

Landesbehördliche Befugnisse im Spannungsfeld von Naturschutz- und Gentechnikrecht

(Umwelt- und Planungsrecht 2010, i.E.)

Der vorliegende Beitrag untersucht, inwieweit dem Naturschutz im Rahmen der geltenden Vorschriften bei gentechnikrechtlichen Freisetzungsentscheidungen und beim kommerziellen Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen durch landesbehördliches Handeln angemessen Geltung verschafft werden kann. Dabei ergibt sich ein komplexes Bild von Bundes- und Landeszuständigkeiten und -befugnissen, deren Abgrenzung hier teilweise schwierig ist. Dies betrifft auch das Verhältnis des Gentechnikrechts zum Naturschutzrecht. Insgesamt haben auch die dabei auftretenden Unklarheiten und eher überschätzten Landesinterventionsbefugnisse Anteil daran, dass der durch Stichworte wie „Koexistenz“ und „Risikomanagement“ suggerierte Kompromiss zwischen Gentechnikbefürwortern und -gegnern letztlich (spätestens langfristig) letztlich wohl zugunsten der ersteren ausfällt. Dass das Gentechnikrecht durch einen erheblichen Mangel an klaren gesetzgeberischen Entscheidungen geprägt ist, ist dabei nicht nur ein Rechtsinterpretationsproblem und eine Steuerungsfrage, sondern auch eine Verfassungsfrage. All dies interessiert auch vor dem Hintergrund aktuell an die Öffentlichkeit gelangter Probleme mit einem wirksamen Vollzug des Gentechnikrechts.

I. Problemstellung: Quo vadis, grüne Gentechnik?

Der Umgang mit der grünen oder Agro-Gentechnik ist eine Kernthematik des Umweltrechts, die folgerichtig auch in diesen Tagen medial wieder äußerst präsent ist. Und jener Umgang ist auch, wenngleich weniger beachtet als lebensmittelbezogene Kontroversen, nach wie vor eine der wichtigsten Zukunftsfragen des Naturschutzes, beeinflussen transgene Lebewesen doch direkt und indirekt die biologische Vielfalt und damit eines der zentralen Schutzgüter des klassischen Natur- und Artenschutzes. Gleichzeitig ist in naturwissenschaftlicher Hinsicht unverändert vieles ungeklärt: über die Chancen und Risiken der Erforschung und landwirtschaftlichen Nutzung gentechnisch veränderter Organismen (GVO) streiten die Experten² so leidenschaftlich – und unversöhnlich – wie eh und je. Gleichzeitig scheint das Meinungsbild unter den Verbrauchern sehr viel eindeutiger: Insbesondere der Einsatz von GVO in Lebensmitteln wird in der Mehrheit nach wie vor abgelehnt. Ein erster Blick in das einschlägige europäische und nationale Recht, in Deutschland im Wesentlichen das GenTG, verrät, wie der Gesetzgeber die diesbezügliche Entscheidung politisch ausgerichtet hat: So wurde in Deutschland – beruhend auf den Vorgaben der EU – zunächst eine Art Grundsatzentscheidung für den Einsatz der grünen Gentechnik getroffen, wenn in § 1 Abs. 1 Nr. 3 GenTG ein Rahmen für die Erforschung und Förderung der Gentechnik ausdrücklich zum Gesetzesziel erklärt wird. Daneben sollen jedoch auch die Koexistenz, also das verträgliche Nebeneinander der verschiedenen Bewirtschaftungsformen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GenTG) und der Schutz von Leben, Gesundheit, Sachgütern sowie der Umwelt in ihrem gesamten Wirkungsgefüge gewährleistet werden (§ 1

¹ Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt an der Universität Rostock Umweltrecht und Rechtsphilosophie. Dipl.-Jur. Bettina Hennig promoviert bei ihm mit einem DBU-Stipendium zur Steuerung energetischer Biomassennutzung. Zur Forschungsgruppe Nachhaltigkeit und Klimapolitik siehe www.sustainability-justice-climate.eu.

² Zur leichteren Lesbarkeit wurde in diesem Aufsatz meist die männliche Form bei Substantiven und Pronomen gewählt. Die weibliche Form sei dabei stets mitgedacht.

Abs.1 Nr. 1 GenTG).

Aus diesen disparaten Zielsetzungen des GenTG resultiert in der Praxis ein enormes Konfliktpotenzial, dessen Aussteuerung sich das Gentechnikrecht vorgenommen hat: So hält es verschiedene Ansätze bereit, um das anspruchsvolle Versprechen einzuhalten, einerseits die grüne Gentechnik zu ermöglichen, dies aber ohne menschliche und umweltseitige Schäden und ohne Einschränkung eines parallel weiter möglichen „nicht-gentechnischen“ Anbaus. Avisiert sind damit theoretisch z.B. ein hochwertiges Risikomanagement, umfassende Vorgaben an die gute fachliche Praxis den Anbaus, ausgleichende und befriedende Haftungsregelungen oder ein entsprechendes Aufsichtsregime. Hinsichtlich der Naturschutzbelange werden diese Ansätze flankiert durch das Naturschutzrecht. Wie gut, zuverlässig, ausgleichend und vor allen Dingen wirksam die angesprochenen Instrumente durch das geltende Recht tatsächlich ausgestaltet worden sind, ist unter den bereits angesprochenen Experten – denn das Gentechnikrecht ist, im Gegensatz zu seinem Bezug zur breiten öffentlichen Debatte hinsichtlich einzelner „Schlaglichter“, in der Breite nach wie vor eine reine Expertenangelegenheit – nicht minder umstritten als die naturwissenschaftlichen Grundlagen des Diskurses. So wird anhand der zahlreichen in den letzten Jahren geführten Prozesse³, der nach wie vor starken Aktivität verschiedener Interessenverbände⁴, der zeitweise immer wieder großen medialen Präsenz einzelner Aspekte des Themas⁵ und nicht zuletzt der starken gesetzgeberischen und behördlichen Bewegungen⁶ in diesem Bereich deutlich, dass das letzte Wort in Sachen grüner Gentechnik noch nicht gesprochen ist. Wenn politisch und rechtlich inzwischen oft eher über die exekutivischen Details als über das Grundproblem der Gentechnik gestritten wird, so ist dies manchmal wohl eher ein Stellvertreterkrieg, häufig aber auch getragen von der Überzeugung, der geschilderte Kompromiss könne wirklich gelingen. Möglicherweise stimmt jedoch genau dies nicht, weil dauerhafte Koexistenz gerade nicht möglich ist und bestimmte Naturschutzziele mit der Gentechnik strukturell inkompatibel bleiben, wie andernorts näher thematisiert wurde.⁷

Damit geht es einerseits um ein effektives Umweltrecht, also um eine Governance- oder Steuerungsfrage in jenem an Steuerungsdefiziten nach wie vor reichen Rechtsgebiet.⁸ Es geht

³ Eine Übersicht und Analyse zahlreicher Verfahren mit Naturschutzbezug (Stand: Ende 2008) findet sich bei Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht. Eine Darstellung und Analyse für die Praxis, 2008.

⁴ So haben sich insbesondere die Umwelt- und Verbraucherschutzverbände in den letzten Jahren intensiv in die öffentliche Debatte eingebracht, u.a. auch durch die Unterstützung von Klagen u.ä. Auch Verbände etwa aus der Land- und Lebensmittelwirtschaft nehmen aktiv an dem Diskurs teil.

⁵ Vgl. etwa die 2008 viel beachtete und ebenso umstrittene Veröffentlichung der Dokumentation „Monsanto – Mit Gift und Genen“ der französischen Journalistin Marie-Monique Robin.

⁶ So hat insbesondere der Anbau der transgenen Maissorte MON810 der Firma Monsanto (vgl. dazu Fn. 14) in Deutschland und Europa eine wechselvolle Geschichte: Nachdem das BVL bereits im April 2007 eine vorübergehende Ruhensanordnung der 1998 erteilten Inverkehrbringensgenehmigung für MON810 nach der sog. Schutzklausel des § 20 Abs. 2 GenTG (vgl. Art. 23 RL 2001/18/EG) verfügte, jedoch nach Vorlage des geforderten Monitoringplanes durch Monsanto im Dezember 2007 wieder aufhob, wurde am 17.04.2009 auf Erlass des BMELV vom 15.04.2009 durch das BVL ein erneuter Bescheid erteilt, der nach § 20 Abs. 2 GenTG die die Genehmigung zum Anbau von MON810 bis zu einer Entscheidung der Kommission oder des Rates (vgl. Art. 23 i.V.m. 30 Abs. 2 RL 2001/18/EG) ruhen lässt. Mit dieser Entscheidung ist Deutschland neben Frankreich, Griechenland, Ungarn, Luxemburg und Österreich der sechste Mitgliedstaat der EU, der den Anbau von MON810 mit Blick auf Umweltrisiken vorübergehend verboten hat. Demnächst steht jedoch wohl die im Jahr 2007 beantragte Entscheidung zur Erneuerung der aufgrund der Novellierung der sog. Freisetzungsrichtlinie nachträglich befristeten Inverkehrbringensgenehmigung für MON810 an, mit der die Ruhensanordnungen spätestens enden würden.

⁷ Dieser Beitrag konzentriert sich dabei auf das Gebietsschutzrecht. Zum Verhältnis von Artenschutzrecht und Gentechnikrecht vgl. Ekardt/ Hennig, NuR 2010, i.E.

⁸ Vgl. dazu etwa Ekardt, Steuerungsdefizite im Umweltrecht, 2001, § 6 und passim; Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, §§ 1 C. II., 3 B., 4 B., 5 B.

andererseits zugleich um Verfassungsfragen, nämlich um die Reichweite des Demokratieprinzips, des Gesetzesvorbehalts und der Gewaltenteilung, wenn der Gesetzgeber eine Frage scheinbar offenhält, sie in Wirklichkeit aber vielleicht subkutan zugunsten der Gentechnik vorentscheidet (dabei zugleich aber die Behörden mit – im Sinne des Gesetzesvorbehalts – „wesentlichen“ Konkretisierungen belastet). Dem soll vorliegend indes nicht näher nachgegangen werden.⁹ Stattdessen sollen einige bisher nur sehr bedingt geklärte Interpretationsfragen des Gentechnikrechts untersucht und nach Möglichkeit aufgelöst werden. *Wir fokussieren konkret die rechtlichen Möglichkeiten landesbehördlicher Interventionen zugunsten des Naturschutzes – und ihre Grenzen, die sie nicht zuletzt darin finden, dass die eigentlichen Genehmigungsinstanzen des Gentechnikrechts EU- und Bundesbehörden sind.* Avisiert werden hier Schutzgebiete und nicht wie andernorts der Artenschutz. Dabei wird allerdings auch hier exemplarisch deutlich werden, dass das Gentechnikrecht durch einen gewissen Mangel an klaren gesetzgeberischen Entscheidungen geprägt ist, was einerseits zu Konflikten führt, andererseits aber, trotz aller daraus entstehender behördlicher Spielräume, eine behördliche Intervention u.U. gerade auch erschweren kann.

Naturschutzbelange können durch GVO insoweit beeinträchtigt werden, als durch den Anbau im Freiland – sei es im Rahmen eines räumlich und zeitlich begrenzten Freisetzungsvorversuches oder eines kommerziellen Anbaus bereits genehmigter GVO – die Schutzgegenstände betroffener Schutzgebiete oder geschützte Arten gefährdet sein können. So gibt es etwa kontroverse Debatten über die Schädlichkeit von Bt-GVO¹⁰ für Nichtzielorganismen (insbesondere Bienen und Schmetterlingsarten). Materiellrechtlich gelten deshalb (1) im materiellen Naturschutzrecht für Schutzgebiete (und für den Artenschutz) grundsätzlich Regelungen dahingehend, dass Schutzgebiete und Arten vor solchen Gefährdungen zu bewahren sind. Allerdings greifen im Zusammenhang mit GVO hier nicht selten Ausnahmetatbestände oder Befreiungsmöglichkeiten. Speziell für Natura-2000-Gebiete ergibt sich nach §§ 35, 34 Abs. 1-2 BNatSchG grundsätzlich eine ausnahmslose Unzulässigkeit erheblicher Beeinträchtigungen durch Freisetzungen und durch den GVO-Anbau, allerdings mit bestimmten Einschränkungen und rechtlichen Schwierigkeiten (dazu später). Ferner bestehen (2) im materiellen Gentechnikrecht naturschützende Regelungen dahingehend, dass im Rahmen der Genehmigungstatbestände stets auch die Umweltverträglichkeit des jeweiligen GVO zu prüfen ist. Allerdings sind jene Regelungen insgesamt, neben dem bereits erwähnten, auch hier bestehenden Problem rechtlicher Unklarheit, in hohem Maße durch Ausnahmebestimmungen, strukturelle Unzulänglichkeiten in den Genehmigungsverfahren (dazu später noch ausführlicher) sowie durch naturwissenschaftliche Erkenntnisunsicherheiten belastet und daher materiellrechtlich in der Praxis bisher nur bedingt wirksam.¹¹ Gleichwohl stellt sich rechtlich die Frage, wer, sofern sich Handlungsbefugnisse ergeben, dafür in welchen Grenzen zuständig ist. Darum geht es vorliegend.

II. Grundstrukturen und -begriffe des Gentechnikrechts

Von den verschiedenen im Spannungsfeld zwischen Naturschutz und grüner Gentechnik agierenden Beteiligten steht im Folgenden also die Akteursgruppe der Behörden, und hier insbesondere die der Überwachungs- und Aufsichtsbehörden, im Fokus. Von dort aus lässt sich am

⁹ Vgl. dazu Ekardt/ Hennig, NuR 2010, i.E.

¹⁰ Vgl. Fn. 14.

¹¹ Ausführlich dazu anhand des Artenschutzes Ekardt/ Hennig, NuR 2010, i.E.

besten ersehen, wie sich der reale Befund zum avisierten (oder präferierten) Kompromiss zwischen Gentechniknutzung und sonstigen Belangen in der Praxis darstellt. Voranzustellen ist hier, dass es sich bei den einschlägigen Rechtsgrundlagen um ein in zweierlei Hinsicht komplexes Normengeflecht handelt: Zum ersten spielen hier verschiedene „geographische“ Ebenen eine Rolle, da Gentechnik- und Naturschutzrecht in weiten Teilen unionsrechtlich überwölbt sind und national neben Bundes- auch Landesrecht betroffen ist. Man könnte hierbei also von einem „vertikalen“ Stufungsverhältnis sprechen. Gleichzeitig sind aber auch in inhaltlicher Hinsicht zwei unterschiedliche Rechtsgebiete betroffen, nämlich das Gentechnikrecht einerseits und das Naturschutzrecht andererseits, ein Umstand, der als „horizontales“ Verhältnis zu berücksichtigen ist.¹²

Die bereits angesprochene naturwissenschaftliche Unsicherheit im Zusammenhang mit GVO und daraus resultierende Risiken erkennt der Gesetzgeber im Grundsatz an und unterwirft daher gentechnische Tätigkeiten einem gestuften Zulassungssystem („step-by-step-Verfahren“).¹³ Dabei sind die ersten drei Tätigkeitsstufen im Zusammenhang mit GVO, also gentechnische Arbeiten im Labor sowie das Freisetzen (vgl. § 3 Nr. 5 GenTG) und das generelle Inverkehrbringen (vgl. § 3 Nr. 6 GenTG) von GVO, gesetzlich vorgegeben. Die nach dem genehmigten Inverkehrbringen erfolgende Verwendung von GVO (sog. nachmarktlisches Segment) ist zwar allgemein auch als gentechnische Tätigkeit zu bezeichnen, hierfür fehlt es jedoch an einer Legaldefinition im GenTG. Hier ist im hiesigen Zusammenhang insbesondere an kommerziellen landwirtschaftlichen Anbau gentechnisch veränderter Nutzpflanzen (z.B. BT-Mais¹⁴ oder hr-Pflanzen¹⁵) zu denken. Die Zulassungsvoraussetzungen im gestuften System hat der Gesetzgeber der schrittweisen Erforschung des jeweiligen GVO angepasst: Zum ersten stellt das Gentechnikrecht an die Sicherheitseinstufung angepasste Anforderungen an die Erforschung und Entwicklung von GVO in geschlossenen Systemen, also innerhalb von Anlagen (vgl. §§ 8 ff. GenTG). Wenn ein Organismus weit genug entwickelt und überprüft ist, darf er im Rahmen eines wiederum an bestimmte Voraussetzungen geknüpften genehmigungspflichtigen Freisetzungsversuches räumlich und zeitlich begrenzt in den Naturhaushalt entlassen werden (vgl. §§ 14 Abs. 1, 16 Abs. 1 GenTG). Erst danach kann das Inverkehrbringen eines GVO genehmigt werden (vgl. §§ 14 Abs. 1, 16 Abs. 2 GenTG), was den Genehmigungsinhaber zur Abgabe des GVO in den Markt berechtigt. Die jeweiligen Genehmigungsverfahren werden von den zuständigen nationalen (insbesondere BVL) und europäischen (insbesondere EFSA¹⁶, Europäische Kommission) Behörden durchgeführt.¹⁷ Auch danach gelten noch verschiedene Bestimmungen des GenTG (z.B. solche über die Anmeldung des Anbaus im Standortregister, § 16a GenTG, Überwachung nach §§ 25, 26 GenTG, Haftungsregelungen nach §§ 32 ff. GenTG), jedoch kein separater Genehmigungsvorbehalt.¹⁸

¹² Näher zu der Zuordnung als „vertikales“ und „horizontales“ Verhältnis Winter, NuR 2007, 571 (571 f.), von dem diese Begriffe hier übernommen wurden.

¹³ Vgl. bereits die Gesetzesbegründung zur Einführung des GenTG, BT-Drs. 11/67778, S. 29.

¹⁴ Insektenresistente Maissorten, die ein Gen des Bodenbakteriums *Bacillus thuringiensis* (BT) in unterschiedlichen Konzentrationen in Blättern, Pollen, Quasten, Seide und Körnern bilden, das als Fraßgift zum Absterben von Lepidopteren-Larven führt. Somit sind Pollen, Blüten, Stengel, Früchte und Wurzeln giftig für Fraßschädlinge (insbesondere der Schmetterling Maiszünsler). Beispiel: MON810 der Firma Monsanto.

¹⁵ Herbizid-resistente Pflanzen, die etwa mit hochwirksamen Breitbandherbiziden behandelt werden können, ohne daran Schaden zu nehmen. Beispiel: RoundupReady-Raps oder -Soja der Firma Monsanto.

¹⁶ European Food Safety Authority.

¹⁷ Zu den Genehmigungsverfahren und jeweiligen Kompetenzen vgl. Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 75 ff. m.w.N.

¹⁸ Zwar wird z.Zt. politisch erwogen, auch den kommerziellen Anbau von genehmigten GVO im Rahmen der Schaffung von Gentechnikvorrang- und gentechnikfreien Gebieten unter einen gesonderten Genehmigungsvorbehalt zu stellen, jedoch müsste eine solche Möglichkeit zunächst auf europarechtlicher Ebene ausgelotet wer-

Das Gentechnikrecht übernimmt im Bereich der Kompetenzverteilung zwischen Genehmigung und Überwachung die im Umweltrecht bekannte und insbesondere aus dem Atomrecht stammende Dichotomie von Genehmigung und Aufsicht, wobei Ersteres dem Bund, Zweites den Ländern obliegt: Die Befugnisse des BVL, nach der Freisetzungs- und Inverkehrbringensgenehmigung tätig zu werden, nämlich durch nachträgliche Anordnungen, Rücknahme und Widerruf der Genehmigung oder eine einstweilige Einstellungsverfügung (vgl. §§ 19, 20 GenTG sowie §§ 48, 49 VwVfG), ergeben sich zunächst einmal als ein Annex seiner Genehmigungstätigkeit. Die fortlaufende Befolgungskontrolle im Sinne einer allgemeinen Überwachungs- und Informationserhebungsbefugnis sowie – dadurch vorbereitet – eine Befugnis zum Erlass auch nachträglicher Anordnungen sowie von Verbotsverfügungen wegen formeller und/ oder materieller Illegalität (jenseits der einstweiligen Einstellungsverfügung) liegt dagegen bei den Ländern (vgl. §§ 25, 26 Abs. 1 S. 1, 31 S. 1 GenTG). Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen, wobei auch die spezifisch naturschutzbehördlichen Befugnisse relevant werden.

III. Gentechnikrechtliche Handlungsbefugnisse hinsichtlich der Freisetzung von GVO

Neben den die Freisetzung genehmigenden Bundesbehörden¹⁹ haben auch die nach Landesrecht zuständigen Gentechnikbehörden verschiedene Befugnisse mit Naturschutzbezug. Im Genehmigungsverfahren ist den Landesbehörden zunächst einmal die Möglichkeit zu geben, zu dem Antrag Stellung zu nehmen, § 16 Abs. 4 S. 2 GenTG. Nach Erteilung der Freisetzungsgenehmigung haben die Landesbehörden die im Gentechnikgesetz statuierten Überwachungs- und Aufsichtsbefugnisse: § 25 Abs. 1 stellt die Aufgabennorm zur Überwachung dar, § 26 wiederum normiert darauf folgend die Eingriffsbefugnisse zur Verhinderung und Verhütung von Gesetzesverstößen, die im Rahmen der Überwachung festgestellt wurden.

1. § 25 GenTG als Überwachungsnorm

§ 25 Abs. 1 S. 1 GenTG normiert für den Bereich der Überwachung eine ausschließliche Zuständigkeit der Landesbehörden. Das heißt, auch wenn die Genehmigungsbefugnis für Freisetzungen und Inverkehrbringen beim Bund liegt, sind die Länder grundsätzlich für deren separate Überwachung zuständig; allerdings sind sie nicht befugt, durch Verwaltungsakt in die hoheitliche Tätigkeit des Bundes einzugreifen.²⁰ Selbiges gilt für Produkte, die ihre Inverkehrbringensgenehmigung bei ausländischen Behörden erhalten haben (vgl. § 14 Abs. 5 GenTG). Grundsätzlich ist zu beachten, dass die Überwachungskompetenz der Länder nicht auf eine Rechtskontrolle solcher Entscheidungen, die die Anmelde- und Genehmigungsbehörden zu treffen haben, hinauslaufen darf – §§ 25, 26 GenTG betreffen eben erst die nachgeschaltete, den Bestand des Genehmigungs-VA gleichsam nicht berührende Überwachung. Die Überwachungsbehörde darf durch ihr Handeln auch nicht faktisch in diese Zuständigkeiten der Ausgangsbehörden eingreifen, so lang die Genehmigungsbehörde an der Genehmigung festhält.²¹ Bezüglich anderer fachgesetzlicher Vorgaben, die der Betreiber eines gentechnischen Vorha-

den. Angesichts der zahlreichen aus einer solchen Neuordnung erwachsenden Probleme im Grundrechts- und Zulassungsbereich ist wohl aber nicht zu erwarten, dass eine solche Regelung zeitnah erlassen werden wird.

¹⁹ BVL unter Beteiligung des BfN, des Robert-Koch-Instituts, des Bundesinstituts für Risikobewertung, des Julius-Kühn-Instituts, Bundesforschungsinstituts für Kulturpflanzen und ggf. des Friedrich-Loeffler-Instituts, vgl. § 16 Abs. 4 GenTG.

²⁰ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn (Hg.), Gentechnikgesetz mit Verordnungen – Kommentar, 1991, § 25 Rn. 1.

²¹ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 25 Rn. 3.

bens einzuhalten hat (z.B. Baurecht, Arbeitsschutzrecht, Wasserrecht) gelten die speziellen Vorschriften für deren Überwachung und die Zuständigkeit der entsprechenden Behörden selbstständig neben § 25 GenTG fort. Es wird jedoch vertreten, dass im Lichte der Konzentrationsnorm des § 22 GenTG den Gentechnik-Behörden „ein gewisser Vorrang“ zukommen sollte, auch sind Konzentrationsnormen nach Landesrecht möglich.²²

Gegenstand der Überwachung können grundsätzlich alle Vorgänge sein, deren Zulässigkeit sich nach dem GenTG und den aufgrund dessen erlassenen Rechtsverordnungen richten. In welcher konkreten Weise die Behörde dabei ihren Überwachungspflichten nachkommt, steht in ihrem pflichtgemäß auszuübenden Ermessen, allerdings darf sie sich nicht faktisch ihrer Überwachungspflicht entziehen, z.B. durch übermäßig lange Abstände zwischen den Kontrollen. Auch kann sich das Ermessen auf Null reduzieren, wenn sich z.B. konkrete Anhaltspunkte für erhebliche Belästigungen oder schädliche Einwirkungen zeigen.²³ Im Übrigen ist die Behörde an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Behörde sich auch dann die notwendigen Erkenntnisse verschaffen können muss, wenn sie keinen besonderen Anlass zur Annahme hat, es werden gegen Vorschriften des Gentechnikgesetzes verstoßen, da der primäre Zweck der Überwachung eben gerade die Aufdeckung und Verhütung von Gesetzesverstößen ist.²⁴ Die Hauptpflichten, die den Betreiber dabei treffen, sind im Wesentlichen Auskunftspflichten (vgl. § 25 Abs. 2, 4), Mitwirkungspflichten (vgl. § 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 3) und Duldungspflichten (vgl. § 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2). Der Behörde steht auf der anderen Seite die Befugnis zur Durchsetzung des Auskunfts-, Betretungs- oder Prüfungsverlangens zur Verfügung, wobei der entsprechende VA auch als Grundverfügung für eine Vollstreckung nach Landesvollstreckungsrecht fungieren kann.²⁵

2. Aufsichtsregime nach § 26 GenTG

a) Generalklausel

Der Aufbau des § 26 GenTG ist so gestaltet, dass Abs. 1 S. 1 zunächst die Generalklausel für alle erforderlichen Eingriffsbefugnisse enthält, während S. 2 eine bestimmte Befugnis (nämlich die Untersagung bestimmter gentechnischer Vorhaben) beispielhaft nennt und deren Voraussetzungen normiert. Das heißt, S. 1 ermächtigt umfassend zu allen erforderlichen Eingriffen, was einen Rückgriff auf andere Befugnisnormen überflüssig macht. So werden etwa die polizeirechtlichen Generalklauseln verdrängt.²⁶ Man kann diese eigenständige Prüfungs- und Bewertungskompetenz der Überwachungsbehörden durch die Generalklausel als auffällig weitgehend ansehen²⁷; doch war eine so umfassende Eingriffsnorm vielleicht nötig, um die Aufsichtsbehörden angesichts der Komplexität und der Unsicherheit der Gentechnik mit den nötigen Befugnissen und gleichzeitig hinreichend flexibel auszustatten. Man könnte auch zusätzlich darauf hinweisen, dass insbesondere die umfassende Befugnis zur Verbotsverfügung wegen Illegalität, soweit ein Tun nicht durch eine Genehmigung gedeckt ist, ein gängiger Bestandteil ordnungsrechtlicher Gesetze ist, z.B. im Bauordnungsrecht, Gewerberecht und Im-

²² Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 25 Rn. 4.

²³ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 25 Rn. 8.

²⁴ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 25 Rn. 9; vgl. auch BVerwGE 8, 338; VG Berlin, GewArch 1979, 203.

²⁵ Vgl. dazu auch Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (75 ff.).

²⁶ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 2; vgl. dazu BVerwGE 55, 120.

²⁷ Siehe auch Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77) und Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 2. Hierin liegt nach der Judikatur auch kein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, vgl. dazu BVerfGE 11, 237; 21, 4; 28, 183.

missionsschutzrecht. Nicht unbedingt gilt dies aber für die weitreichende Prüfungs- und Bewertungskompetenz.

Die Aufsichtsbehörden sind zudem, wie nahezu stets in solchen Fällen, begrenzt auf die Beseitigung und die Verhinderung von Verstößen gegen das Gentechnikrecht²⁸, wobei eine Handlungspflicht nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null besteht. Umgekehrt sind wie auch sonst im Ordnungsrecht die Abwägungsregeln des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Ermessen als weitere Schranke mitzubedenken; insbesondere ist stets das mildeste zielführende Mittel zu wählen. So sind etwa auch hier Beseitigungsanordnungen nicht bei nur formeller Illegalität, sondern nur bei gleichzeitiger materieller Illegalität der gentechnischen Tätigkeit möglich – wobei Zweifel insoweit zulasten des Betreibers gehen.²⁹ Nicht zulässig sind bei alledem Maßnahmen zur Steigerung des allgemeinen Schutzniveaus oder der Minimierung des verbleibenden Risikos, da über das gebotene Maß der Risikovorsorge grundsätzlich im Rahmen der Genehmigung zu entscheiden ist.³⁰ Insoweit hat sich die Aufsichtsbehörde (Land) grundsätzlich der Sicherheitsphilosophie der Ausgangsbehörde (Bund) zu unterwerfen.

Dass die grundsätzliche Genehmigungsentscheidung nicht konterkariert werden darf³¹, ist damit abstrakt geklärt. Unklarheiten entstehen jedoch daraus, dass Anordnungen nach § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG häufig den gleichen Inhalt haben können wie eine nachträgliche Auflage nach § 19 S. 3 GenTG, die von der Genehmigungsbehörde zu erlassen wäre. Insoweit dürften die Befugnisse der Genehmigungsbehörde bei rechtssystematischer Interpretation vorrangig sein. Die Landesbehörden könnten in so einem Fall eine vorläufige Auflage erlassen, sie müssten es aber nach Information der Genehmigungsbehörde dieser überlassen, eine endgültige Entscheidung zu treffen. Eine Anordnung, die die Genehmigung in ihrer Wirkung einschränkt, wird im Schrifttum teilweise allerdings dort für rechtmäßig gehalten, wo sie sich auf Tatsachen stützt, die die Genehmigungsbehörde bei der Genehmigungserteilung nicht gekannt, falsch beurteilt oder übersehen habe.³² Allerdings könnte man hier genauso annehmen, dass es Sache der Genehmigungsbehörde sein müsste, hierauf mit Rücknahme, Widerruf oder nachträglicher Anordnung zu reagieren. Die sich damit abzeichnenden Unklarheiten sind einem wirksamen Gesetzesvollzug wenig dienlich; letztlich stehen damit, metaphorisch gesprochen, der Wunsch nach „mehr Umweltaufsicht“ und der nach „Rechtssicherheit“ unaufgelöst nebeneinander.

Innerhalb dieser Grenzen kann die Aufsichtsbehörde gedeckt von der Generalklausel des § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG in selbständigen Einzelfallanordnungen konkrete Pflichten erstmals begründen oder konkretisieren (wobei die gentechnikrechtlichen Grundpflichten, wie auch sonst im Umweltordnungsrecht, vor allem die Gefahrenabwehrpflicht und die Risikovorsorgepflicht sind). Dies gilt, so lange sie sich an die Risikobewertung der Ausgangsbehörde hält und keine

²⁸ So kann eine Anordnung neben der Vernichtung verunreinigten Saatgutes oder der Ernte auch die Weisung enthalten, alle Empfänger einer Saatgutpartie auf eventuelle Verunreinigungen mit GVO hinzuweisen (vgl. VG Schleswig-Holstein, NordÖR 2004, 249 ff.) oder die Namen von Empfängern evtl. verunreinigten Saatgutes herauszugeben (vgl. OVG Saarland, Urteil vom 29.01.2008 – Az. 1 A 165/07, juris). Vgl. zum Themenkomplex des verunreinigten Saatgutes auch Mecklenburg, NuR 2006, 229 ff., der bereits nach alter Rechtslage – nach der noch keine zwingende Untersagung bei nicht genehmigten Freisetzungen normiert war – zu dem Schluss kommt, dass das Ermessen in Aussaatfällen insoweit reduziert ist, als dass hier ausschließlich eine Vernichtungsanordnung rechtmäßig ist.

²⁹ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 4; vgl. dazu auch BVerwG, GewArch 1990, 293.

³⁰ Vgl. zur damit eintretenden Dichotomie Bund/ Land auch Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77); Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 7, § 25 Rn. 3.

³¹ Vgl. hierzu auch VG Braunschweig, Beschluss vom 16.07.2007 – Az. 2 B 193/07, Umdruck, S. 3.

³² So Zivier, Rechtsprobleme des Gentechnikgesetzes im Bereich der Gefahrenabwehr bei legalen Vorhaben, 1995, S. 62 f.

neuen Erkenntnisse vorliegen.³³ Die in den Genehmigungsbescheiden meist eher allgemein gehaltenen Aufzeichnungs³⁴- und Aufbewahrungspflichten³⁵, die in der Regel in einer Nebenbestimmung beigefügt werden, können z.B. im Wege der Aufsicht nach § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG näher ausgestaltet werden.³⁶ Eine weitere Frage, die sich stellt, ist die nach den Möglichkeiten der Kontrollbehörden, den Betreiber von Freisetzungsversuchen zu einer eigenen Risikobegleitforschung zu verpflichten. Eine solche Generierung neuen Wissens im Rahmen der Aufsicht soll nach § 26 GenTG grundsätzlich möglich sein, da Vorsorge und Risikoforschung essentieller Bestandteil des dynamischen gentechnikrechtlichen Risikoregimes sind und dem eine Risikokommunikationspflicht des Betreibers entspricht. Demzufolge seien die möglichen Verpflichtungen aber auch begrenzt, etwa auf die Aufzeichnung und Aufbewahrung von Versuchsabläufen und -ergebnissen (gleichsam als „Annex“ des Freisetzungsversuches), ein angemessenes Monitoring des Versuches und der Frühwarnung dienende systematische Kontrollbeobachtungen (was allerdings keine weitergehende Risikoforschung über den konkreten Versuch hinaus beinhaltet).³⁷

b) Befugnisse der Landesbehörden nach der Freisetzungsgenehmigung

§ 26 Abs. 4 GenTG regelt über die Generalklausel hinaus im Falle der Freisetzung von GVO eine obligatorische Untersagung, soweit die Voraussetzungen von Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 vorliegen, soweit also entweder formelle Legalität nicht besteht oder ein Rücknahme- oder Widerrufsgrund hinsichtlich der jeweiligen Genehmigung vorliegt. Eine fakultative Untersagung ist für den Fall vorgesehen, dass die Voraussetzungen von Abs. 1 S. 2 Nr. 3 oder 4 vorliegen.³⁸ Eine Untersagung kann ergehen für den gesamten Betrieb oder nur einzelne Teile eines Freisetzungsversuches, für bestimmte Arbeiten, Abläufe oder Produktionsprozesse. Auch in zeitlicher Dimension ist eine Beschränkung möglich. Zu beachten ist hier aber § 27 Abs. 1 Nr. 1 GenTG, nach dem eine Genehmigung erlischt, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten Frist, die höchstens drei Jahre betragen darf, nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb der Freisetzung begonnen wurde.

Anders als nach der früheren Rechtslage³⁹ ist inzwischen in § 26 Abs. 4 GenTG ausdrücklich normiert, dass bei Freisetzungen eine Untersagung ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 S. 2 GenTG möglich bzw. zwingend ist – wobei die Normierung der Untersagungsermächtigung nur Beispielcharakter hat, also auch andere Maßnahmen nach der Generalklausel denkbar bleiben. Weniger klar ist nach wie vor, unter welchen Voraussetzungen weiterreichende Maßnahmen als eine Untersagung – wie Stilllegungs- und Beseitigungsanordnungen – unter Rückgriff auf die Generalklausel getroffen werden können bzw. müssen. Dies soll nur unter den enumerativen Voraussetzungen des § 26 Abs. 4 GenTG möglich sein,

³³ Vgl. hierzu auch Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77).

³⁴ Z.B. Aufzeichnungen über Zeitpunkt, Art und Menge des ausgebrachten Saatgutes, Menge des geernteten Pflanzenmaterials und dessen Verbleib, Vorgabe von Kontrollgängen und Nachkontrollen; vgl. dazu Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77).

³⁵ Z.B. Rückstellung von Proben; vgl. dazu Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77).

³⁶ Z.B. indem die ökologisch relevanten Parameter bei Kontrollen näher spezifiziert werden; vgl. dazu Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (77).

³⁷ Vgl. hierzu Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (78).

³⁸ § 26 Abs. 4 GenTG formuliert hier jeweils „und“ statt „oder“. Jedoch kann schlecht gemeint sein, dass für eine Ist- bzw. für eine Kann-Untersagung jeweils zwei Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. Denn die Voraussetzungen überschneiden sich inhaltlich, so dass eine Doppelung wenig Sinn ergäbe.

³⁹ Zum Streitstand zur alten Rechtslage vgl. Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 87; Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 9; Mecklenburg, NuR 2006, 229; Zivier, Rechtsprobleme, S. 135 ff.

was durch einen Verweis auf den Wortlaut und eine Art Erst-Recht-Schluss begründet wird: Nach Sinn und Zweck der Vorschrift müssten diese Voraussetzungen auch für weitergehende Eingriffsanordnungen gelten, die eine Untersagung mit einschließen.⁴⁰ Damit ist aber noch nichts zum konkreten Verhältnis der möglichen Ermächtigungsnormen gesagt: Zwar schließt zum Beispiel eine gentechnische Vernichtungsanordnung logisch eine Untersagung mit ein; jedoch erscheint es nicht überzeugend, sie ohne Weiteres unter den Begriff der Untersagung und die dementsprechenden Normen zu subsumieren, da einer Vernichtung eben weitergehende Konsequenzen inhärent sind als einer Untersagung. Insbesondere findet hier eine endgültige Enteignung statt, wogegen nach einer Untersagung die GVO z.B. noch beschlagnahmt, gelagert oder ausgeführt werden könnten. So kann eine Untersagung durchaus an Stellen sinnvoll sein, wo eine Vernichtung über das gesetzlich Gebotene und Verhältnismäßige hinausgeht. Gleichzeitig muss vermieden werden, den Wortlaut des § 26 Abs. 4 GenTG, der in bestimmten Konstellationen immerhin eine zwingende Vorgabe enthält, überzustrapazieren, da dieser ausdrücklich nur von „Untersagung“ spricht. Bei weiterreichenden Maßnahmen heißt das also, dass bei Freisetzungen eine Anordnung nach der Generalklausel § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 26 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 S. 2 GenTG möglich (Nr. 3, 4) bzw. zwingend (Nr. 1, 2) sein kann, wenn dem Gesetz nicht auf anderem Wege genüge zu tun ist, als mit einer weiterreichenden Maßnahme (z.B. einer Vernichtungsanordnung).⁴¹ Denn wenn nach § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG bereits eine Untersagung obligatorisch anzuordnen ist, muss bei einer weiterreichenden Anordnung nach § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG auch das auszuübende Ermessen, trotz seiner Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴², dahingehend reduziert sein, dass – wenn keine weniger belastende Maßnahme zum selben Ziel führt – nur eine solche weitreichende Anordnung zu erlassen ist.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Regelung des § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GenTG, die dann greift, wenn ein Grund zur Rücknahme oder zum Widerruf einer Genehmigung nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen gegeben ist. Ist dies nach Prüfung der Landesbehörde der Fall, *muss* sie nach § 26 Abs. 4 GenTG die Freisetzung untersagen. Diese Regelung ist von ihrem Wortlaut her im Umweltrecht ohne Vorbild und führt scheinbar zu der „in rechtlicher Hinsicht bemerkenswerte(n) Situation (...), dass die Überwachungsbehörde zwar nicht in letzter Konsequenz eine Rücknahme oder einen Widerruf selbst verfügen darf, wohl aber deren tatbestandliche Voraussetzungen überprüfen kann und, falls sie diese bejaht, eine Untersagung der Freisetzung anordnen kann“⁴³ – nach aktueller Rechtslage sogar muss. Dies gelte dann trotz der immer noch bestandskräftigen Genehmigung und trotz der oben beschriebenen kompetenziellen Dichotomie. In der älteren Literatur wurde zwar vertreten, dass § 26 GenTG als *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Regelungen der §§ 48, 49 VwVfG anzusehen und deswegen eine eigenständige endgültige Untersagung der Überwachungsbehörde nicht an eine Rücknahme oder einen Widerruf durch die Genehmigungsbehörde gekoppelt sei⁴⁴. Das könnte also bei unterschiedlichen Bewertungen der Genehmigungs-, Widerrufs- oder Rücknahmevoraussetzungen (z.B. hinsichtlich der Umweltverträglichkeit) dazu führen, dass die Landesbehörde eigenständig eine endgültige Untersagung verfügt, während die Genehmigungsbehörde an dem Bestand der Genehmigung festhält (wobei die rechtlich ungelöste Frage

⁴⁰ Hirsch/ Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 26 Rn. 9.

⁴¹ Ähnlich im Ergebnis auch Mecklenburg, NuR 2006, 229, der § 26 Abs. 1 S. 2 GenTG als „Auslegungshilfe“ heranziehen will.

⁴² Zur genaueren Konturierung von Ermessen und Verhältnismäßigkeit im Rahmen einer allgemeinen Lehre von den Abwägungsregeln (für Gesetzgebung und Verwaltung) vgl. Ekardt, DV 2010, Beiheft 1.

⁴³ Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (79).

⁴⁴ Winter, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 53.

im Raum steht, ob die Verbotsverfügung dann Rücknahme bzw. Widerruf konkludent mit enthalten hat oder ob die Genehmigung wirklich schlicht fortbesteht). Dem wurde jedoch bereits mit überzeugenden Argumenten geantwortet: So seien die Voraussetzungen, nach denen eine Untersagung nach § 26 Abs. 1 S. 2 GenTG ausgesprochen werden kann, nicht weiter, als die für eine Genehmigungsaufhebung nach VwVfG. Insofern ließe sich hieraus nichts zum Spezialitätsverhältnis des § 26 GenTG zu §§ 48, 49 VwVfG ableiten.⁴⁵ Zudem entstünde so eine faktische Doppelzuständigkeit von Genehmigungs- und Kontrollbehörde, die in Hinblick auf die vermittelte Rechtsunsicherheit auch verfassungsrechtlich mindestens bedenklich wäre.⁴⁶ Außerdem könnten so die nach §§ 48 Abs. 3, 49 Abs. 6 VwVfG ggf. entstehenden Entschädigungsansprüche via § 26 GenTG unterlaufen werden, die einen Ausgleich zwischen der Freiheitssphäre des Gentechnikverwenders (Vertrauensschutz) und dem Gesundheits- und Umweltschutz leisten sollen.⁴⁷ Zuletzt widerspräche eine Ausschaltung des Rücknahme- bzw. Widerrufserfordernisses auch der Intention des Rechtsinstituts der (bestandskräftigen) Genehmigung. Über § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GenTG kann deshalb grundsätzlich nur die Möglichkeit einer vorläufigen Untersagung eröffnet sein, verbunden mit einer Unterrichtung der Genehmigungsbehörde gemäß § 28 GenTG.⁴⁸ Diese hat dann endgültig zu prüfen, ob sie an dem Bestand der Genehmigung festhält; dieser Beurteilung hat sich die Landesbehörde letztlich zu unterwerfen.

Strittig ist, ob eine solche Einschränkung auf der Rechtsfolgenseite noch durch eine weitere Einschränkung auf der Tatbestandsebene ergänzt werden muss. So wurde in der Vergangenheit vertreten, dass die Überwachungsbehörden nur bei Gefahr im Verzug untersagend einschreiten dürften, also nur dann, wenn die Genehmigungsbehörde nicht rechtzeitig einschreiten könne, um eine Gefahr zu vereiteln. Sei ein sofortiges Einschreiten zur Gefahrenabwehr nicht nötig, habe die Überwachungsbehörde die relevanten Informationen an die Genehmigungsbehörde weiterzuleiten und dieser die Entscheidung zu überlassen.⁴⁹ Dem ist jedoch zu entgegnen, dass dem Wortlaut der Norm eine solche Einschränkung auf der Tatbestandsseite eben nicht zu entnehmen ist. So sei auch bei einem Risikovorsorgedefizit eine Untersagung der Überwachungsbehörde grundsätzlich möglich, was durch die Verweisung auf die Widerrufsvorschrift des § 49 VwVfG ebenso bestätigt werde wie durch die weite Formulierung in Nr. 4, wonach eine Untersagung bereits dann erfolgen kann, wenn sicherheitsrelevante Einrichtungen nicht mehr ausreichen.⁵⁰

Eine gesetzgeberische Klarstellung zum Verhältnis von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden wäre dringend anzuraten, da sich die bereits oben diagnostizierten Unklarheiten hier fortsetzen. Die Zuordnung der Rücknahme- und Widerrufskompetenz zur Landesebene oder der Überwachungskompetenz zur Bundesebene wäre dagegen keine gute Alternative: Es liegt auf der Hand, dass Freisetzungs- oder Inverkehrbringensvorhaben wegen ihrer u.U. sensiblen und weiträumigen Auswirkungen mindestens auf Bundesebene (teilweise auch auf EG-Ebene) zu beurteilen sind. Die Überwachung wiederum dem BVL zu überstellen, würde den Unterbau dieser Behörde überstrapazieren und die Ortsnähe und -kenntnis der Landesbehörden ignorie-

⁴⁵ Zivier, Rechtsprobleme, S. 53 f.

⁴⁶ So auch Zivier, Rechtsprobleme, S. 49 f.

⁴⁷ Hierzu ausführlicher Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 89 mit Verweis auf Zivier, Rechtsprobleme, S. 55; vgl. auch Winter, Grundprobleme, S. 53.

⁴⁸ Hierzu ausführlicher Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 90. Zur Rechtmäßigkeit der Übermittlung der relevanten Daten zwischen Überwachungs- und Genehmigungsbehörde vgl. Zivier, Rechtsprobleme, S. 63 f.

⁴⁹ Vgl. Zivier, Rechtsprobleme, S. 58 f.

⁵⁰ Vgl. Roller/ Jülich, ZUR 1996, 74 (79).

ren.

IV. Gentechnikrechtliche Handlungsbefugnisse hinsichtlich des Inverkehrbringens und des kommerziellen Anbaus von GVO

Anders als bei der Freisetzung stehen im Rahmen des stark unionsrechtlich überwölbten Verfahrens zur Inverkehrbringensgenehmigung⁵¹ den Landesbehörden zunächst keine speziellen Befugnisse zu. Nach § 26 Abs. 5 GenTG ist jedoch im Rahmen der Aufsichtsbefugnisse eine obligatorische Untersagung des Inverkehrbringens vorgesehen, wenn die erforderliche Genehmigung nicht vorliegt: also eine Verbotsverfügung wegen *formeller* Illegalität. Des Weiteren ist die Landesbehörde verpflichtet, das Inverkehrbringen vorläufig zu untersagen, wenn vom BVL das Ruhen der Genehmigung angeordnet worden ist, wie etwa aktuell hinsichtlich des Anbaus der transgenen Maissorte MON810.⁵² Diese Pflicht besteht bis zur Entscheidung des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 23 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 der RL 2001/18/EG. Sie kann das Inverkehrbringen bis zu dieser Entscheidung vorläufig ganz oder teilweise untersagen, wenn der hinreichende Verdacht besteht, dass die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen nicht vorliegen. Nach § 26 Abs. 5 S. 4 GenTG sieht die Behörde jedoch (wiederum) obligatorisch von einer solchen Anordnung ab⁵³, wenn das Produkt, das nicht zum Inverkehrbringen zugelassene GVO enthält, zur unmittelbaren Verarbeitung vorgesehen und sichergestellt ist, dass das Produkt weder in unverarbeitetem noch in verarbeitetem Zustand in Lebensmittel oder Futtermittel gelangt, die GVO nach der Verarbeitung zerstört sind und keine schädlichen Auswirkungen auf die in § 1 Nr. 1 GenTG genannten Rechtsgüter eintreten. Dieser Satz wurde erst im Rahmen der jüngeren Novellierung des GenTG eingeführt und soll bezwecken, dass die GVO einer Entsorgung zugeführt werden (insbesondere thermische Verwertung, industrielle Verarbeitung), durch die sie in jedem Fall ihre Vermehrungsfähigkeit verlieren. Denn allein durch die Untersagung sei das Problem, dass die ungenehmigten GVO Kontakt zu Mensch und Umwelt hätten, nicht gelöst.⁵⁴ Die im Gesetzgebungsverfahren vereinzelt vertretene Ansicht, diese Regelung könnte missbräuchlich genutzt werden, um planmäßig nichtzugelassene GVO zur Energieerzeugung oder als industriellen Rohstoff anzubauen, weshalb der Behörde hier zumindest ein Ermessen einzuräumen sei, teilte der Gesetzgeber letztlich nicht.⁵⁵

Auch wenn all dies bezüglich des Inverkehrbringens selbst noch relativ unproblematisch erscheint, verbleiben im darauf folgenden nachmarktlichen Handlungsabschnitt gewisse Unschärfen. Dies erfasst dann insbesondere Konstellationen im Kontext des kommerziellen GVO-Anbaus nach (genehmigtem) Inverkehrbringen. So kann in einer Fallkonstellation, in der eine Inverkehrbringensgenehmigung von einer ausländischen Behörde erteilt wird und das Saatgut vom Genehmigungsinhaber an Dritte weitergegeben wird, fraglich sein, welche Behörde zu welchem Zeitpunkt für welche Entscheidung zuständig ist: So stehen dem BVL in diesem Fall nicht alle ihm zgedachten Möglichkeiten zu, um die Genehmigung durch Nebenbestimmungen oder nachträgliche Auflagen zu modifizieren (vgl. § 19 GenTG) oder gar nach Maßgabe der §§ 48, 49 VwVfG aufzuheben. Die Bundesbehörde hat unter den dort be-

⁵¹ Dazu ausführlich Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 78 ff.

⁵² Siehe dazu [Fn. 14](#).

⁵³ Diese Norm ist vom Gesetzgeber bewusst nicht als Kann-Vorschrift ausgestaltet worden, wie die Auseinandersetzung im Gesetzgebungsverfahren zeigt, vgl. BT-Drs. 16/6814, S. 21, 25.

⁵⁴ Vgl. BR-Drs. 535/07, S. 22; BT-Drs. 16/6814, S. 14.

⁵⁵ Vgl. dazu BT-Drs. 16/6814, S. 21, 25; BR-Drs. 535/07, S. 22.

stimmten Voraussetzungen lediglich die Möglichkeit, nach § 20 Abs. 2 GenTG das Ruhen der Genehmigung bis zu einer Entscheidung der EU-Kommission nach Art. 23 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 RL 2001/18/EG anzuordnen, wie etwa im Falle des Anbauverbots für MON810.⁵⁶ Ab dem Moment jedoch, in dem das zum Inverkehrbringen genehmigte Saatgut an Landwirte abgegeben wurde, endet die Zuständigkeit der Bundesbehörde: Ab diesem Moment ist lediglich die mit der Aufsicht betraute Landesbehörde für Schutzmaßnahmen zuständig, wenn von dem Anbau des GVO Gefahren ausgehen; Rechtsgrundlage wäre dann die Generalklausel des § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG.⁵⁷ Ergeht in einer solchen Konstellation dann eine Einzelfallentscheidung der Landesbehörde, ist ein Konterkarieren der Entscheidung des BVL zum Nichteinschreiten nicht zu befürchten, auch wenn die Bundesbehörde keine Gefahren ausmachen konnte und sich deswegen weigert, Schutzmaßnahmen enthaltende Anordnungen zu erlassen.⁵⁸ Dies ist insbesondere damit zu begründen, dass es sich hier um eine Einzelanordnung handeln würde, die die dem BVL zukommenden Entscheidungen zur Erteilung einer Inverkehrbringensgenehmigung (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 GenTG) bzw. deren Rücknahme oder Widerruf, den Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 19 S. 1, 3 GenTG oder die Anordnung des Ruhens der Inverkehrbringensgenehmigung nach § 20 Abs. 2 GenTG bei nach § 14 Abs. 5 GenTG gleich gestellten ausländischen Inverkehrbringensgenehmigungen unangetastet ließe. Zulässig sind demnach etwa einzelne Anbauverbote nach konkreter Prüfung der jeweiligen Umstände, ausgesprochen durch die örtlich zuständige Behörde, nicht dagegen flächendeckende Verbote nach abstrakten Maßstäben („gentechnikfreie Regionen“⁵⁹).

V. Naturschutzrechtliche Handlungsbefugnisse

Neben dem Gentechnikrecht ist es jedoch auch denkbar, dass naturschutzrechtliche Regelungen durch die Freisetzung oder den Anbau von GVO betroffen sind und dementsprechend naturschutzbezogene Handlungsbefugnisse auch der *Landesnaturenschutzbehörden* entstehen.

1. Materielle Voraussetzungen und Zuständigkeiten: § 35 BNatSchG 2010

Wie eingangs dieses Beitrags erwähnt, ziehen §§ 35, 34 BNatSchG der Freisetzung und dem kommerziellen Anbau in und in der Nähe von Natura-2000-Gebieten grundsätzlich eine ausnahmslose Grenze, *sofern* erhebliche Beeinträchtigungen eines solchen Gebiets – zu ermitteln in einer Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP) – vorliegen. Das kompetenzrechtliche Verhältnis von Naturschutz- und Gentechnik-, sowie Landes- und Bundesbehörden im Rahmen des Freisetzungsgenehmigungsverfahrens und einer ggf. vorzunehmenden FFH-VP war an anderer Stelle bereits Gegenstand ausführlicher Erörterung und soll in diesem Beitrag nicht erneut diskutiert werden.⁶⁰ Aufgrund der nach andernorts vertretenen Sichtweise gegebenen natur-

⁵⁶ Siehe **Fn. 14**.

⁵⁷ Dazu auch VG Braunschweig, Beschluss vom 16.07.2007 – Az. 2 B 193/07, Umdruck, S. 3; implizit auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.06.2007 – Az. OVG 11 S 54.07, juris und VGH München, NuR 2007, 687, die in vergleichbaren Konstellationen diese Rechtsgrundlage angenommen haben.

⁵⁸ Dazu auch VG Braunschweig, Beschluss vom 16.07.2007 – Az. 2 B 193/07, Umdruck, S. 3.

⁵⁹ Zu den hier nicht näher thematisierten Befugnissen der Landesbehörden zur Ausweisung gentechnikfreier Schutzgebiete vgl. Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 103 ff. m.w.N. und Winter, NuR 2007, 635 ff.

⁶⁰ Im Ergebnis wurde an anderer Stelle dafür plädiert, die FFH-Prüfung unter starkem Einbezug der fach- und ortskundigen Landesnaturschutzbehörden in das Freisetzungsverfahren „hochzuzonen“ und damit kompetenzrechtlich der Genehmigungsbehörde (BVL) zuzuordnen. Damit könnten die die Lücken geschlossen werden, die bei der gentechnikrechtlichen UVP hinsichtlich der Differenziertheit spezifisch naturschutzbezogener Belange entstehen, vgl. Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 76 ff. m.w.N.

schutzfachlichen Zuständigkeit der genehmigenden Bundesbehörde im Freisetzungsverfahren wäre allerdings die Überwachungskompetenz der Landesnaturschutzbehörden insofern eingeschränkt: So käme dann eine eigenmächtige Untersagung einer Freisetzung nach Naturschutzrecht auf Landesebene nur ausnahmsweise in Betracht, da die originäre Zuständigkeit hier bei der Bundesbehörde läge, deren Entscheidung die Landesnaturschutzbehörde bindet. Eine Untersagung wäre etwa möglich, wenn das BVL die Genehmigung unter Verweis auf die mangelnde FFH-Verträglichkeit oder anderer naturschutzrechtlicher Belange versagt hat. Dagegen könnte die Naturschutzbehörde nicht etwa schon die Freisetzung angreifen, weil sie mit dem Ergebnis der vom BVL durchgeführten Prüfung nicht zufrieden ist. Vielmehr hätte sie in diesem Fall zuerst eine Aufhebung der Genehmigung zu veranlassen, bevor sie das Vorhaben untersagen könnte, wobei dafür das BVL gegen seine Pflichten aus § 34 BNatSchG verstoßen haben müsste.⁶¹

Hinsichtlich des kommerziellen GVO-Anbaus könnte jedoch anderes gelten, da sich hier mangels Genehmigungsbehörde keine kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten ergeben. Neben den zuständigen landesrechtlichen Gentechnikbehörden (s.o.) könnten ggf. also auch die Landesnaturschutzbehörden nach der jeweiligen Eingriffsnorm zu Überwachungs- und Aufsichtstätigkeiten befugt sein. Voraussetzung für einen Eingriff nach der jeweiligen landesrechtlichen Befugnisnorm für nachträgliche Anordnungen bzw. Verbotsverfügungen (einschließlich der vorgeschalteten Prüfungsbefugnisse) in den z.Zt. meist in Überarbeitung befindlichen Landesnaturschutzgesetzen⁶² ist die Verletzung einer anderen naturschutzrechtlichen Regelung. Für Natura-2000-Gebiete kommt hier § 35 Nr. 2 BNatSchG, der (wie Nr. 1 für Freisetzungen) für den GVO-Anbau ein Verbot bei erheblichen Beeinträchtigungen von FFH-Gebieten vorsieht, in Betracht.

§ 35 BNatSchG enthält zunächst einmal die Klarstellung, dass der Einsatz von GVO grundsätzlich dem Regime der FFH-VP nach § 34 BNatSchG unterliegt, wobei hierbei durch den Verweis auf lediglich die ersten zwei Absätze die Möglichkeit von Abweichungsentscheidungen ausgeschlossen wird. Dabei ist jedoch nach Wortlaut der Norm zu beachten, dass diese Verweisung gemäß Nr. 2 für die land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Nutzung von GVO nur für Projekte *innerhalb* der geschützten Gebiete gilt.⁶³ § 35 BNatSchG geht wortgleich zurück auf den bereits nach alter Rechtslage umstrittenen § 34a BNatSchG a.F., der seinerseits auf § 34 a.F. verwies.⁶⁴ § 34 BNatSchG a.F. war im Jahr 2008 im Rahmen der „kleinen BNatSchG-Novelle“⁶⁵ i.S.d. EuGH-Urteils vom 10.01.2006⁶⁶ geändert worden, in dem der EuGH insbesondere den zu engen Projektbegriff des deutschen Naturschutzrechts gerügt hatte.

Es ist in Rechtsprechung und Literatur mehrfach nachvollziehbar begründet worden, dass

⁶¹ Hierzu ausführlicher auch Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 91; Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (20).

⁶² Das BNatSchG a.F. war auf Grundlage der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (vgl. Art. 75 GG a.F.) erlassen worden. Im Zuge der Föderalismusreform I wurde 2006 jedoch die Rahmengesetzgebung abgeschafft und das Naturschutzrecht zum Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Art. 72 Abs. 1 GG bestimmt nunmehr, dass die Länder in diesem Bereich nur so lang und so weit Gesetze erlassen können, wie der Bund keinen Gebrauch von seiner Zuständigkeit gemacht hat. Art. 72 Abs. 3 GG enthält verschiedene Materien, für die die Länder eine Abweichungskompetenz haben, in Nr. 2 werden hier auch Naturschutz und Landschaftspflege genannt. Vgl. dazu (und zur darin liegenden europarechtlichen Problematik) auch Ekardt/ Weyland/ Schenderlein, NuR 2009, 388 ff.

⁶³ Vgl. hierzu Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (17).

⁶⁴ Zur Entwicklung der §§ 34, 34a BNatSchG a.F. und zum diesbezüglichen Streitstand ausführlich Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 93 ff.

⁶⁵ Vgl. 1. BNatSchGÄndG vom 12.12.2007, BGBl. Teil I, S. 2873, mit Korrektur: BGBl. Teil I, S. 47.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – Az. C-98/03, Slg. 2006, I-53.

auch ohne die nach alter Rechtslage nötige (aber selten erfolgte) Umsetzung des § 34a BNatSchG a.F. in Landesrecht eine FFH-VP bei Freisetzungen und dem Anbau von zugelassenen GVO inner- und außerhalb von Natura-2000-Gebieten schon nach § 34 BNatSchG a.F. geboten war.⁶⁷ Auch hinsichtlich der räumlichen Geltung waren sich Literatur und Rechtsprechung einig, dass im Falle einer Nichtumsetzung des § 34a BNatSchG a.F. eine FFH-VP auch für eine GVO-Nutzung i.S.d. § 34a Nr. 2 BNatSchG a.F. nötig sei, die außerhalb des Natura-2000-Gebietes stattfände; maßgeblich war allein, ob von dem Projekt schädliche Einwirkungen auf das Schutzgebiet ausgehen können.⁶⁸ Diese Rechtsfolge konnte auch direkt dem Art. 6 Abs. 3 FFH-RL entnommen werden, der nur auf die potenziellen Auswirkungen auf das FFH-Gebiet abstellt, nicht auf dessen örtliche Platzierung⁶⁹, zumal die Erhaltungsziele der Gebiete durch Einwirkung von außen (z.B. durch Pollenflug) ebenso gefährdet sein können.⁷⁰ Daran änderte auch das naturschutzrechtliche Landwirtschaftsprivileg nichts: Nach der EuGH-Judikatur⁷¹ können auch landwirtschaftliche Tätigkeiten FFH-prüfungspflichtige Projekte i.S.d. Art. 6 Abs. 3 FFH-RL sein.⁷² In eine ähnliche Richtung wies das Urteil des EuGH vom 10.01.2006. Dies führte dazu, dass sich die Bundesregierung zu einem erweiterten Projektbegriff entschloss, der u.a. keine Unterscheidung zwischen Projekten innerhalb und außerhalb von FFH-Gebieten mehr vorsah.⁷³ Hierdurch verstärkte sich freilich der Eindruck, dass nunmehr auch die Beschränkung der Verweisung auf den landwirtschaftlichen Anbau von GVO nur innerhalb von Natura-2000-Gebieten in § 34a Nr. 2 BNatSchG a.F. – die schon vorher teilweise als rein redaktionelles Versehen bewertet wurde – obsolet sein müsste.

Dem ist der deutsche Gesetzgeber, trotz also zwischenzeitlich anderer Signale der letzten Bundesregierung im Rahmen der „kleinen Novelle“ sowie des Umweltausschusses und des Bundesrates im aktuellen Gesetzgebungsverfahren⁷⁴, erstaunlicherweise letztlich aber nicht gefolgt: § 35 BNatSchG übernimmt die Formulierung des alten § 34a Nr. 2, also auch den Passus, nach dem nur der kommerzielle Anbau *innerhalb* von Natura-2000-Gebieten zur Verpflichtung zur FFH-VP nach § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG führt – den vielen Stimmen, die hierin einen eindeutigen Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben der FFH-RL und gegen die EuGH-Rechtsprechung erblicken, zum Trotz.⁷⁵ § 35 BNatSchG ist nunmehr Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebung, also so lange bundeseinheitliche Regelung, wie die Länder in ihren Landesnaturschutzgesetzen nicht von ihrer Abweichungskompetenz Gebrauch machen.⁷⁶ Insofern könnte es hier theoretisch zu einer ähnlichen Situation kommen, wie unter

⁶⁷ Vgl. hierzu Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (20 f.); Winter, NuR 2007, 571 (573); VG Frankfurt (Oder), NuR 2007, 626 (vgl. Zusammenfassung in Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, Teil 2.B.II.); VG Dresden, Beschluss vom 07.05.2008 – Az. 1 L 205/08, Umdruck, S. 9 (vgl. Zusammenfassung in Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, Teil 2.B.III.). Zu alledem auch Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 93 ff.

⁶⁸ Vgl. VG Frankfurt (Oder), NuR 2007, 626 (628); Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (21).

⁶⁹ Hierzu auch Winter, NuR 2007, 571 (573).

⁷⁰ Dem stand auch der Wortlaut des § 34a Nr. 2 BNatSchG a.F. nicht entgegen, er schlosse zumindest nicht aus, dass eine Verträglichkeitsprüfung nach § 34 BNatSchG auch für Flächen außerhalb von FFH-Gebieten durchzuführen ist; vgl. VG Dresden, Beschluss vom 07.05.2008 – Az. 1 L 205/08, Umdruck, S. 7 (vgl. Fn. 67).

⁷¹ EuGH, Urteil vom 07.09.2004 – Az. C-127/02 Slg. 2004, I-7405; Urteil des EuGH vom 10.01.2006 – Az. C-98/03, Slg. 2006, I-53.

⁷² Dazu auch Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (21); VG Dresden, Beschluss vom 07.05.2008 – Az. 1 L 205/08, Umdruck, S. 8 (vgl. Fn. 67).

⁷³ In den Gesetzgebungsmaterialien kommt dieses Anliegen deutlich zum Ausdruck, vgl. BT-Drs. 16/6780, S. 5.

⁷⁴ Vgl. hierzu BT-Drs. 16/13298, S. 8 f., 18; BT-Drs. 16/13430, S. 31, 37.

⁷⁵ Politisch wurde um den entsprechenden Passus intensiv gerungen, wobei gerade auch die Bundesländer sich gegen eine Streichung aussprachen. Ob auch die Kommission hierin einen Verstoß gegen Europarecht sehen und beim EuGH rügen wird, wird sich zeigen müssen.

⁷⁶ Die Länder trifft hier seit der Föderalismusreform selbst die Verantwortung, sich unionsrechtskonform zu positionieren und könnten die diesbezüglichen Versäumnisse des Bundesgesetzgebers insoweit legislativ korrigie-

Geltung des BNatSchG a.F.: Einige Länder könnten in ihren Landesgesetzen von der Regelung des § 35 BNatSchG abweichen und sich entweder weiterhin auf die alleinige Umsetzung des § 34 BNatSchG beschränken⁷⁷ oder aber das Problem durch die Streichung des Passus „innerhalb eines Natura-2000-Gebiets“ in der Umsetzung des § 35 BNatSchG lösen. In beiden Fällen wäre dann die breite Anwendbarkeit i.S.d. der unionsrechtlichen Vorgaben geklärt, wobei die zweite Variante wohl die vorzugswürdige wäre – bliebe doch bei der alleinigen Umsetzung des § 34 BNatSchG auch die Abweichungsoption offen, die im Rahmen des Einsatzes von GVO bundesrechtlich gerade ausgeschlossen werden sollte.

In Ländern, in denen § 35 BNatSchG künftig unverändert übernommen wird, ist die Regelung richtigerweise wie folgt anzuwenden: Hinsichtlich Freisetzungen (Nr. 1) enthält die Norm die Klarstellung, dass für diese Vorhaben die Regeln über die FFH-VP anzuwenden sind, und zwar inner- und außerhalb von Natura-2000-Gebieten (entsprechend dem Europarecht), ohne die Möglichkeit einer Abweichungsentscheidung. Hinsichtlich des Anbaus von GVO nach § 35 Nr. 2 BNatSchG 2010 gilt dem Grunde nach dasselbe, auch wenn der Wortlaut hier zunächst anderes nahe legt und auch die Gesetzgebungshistorie in eine andere Richtung weist. Dieses Ergebnis ist zunächst einmal systematisch, insbesondere im Sinne europarechtskonformer Auslegung, zwingend: So differenziert die europarechtliche Rechtsgrundlage, die die Norm umsetzt, nicht nach örtlicher Platzierung, sondern ausschließlich nach potenziellen Auswirkungen auf ein Gebiet. Dies hatte der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zur „kleinen Novelle“ nach ausdrücklicher Rüge durch den EuGH auch erkannt und hinsichtlich des Projektbegriffs auch ausdrücklich umsetzen wollen. Es erschiene außerdem eher widersinnig, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite deutlich zum Ausdruck bringt, dass er aufgrund des von GVO ausgehenden besonderen Risikos und der hohen Gefährdung für die Natura-2000-Gebiete nur auf § 34 Abs. 1 und Abs. 2 verweist und damit Abweichungsentscheidungen beim Einsatz von GVO ausdrücklich nicht zulässt (die Natura-2000-Gebiete also unter besonderen Schutz hinsichtlich der von GVO ausgehenden Risiken stellen will)⁷⁸, auf der anderen Seite jedoch den Anwendungsbereich der FFH-VP beim GVO-Anbau örtlich stärker beschränkt als bei sonstigen Projekten nach § 34 BNatSchG, für die sogar Abweichungsentscheidungen zugelassen sind.⁷⁹ Das würde bedeuten, dass beim Anbau außerhalb eines Gebiets nicht nur ein ausnahmefähiger, sondern gleich gar kein Natura-2000-Schutzstatus eingeräumt würde – und das trotz der vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannten Risiken für diese sensiblen Gebiete. Auch wenn es angesichts dieser systematischen und vielleicht auch teleologischen Friktionen zwingend wirken mag, das „innerhalb“ in § 35 Nr. 2 BNatSchG letztlich als Redaktionsversehen zu behandeln, kollidiert eine solche Sichtweise ihrerseits mit dem ein-

ren – ob hierfür der politische Wille besteht, ist nach den Erfahrungen im Gesetzgebungsverfahren indes eher zweifelhaft. Dennoch ist aufgrund der unpopulären Stellung der grünen Gentechnik in der Bevölkerung wohl davon auszugehen, dass die Länder eher vorsichtig mit dem GVO-Anbau in und in der Nähe von Schutzgebieten umgehen werden.

⁷⁷ Wobei die bislang verabschiedeten und entworfenen Anpassungsgesetze keine solchen Abweichungen in diesem Bereich enthalten, vgl. die Aufstellung der Landesgesetzgebungsverfahren unter http://www.bfn.de/0320_landesgesetze.html. Sollte es vereinzelt dennoch bei der alleinigen Anwendung von § 34 BNatSchG bleiben, ist dabei zu berücksichtigen, dass auch der den Regeln der guten fachlichen Praxis genügende landwirtschaftliche Anbau von GVO durchaus ein Projekt i.S.d. § 34 Abs. 1 BNatSchG sein kann (eine Definition des Projektbegriffs findet sich im BNatSchG nicht mehr). Dass Maßnahmen, die der guten fachlichen Praxis entsprechen, kein Projekt im Sinne des BNatSchG sind, wie es die Gesetzesbegründung nahe legt, ist nur eine Regelvermutung (vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 64 f.). Dies entspricht der in dieser Hinsicht deutlichen EuGH-Rechtsprechung (s.o.) sowie der diesbezüglichen politischen Abstimmung mit der Kommission, die die Nennung der Regelvermutung in den Gesetzesmaterialien letztlich gebilligt hat.

⁷⁸ Vgl. hierzu BT-Drs. 15/3344, S. 42.

⁷⁹ Zum weiten Anwendungsbereich des novellierten Projektbegriffs s.o.

deutigen und über mehrere Novellierungs-Runden trotz erheblicher argumentativer Widerstände beibehaltenen Gesetzeswortlaut. Dennoch wäre zu erwägen, ob der „innerhalb“-Passus wegen eines dann vorliegenden Europarechtsverstößes schlicht unanwendbar ist. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre auch hier in jedem Fall wünschenswert.

Hier tritt wieder die Frage auf, welcher Behörde eine solche Prüfung zu unterstellen wäre. Grundsätzlich kämen hierfür das BVL oder die örtlichen Naturschutzbehörden in Betracht. Im Gegensatz zum Genehmigungsverfahren für Freisetzungen, bei dem immer eine konkrete Fläche überprüft wird, ist die Inverkehrbringensgenehmigung aber eben gerade nicht gebietspezifisch ausgerichtet. Zudem liegt der Sachverstand hinsichtlich der Besonderheiten des betroffenen Gebietes vor Ort bei den Naturschutzbehörden und nicht so sehr beim BVL. Daher sollte das Verfahren für die FFH-Prüfung hier bei den Naturschutzbehörden der Länder verbleiben.⁸⁰ All dies unterliegt jedoch auch den Zuständigkeitsregelungen der Länder.⁸¹ Um eine hinreichende Informierung der jeweils zuständigen Behörden über den geplanten Anbau von GVO in oder in der Nähe von Natura-2000-Gebieten zu gewährleisten, wird teilweise vorgeschlagen, dass das BVL im Wege einer Verwaltungsvereinbarung verbindlich dazu angehalten wird, die zuständigen Landesbehörden sowie das BfN (das hinsichtlich der naturschutzbezogenen Fachfragen der Gentechnik von den Landesbehörden hinzuzuziehen sei) rechtzeitig zu informieren, wenn ein im Standortregister eingetragener geplanter Anbau ein Schutzgebiet betrifft.⁸² In jedem Fall finden als Befugnisnorm zur Durchsetzung des Naturschutzrechts die landesnaturschutzrechtlichen Untersagungsermächtigungen bzw. die polizeirechtlichen Generalklauseln Anwendung und nicht etwa § 26 GenTG, da hier formell und materiell nur ein Verstoß gegen Naturschutzrecht und nicht gegen Gentechnikrecht vorliegt.⁸³

2. Materielle Voraussetzungen und Zuständigkeiten: Schutzgebietsverordnungen

Auch in Schutzgebieten ohne Natura-2000-Bezug stellt sich die Frage nach landesbehördlichen Handlungsbefugnissen. Nach der viel beachteten Entscheidung des VG Frankfurt (Oder) vom 13.07.2007⁸⁴ erfüllt der Anbau von Bt-Toxin produzierenden Nutzpflanzen den Tatbestand des Anwendens von Bioziden nach § 3b Abs. 1 ChemG. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Anwendung in einem Schutzgebiet oder in dessen Nähe muss danach auf den jeweiligen Wortlaut und den Telos⁸⁵ der betroffenen Schutzgebietsverordnung rekurriert werden. So kann etwa die Anwendbarkeit der landesnaturschutzrechtlichen Eingriffsbefugnisnorm ausscheiden, wenn sich die Anbaufläche außerhalb des Naturschutzgebietes befindet und in der dazugehörigen Naturschutzverordnung die Flächen außerhalb des Gebiets nicht in

⁸⁰ Vgl. hierzu auch Winter, NuR 2007, 571 (584); ebenso Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (19).

⁸¹ Vgl. etwa § 27 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum BNatSchG (Nds. GVBl. 2010, 104), der die Zuständigkeit für die FFH-Verträglichkeitsprüfung beim Einsatz von GVO der Behörde, die die Freisetzung oder Nutzung zulässt, der die Freisetzung oder Nutzung anzuzeigen ist oder die die Freisetzung oder Nutzung selbst durchführt, zuweist.

⁸² Vgl. Winter, NuR 2007, 571 (584). Andere gehen dagegen davon aus, dass die Naturschutzbehörden sich selbst im Standortregister informieren müssen, Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (19). § 26 des neuen Schleswig-Holsteinischen Landesnaturschutzgesetzes (GVObI. 2010, 301) normiert außerdem zu § 35 BNatSchG 2010, dass derjenige, der die Nutzung von GVO beabsichtigt, dies der zuständigen Naturschutzbehörde anzuzeigen hat.

⁸³ Vgl. hierzu auch Palme/ Schumacher, NuR 2007, 16 (20); Winter, NuR 2007, 571 (584 f.); zu dieser Ermächtigungsgrundlage auch VG Frankfurt (Oder), NuR 2007, 626; VG Dresden, Beschluss vom 07.05.2008 – Az. 1 L 205/08 (vgl. Zusammenfassung in Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, Teil 2.B.III.).

⁸⁴ VG Frankfurt (Oder), NuR 2007, 626; hierzu ausführlicher auch Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 99 ff.

⁸⁵ Zu den Grenzen der teleologischen Auslegung siehe Ekardt/ Beckmann, VerwArch 2008, 241 ff.

den Schutz der jeweiligen Verordnung einbezogen sind.⁸⁶

Allerdings bestehen auch hier Einordnungsschwierigkeiten: Begrifflich ist zunächst der Sammelbegriff des Pestizids von Bedeutung, der solche chemischen Substanzen bezeichnet, die lästige oder schädliche Lebewesen töten, vertreiben oder in Keimung, Wachstum oder Vermehrung hemmen. Dabei werden verschiedene Gruppen unterschieden, je nachdem, um welche Art von Zielorganismus es sich handelt (z.B. Fungizide gegen Pilze, Herbizide gegen Pflanzen, Insektizide gegen Insekten). Fachlich und rechtlich zu unterscheiden ist des Weiteren nach dem Einsatz- und Anwendungsziel des Pestizids: Im Bereich des Pflanzenschutzes spricht man hierbei von Pflanzenschutzmitteln, im Bereich der (allgemeinen) Schädlingsbekämpfung von Bioziden (Biozide sind also „nichtlandwirtschaftliche Pestizide“). In deutschen Gesetzestexten und den deutschen Fassungen der einschlägigen EU-Bestimmungen wird der Sammelbegriff „Pestizid“ indes auch nicht verwendet, vielmehr gelten unterschiedliche Bestimmungen für Pflanzenschutzmittel und Biozide: Für ersteres gelten die Pflanzenschutzrichtlinie und in ihrer nationalen Umsetzung das Pflanzenschutzgesetz. Für Biozide dagegen gelten die Biozid-Richtlinie und das sie umsetzende ChemG. Transgene Bt-Pflanzen enthalten ein Toxin, das einen tierischen Schadorganismus im larvalen Stadium abtötet. Die Pflanze soll so vor dem Schadorganismus geschützt werden. Insofern erscheint es nahe liegend, diese Organismen anders als die Frankfurter Entscheidung dem pflanzenschutzrechtlichen Regime zu unterwerfen und nicht dem Biozid- und Chemikalienregime.

Die EU-Kommission wiederum vertrat bislang die Ansicht, dass die Freisetzung von GVO, die Pestizide enthalten, nicht den Vorschriften für Pestizide unterläge.⁸⁷ Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass im Rahmen der Risikobewertung eines GVO die EFSA dieselben Verfahren und Maßstäbe zugrunde legt wie im Pestizidrecht⁸⁸, wobei sich dieses Vorgehen in naturwissenschaftlichen Fachkreisen durchaus der Kritik ausgesetzt sieht, da die Vergleichbarkeit der Expositionsmuster und der Wirkketten umstritten ist.⁸⁹ Es scheint – zumindest so lange kein den spezifischen Eigenheiten von GVO angepasstes und naturwissenschaftlich ausgereiftes Verfahren zum risk assessment etabliert ist – widersprüchlich, wenn die EU-Institutionen im Rahmen des wichtigsten Genehmigungsbestandteils von einer Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Darreichungsformen von Pestiziden ausgehen, im Bereich der Überprüfung und Kontrolle jedoch nicht mehr. Fraglich bleibt außerdem, ob überhaupt zwingend vorausgesetzt werden muss, dass ein „Biozid“, „Pflanzenschutzmittel“ oder „Pestizid“ im Sinne einer betroffenen Schutzgebietsverordnung kongruent mit der (unions-) rechtlichen Terminologie sein muss. Die konkreten Formulierungen in Schutzgebietsverordnungen variieren hier und lassen sich nicht ohne weiteres der eben geschilderten präzisen rechtlichen Terminologie angleichen.⁹⁰ Der Begriff „Biozid“ kommt nur sehr selten vor, in den meisten Fällen machen die Verordnungen Gebrauch von dem Begriff des Pflanzenschutzmittels oder von noch allgemei-

⁸⁶ Vgl. VG Leipzig, NuR 2007, 702 (703).

⁸⁷ Dimas, Antwort im Namen der Kommission vom 26.05.2008 auf die parlamentarische Anfrage P-2009/08 von Rebecca Harms, MdEP, einsehbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2008-2009&language=DE>.

⁸⁸ Vgl. dazu auch Aussage von Dr. Jörg Romeis im Interview: „Das Vorgehen bei der Risikoanalyse von Bt-Proteinen leitet sich von dem für Pflanzenschutzmittel ab.“, einsehbar unter: <http://www.biosicherheit.de/de/mais/bt-konzept/525.doku.html>.

⁸⁹ Vgl. dazu nur Winter, NuR 571 (576 f.); dazu auch das Interview mit Dr. Angelika Hilbeck, einsehbar unter: <http://www.biosicherheit.de/de/mais/bt-konzept/526.doku.html> und Interview mit Dr. Jörg Romeis, einsehbar unter <http://www.biosicherheit.de/de/mais/btkonzept/525.doku.html>.

⁹⁰ Brauner/ Weidauer, Analyse von Schutzgebietsverordnungen hinsichtlich relevanter Aussagen in Bezug auf den Einsatz transgener Mechanismen – Gutachten für das Bundesamt für Naturschutz, 2005, S. 15.

neren Formulierungen.⁹¹ Jenseits der Formulierung dürfte jedoch zumindest der Schutzzweck oft eindeutig für entsprechende Verbotsbefugnisse sprechen.

3. Relevanz des naturschutzfachlichen Gehalts der Inverkehrbringensgenehmigung

Grundsätzlich ist bezüglich des Prüfungsumfangs der die potenzielle „Eignung zur erheblichen Beeinträchtigung“ feststellenden Vorprüfung zur FFH-VP zunächst einmal auf den Inhalt der Inverkehrbringensgenehmigung zu rekurrieren: Denn die (auf europäischer Ebene angesiedelte) Inverkehrbringensgenehmigung hat festzusetzen, ob besondere Schutzmaßnahmen oder Beschränkungen für ökologisch besonders sensible Gebiete erforderlich sind.⁹² Wird dies bejaht, erfolgt diesbezüglich eine Beschränkung der Genehmigung. Die von der Genehmigung ausgehende – unter Umständen hinsichtlich der eben genannten Aspekte beschränkte – Legalisierungswirkung hat wiederum Konsequenzen für die nachgeschalteten naturschutzrechtlichen Instrumentarien, insbesondere, wenn sie nach der Prüfung ausdrücklich feststellt, dass keine besondere Eignung zur Beeinträchtigung zu befürchten ist. Denn ist in der Genehmigung eine Eignung zur Beeinträchtigung festgestellt oder verneint worden, ist dies im FFH-Verfahren grundsätzlich nicht erneut zu prüfen. Die Genehmigung entfaltet für die Verträglichkeitsprüfung damit Tatbestandswirkung.⁹³ Das aber heißt umgekehrt, dass – je nach konkretem Inhalt der Genehmigung – flächenbezogene Maßnahmen hier lediglich insoweit ausgeschlossen sind, als die einschlägigen konkreten Lebensräume und Arten abgeprüft und als nicht gefährdet bezeichnet worden sind (was im Lichte einer europaweit geltende Inverkehrbringensgenehmigung in der Regel kaum für sämtlich potenziell betroffenen Gebiete und Arten möglich sein dürfte⁹⁴).

Problematisch kann hierbei allerdings die Reichweite der Erschöpfungswirkung des Inverkehrbringens-Regimes sein, nach dem das Verhalten des Verwenders legalisiert wurde. Dementsprechend könnte hier von der Genehmigung eine „Sperrwirkung“ ausgehen, die nachmarktliche Maßnahmen wie eine Verträglichkeitsprüfung und darauf gestützte Beschränkungen ausschließen könnte. Einem eine einschränkende Auslegung bejahenden Verständnis der Genehmigung (das nachträgliche Maßnahmen zulassen würde) könnte man entgegenhalten, dass in dem Fall, dass eine Genehmigung keine besonderen Beschränkungen enthält, aus dieser Tatsache hervorgeht, dass hier eben eine unbeschränkte Genehmigung vorliegt, die so auch europaweite Geltung beanspruchen kann. Wenn diese Entscheidung aus naturschutzfachlicher Sicht angreifbar ist, müsste eine Auseinandersetzung darüber dann allein auf der Ebene der Genehmigungserteilung stattfinden, wo dann eine Rücknahme oder nachträgliche Beschränkung der Genehmigung denkbar wäre. Eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass eine solche Genehmigung eben keinerlei Aussage zu bestimmten Gebieten oder Arten enthält und dementsprechend naturschutzrechtlichen Prüfungen und Maßnahmen unterworfen sein kann, verböte sich nach einem solchen Verständnis. Eine solche Sichtweise könnte versuchen, sich auf die Binnenmarktsklausel des Art. 22 RL 2001/18/EG zu stützen, die ausdrücklich normiert, dass die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von GVO, die den Anforderungen der RL entsprechen, nicht verbieten, einschränken oder behindern dürfen. Jedoch ist hiergegen einzuwenden, dass Art. 22 RL 2001/18/EG sich an die Mitgliedstaaten richtet,

⁹¹ Vgl. dazu die detaillierte Aufstellung bei Brauner/ Weidauer, Schutzgebietsverordnungen, S. 15.

⁹² Näher zum Verhältnis von Gentechnikrecht und Naturschutzrecht Ekardt/ Hennig, NuR 2010, i.E.

⁹³ Vgl. Winter, NuR 2007, 571 (585 f.).

⁹⁴ Zur naturschutzfachlichen Überforderung des Inverkehrbringens-Regimes näher Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 81 f. m.w.N.; Ekardt/ Hennig, NuR 2010, i.E.; Winter, NuR 2007, 571 (581 f.).

folglich allein das vertikale Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht betrifft. Das Konkurrenzverhältnis, um das es hier geht, ist aber vielmehr das horizontale, nämlich das zwischen Gentechnik- und Naturschutzrecht.⁹⁵ Art. 22 RL 2001/18/EG schränkt daher ebenfalls europarechtlich (!) vorgegebene weitere Prüfungserfordernisse wie die FFH-Prüfung oder den Artenschutz nicht von vornherein ein. Dies ergibt sich auch bereits aus Art. 19 Abs. 1 RL 2001/18/EG: Danach bleiben andere einschränkende Rechtsvorschriften der Gemeinschaft von der Inverkehrbringensgenehmigung unberührt, also auch solche der FFH-RL und VogelschutzRL. So kommt man zu dem – angesichts der andernorts bereits thematisierten naturschutzfachlichen Überforderung des Inverkehrbringensgenehmigungsverfahrens durch die Erwartung einer umfassenden europaweiten UVP⁹⁶ – sachgerechten Ergebnis, dass hier die gentechnik- und naturschutzrechtlichen Vorgaben in Ausgleich zu bringen sind: Naturschutzmaßnahmen bleiben also möglich, soweit die Genehmigung betroffene Lebensräume und Arten nicht abprüft. Dies gilt allerdings nur für europäisches Naturschutzrecht.

VI. Ausblick

Somit haben auf Landesebene sowohl die Gentechnik- als auch die Naturschutzbehörden durchaus verschiedene Möglichkeiten, im Rahmen ihrer Überwachungsbefugnisse tätig zu werden, wenn sie eine Beeinträchtigung naturschutzfachlicher Belange durch die Freisetzung oder den kommerziellen Anbau von GVO befürchten. Gleichwohl sollte dieser Befund keinen Illusionen über die naturschutzfachliche Bedeutung der Wahrnehmung solcher Befugnisnormen in ihrer bisherigen Ausgestaltung Vorschub leisten. Denn die naturschutzfachliche Beurteilung gentechnischer Tätigkeiten unterliegt verschiedenen Friktionen in Gestalt naturwissenschaftlicher Erkenntnisunsicherheiten, erheblicher Rechtsunsicherheiten – und der Frage danach, wie groß der behördliche Wille überhaupt ist, unter diesen Umständen zugunsten des Naturschutzes einzuschreiten. Zudem bliebe es stets rechtsstaatlich latent problematisch, ein Verhalten, das einmal staatlich genehmigt, also legitimiert wurde, durch Vorschriften eines anderen Rechtsgebietes verbieten oder weitgehend einschränken zu wollen. Daher ergibt sich die Erkenntnis, dass eine stärkere Berücksichtigung von Naturschutzbelangen rechtsstaatlich eigentlich in die Genehmigungsebene integriert werden sollte, so weit dies möglich ist. In diesem Sinne sollten gerade die Inverkehrbringensgenehmigungen stärker als bislang einen transparenten und realistischen Einblick in die Gebietstypen und Arten geben, die im Genehmigungsverfahren umfänglich geprüft werden konnten – und darüber hinaus *explizit* Raum für die naturschutzrechtliche Prüfung vor Ort lassen. Gleichwohl bieten sich vor allem im nachmarktlichen Segment u.U. am ehesten Potenziale, naturschutzfachliche Belange über landesbehördliches Tätigwerden zur Geltung zu bringen. Ggf. muss dann über eine Klage des Betroffenen gerichtlich darüber gestritten werden, wie weit gentechnik- oder naturschutzbehördliche Anordnungen Bestand haben können.⁹⁷ Inwieweit Koexistenz – hier: von GVO und naturschutzfachlichen Anliegen – allerdings wirklich auf Dauer möglich ist, zumal unter den Bedingungen naturwissenschaftlicher Erkenntnisunsicherheit, bleibt, wie eingangs geschil- dert, eine offene Frage, die sich der Gesetzgeber – auch weiterhin – gefallen lassen muss.

⁹⁵ So auch Winter, NuR 2007, 571 (585).

⁹⁶ Vgl. Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht, S. 81 f. m.w.N.

⁹⁷ Zu Verbandsbeteiligungs- und -klagerechten im Gentechnikrecht Ekardt/ Hennig/ Wilke, JbUTR 2009, 157 ff.; allgemein dazu (auch zur Individualklage und -partizipation) Ekardt, Information, §§ 4, 5; Schlacke/ Schrader/ Bunge, Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht, 2010, §§ 2, 3.