides verbindet sich bei Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen in die Warenverkehrsfreiheit. Bei Untersuchung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen verdient die Frage ihrer Kohärenz besondere Beachtung (unten 2.).

1. Art. 34/36 AEUV

Zunächst ist zu prüfen, ob Art. 34/36 AEUV überhaupt noch heranzuziehen sind. Denn Art. 26b Richtlinie 2001/18/EG könnte als eine erschöpfende Regelung der Möglichkeiten und Grenzen des Opt-Out angesehen werden. Im Fall erschöpfender Regelung lehnt der EuGH einen Rekurs auf das Primärrecht ab.⁸ Das Vorliegen einer

2) Ebenso BVerfG, Urt. v. 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 ff., 37 und 61 f.

3) BVerfG, Urt. v. 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 ff., 37.

4) BVerfG, Urt. v. 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 ff., 61.

5) Vgl. oben zu II 3. a).

6) BVerfG, Urt. v. 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 ff., 65.

7) Vgl. für den mit Anrufung Gottes geleisteten Eid BVerfG, Beschl. v. 11. 4. 1972 – 2 BvR 75/71, BVerfGE 33, 23 ff., 32, für das Kruzifix im Gerichtssaal BVerfG, Beschl. v. 17. 7. 1973, BVerfGE 35, 366 ff., 375, 376.

8) EuGH, Urt. v. 1. 7. 2014 – C-573/12 (Aaland Vindkraft AB) Rdnr. 57: „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine nationale Maßnahme in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, anhand der Bestimmungen dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht des Primärrechts zu beurteilen ist.“

solchen Regelung hat er im Fall C-573/12 zwar verneint, nämlich insoweit, als RL 2009/28/EG es den Mitgliedstaaten ermöglicht, Anbieter aus dem Ausland von ihren Förderregelungen für grünen Strom auszuschließen. Aber die Verneinung einer erschöpfenden Regelung war dort angemessen, weil das Ziel der Richtlinie eine Harmonisierung der Förderregelungen war, die aber eben nicht vollkommen verwirklicht wurde.

Im vorliegenden Fall will die Richtlinie aber gerade keine Harmonisierung, vielmehr eröffnet sie Maßnahmeoptionen und zielt damit auf eine bewusste Pluralisierung. Diese Pluralisierung wird ermöglicht und begrenzt durch Vorgabe von Gründen und Maßgaben für ihre Auswahl und Instrumentierung. Die legitimen Gründe konkretisieren das, was in allgemeinerer Weise in Art. 36 und den richterrechtlich anerkannten sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses umschrieben ist, und das Gebot der Verhältnismäßigkeit kodifiziert sekundärrechtlich, was als primärrechtliches Prinzip ohnehin alles Sekundärrecht durchzieht. Es handelt sich also, paradox formuliert, um eine voll harmonisierte Nichtharmonisierung, oder, weniger paradox, um die erschöpfende Strukturierung von pluralen Lösungen.

Die Mitgliedstaaten, die die Opt-Out-Lösung nutzen, bewegen sich ganz und gar im Rahmen der Richtlinie selbst. Sie machen keine zusätzlichen Gründe geltend, die noch am Maßstab des Art. 36 AEUV und der sonstigen Gründe des Gemeinschaftsrechts zu messen wären, vielmehr nutzen sie diejenigen Gründe, die im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehen sind.⁹

In einer hilfsweisen Prüfung soll unterstellt werden, dass nur eine teilweise Harmonisierung vorliegt.¹⁰ Die Harmonisierung betrifft in diesem Fall die benannten Opt-Out-Gründe, nicht jedoch die durch den Ausdruck „beispielsweise“ ermöglichten unbenannten Gründe.

Hinsichtlich des insoweit verbleibenden Handlungsspielraums ist dann zu prüfen, ob die Opt-Out-Maßnahmen Handelsbeschränkungen darstellen. Bei Anbaubeschränkungen handelt es sich nicht um unmittelbare Beschränkungen des Inverkehrbringens von Saatgut. Dieses kann vielmehr weiter gehandelt werden. Der EuGH hat jedoch Verwendungsbeschränkungen für Produkte dann als verkehrsrelevant angesehen, wenn sie daran hindern, „von diesen den ihnen eigenen und wesensimmanenten Gebrauch zu machen, oder deren Nutzung stark zu behindern“.¹¹

„Eigen“ und „wesensimmanent“ ist dem Saatgut sicherlich, ausgesät zu werden. Dies würde bedeuten, dass jede noch so geringfügige Anbauregelung dem Test Warenverkehrsfreiheit unterliegen würde. Es ist hier nicht der Ort, sich gründlicher mit dieser Aufblähung der Warenverkehrsfreiheit auseinanderzusetzen.¹² Der EuGH prüft immerhin einschränkend, ob die Gebrauchsregelung die Gebrauchsancen sehr stark behindert, so dass Kunden das Produkt kaum noch kaufen würden. So stellte er im Fall der Wasser-Scooter fest, dass die tatsächlichen Möglichkeiten in Schweden, dieses Gerät zu gebrauchen, nur noch „unbedeutend“ seien.¹³ Man kann annehmen, dass er dabei eine gewisse Erheblichkeitsschwelle im Auge hat. Dies bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang, dass nur ein solches Anbauverbot in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV gerät, welches die ganz überwiegende Agrarfläche des Bundesgebiets betrifft, und welches ein Verbot, also nicht lediglich bestimmte Ausbringungsauflagen enthält.

Unterstellt, ein solches bundesweites Anbauverbot würde für einen bestimmten GVO oder eine Gruppe davon verhängt, so wäre zu prüfen, ob die Handelsbeschränkung gerechtfertigt werden kann. Da es sich um Maßnahmen handelte, die für ausländische und inländische Produkte gleichermaßen gilt, kämen Gründe aus Art. 36 und sonstige begründbare öffentliche Interessen in Betracht.¹⁴

Zu überprüfen wären, wie oben gesagt, nur solche Maßnahmen, die nicht bereits sekundärrechtlich durch Art. 26b RL 2001/18/EG vorgegeben und somit teilharmonisiert sind. Zur Überprüfung stehen deshalb nur die hier sog. ethischen Gründe. Es ist oben bereits ausgeführt worden, dass der EuGH sich im Hinblick auf ethische Gründe noch nicht festgelegt hat.

Selbst wenn man, weiter hilfsweise, aber eine Teilharmonisierung verneint und dementsprechend unionsrechtlich anerkannte öffentliche Interessen für alle Opt-Out-Maßnahmen nachzuweisen sind, so dürfte dieser Nachweis unschwer gelingen, zumal wenn man den dabei bestehenden Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten berücksichtigt. Die allgemeinen umweltpolitischen Wertungen lassen sich auf das Vorsorgegebot nach Art. 191 Abs. 2 Satz 2 AEUV stützen, die agrarpolitischen Gründe auf die sozialen Ziele der Landwirtschaftspolitik nach Art. 39 Abs. 2 AEUV, die sozioökonomischen Gründe u. a. auf die Berücksichtigungsklauseln des Art. 191 Abs. 3 und 4. Beistrich AEUV, und die ethischen Gründe

9) So auch die Feststellungen des EuGH, Urt. v. 6. 9. 2012 – C-36/11 (Pioneer) Rdnr. 70 u. 71, wonach ein Verbot oder eine Einschränkung des Anbaus von Erzeugnissen von einem Mitgliedstaat „in den Fällen verfügt werden [kann], die im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehen sind.“ „Zu diesen Ausnahmen gehören [...] die Koexistenzmaßnahmen gemäß Art. 26a der Richtlinie 2001/18.“

10) Zur Möglichkeit einer Teilharmonisierung s. EuGH, Urt. v. 10. 1. 2006 – C-402/03 (Skov Aler) Rdnr. 22ff. Über die Typologie der abschließenden, optionalen und teilweisen Harmonisierung s. allgemein Herrfeld, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 114 Rdnr. 57ff. Es sei darauf hingewiesen, dass die ganze Problematik des Weitergehens der Mitgliedstaaten sich weniger scharf gestellt hätte, wenn die Zulassung von Saatgut statt auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) auf Art. 175 EGV (jetzt Art. 192 AEUV) gestützt worden wäre. Diese Kompetenzgrundlage trifft besser zu, weil Saatgut auf eine stationäre Verwendung angelegt ist, ähnlich wie eine Industrieanlage. Sie hätte den Mitgliedstaaten den Spielraum des Art. 176 (jetzt Art. 193 AEUV) eröffnet.

11) EuGH, Urt. v. 4. 6. 2009 – C-142/05 (Mickelsson u. Roos), Rdnr. 28. Ebenso EuGH, Urt. v. 10. 2. 2009 – C-110/05 (Kommission ./ Italien) Rdnr. 56f.

12) Man bemerke, wie sich in der „Wesensimmanenz“ die Ideologie des freien Warenverkehrs zu einer Art Entelechie der Ware verdinglicht. Ist nicht auch die Wesensimmanenz eines Sportwagens behindert, wenn ein Staat sich für eine allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km entscheidet? Wird der Hersteller demnächst Frankreich vor den EuGH bringen, um die dortige allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h anzugreifen? Man wende nicht ein, dass auf der Stufe der Rechtfertigung ja viele mögliche Gründe akzeptiert werden können. Funktional gesehen geht es um einen weiteren Schritt in Richtung der Dominanz der Freiheiten der Wirtschaftsunternehmen gegenüber den gesellschaftlichen Interessen. In Zukunft wird der EuGH nicht nur darüber entscheiden, welche Produkte kaufbar sein müssen, sondern auch, welcher Gebrauch der Produkte der Gesellschaft nicht vorenthalten werden darf. Im Beispiel des Sportwagens: Er würde dann z. B. entscheiden können, dass es unangemessen und nicht erforderlich ist, die Geschwindigkeit auch bei wenig Verkehr, bei Nacht, bei 6 vorhandenen Spuren etc. zu begrenzen. Ähnlich kritisch Epiney/Waldmann/Oeschger/Heuck, Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda, Zürich (Dike Verlag) 2011, S. 27.

13) EuGH, Urt. v. 4. 6. 2009 – C-142/05 Rdnr. 25.

14) Der EuGH hat die Differenzierung möglicher Rechtfertigungsgründe je nach Ungleich- oder Gleichbehandlung aus- und inländischer Produkte inzwischen wohl definitiv aufgegeben, so dass es auf diese Unterscheidung nur noch ankommt, wenn das Gewicht der öffentlichen Interessen zu bestimmen ist. Vgl. EuGH, Urt. v. 1. 7. 2014 – C-573/12 (Alands Vindkraft) Rdnr. 67 und 76. Vgl. dazu auch Streinz, a. a. O. Rdnr. 890.

u. a. auf die Werte des Pluralismus und der Toleranz nach Art. 2 EUV.¹⁵

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

2. Kohärenz-/Konsistenzgebot

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

„der Anbau einer Bt-Maislinie verboten wird, zugleich aber das großflächige Ausbringen von Pestiziden mit Bt-Toxinen des bacillus thuringiensis zum Schutz von konventionellem Mais gegen den Maiszünslerbefall gestattet wird, wenn sich für die Differenzierung keine tragfähigen Gründe (etwa die Dauer der Exposition) finden lassen.“¹⁶

Es sei auch inkonsistent, wenn der GVO-Anbau verboten oder beschränkt werden, weil agrarpolitisch eine weniger industrielle Landwirtschaft gewollt sei, denn auch die konventionelle Landwirtschaft sei hoch technisiert. Konsistent sei es nur, wenn auch diese Form der Landwirtschaft zurückgedrängt würde.¹⁷

Die beiden Autoren verorten die Kohärenz-/Konsistenzforderung zu Recht im Verhältnismäßigkeitsprinzip, geben ihr aber eine prinzipielle Bedeutung, die ihr m. E. nicht zukommt. Der EuGH fordert Kohärenz bisher nur in einem sehr eingeschränkten Sinn des Ausschlusses offensichtlicher Widersprüchlichkeit einzelner Maßnahmen, nicht in dem weiten Sinn der Kohärenz ganzer Regulierungspolitiken. In Urteilen zur Rechtfertigung eines staatlichen Spielwettenmonopols hat er z. B. festgestellt, dass dieses nicht geeignet sei, Ziele der Vermeidung von Spielanreizen zu erreichen, wenn der Mitgliedstaat zugleich für die Wetten werbe, um seine Staatseinnahmen zu steigern. Dies sei nicht kohärent:

„Zunächst hat der Gerichtshof in den Urteilen Schindler, Läära u. a. und Zenatti zwar anerkannt, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsvermeidung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können; jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen.“¹⁸

Kohärenz ist also jeweils als Frage der Geeignetheit einer Maßnahme zur Erreichung eines konkreten Politikzieles zu prüfen, nicht dagegen in dem Sinne einer definitiven Konsistenz mit anderen Politiken.¹⁹ Für Regulierungen auf EU-Ebene hat der EuGH im Gegenteil betont, dass die politischen Institutionen frei sind, bei Verfolgung eines Politikzieles zunächst nur partiell einzugreifen und andere Fälle später anzugehen, obwohl diese womöglich ebenfalls regulierungsbedürftig sind. In einem Fall rügte ein Produzent von teilhalogenierten Fluorchlorkohlenwasserstoffen, das gemeinschaftliche Vermarktungsverbot dieser Stoffe verstoße gegen Art. 130r EGV (jetzt Art. 191 AEUV), weil es nicht auch Halone erfasse, die sogar noch gefährlicher seien. Hierzu stellte der EuGH fest:

„Aus diesen Vorschriften [scl. Art. 130r EGV, GW] ergibt sich nicht, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber nach Artikel 130r Absatz 1 EG-Vertrag, wenn er Maßnahmen zur Erhaltung, zum Schutz und zur Verbesserung der Umwelt erläßt, die ein spezielles Umweltproblem behandeln sollen, stets gleichzeitig Maßnahmen erlassen müßte, die auf die Umwelt insgesamt abzielen. Daraus folgt, daß Artikel 130r Absatz 1 EG-Vertrag den Erlaß von Maßnahmen erlaubt, die nur bestimmte Aspekte der Umwelt betreffen, sofern diese Maßnahmen zur Erhaltung und zum Schutz der Umwelt sowie zur Verbesserung ihrer Qualität beitragen.“²⁰

Wenn ein Kohärenzgebot, das die Gleichbehandlung der gentechnikbasierten und der konventionellen Landwirtschaft verbindlich verlangen würde, somit nicht besteht, so haben Dederer und Herdegen rechtspolitisch doch einen wunden Punkt von Anbaubeschränkungen für GVO thematisiert. Man könnte ihn in einer rechtlich offeneren Form mit dem vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vorgeschlagenen „Konzeptgebot“ fassen. In einem Fall hatten Emittenten von Schwefeldioxid vorgetragen, der Stand der Technik und aus ihm abgeleitete Emissionsgrenzwerte seien in Gebieten, in denen die Immissionswerte nicht überschritten werden, unverhältnismäßig, weil die Emissionsvermeidung zur Zielerreichung nichts beitrage. Das Gericht wies dies mit dem Argument zurück, das Ziel des Immissionsschutzes sei nicht die kleinräumige Immissions-situation, sondern die Bewältigung eines überregionalen Problems überhöhter Belastung, das nur mit einem Konzept gelöst werden könne, welches auch solche Quellen erfasse, deren Effekte nicht individuell feststellbar seien.²¹

Dieser Ansatz ist z. B. auf Gewässerverschmutzung²² und allgemein auf Schadstoffernwirkungen²³ übertragen

15) Zusätzlich könnte man fragen, ob der neue Art. 26b RL 2001/18 selbst (also nicht lediglich auf ihn gestützten nationalen Maßnahmen) gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt und deshalb nichtig ist. In der Tat wird das Sekundärrecht nach der älteren Rechtsprechung des EuGH auch selbst am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit gemessen (EuGH, Urt. v. 17.5.1984 – Rs 15/83 (Denkavit) Rdnr. 15). Seit sich die Kläger aber eher darauf berufen können und tatsächlich berufen, das Sekundärrecht verletze ihr Grundrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung und/oder das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip, gerät diese Prüfung leicht repetitiv und tritt in den Hintergrund. Dies zeigt sich z. B. in EuGH, Urt. v. 12.7.2012 – C-59/11 (Kokopelli), Rdnr. 38ff. (Verhältnismäßigkeit), Rdnr. 77ff. (Freiheit wirtschaftlicher Betätigung) und Rdnr. 80 (Warenverkehrsfreiheit). Zur Austauschbarkeit der Prüfungsschemata vgl. auch EuGH, Urt. v. 12.7.2005 – C-154/04 und 155/04 (Alliance for Natural Health), Rdnr. 47ff. (Warenverkehrsfreiheit), Rdnr. 109ff. (Verhältnismäßigkeit) und Rdnr. 120ff. (Freiheit wirtschaftlicher Betätigung). Die Verortung bei den Grundrechten passt besser als Prüfungsschema, weil Art. 34 AEUV ein föderales Prinzip verwirklicht, das sich auf die Mitgliedstaaten, nicht auf den EU-Gesetzgeber bezieht (Kingreen, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 34 AEUV Rdnr. 114).

16) Herdegen, in: Dederer/Herdegen, a. a. O. nach Fn. 32.

17) Dederer, in: Dederer/Herdegen zu Fn. 163.

18) EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli) Rdnr. 67. Ebenso EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Stoß) Rdnr. 103.

19) Ähnlich gelagert: EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – C-171/07, 172/07 (Apothekerkammer des Saarlands) Rdnr. 42; EuGH, Urt. v. 16.12.2010 – C-137/09 (Marc Michel Josemans) Rdnr. 70.

20) EuGH, Urt. v. 14.7.1998 – C-284/95 (Safety Hi-Tech Srl) Rdnr. 44–46.

21) BVerwG, Urt. v. 17.2.1984 – 7c 8/82, BVerwGE 69, 37, 45f.

22) Salzwedel, Grundwasservorsorge als Rechtsbegriff – zur Anwendung des großen Verhältnismäßigkeits-tests, in: Dolde/Hansmann/Pactow/Schmidt-Assmann (Hg) Verfassung – Umwelt – Wirtschaft. Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, München (Beck) 2010, S. 299ff.

23) Von der Heide, Zurechnung von Schadstoffernwirkungen, Baden-Baden (Nomos) 2005, S. 250f.

worden. Er ist auch auf Anbaubeschränkungen, mit denen allgemeinere umwelt- oder agrarpolitische Ziele verfolgt werden, anwendbar. Gefordert wäre dann ein Konzept, das der Verwirklichung des gewählten generellen Regulierungsgrundes dient. Wenn z. B. eine Anbaubeschränkung für gentechnisch veränderte Pflanzen auf das Ziel gestützt wird, der Industrialisierung der Landwirtschaft entgegenzuwirken, muss dies in eine breitere Politik der Förderung bäuerlicher und biologischer Landwirtschaft eingebettet sein. Dies wäre eine vorsichtige Angleichung in eine konstruktive Richtung. Zurückzuweisen wäre dagegen eine Angleichung in destruktive Richtung, nach welcher Gentechnik nicht beschränkt werden dürfte, weil die konventionelle Landwirtschaft sich ohnehin schon dem agrarindustriellen Weg verschrieben habe.

V. Vereinbarkeit von Maßnahmen mit Völkerrecht

Zu prüfen ist die Vereinbarkeit von Opt-Out-Maßnahmen mit dem Abkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (kurz: SPS-Abkommen), dem Abkommen über technische Handelsbarrieren (kurz: TBT-Abkommen) und dem General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Die Verpflichtungen aus diesen Abkommen treffen sowohl die EU wie – von ihr nach Art. 216 Abs. 2 AEUV abgeleitet – die Mitgliedstaaten. Die Bundesrepublik ist zudem eigenständiger Vertragsstaat.²⁴

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

Im Folgenden behandle ich nur die untergesetzlichen Anbauregelungen, weil sie letztlich die Handelsbeschränkung verursachen, während die höherrangigen Normen solche Regelungen nur ermöglichen, aber nicht zwingend vorschreiben.

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

a) Anwendungsbereich

aa) Rechtsgrundlage

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

Any measure applied:

- (a) to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the entry, establishment or spread of pests, diseases, disease-carrying organisms or disease-causing organisms;
- (b) to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs;
- (c) to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals, plants or products thereof, or from the entry, establishment or spread of pests; or
- (d) to prevent or limit other damage within the territory of the Member from the entry, establishment or spread of pests.

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

bb) Auslegungsgrundsätze

Die Definition der sanitären und phytosanitären Maßnahmen stellt primär auf das Ziel der Maßnahmen ab, nämlich bestimmte Rechtsgüter vor bestimmten Risiken zu schützen. Dieser Schutz gilt als grundsätzlich legitim, soll aber im Hinblick auf möglichen protektionistischen Missbrauch domestiziert werden.

Bei der Auslegung des Anhang A ist der Zusammenhang des Anwendungsbereichs des Abkommens mit den materiellen und prozeduralen Anforderungen an SPS-Maßnahmen zu beachten. Es darf nicht sein, dass der Anwendungsbereich sehr weit gezogen wird und die Maßnahmen dann einem Anforderungsprofil unterworfen werden, das eigentlich für einen engeren Anwendungsbereich geschaffen worden ist. Insbesondere zielen die Anforderungen an die Risikobewertung nach dem Text des Abkommens und in der Auslegung durch die Streitschlichtungsorgane darauf, wissenschaftlich begründbare Kausalitäten festzustellen.²⁵ Das ist möglich, wenn genau spezifizierte Anfangs- und Endpunkte benannt werden, nämlich bestimmte Schädlinge einerseits und die Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanze andererseits.²⁶ Die Kausalitäten verschwimmen jedoch, wenn als Anfangspunkt jeder die Verhältnisse irgendwie verändernde Organismus und als Endpunkt holistische Gebilde wie Ökosysteme und Biodiversität gesetzt werden. Wenn der Anwendungsbereich auf Maßnahmen erstreckt wird, die solche komplexen Zusammenhänge regeln, entsteht eine logische Schere (man könnte auch sagen: Konkretisierungsfalle), die Regelungsziele zu verfolgen letztlich unmöglich macht, weil für sie in der Risikobewertung keine genauen Kausalverläufe ermittelt werden können. Die Konsequenz kann nur sein, entweder die auf allgemeine umweltpolitische Ziele gerichteten Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich des SPS-Abkommens herauszunehmen oder die Methodologie der Risikobewertung für allgemeinere Begründungen zu öffnen.

cc) Auslegung des Panel in EC-Biotech Products

Das Panel im Verfahren EC-Biotech Products hat in der Tat eine solche Schere geöffnet. Es hat den Anwendungsbereich

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

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

26) Näher dazu sogleich.

weit gezogen und die Anforderungen an die Maßnahmen verengt. Dies ging zunächst noch nicht zu Lasten der beklagten EG, weil das Panel insoweit nur prozedural judizierte und feststellte, dass die Verzögerung der Zulassungsverfahren ein unzulässiges Moratorium darstelle. Dagegen legt es gegenüber den Mitgliedstaaten, die unter Nutzung der Schutzklausel das Inverkehrbringen oder die Verwendung von GVO beschränkt hatten, eine präzise Messlatte der Wissenschaftlichkeit an und stellt weitgehend Verletzungen fest.²⁷

Das Panel dehnt den Anwendungsbereich des SPS-Abkommens in drei Richtungen aus: durch Erweiterung der Schutzgüter, durch Erweiterung der relevanten Kausalprozesse und durch Erweiterung der relevanten schädigenden Organismen.

Die Schutzgüter – Leben und Gesundheit von Tieren und Pflanzen – erstreckt das Panel auf alle nur denkbaren Komponenten und Zusammenhänge in der physischen Umwelt. So verallgemeinert es „Tiere“ zu „Fauna“ erstreckt diese auf „Mikrofauna“; ähnlich verallgemeinert es „Pflanzen“ zu „Flora“ und erstreckt diese auf „Mikroflora“. Sein Beleg sind die Fußnote 5 zu Anhang A des SPS-Abkommens, die aber anderes bezweckt²⁸, sowie „The Shorter Oxford English Dictionary, L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 2002), Vol. 1, p. 931“.²⁹ Damit erweitert das Panel „textually“³⁰, also ohne nach Sinn und Zweck zu fragen, den Anwendungsbereich des Abkommens erheblich. Ähnlich bezieht es die biogeochemischen Komponenten und Zyklen mit ein, desgleichen auch die Populationsdynamik und die genetische Diversität.³¹ Im Grunde wird also an die Stelle der Schutzgüter Tiere und Pflanzen die Umwelt als Ganzes gesetzt. Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass wenn eines der Exemplare geschädigt wird, die Umwelt geschädigt ist. Diese Sichtweise verkennt den systemaren Charakter der Umwelt. Es kann sein, dass die Schädigung eines Exemplars für das System unschädlich ist, weil Reparaturen verfügbar sind. Es kann auch sein, dass eine Systemfunktion geschädigt wird, ohne dass das Leben oder die Gesundheit einzelner Exemplare geschädigt ist. Wenn das System selbst zum Schutzobjekt gemacht wird, erscheinen seine Einzelteile nicht als solche, sondern in ihrer Systemleistung. Das Ganze ist eben mehr als die Summe seiner Teile.

Im Hinblick auf die erfassten Kausalprozesse schließt das Panel auch mittelbare und verzögerte Auswirkungen mit ein. Dies geschieht durch einen Rekurs auf Annex II der RL 2001/18/EG, in dem von direkten, indirekten, sofortigen und späteren Auswirkungen gesprochen wird, was einem Zirkelschluss gleichkommt, weil eine zu subsumierende Norm der Interpretation des anzuwendenden Maßstabs zu Grund gelegt wird. Wenn das Panel – sehr formal – hinzusetzt,

„There is nothing in Annex A(1)(a) which indicates that potential risks to animal or plant life or health must necessarily be the direct or immediate result of, e.g., the spread of a pest.“³²

so könnte man ebenso formal entgegenhalten, dass auch nichts für das Gegenteil spricht. Worauf es ankäme, wäre eine Betrachtung „nach Sinn und Zweck“³³ dessen, was mit sanitären Kontrollen bewirkt werden soll und wo deren Missbrauch zu protektionistischen Zwecken beginnt. Durch die weite Fassung der Kausalprozesse werden Maßnahmen einbezogen, die um Fernfolgen wie z.B. die Folgen besorgt sind:

„spätere Auswirkungen der direkten und indirekten Interaktionen zwischen den genetisch veränderten höheren Pflanzen und den Nichtzielorganismen auf die Umwelt einschließlich der Auswirkungen auf die Populationsniveaus der Konkurrenten, Pflanzen-

fresser, Symbionten (falls zutreffend), Parasiten und Pathogenen“,

sowie

„spätere sowie direkte und indirekte Auswirkungen der spezifischen Techniken, die beim Anbau, der Bewirtschaftung und der Ernte der genetisch veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen, auf die Umwelt, soweit sie sich von den Techniken unterscheiden, die bei genetisch nicht veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen.“³⁴

Wenn ein Vertragsstaat wegen systembedingter Ungewissheit den Schluss zieht, den Anbau eines GVO zu untersagen, so zielt er nicht auf den Schutz vor ganz bestimmten Kausalprozessen, sondern auf die Vermeidung von möglichen aber noch unbestimmten Verläufen. Solche Entscheidungen allgemein umweltpolitischer Art scheinen mir weit über den Horizont der sanitären und phytosanitären Maßnahmen hinauszugehen.

Hinzu kommt, dass das Panel auch die Definition des kausalen Organismus, hier also des „Schädling“ (engl. pest), ausweitet. Man hat bereits Schwierigkeiten, die gentechnisch veränderten Pflanzen als Schädling anzusehen, weil sie ja eigentlich gerade gegen Schädlinge ausgerüstet werden, wie etwa die insektizide Pflanze gegen Insekten und die herbizidresistente Pflanze (mittelbar) gegen Unkraut. Selbst wenn man aber akzeptiert, dass solche gentechnisch modifizierten Pflanzen, wenn sie Schädlinge schädigen, sozusagen Schädlinge von Schädlingen sind, fragt sich weiter, welche gentechnisch modifizierten Pflanzen darunter fallen. Obwohl der maßgebliche International Standard for Phytosanitary Measures der Food and Agriculture Organisation (FAO) „pests“ als „injurious“ definiert³⁵, dehnt das Panel den Begriff aus auf Pflanzen, die „troublesome or annoying“ sind.³⁶ Damit werden im Grunde alle gentechnisch veränderten Pflanzen erfasst, auch solche, die nicht wie die insektizide Pflanze Toxine produzieren, sondern gewisse Aufwuchsvorteile aufweisen³⁷, wie z.B. Wachstumsbeschleunigung, Ertragssteigerung, Trockenresistenz etc., oder über Pollenflug dort wachsen, wo sie unerwünscht sind.³⁸

Schließlich interpretiert das Panel auch den Begriff der Verhütung „sonstiger Schäden“ (engl. „other damage“) durch Schädlinge, der nach Anhang A Nr. 1 Buchstabe d) die Schutzziele der Buchstaben a) bis c) (Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen) ergänzt, in denkbar weitem Sinn. Das Panel versteht darunter jeden beliebigen anderen Schaden als die von Buchstaben a) bis c) erfassten Schäden an Menschen, Tieren und Pflan-

27) EC – Biotech Products Nr. 7.3240 und Abschnitt F (S. 868 ff.).

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

29) EC – Biotech Products Nr. 7.219.

30) EC – Biotech Products Nr. 7.219, 3. Satz.

31) EC – Biotech Products Nr. 7.285 u. 7.286.

32) EC – Biotech Products Nr. 7.226.

33) Vgl. Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention.

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

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

36) EC – Biotech Products Nr. 7.240.

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

38) EC – Biotech Products Nr. 7.464.

zen, sei es ein Sachschaden, ein ökonomischer Schaden im Koexistenzverhältnis, eine Auswirkung auf die biogeochemischen Kreisläufen und sogar eine Schädigung der Biodiversität.³⁹ Konsequenterweise müsste auch jede Auswirkung außerhalb des Umweltbereichs einbezogen werden, so etwa agrarpolitische, sozioökonomische und sogar ethische Folgen. Diese uferlose Ausweitung verlässt jeden sinnvollen Zusammenhang mit dem Zweck des SPS-Abkommens, ganz konkret Menschen, Tiere und Pflanzen vor Schädlingen und Krankheiten zu schützen. Mit den „sonstigen Schäden“ sind deshalb richtigerweise nur solche gemeint, in denen sich die spezifische Schädlichkeit der Schädlinge, hier also eines GVO, auswirkt, und bei denen der Schaden in kausalem Zusammenhang mit Gesundheitsrisiken für Menschen, Tieren oder Pflanzen steht.⁴⁰ Ökonomische Kosten im Koexistenzverhältnis und soziale Kosten der Industrialisierung der Landwirtschaft liegen außerhalb dessen, weil sie nicht aus der Schädlichkeit des Schädlings (z. B. der insektiziden Pflanze) resultieren und auch nicht in Zusammenhang mit Gesundheitsrisiken von Menschen, Tieren und Pflanzen stehen.

cc) *Résumé*

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

„The issues arising out of the existence of GMOs go far beyond the risks envisaged and regulated by the SPS Agreement. A rigorous interpretation of the definitions in Annex A.1 of the SPS Agreement unequivocally shows that measures addressing issues such as antibiotic resistance or changes in the ecological balance are not among the measures that the SPS Agreement intends to discipline. Since the European Communities, through its actions, aims at the fulfilment of objectives that go beyond the specific situations that determine the applicability of the SPS Agreement, such Agreement does not provide a sufficient legal framework for the examination of the European Communities' behaviour.“⁴¹

Ich halte diesen Vortrag für stimmig. Er entspricht aber, wie dargelegt, nicht der Auffassung des Panels. Leider hatte die EG den Panel-Bericht nicht dem Appellate Body vorgelegt. Insofern gibt es noch keine abschließende WTO-Rechtsprechung zur Gentechnik. Es ist m. E. zweifelhaft, ob der Appellate Body die fast grenzenlose Erweiterung des Anwendungsbereichs des SPS-Abkommens mitgetragen hätte. Es ist durchaus möglich, dass die gentechnikkritischen EU-Mitgliedstaaten in einem erneuten Streitschlichtungsverfahren mehr Erfolg haben könnten, dies auch deshalb, weil das Bewusstsein dafür gewachsen ist, dass die WTO sich allgemeineren umweltpolitischen Gründen für Handelsbeschränkungen öffnen muss.⁴²

Zusammenfassend:

- Vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens werden m. E. nur diejenigen Gründe erfasst, die sich auf Auswirkungen von wirklich schädlichen GVO (also insbesondere von insektiziden Pflanzen) auf die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und andere Endpunkte beziehen.
- Nicht erfasst werden m. E. Maßnahmen, die auf einer Risikoabwägung, insbesondere auf grundsätzlichen Wertungen über Ungewissheiten und systemare Effekte beruhen. Nach der Interpretation des Panel verhielte sich dies aber wie gesagt anders.
- Erst recht nicht erfasst sind m. E. nicht-umweltpolitische Maßnahmen. Ob ein WTO-Streitschlichtungs-

organ dies anders beurteilen würde, ist noch nicht entschieden worden.

b) Anforderungen an SPS-Maßnahmen

Soweit Maßnahmen vom Anwendungsbereich des SPS-Abkommens erfasst werden, müssen sie bestimmte materielle und methodologische Anforderungen beachten. Soweit dies nach hiesiger Auffassung nicht der Fall ist, erfolgt dennoch eine hilfsweise Prüfung. Diese beschränkt sich jedoch auf den Fall, dass Maßnahmen auf Grund einer Risikoabwägung ergriffen werden. Maßnahmen, die auf Gründe außerhalb der Umweltpolitik gestützt sind, werden nicht weiter geprüft, weil es zu fern liegt, dass sie dem SPS-Abkommen unterfallen.

aa) *Materielle Vorgaben*

Zunächst wird das Recht der Mitgliedstaaten anerkannt, Maßnahmen zu treffen, „die zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig sind.“⁴³

Zu unterscheiden ist zwischen der Festlegung des Schutzniveaus und der Auswahl der Maßnahmen zur Sicherung des Schutzniveaus.⁴⁴

aaa) Schutzniveau

Bei der Festlegung des Schutzniveaus sind die Vertragsstaaten weitgehend frei.⁴⁵ Es besteht also ein Ermessen, das auch eine Risikoabwägung legitimieren würde. Dabei allerdings „berücksichtigen die Mitglieder das Ziel, die nachteiligen Auswirkungen auf den Handel auf ein Mindestmaß zu beschränken.“⁴⁶ Bei der Risikoabwägung ist also auch auf Handelseffekte zu achten.

Hinzu kommt ein Diskriminierungsverbot. Bei Bestimmung des Schutzniveaus „vermeidet jedes Mitglied willkürliche oder ungerechtfertigte Unterschiede des Schutzniveaus, das er unter unterschiedlichen Umständen als angemessen erachtet, wenn solche Unterschiede zu Diskriminierung oder verschleierte Beschränkungen des internationalen Handels führen.“⁴⁷ Hier wird in vorsichtiger Weise („als angemessen erachtet“, „willkürlich“, „ungerechtfertigt“) ein Konsistenzgebot aufgestellt, das z. B. auch auf einen Vergleich der ökologischen Folgen von gentechnisch verändertem und konventionellem Saatgut bezogen werden könnte. Es ist aber nur dann verletzt, wenn mit der unterschiedlichen Behandlung zweier Sachverhalte zugleich eine Diskriminierung oder verschleierte Handelsbeschränkung verbunden ist.

Im Fall von nationalen Anbaubeschränkungen dürfte eine solche Diskriminierung vermieden werden können.

bbb) Verhältnismäßigkeit, internationale Normen und Diskriminierungsverbot

Im SPS-Abkommen wird verschiedentlich betont und ausdifferenziert, dass die getroffenen Maßnahmen verhältnismäßig sein müssen. Die Vertragsstaaten müssen sicherstel-

39) EC – Biotech Products Nr. 7.369–7.373. In Nr. 7.370 wird sogar ein Reputationsschaden erwähnt.

40) Ebenso *Dederer*, in: Herdegen/Dederer, a. a. O. Fn. 236.

41) EC – Biotech Products Nr. 4.355.

42) Vgl. oben I. 1.3. a. E.

43) Art. 2.1 SPS-Abkommen.

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

45) Vgl. Art. 3.2 SPS-Abkommen. Deutlich hervorgehoben in Australia – Measures Affecting Importation of Salmon, Nr. 199, wo von einer Prärogative des Mitglieds gesprochen wird.

46) Art. 5.4 SPS-Abkommen.

47) Art. 5.5 SPS-Abkommen.

len, dass eine Maßnahme „nur insoweit angewendet wird, wie dies zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig ist, [...]“⁴⁸ Und sie „berücksichtigen das Ziel, die nachteiligen Auswirkungen auf den Handel auf ein Mindestmaß zu beschränken“.⁴⁹

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der ausgewählten Maßnahmen gilt m.E. Ähnliches wie im innerstaatlichen Recht, dass nämlich nur grundsätzliche Alternativen im Sinne der normativen Verhältnismäßigkeit⁵⁰ zu untersuchen sind, nicht kleinteilige Varianten bis in den betroffenen Einzelfall hinein. Das Panel in EC-Biotech Products ist zu dieser Prüfung nicht gekommen, weil es die Schutzklausel-Maßnahmen schon an der Frage der Risikobewertung scheitern lässt.

Bei ihren Maßnahmen sollen sich die Vertragsstaaten des Abkommens auf vorhandene internationale Normen und Richtlinien stützen. Tun sie dies, gilt eine Vermutung für die Vereinbarkeit mit dem Abkommen.⁵¹ Die Vertragsstaaten dürfen im Schutzniveau über die internationalen Normen und Richtlinien hinausgehen, wenn es eine wissenschaftliche Begründung dafür gibt.⁵²

Im Hinblick auf GVO existieren noch keine internationalen Normen oder Richtlinien, so dass die Vertragsstaaten insoweit autonom sind.

Die Maßnahmen dürfen des Weiteren „keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Mitgliedern mit ähnlichen Bedingungen oder zwischen dem regelnden Mitglied und anderen Mitgliedern bewirken“, und sie dürfen nicht ein bloßer Vorwand sein, mit dem eine Handelsbeschränkung verschleiert werden soll.⁵³ Dieser Grundsatz ist nicht zu verwechseln mit der potentiellen Ungleichbehandlung von Sachverhalten innerhalb eines Mitgliedstaates, wie z.B. die unterschiedliche Behandlung des Anbaus von gentechnisch verändertem und konventionellem Saatgut. Ein Konsistenzgebot, das nicht-diskriminierende innerstaatliche Politikalternativen kontrolliert, kann m.E. aus Art. 2.3 SPS-Abkommen nicht abgeleitet werden.

In Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt, wenn auf Gleichbehandlung ausländischen und inländischen Saatguts geachtet wird.

bb) Methodologische Vorgaben

aaa) Risikobewertung (Art. 5.1)

Das SPS-Abkommen betont die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Basis der Maßnahmen.⁵⁴

Die Streitschlichtungsorgane und so auch das Panel in EC-Biotech Products, pflegen Risikobewertungen bis ins Einzelne gehend zu prüfen. M.E. sollte den Vertragsstaaten dagegen ein weiter Beurteilungsspielraum zukommen. Dafür sprechen verschiedene Gründe: Gesundheits- und Umweltschutz ist nicht lediglich eine Ausnahme von einem grundlegenden Freihandelsprinzip, sondern ein mindestens gleichwertiges Prinzip;⁵⁵ die Vertragsstaaten sind besser als die Streitschlichtungsorgane dafür ausgerüstet, die wissenschaftlichen Fragen zu klären⁵⁶; und das Niveau demokratischer Legitimation der Beschlüsse der WTO-Streitschlichtungsorgane ist geringer als das der Regelungen der Vertragsstaaten.⁵⁷

Die SPS-Maßnahmen müssen auf eine nach international anerkannten Methoden durchgeführte Risikobewertung gestützt werden.⁵⁸ Bei der Bewertung der Risiken sind – unter anderen Gesichtspunkten – das verfügbare wissenschaftliche Beweismaterial und die einschlägigen ökologischen und Umweltbedingungen zu berücksichtigen.⁵⁹

Wendet man diese Vorgaben auf nationale Anbaubeschränkungen an, so ist nach den oben vorgeschlagenen Kategorien der Risikoabschätzung und der Risikoabwägung zu differenzieren:

Die auf wissenschaftliche Tatsachenaussagen und Beurteilungen gestützten Anbaubeschränkungen müssen den

anerkannten Regeln der Risikobewertung folgen, insbesondere auch insoweit, wie ein Mitgliedstaat die im Zulassungsverfahren erstellte UVP im Anbaubeschränkungsverfahren durch Untersuchung nicht untersuchter Auswirkungspfade ergänzt (wie z.B. Auswirkungen auf bestimmte Nicht-Ziel-Organismen). Dies dürfte keine besonderen Schwierigkeiten bereiten, weil die in der EU anerkannten Risikobewertungsmethoden mit den internationalen Standards übereinstimmen.

Anderes gilt jedoch für Maßnahmen (hilfsweise unterstellt, sie unterfallen dem SPS-Abkommen), die auf allgemeine umweltpolitische Wertungen, m.a.W. auf eine Risikoabwägung gestützt werden. Zunächst kann diese Risikoabwägung als Bestandteil der Bestimmung des Schutzniveaus gelten und steht damit im Ermessen der Vertragsstaaten. Wenn ein Mitgliedstaat zum Beispiel ökosystemare Auswirkungen von GVO-Anbau vermeiden will, wählt er ein höheres Schutzniveau als wenn er lediglich Schäden an bestimmten Nicht-Ziel-Organismen vermeiden will.

Auch für Maßnahmen, die ein hohes Schutzniveau verwirklichen, muss eine Risikobewertung erfolgen. Eine strenge Risikobewertung kann m.E. aber nicht gefordert werden, weil sie auf lineare Kausalitäten abstellt und die komplexen Wechselwirkungen in Ökosystemen nicht erfasst.⁶⁰ Vielmehr muss genügen, dass das Risiko nach dem Stand der Wissenschaft substantiiert und die Risikoabwägung erläutert wird.

Das Panel in EC-Biotech Products hat dagegen insistiert, dass „a risk assessment must evaluate the likelihood or probability of particular risks“. Dem genüge die Einschätzung eines Mitgliedstaates nicht, eine Auswirkung sei „uncertain“, „possible“ oder „non-conclusive“ und berech-tige damit zu einer auf die Schutzklausel gestützten Beschränkung.⁶¹ Da im betreffenden Fall für die Schutzklausel demnach keine adaequate Risikobewertung vorliege, sei Art. 5.1 verletzt.

bbb) Vorsorgliche Maßnahmen (Art. 5.7)

In Fällen, in denen das „einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht“, können Maßnahmen „vorübergehend auf der Grundlage der verfügbaren einschlägigen Angaben“ und von Angaben internationaler Organisationen oder der Praktiken anderer Staaten eingeführt werden.⁶² Die Interpretation dieser Klausel erlaubt

48) Art. 2.2 SPS-Abkommen.

49) Art. 5.5 SPS-Abkommen.

50) Vgl. oben zu II. 3. a).

51) Art. 3.1. und 3.2 SPS-Abkommen.

52) Art. 3.1, 3.2 und 3.3 SPS-Abkommen.

53) Art. 2.3 SPS-Abkommen.

54) Art. 2.2 SPS-Abkommen. Es fällt auf, dass diese Anforderung nicht für die Festlegung des Schutzniveaus gestellt wird, außer, dieses ist strenger als das in internationalen Normen angestrebte (vgl. Art. 3.3. SPS-Abkommen).

55) Vgl. dazu oben zu I. 3.

56) Diese Begründung für judicial self-restraint hat vor allem das Bundesverwaltungsgericht vorgeschlagen, vgl. grundlegend BVerwGE 72, 300 (316f.).

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

58) Art. 5.1. bis 5.3 SPS-Abkommen. Vgl. EC – Meat and Meat Products Nr. 180: „Article 2.2 informs Articles 5.1: the elements that define the basic obligation set out in Article 2.2 impart meaning to Article 5.1.“ Vgl. hierzu auch Auffassung des AB, dass das Risiko „ascertainable“ sein müsse (a. a. O. Nr. 186).

59) Art. 5.2 SPS-Abkommen.

60) Vgl. oben zu II. 4. a) bb).

61) So EC – Biotech Products Nr. 7.982–7.984 im Zusammenhang mit der Prüfung der österreichischen Regulierung des Mais T 25.

62) Art. 5.7. SPS-Abkommen

es, den Vorsorgeansatz (engl. „precautionary approach“) zur Geltung zu bringen. Deshalb haben es die Streit-schlichtungsorgane bisher nicht für erforderlich angesehen zu entscheiden, ob das Vorsorgeprinzip bereits Völkergewohnheitsrecht ist.⁶³

Auch das Panel in EC-Biotech Products zieht diese Grundlage heran. Hinsichtlich der Voraussetzung, dass „das einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht“, hatten die Mitgliedstaaten, die per Schutzklausel vorgegangen waren, vorgetragen, welches Beweismaterial erforderlich sei, sei von dem gewählten Schutzniveau abhängig.⁶⁴ Angesichts ihres hohen Schutzniveaus sei die Beweislage unzureichend. Das Panel weist diesen Vortrag zurück. Die für die Risikobewertung erforderlichen Informationen seien rein naturwissenschaftlich zu bestimmen, während das Schutzniveau erst bei der Bewertung der Akzeptabilität des Risikos zum Zuge komme.⁶⁵ Da nun aber ein wissenschaftlicher Ausschuss, das Scientific Committee on Plants (SCP), eine Stellungnahme abgegeben habe, sei die Beweislage hinreichend.⁶⁶ Die Maßnahme könne deshalb weder auf eine Risikobewertung noch auf Art. 5.7 SPS-Abkommen gestützt werden.

Das Ergebnis ist in sich widersprüchlich: Im Rahmen des Art. 5.1 wird das Vorliegen einer Risikobewertung verneint, im Rahmen von Art. 5.7. wird es dagegen bejaht. Der Widerspruch löst sich nur scheinbar auf, wenn man berücksichtigt, dass die Verneinung sich auf die Begründung der Inanspruchnahme der Schutzklausel bezieht und die Bejahung auf die Begründung der Zulassung des GVO. Denn beide Begründungen hängen zusammen, die auf die Schutzklausel bezogene stellt gerade die auf die Zulassung bezogene in Frage. Ungewissheit ist deshalb auch ein Charakteristikum der Risikobewertung i. S. d. Art. 5.1 SPS-Abkommen. Das Panel verkennt zudem, dass die Wahl eines hohen Schutzniveaus durchaus die erforderliche Beweislage mitbestimmen kann. Wenn das gesetzte Schutzniveau z. B. den gesicherten Ausschluss von Schäden an Bodenorganismen verlangt und die vorhandenen Informationen für eine solche Feststellung nicht ausreichen, kann nicht einfach gefordert werden, dass blindlings dennoch die Wahrscheinlichkeit von Schäden bestimmt wird.

ccc) Risikobewertung als Substantiierung und Abwägung von Risiken

Mein Vorschlag, eine dem Schutzniveau angepasste Risikobewertung zuzulassen, die ggf. das Risiko nur substantiiert und seine Abwägung begründet, findet Resonanz in Art. 5.2 SPS-Abkommen, wonach eine Reihe weiterer Faktoren berücksichtigt werden kann, einschließlich auch der „einschlägigen ökologischen und Umweltbedingungen“. ⁶⁷ In die gleiche Richtung deuten einige Formulierungen des Appellate Body, die Einschätzungen von qualitativer Art⁶⁸ und solche komplexerer Kausalbeziehungen⁶⁹ akzeptieren. Auf Risiken als einer Frage der Lebenspraxis weist der folgende oft zitierte Satz hin:

„It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die.“⁷⁰

Die Risikobewertung muss nicht zwingend zu einer „monolithic conclusion“ kommen, und sie kann statt der Mehrheit der scientific community zu folgen sich auch „a divergent opinion from a qualified and respected source“ zu eigen machen.⁷¹

Besonders deutlich wird diese Öffnung der Risikobewertung in folgender Feststellung:

„Although the definition of a risk assessment does not require WTO Members to establish a minimum magnitude of risk, it is nevertheless difficult to understand the concept of risk as being devoid of any indication of potentiality. A risk assessment is intended to identify adverse effects and evaluate the possibility that such adverse effects might arise. This distinguishes an ascertainable risk from theoretical uncertainty. However, the assessment of risk need not be expressed in numerical terms or as a minimum quantification of the level of risk.“⁷²

Eine Quantifizierung der Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit ist hiernach nicht erforderlich. Erforderlich sind Anhaltspunkte („indication“) für Risiken. Nicht genügend ist dagegen eine bloß theoretische Ungewissheit.

Sollte es zu einem neuen Streitschlichtungsverfahren kommen, stehen die Chancen deshalb nicht ganz schlecht, dass die zuständigen Organe zu einem erweiterten Verständnis der Risikobewertung kommen.

ddd) „Beruhen auf“ (Art. 5.1)

Alternativ oder auch kumulativ zur Öffnung der Risikobewertungsmethodik kann die Anforderung, dass eine SPS-Maßnahme auf einer Risikobewertung „beruhen“ (engl. based on) soll, problemadäquat ausgelegt werden. Der Appellate Body hat das Kriterium so interpretiert, dass „a rational relationship between the measure and the risk assessment“ bestehen müsse.⁷³ Dies ist ein enges Verständnis, das eine Abwägung des durch Risikobewertung bestimmten Risikos auszuschließen scheint. Zur Begründung könnte angeführt werden, dass das SPS-Abkommen den Ausdruck des Risikomanagement nicht kennt.⁷⁴ Es geht jedoch nicht an, dass wenn weltweit zwischen Risikobewertung und -management unterschieden wird, das SPS-Abkommen sich dem verschließt. Das Welthandelsrecht würde sich übernehmen, wenn es gegensteuern wollte. Der genannten Unterscheidung kann bereits der status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zuerkannt werden. In dessen Licht ist das SPS-Abkommen zu interpretieren. Wenn der Terminus in ihm nicht vorkommt, so kann die von ihm gemeinte Funktion, nämlich eine Risikoabwägung zuzulassen, von anderen Termini übernommen werden. Dabei bietet sich eben das Kriterium des „beruhen auf“ an. Versteht man es entgegen dem Appellate Body weniger inhaltlich als vielmehr prozedu-

63) Vgl. dazu EC – Biotech Products Nr. 7.89.

64) EC – Biotech Products Nr. 7.1129.

65) EC – Biotech Products, Nr. 7.1131–7.1134.

66) EC – Biotech Products, Nr. 7.952.

67) Vgl. den entsprechenden Hinweis in EC – Measures Concerning Meat and Meat Products, Nr. 187.

68) European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seals Products, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, Nr. 5.198.

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

70) EC – Meat and Meat Products Nr. 187. Auch zitiert in Appellate Body Report, US – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R 2008, Nr. 527.

71) EC – Meat and Meat Products Nr. 194. Auch zitiert in United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320/R 2008, Nr. 529.

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

73) EC – Meat and Meat Products, Nr. 193.

74) So auch EC – Meat and Meat Products Nr. 181.

ral, so „beruht“ eine Maßnahme auch dann „auf“ einer Risikobewertung, wenn sie das festgestellte Risiko zur Kenntnis nimmt und abwägt.

2. Abkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen)

Soweit die Maßnahmen in den Anwendungsbereich des SPS-Abkommen fallen und seinen Anforderungen genügen, sind sie nicht auch noch am TBT-Abkommen zu messen, weil das SPS-Abkommen diesem vorgeht.⁷⁵ Nicht dazu gehören nach hiesiger Auffassung diejenigen Maßnahmen, die allgemeine umweltpolitische Ziele verfolgen oder auf anderen als umweltpolitischen Gründen beruhen. Für sie ist deshalb zu prüfen, ob sie in den Anwendungsbereich des TBT-Abkommens fallen. Das TBT-Abkommen unterscheidet sich vom GATT in folgenreicher Weise im Hinblick auf die Frage, ob nur Maßnahmen, die ausländische und inländische Produkte unterschiedlich behandeln (sog. diskriminierende Maßnahmen), rechtfertigungsbedürftig sind oder auch Maßnahmen, die beide nicht unterschiedlich behandeln (sog. nicht diskriminierende Maßnahmen). Das TBT-Abkommen (ebenso auch das SPS-Abkommen) erfasst beide Kategorien, das GATT dagegen nur diskriminierende Maßnahmen. Während das GATT nur Diskriminierungen abbauen will, erhebt das TBT-Abkommen den Anspruch, die allgemeine Handelspolitik der Mitglieder zu disziplinieren.⁷⁶

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

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

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

Art. 2.1 enthält eine grundsätzliche Regelung für diskriminierende Maßnahmen, Art. 2.2 eine solche sowohl für diskriminierende wie auch für nicht-diskriminierende Maßnahmen.

Zentral ist in beiderlei Hinsicht der Bezug zu technischen Vorschriften: Sie dürfen (grundsätzlich, also vorbehaltlich möglicher Rechtfertigung) nicht diskriminierend sein bzw. den Handel nicht unnötig hemmen. Die Anbaubeschränkungen müssten also eine technische Vorschrift in diesem Sinne sein.

Der Ausdruck „technische Vorschrift“ ist definiert als

„ein Dokument, das Merkmale eines Produkts oder die entsprechenden Verfahren und Produktionsmethoden einschließlich der anwendbaren Verwaltungsbestimmungen festlegt, deren Einhaltung zwingend vorgeschrieben ist. [...]“⁷⁷

Anbaubeschränkungen knüpfen an dem Merkmal eines Produkts an, nämlich an die Eigenschaft von Saatgut – positiv – als gentechnisch in bestimmter Weise modifiziert bzw. – negativ – als nicht gentechnisch verändert.

Fraglich ist aber, ob diese Merkmale durch die Anbaubeschränkungen „festgelegt“ werden.⁷⁸ Eine abstrakte Festlegung von Merkmalen, etwa in der Form „hiermit wird festgelegt, dass ein Saatgut gentechnisch verändert ist“ wäre sinnlos. Merkmalszuschreibungen erfolgen vielmehr immer in einem bestimmten Handlungsfeld. Dieses Hand-

lungsfeld ist im Kontext des TBT-Abkommens der Handel mit Produkten. Für diesen Handel kann festgelegt werden, dass Produkte mit dem Merkmal „gentechnisch verändert“ nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen in Verkehr gebracht werden dürfen. Anbaubeschränkungen schreiben dies aber gerade nicht vor.⁷⁹ Sie beziehen sich auf den Anbau. Der Hersteller bleibt frei, die anbaubeschränkten Produkte in Verkehr zu bringen.

Man könnte immerhin überlegen, ob die anbaubezogene Merkmalsfestlegung sich mittelbar auf den Handel auswirkt, weil die Absatzchancen vermindert werden. Aber dies bedeutete eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des TBT-Abkommens, für die die Streit-schlichtungsorgane kaum legitimiert wären. Sie würden dann einen ähnlichen Schritt vollziehen, den der EuGH in den Urteilen *Mickelsson und Kommission./Italien* gegangen ist. Auf europäischer Ebene ist dies bereits zweifelhaft⁸⁰, mag aber angesichts des Integrationsstandes der EU und bei angemessenem Zuschnitt angehen, in der weltweiten Dimension des TBT-Abkommens wäre es m.E. ein Akt *ultra vires*.

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

3. Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT)

Bleibt noch eine Beurteilung am Maßstab des Art. 3 Abs. 4 GATT. Er lautet:

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

Diese Vorschrift ist auch auf die Regelung der Produktverwendung anwendbar, somit auch auf Anbauregelungen. Jedoch müssen diese Regelungen ausländische und inländische Produkte ungleich behandeln. Das ist vorliegend nicht der Fall, weil alle gentechnisch veränderten Pflanzen den gleichen Anbaubeschränkungen unterworfen werden.

Da im tatsächlichen Effekt der Anbaubeschränkungen wohl quantitativ mehr ausländische als inländische Pflanzen betroffen sein würden, stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch eine faktische Ungleichbehandlung von Art. 3 Abs. 4 GATT erfasst ist. Im Prinzip ist dies vom Appellate Body anerkannt worden. Entscheidend ist, ob die Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil der eingeführten Produkte negativ verändert wurden.⁸¹ Dabei muss die negative Veränderung gerade auf die ausländische Herkunft der Produkte zurückzuführen sein:

75) Art. 1 Abs. 4 SPS-Abkommen.

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

77) Anhang 1 Nr. 1 TBT-Abkommen.

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

79) Ebenso *Strack*, *Der lange Weg zum Opt-out von der Gentechnik*, NuR 2014, 829 ff. (dort Fn. 34).

80) Vgl. oben zu IV. 1.

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

„However, the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product, such as the market share of the importer in this case.“⁸²

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

Eine deutlichere Ungleichbehandlung könnte dagegen dann anzunehmen sein, wenn man nicht gentechnisch verändertes Saatgut aus dem Ausland und Inland vergleicht, sondern gentechnisch verändertes Saatgut aus dem Ausland mit konventionellem Saatgut aus dem Inland. Ersteres wäre im Anbau beschränkt, letzteres nicht. Für einen solchen Vergleich müsste es sich bei beiden Produktgruppen um „gleichartige“ Waren handeln. Dies ist nicht der Fall, weil sich beide Produkte vor allem in ihren physischen Eigenschaften sowie in den Vorstellungen und im Verhalten der Verbraucher unterscheiden.⁸³

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

VI. Ergebnis

Das durch Richtlinie (EU) 2015/412 eingeführte Opt-Out-Konzept radikalisiert den Ansatz der Koexistenz von gentechnisch verändertem und konventionellem oder biologischem Pflanzenanbau. Es soll den Streit der Mitgliedstaaten um die Gentechnik überwinden, indem eine Pluralisierung der Anbauregeln ermöglicht wird. Bei seiner Anwendung ist auf den *effet utile* der Richtlinie zu achten. Das Konzept steht zugleich exemplarisch für eine Umorientierung der europäischen und globalen Freihandelsprinzipien. Während Handelsbeschränkungen aus Gesundheits- und Umweltschutzgründen bisher nur bei strenger wissenschaftlicher Grundlage gerechtfertigt werden konnten, soll nun eine Vielfalt von Risikowahrnehmungen anerkannt werden. Hinzu treten weitere Gründe produktbezogener gesellschaftlicher Präferenzen.

Zu den Gründen, die Anbaubeschränkungen rechtfertigen können, gehören hauptsächlich:

- **Umweltpolitische Gründe:** Sie dürfen sich nicht in Widerspruch zu den wissenschaftlichen Aussagen und Beurteilungen der UVP setzen, können aber auf eigenständigen grundsätzlichen Wertungen der Ungewissheit, der indirekten und langfristigen Auswirkungen, der systemaren Effekte und des ganzheitlichen Schutzes der Natur beruhen. Zu unterscheiden ist dementsprechend zwischen der wissenschaftlichen Risikountersuchung und -abschätzung, die Gegenstand der sog. Risikobewertung sind, und der Risikoabwägung, die (neben der Instrumentenwahl) Gegenstand des Risikomanagement ist.
- **Sozio-ökonomische Gründe:** Sie können auf die Vermeidung der durch kleinteilige Koexistenzregeln entstehenden volkswirtschaftlichen Kosten zielen, eine Abwägung von verbleibenden Risiken mit dem Nutzen des GVO vollziehen und/oder Konsumentenpräferenzen entgegenkommen.
- **Agrarpolitische Gründe:** Sie können (in Überschneidung mit umweltpolitischen Gründen) auf den Schutz landwirtschaftlich genutzter Biotope zielen. Allgemeiner können sie sich aber auch gegen eine Industrialisierung und für eine Förderung bäuerlicher oder biologischer Landwirtschaft richten.

- **Ethische Gründe:** Sie können auf die Weisheit der Versuch-Irrtum-Prozesse der Evolution setzen, die Eigenart der Kreatur schützen oder der Schöpfung Reverenz erweisen wollen.

Die Maßnahmen, die auf diese Gründe gestützt werden, können lokal bis bundesweit ausgerichtet sein und aus bloßen Beschränkungen oder aus gänzlichen Verboten des Anbaus bestimmter GVO bestehen. Sie müssen verhältnismäßig sein. Da die Regelung nicht durch Einzelakte, sondern durch Verordnungen erfolgt, ist bei Prüfung der Erforderlichkeit nicht auf die Verhältnisse des einzelnen Produzenten, sondern auf strategische Alternativen abzustellen. Bei Prüfung der Geeignetheit der Maßnahmen fragt sich, inwieweit Kohärenz zwischen gentechnikbezogenen und „konventionellen“ Regelungen bestehen muss. Ein strenges Gebot kohärenter Strategien ist nicht anzunehmen, wohl aber ein Konzeptgebot. Dieses verlangt, dass, wenn z. B. durch Anbauverbot für GVO die weitere Industrialisierung der Landwirtschaft verhindert werden soll, ein politisches Konzept existiert, das entsprechende Maßnahmen im nicht-gentechnischen Bereich vorsieht.

Maßnahmen, die auf die genannten Gründe gestützt werden, sind bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit den Grundrechten vereinbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die Grundrechte der gentechnischen, sondern auch die der konventionellen und biologischen Landwirtschaft betroffen sind; es geht also um einen Ausgleich in multipolarem Verhältnis, für den dem Gesetz- und Verordnungsgeber ein weites Ermessen zukommt.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit ergibt sich, dass die Richtlinie mit Ausnahme der ethischen Gründe eine abschließende Regelung trifft. Hilfsweise ist festzustellen, dass die Gründe sich auf anerkannte öffentliche Interessen der Union stützen können.

Soweit es die Vereinbarkeit mit dem SPS-Abkommen angeht, ist eine nähere Analyse des Anwendungsbereichs geboten. Nach der sehr extensiven Auslegung des Panel im Verfahren EC-Biotech Products wären Maßnahmen aus umweltpolitischen Gründen, auch die auf allgemeineren Wertungen beruhenden, erfasst, möglicherweise sogar Maßnahmen, die auf die nicht-umweltpolitischen Gründe gestützt sind. Es gibt jedoch gute Gründe gegen die Interpretation des Panel und Ansatzpunkte dafür, dass ein Panel oder anschließend der Appellate Body in einem neuen Verfahren zu einem anderen Ergebnis kommen würde.

Im Unterschied zum weiten Anwendungsbereich versteht das Panel die erforderliche Risikobewertung eng wissenschaftsbezogen. Dadurch entsteht eine Schere, denn allgemeine umweltpolitische Wertungen der Risikoabwägung können nicht einer präzisen Untersuchung der Wahrscheinlichkeit bestimmter Schadenseintritte unterzogen werden. Dies muss vermieden werden, wenn man einen weiten Anwendungsbereich unterstellt. In diesem Fall muss die Risikoabwägung als Bestimmung des Schutzniveaus in das Ermessen des Vertragsstaates gestellt und die Risikobewertung den allgemeineren Zielen gemäß als allgemeineres Substantiierungsgebot gefasst werden.

Das TBT-Abkommen ist nicht anwendbar. Die in Frage stehenden Regelungen sind keine technischen Vorschriften im Sinne des Abkommens, weil sie sich auf den Anbau, nicht den Handel beziehen. Dies gilt für Maßnahmen mit umweltpolitischer Begründung wie auch für

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

83) Ebenso Dederer, in: Dederer/Herdegen, a. a. O., Fn. 312–318, der im Rahmen des Art. III.4 GATT aber doch eine Gleichartigkeit anzunehmen scheint (vgl. a. a. O. zu Fn. 363–365).

Tab. 1 Zulässigkeit unterschiedlicher Gründe für Anbaubeschränkungen (AB)

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

Maßnahmen, die auf die sonstigen Opt-Out-Gründe gestützt sind.

Das Gebot der Inländerbehandlung des Art. III.4 GATT ist nicht verletzt, wenn und weil die Opt-Out-Maßnahmen

ausländische und inländische Produkte gleichermaßen behandeln.

Das Ergebnis ist in der angefügten Tabelle noch einmal zusammengefasst.

Duldungsverfügungen im Bodenschutz- und Altlastenrecht, insbesondere bei der Altlastenerkundung und -sanierung*

Joachim Sanden

© Springer-Verlag 2015

Der Beitrag untersucht die Reichweite der bodenschutzrechtlichen Pflichten nach dem Bundes- und Landesrecht sowie die Möglichkeiten, per Duldungsverfügung vorzugehen. In diesem Zusammenhang soll auf die Durchsetzungsmöglichkeiten eingegangen werden. Erörtert werden damit zusammenhängende Rechtsschutzfragen sowie Entschädigungspflichten. Schließlich werden baurechtliche und sonstige Sicherungsmöglichkeiten des Vorgehens thematisiert.

1. Einführung

Um durchzusetzen, dass der nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) Verantwortliche Handlungen im Rahmen der Untersuchung oder Sanierung von schäd-

lichen Bodenveränderungen oder Altlasten überhaupt vornehmen kann, müssen in der Vollzugspraxis der Bodenschutzbehörden nicht selten Duldungsanordnungen ausgesprochen werden.

Ausgangssituation ist, dass die für den Vollzug des Bodenschutzes zuständige Behörde oder ein von ihr beauftragter Dritter eine Maßnahmen der Erkundung oder Sanierung einer Altlast durchführen soll. Der Verursacher sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, der Grundstückseigentümer oder der Inhaber der tatsächlichen Gewalt bzw. derjenige, der aus handelsrechtlichen oder gesellschaftlichen Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat bzw. wer das Eigentum aufgeben hat, haben diese Maßnahmen hinzunehmen.

Fraglich ist, ob das Angeordnete überhaupt umsetzbar ist oder ob die Durchführung durch Rechtsgründe (Rechte Dritter) gehindert ist. So müssen etwa konkret Bodenproben genommen oder Grundwassermessstellen errichtet

apl. Prof. Dr. Joachim Sanden,
Leiter der Abteilung Bodenschutz/Altlasten und stv. Leiter des Amtes für Umweltschutz der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg sowie außerplanmäßiger Professor an der Leuphana Universität Lüneburg,
Lüneburg, Deutschland.

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung wieder.