

GENTECHNIKRECHT & ARTENSCHUTZ



Welche Rechte hat der Natur- und Artenschutz beim Anbau gentechnisch veränderter Nutzpflanzen?



Impressum

© 2010, NABU-Bundesverband

Naturschutzbund Deutschland (NABU) e. V.

www.NABU.de

Charitéstraße 3

10117 Berlin

Tel. 030.28 49 84-0

Fax 030.28 49 84-20 00

NABU@NABU.de

Autoren: Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A., Dipl.-Jur. Bettina Hennig*

Redaktion: Dr. Steffi Ober, NABU; Julia Degmair, NABU

Gestaltung: Christine Kuchem (www.ck-grafik-design.de)

Druck: Warlich Druck Meckenheim GmbH; gedruckt auf 100 % Recyclingpapier,
ausgezeichnet mit dem Umweltzeichen „Der Blaue Engel“, 08/2010

Bezug: Die Broschüre erhalten Sie beim NABU Natur Shop, Am Eisenwerk 13, 30519 Hannover,
Tel. 0511.215 71-11, Fax 0511.123 83-14, Info@NABU-Natur-Shop.de oder unter
www.NABU.de/shop. Die Schutzgebühr von 2,00 Euro pro Exemplar zzgl. Versandkosten
wird Ihnen in Rechnung gestellt.

Art.-Nr. 5403

Bildnachweis: Titel: großes Bild: Pixelio/fruitMedia, kleine Bilder sowie Innenteil v. l. n. r.: Fotolia/Juliane,
Fotolia/Rebel, iStockphoto/RollingEarth

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt an der Universität Rostock Umweltrecht und Rechtsphilosophie. Dipl.-Jur. Bettina Hennig promoviert bei ihm zu Fragen der Steuerung der Ambivalenzen der energetischen Biomassenutzung, gefördert durch ein Stipendium der Deutschen Bundesstiftung Umwelt. Zur vom Erstverfasser geleiteten Forschungsgruppe Nachhaltigkeit und Klimapolitik, in der auch die Zweitverfasserin maßgeblich mitwirkt, siehe www.sustainability-justice-climate.eu.



GENTECHNIKRECHT & ARTENSCHUTZ

Welche Rechte hat der Natur- und Artenschutz beim Anbau gentechnisch veränderter Nutzpflanzen?

I Fragestellung und Gang der Untersuchung	3
II Einführung in die Grundstrukturen des Artenschutzrechts	6
1. Grundstrukturen und -begriffe	6
2. Das Verhältnis von Arten- und Gebietsschutz	7
3. Überblick über das deutsche und europäische Artenschutzrecht	9
a) Europäisches Artenschutzrecht	9
b) Nationales Artenschutzrecht	10
c) Überleitung zur arten- und gentechnikrechtlichen Überprüfung	11
III Prüfung der relevanten Artenschutzbestimmungen	12
1. Allgemeiner Artenschutz	
a) Schädigungs- und Störverbote (§ 41 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 BNatSchG 2010)	12
b) Verbot der erheblichen Beeinträchtigung (§ 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010)	14
c) Verfälschung bzw. Gefährdung der gebietstypischen Flora und Fauna (§ 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 40 BNatSchG 2010)	15
d) Anordnung bei Gefährdung durch ungenehmigte oder unbeabsichtigte Ausbreitung (§ 40 Abs. 6 BNatSchG 2010)	17
2. Besonderer Artenschutz	18
a) Zugriffsverbote (§ 42 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BNatSchG 2010)	18
b) Ausnahmen (§ 43 Abs. 8 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010)	19
3. Befreiungen	20
a) Das Verhältnis von Befreiungs- und Ausnahmetatbeständen – zugleich zur Theorie des Abwägens	20
b) Befreiung von Vorgaben des allgemeinen Artenschutzes (§ 67 Abs. 1 S. 2 BNatSchG 2010)	22
c) Befreiung von Vorgaben des besonderen Artenschutzes (§ 62 BNatSchG bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG 2010)	22
4. Zusammenfassung	23
IV Artenschutzbezogene Vorgaben im Gentechnikrecht	24
1. Freisetzungsverfahren	24
2. Inverkehrbringungsverfahren	25
3. Nachmarktliches Segment	26
4. Zusammenfassung	28
V Zusammenspiel der gentechnik- und artenschutzrechtlichen Vorgaben	29
1. Überblick über die Normstruktur des § 22 GenTG	29
2. Artenschutzbezogener Regelungsgehalt bezüglich nicht gentechnikspezifischer Gefahren	30
3. Artenschutzbezogener Regelungsgehalt bezüglich gentechnikspezifischer Gefahren	32
VI Fazit, Steuerungs- und Verfassungsfragen	33
1. Zusammenfassung der Ergebnisse	33
2. Schlussbetrachtung: Gentechnikvollzug und Gesetzgebung – effektiver Umweltschutz und die Demokratie	34

Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der bisher kaum untersuchten Frage, ob und inwiefern den Belangen des Artenschutzes im Rahmen des geltenden Rechts bei der erstmaligen Freisetzung, beim Inverkehrbringen und beim kommerziellen Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen angemessen Geltung verschafft werden kann. Dabei zeigt sich, dass sowohl der Artenschutz innerhalb des Gentechnikrechts als auch das Artenschutzrecht gegenüber dem Gentechnikrecht oft nur suboptimal zur Geltung kommen. Dies ist ein Befund, der dem landläufigen Bild eines starken Naturschutzregimes und eines strengen Gentechnik-Risikomanagements zuwiderläuft. Dies führt auch zu Problemen mit Relevanz für Grundrechte und Demokratie.

Ursächlich für die Schwächen (beispielsweise) beim Artenschutz ist ein Zusammenspiel von naturwissenschaftlichen Erkenntnisunsicherheiten, strukturellen Gründen (lokale Artenschutzaspekte können z. B. bei einer europäischen Inverkehrbringensgenehmigung für gentechnisch veränderte Organismen per se kaum mitbedacht werden) und der rechtlichen Wirkung der einmal erfolgten Gestattung gentechnischer Tätigkeiten. Hier wie auch sonst verschleiert der europäische und deutsche Gesetzgeber, dass der durch Stichworte wie „Koexistenz von gentechnischer und gentechnikfreier Landwirtschaft“ und „wirksames Risikomanagement“ suggerierte Kompromiss zwischen Gentechnikbefürwortern und -gegnern letztlich (spätestens langfristig) klar zugunsten der ersteren ausfällt.

Das Fehlen klarer, transparenter und ehrlicher Entscheidungen ergibt dann nicht nur ein weiteres Kapitel in der reichen Geschichte umweltrechtlicher Wirksamkeitsschwächen, sondern auch ein Verfassungsproblem mit dem Demokratieprinzip und dem daraus (und aus den Grundrechten) abgeleiteten Gesetzesvorbehalt. Diese Prinzipien verlangen, dass Parlamente die wesentlichen Entscheidungen treffen – und dass Entscheidungen auch transparent als Entscheidung erkennbar sind und nicht verschleiert werden. Ebenfalls mit jenen Prinzipien nur schwer vereinbar ist das im Umweltrecht allgemein um sich greifende Phänomen, dass die (subkutane) Entscheidung zudem durch eine Fülle offener, auf komplexe Abwägungen hinauslaufender Normen eher an die Verwaltung delegiert wird. Gegen die Wirtschaftsgrundrechte verstößt die Regulierung der grünen Gentechnik indes nicht, allein schon weil angesichts der komplexen Konfliktlage – es sind umgekehrt auch Grundrechte auf Leben und Gesundheit usw. gegen die Gentechnik anführbar – keine einseitige Beweislastverteilung die tatsächlichen Erkenntnisunsicherheiten zugunsten der Gentechniknutzer auflösen kann.



I Fragestellung und Gang der Untersuchung

Ein Zusammenhang zwischen dem Gentechnikrecht und dem Naturschutz wird hinsichtlich des Gebietsschutzes und verschiedener mittelbarer Naturschutzinstrumente langsam als Thema erkannt.¹ Eingehende Analysen des Verhältnisses von Gentechnik- und Artenschutzrecht fehlen dagegen bisher weitgehend. Die vorliegende Untersuchung widmet sich deshalb der Frage, ob und inwiefern den Belangen des Artenschutzes im Rahmen der geltenden Vorschriften bei gentechnikrechtlichen Genehmigungsentscheidungen und beim kommerziellen Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen angemessen Geltung verschafft werden kann und wie sich das Verhältnis zum Artenschutzrecht darstellt. Damit ist das konfliktreiche, von vielfältigen Unsicherheiten und Interessenkonflikten geprägte Feld der grünen Gentechnik angesprochen. Die These der vorliegenden Studie lautet: Hier wie auch sonst verschleiert der europäische und deutsche Gesetzgeber, dass der durch Stichworte wie „Koexistenz“ und „Risikomanagement“ suggerierte Kompromiss zwischen Gentechnikbefürwortern und -gegnern letztlich (spätestens langfristig) klar zugunsten der ersteren ausfällt. Damit geht es einerseits um ein effektives Umweltrecht, also um eine Governance- oder Steuerungsfrage. Es geht andererseits zugleich um Verfassungsfragen; nicht zufällig steht das GenTG in diesen Tagen vor dem BVerfG auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Allerdings ist vielleicht weniger die dort verhandelte Beeinträchtigung der Wirtschaftsgrundrechte durch die Gentechnik-Regulierung das Problem, sondern eher die fehlende ehrliche und transparente gesetzgeberische Entscheidung (Gesetzesvorbehalt) und die Frage des richtigen Umgangs mit den Beweislasten hinsichtlich einer unsicheren Gefährdungslage. Wir betrachten vorliegend vor diesem gesamten Hintergrund exemplarisch die Schnittmenge von Gentechnikrecht und Artenschutzrecht. Damit sollen (a) die angedeuteten Steuerungsprobleme beispielhaft dokumentiert, (b) das Material gegen Ende der Untersuchung aber auch zur Beantwortung der kurz gekennzeichneten Verfassungsproblematik genutzt sowie zugleich einige bisher nur sehr bedingt geklärte (c) Rechtsinterpretationsfragen des Gentechnikrechts nach Möglichkeit aufgelöst werden. Wir beziehen uns dabei auf Deutschland, doch

wären analoge Befunde in anderen (insbesondere EU-) Staaten wohl möglich aufgrund der EU-Vorgaben zur Gentechnik und der jedenfalls grundsätzlich ähnlich gelagerten liberal-demokratischen Verfassungsprinzipien.

Eingangs sind die Grundstrukturen des Gentechnikrechts zu rekapitulieren. Die naturwissenschaftliche Unsicherheit im Zusammenhang mit gentechnisch veränderten Organismen² (GVO) und daraus resultierende Risiken erkannte und erkennt der Gesetzgeber im Grundsatz an und unterwirft daher gentechnische Tätigkeiten im Gentechnikgesetz (GenTG)³ einem gestuften Zulassungssystem.⁴ Dabei sind die ersten drei Tätigkeitsstufen im Zusammenhang mit GVO, also gentechnische Arbeiten im Labor sowie das Freisetzen (vgl. § 3 Nr. 5 GenTG⁵) und das generelle Inverkehrbringen (vgl. § 3 Nr. 6 GenTG⁶) von GVO, gesetzlich vorgegeben.⁷ Die nach dem genehmigten Inverkehrbringen erfolgende Verwendung von GVO (sog. „nachmarktliches

1 Vgl. hierzu Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht – Eine Darstellung und Analyse für die Praxis, 2008 und (knapper, stärker prozedural ausgerichtet) Ekardt/Hennig/Wilke, JbUTR 2008, 157 ff.

2 Der Begriff des GVO ist in § 3 Nr. 3 GenTG legaldefiniert als ein Organismus, mit Ausnahme des Menschen, dessen genetisches Material in einer Weise verändert worden ist, wie sie unter natürlichen Bedingungen durch Kreuzen oder natürliche Rekombination nicht vorkommt; ein gentechnisch veränderter Organismus ist auch ein Organismus, der durch Kreuzung oder natürliche Rekombination zwischen gentechnisch veränderten Organismen oder mit einem oder mehreren gentechnisch veränderten Organismen oder durch andere Arten der Vermehrung eines gentechnisch veränderten Organismus entstanden ist, sofern das genetische Material des Organismus Eigenschaften aufweist, die auf gentechnische Arbeiten zurückzuführen sind. Ein Organismus wiederum ist nach dem Gesetz jede biologische Einheit, die fähig ist, sich zu vermehren oder genetisches Material zu übertragen, einschließlich Mikroorganismen (Viren, Viroide, Bakterien, Pilze, mikroskopisch-kleine ein- oder mehrzellige Algen, Flechten, andere eukaryotische Einzeller oder mikroskopisch-kleine tierische Mehrzeller sowie tierische und pflanzliche Zellkulturen), vgl. dazu § 3 Nr. 1 GenTG.

3 Gesetz zur Regelung der Gentechnik in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2066), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542) geändert worden ist.

4 Vgl. bereits die Gesetzesbegründung zur Einführung des GenTG, BT-Drs. 11/67778 vom 27.03.1990, S. 29.

5 So ist eine Freisetzung das gezielte Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt, soweit noch keine Genehmigung für das Inverkehrbringen zum Zweck des späteren Ausbringens in die Umwelt erteilt wurde.

6 Inverkehrbringen ist hiernach die Abgabe von Produkten an Dritte, einschließlich der Bereitstellung für Dritte, und das Verbringen in den Geltungsbereich des Gesetzes, soweit die Produkte nicht zu gentechnischen Arbeiten in gentechnischen Anlagen oder für genehmigte Freisetzungen bestimmt sind; jedoch gelten unter zollamtlicher Überwachung durchgeführter Transitverkehr und die Bereitstellung für Dritte, die Abgabe sowie das Verbringen in den Geltungsbereich des Gesetzes zum Zweck einer genehmigten klinischen Prüfung nicht als Inverkehrbringen.

7 Auf der Ebene der gentechnischen Arbeiten werden GVO außerdem noch in verschiedene Sicherheitsstufen eingeteilt (vgl. § 7 Abs. 1 GenTG). Prinzipiell kann man sagen, dass, je höher die Sicherheitseinstufung ausfällt, umso mehr auch die Anforderungen steigen, die das GenTG an den Umgang mit dem GVO stellt.

Segment“) ist zwar allgemein auch als gentechnische Tätigkeit zu bezeichnen, hierfür fehlt es jedoch an einer Legaldefinition im GenTG. Hier ist in diesem Zusammenhang insbesondere an kommerziellen landwirtschaftlichen Anbau gentechnisch veränderter Nutzpflanzen (z. B. BT-Mais⁸ oder hr-Pflanzen⁹) 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 Freisetzungsvorversuches 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. 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.¹⁰

An diese Stufung angepasst wird im weiteren Verlauf von drei verschiedenen Tätigkeits- und Verfahrensstufen die Rede sein.

- Freisetzungsgenehmigung
- Inverkehrbringengenehmigung

⁸ 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). Während das natürliche Toxin des Bodenbakteriums seine schädigende Wirkung auf Insektenlarven erst nach mehreren Umwandlungsprozessen in deren Verdauungstrakt zu einem niedermolekularen Endotoxin entfaltet, wurde die in das Genom der Maispflanze integrierte bakterielle DNA-Sequenz derart modifiziert, dass in jeder Zelle direkt das wirksame, niedermolekulare Toxin gebildet wird. Beispiel: MON810 der Firma Monsanto.

⁹ Herbizid-resistente Pflanzen, die etwa mit hochwirksamen Breitbandherbiziden behandelt werden können, ohne daran Schaden zu nehmen. Beispiel: Roundup Ready-Raps oder -Soja der Firma Monsanto.

¹⁰ 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 werden. 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.

- Verwendung nach Inverkehrbringen (synonym wird für diesen Verfahrensabschnitt auch der Begriff „nachmarktliches Segment“ oder „nachmarktliche Maßnahmen“ verwendet, teilweise ist auch von „kommerziellem Anbau“ die Rede).

Auf allen diesen Stufen sind Kollisionen mit Belangen des Artenschutzes denkbar, woraus sich die Fragestellung für die vorliegende Untersuchung ergibt:

Inwiefern finden Artenschutzbelange beim Ausbringen von GVO in den Naturhaushalt, also im Rahmen einer Freisetzung, eines Inverkehrbringens oder eines nachmarktlichen Anbaus, Beachtung?

Diese Fragestellung determiniert den weiteren Gang der Untersuchung: So müssen zunächst die betroffenen Regelwerke des Naturschutz- wie des Gentechnikrechtes systematisch durchdrungen und auf einschlägige Normen hin untersucht werden. Sind diese extrahiert, muss geklärt werden, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und welche Auswirkungen ihr Verhältnis auf die Genehmigungsvoraussetzung und -verfahren hat.

Das heißt, die folgenden Fragen müssen im Verlauf dieser Studie beantwortet werden:

- Wo finden sich Anknüpfungspunkte für die interessierenden gentechnischen Tätigkeiten im Artenschutzrecht?
=> Vgl. dazu Abschnitt III.
- Wo finden sich Vorgaben zum Artenschutz im Gentechnikrecht, und zwar konkret in den gentechnikrechtlichen Genehmigungsnormen?
=> Vgl. dazu Abschnitt IV.
- Wie stehen diese Normen im Verhältnis zueinander; wie ist also ihr Verhältnis geregelt (§ 22 GenTG)?
=> Vgl. dazu Abschnitt V.

Bei alledem ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass es zur Klärung der Frage, inwieweit eine denkbare Beeinträchtigung artenschutzrechtlicher Schutzziele vorliegt, stets naturwissenschaftlicher Expertise bedarf. Juristisch lässt sich lediglich abstrakt bei Annahme der grundsätzlichen Möglichkeit einer Wirkhypothese klären, unter welchen Voraussetzungen und inwiefern artenschutzrechtliche Belange in die Genehmigungsentscheidungen einbezogen werden müssen. Ob sich daraus im Einzelfall aufgrund eines erkennbaren Risikos tatsächlich eine Einschränkung gentechnikrechtlicher Tätigkeiten ergibt, bleibt im Rahmen der herausgearbeiteten juri-



stischen Vorgaben letztlich eine naturwissenschaftliche Frage.

In sofern sind auch die Naturwissenschaften künftig gefordert, zum Erkenntnisgewinn hinsichtlich der komplexen Wirkketten und Risikopfade weiter beizutragen, um eine der Materie angemessene Sicherheit etwaiger gentechnikbezogener Entscheidungen zu gewährleisten. Allerdings nicht allein sie, denn naturwissenschaftliche Fakten sind zwar eine wesentliche Grundlage, die eigentliche (gesetzgeberische oder administrative) Entscheidung, wie Konflikte zwischen kollidierenden Interessen gelöst werden sollen, kann – bei Strafe eines Sein-Sollen-Fehlers¹¹ – gleichwohl aber immer nur eine politisch-rechtliche Entscheidung sein.

¹¹ Also ein erkenntnistheoretisch unzulässiger Schluss von einer rein faktischen Tatsache („Seins-Ebene“; z. B. eine naturwissenschaftlichen Erkenntnis) auf eine normative Aussage („Sollens-Ebene“; z. B. eine Aussage zur moralphilosophischen oder rechtlichen Richtigkeit eines Verbots einer bestimmten Technologie). Ein Beispiel für einen Satz, der einen solchen Sein-Sollens-Fehlschluss enthält, wäre etwa: „Mit der landwirtschaftlichen Nutzung eines bestimmten GVO geht naturwissenschaftlich belegbar ein Risiko für eine bestimmte Art einher, *deswegen* ist es verboten.“ Vgl. zur Sein-Sollen-Scheidung (nicht zu verwechseln übrigens mit der objektiv-subjektiv-Scheidung) auch *Ekardt/Beckmann*, *VerwArch* 2008, 241 ff.; *Ekardt/Susnjar*, *JbUTR* 2007, 277 ff.

II Einführung in die Grundstrukturen des Artenschutzrechts

1. Grundstrukturen und -begriffe

Das Artenschutzrecht ist im jeweiligen nationalen Recht geregelt, unterliegt aber auch europa- und völkerrechtlichen Einflüssen. Es ist neben der Formulierung der übergeordneten Ziele und Grundsätze des Naturschutzes, der Eingriffsregelung, der Landschaftsplanung und dem Gebietsschutz integraler Bestandteil des Naturschutzrechtes und zählt traditionell zu dessen Kernbereichen. Zwischen diesen unterschiedlichen Regelungsbereichen des Naturschutzrechtes bestehen enge Verbindungen und Überschneidungen, was eine trennscharfe Abgrenzung und Zuordnung nicht eben erleichtert (so kann Artenschutz naheliegenderweise auch durch die Unterschutzstellung bestimmter Gebiete oder durch Landschaftsplanung erfolgen)¹² und das Artenschutzrecht zu einer „Querschnittsmaterie innerhalb des Naturschutzrechtes selbst“¹³ macht. Allerdings ist eine Abgrenzung und schwerpunktmäßige Zuordnung innerhalb des deutschen Rechts über die Bündelung der zentralen Normen im BNatSchG¹⁴ erfolgt. Diese Normen umreißen gewissermaßen den „Artenschutz im engeren Sinne“¹⁵. Dagegen können als „Artenschutz im weiteren Sinne“ artenschutzrelevante Maßnahmen des Biotop- und Gebietsschutzes, der Landschaftsplanung, des Vertragsnaturschutzes, Artenschutz- und Monitoringprogramme sowie Sanktionen oder Partizipationsrechte angeführt werden.¹⁶ *In diesem Zusammenhang interessieren insbesondere die Instrumente des Artenschutzes im engeren Sinne mit ihren Bezügen zu gentechnikrechtlich relevanten Tätigkeiten – und, wie man sehen wird, die Teile des Gentechnikrechts, die ihrerseits vielleicht den Artenschutz thematisieren.*

12 Zum Verhältnis des Artenschutzrechtes zu anderen Sachmaterien innerhalb des Naturschutzrechtes auch *Hellenbroich*, Europäisches und deutsches Artenschutzrecht – Der gebietsunabhängige Schutz heimischer wildlebender Arten, 2006, S. 40 ff.

13 *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 41.

14 Im Folgenden bezieht sich die Bezeichnung „BNatSchG“ auf das zum Zeitpunkt der Untersuchung (Ende 2009) geltende Gesetz; die neue Rechtslage seit dem 01.03.2010 wird mit BNatSchG 2010 bezeichnet. Wir betrachten wegen der insoweit geringen Änderungen meist beide nebeneinander. Vgl. hierzu auch ausführlicher Abschnitt II.3.b).

15 So auch *Fellenberg*, in: Kerkmann (Hg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2007, § 7 Rn. 3; *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 96 ff.

16 Vgl. hierzu *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 134 ff.

Das Artenschutzrecht selbst speist sich aus unterschiedlichen europäischen und nationalen Regelwerken und kennt im Wesentlichen zwei verschiedene Steuerrichtungen: zum einen den Schutz von Individuen und Populationen in ihren originären Lebensräumen („in situ“), zum anderen den Schutz außerhalb ihres natürlichen Lebensraums („ex situ“), also im Rahmen von Besitz-, Vermarktungs- und Verkehrsregulierungen (z. B. Tierhandel, Zoos u. ä.).¹⁷ Diese beiden Schutzrichtungen finden sich sowohl in den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben (FFH-Richtlinie, Vogelschutz-Richtlinie, EU-Artenschutzverordnung¹⁸) als auch in deren nationaler Umsetzung auf Bundes- sowie Landesebene (BNatSchG, BArtSchV, Landesnaturschutzgesetze¹⁹). *Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Fragestellung ist ersichtlich nur der Teil des Artenschutzrechtes von Interesse, der sich mit dem in-situ-Schutz wildlebender Arten befasst.*

Eine weitere begriffliche Unterscheidung ergibt sich aus der gesetzlichen Trennung von allgemein, besonders und streng geschützten Arten. So unterliegt der Artenschutz hinsichtlich des bereitgestellten Schutzniveaus einer dreifachen Stufung, die sich an dem Gefährdungsgrad der betreffenden Art orientiert.²⁰ Das Artenschutzrecht i. e. S. kennt zunächst Regelungen, die alle wildlebenden Tiere und Pflanzen²¹ erfassen. In diesen Normen des allgemeinen Artenschutzes werden etwa bestimmte Schädigungs-, Entnahme- und Störverbote zum Schutz wildlebender Arten statuiert. Außerdem widmet sich der allgemeine Artenschutz dem

17 Zu dieser Unterscheidung vgl. auch *Maaß/Schütte*, in: Koch (Hg.), Umweltrecht, 2. Aufl. 2007, S. 355 ff.

18 Vgl. hierzu Abschnitt II.3.a).

19 Vgl. hierzu Abschnitt II.3.b).

20 Vgl. hierzu auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 96.

21 Welche Organismen von den Termini „Tiere“ und „Pflanzen“ umfasst sind und welche dieser Organismen einer Art zuzuordnen sind, richtet sich nach den Begriffsbestimmungen des § 10 Abs. 2 BNatSchG (bzw. § 7 Abs. 2 BNatSchG 2010), wobei „wildlebend“ heißt, dass die Art in Freiheit vorkommt und ihre Exemplare nicht ausschließlich vom Menschen gezüchtet oder angebaut werden. Dabei ist unerheblich, ob das Exemplar selbst in Freiheit oder Gefangenschaft lebt oder in welchem Maße es domestiziert ist. Bei Pflanzen kommt es darauf an, dass sie nicht zur Nutzung angepflanzt oder gepflegt werden. Kulturpflanzen können daher nur dann dem Artenschutzrecht unterfallen, wenn sich eine verwilderte Art gebildet hat, denn auch erneut an das Leben in Freiheit angepasste Arten (z. B. durch Aussetzung oder Ansiedlung) sind als wildlebend zu qualifizieren. Vgl. zu alledem m.w.N. *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 32 f.



Ziel, der Gefährdung von Ökosystemen, Biotopen und Arten durch die Verfälschung durch Tiere und Pflanzen nichtheimischer, gebietsfremder und invasiver Arten²² entgegenzuwirken. Hierzu sind geeignete Maßnahmen zu treffen und insbesondere das Ausbringen von Pflanzen gebietsfremder Arten in die freie Natur einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Außerdem reguliert das allgemeine Artenschutzrecht weitere in- und ex-situ-Szenarien, die im hiesigen Zusammenhang allerdings nicht weiter interessieren. Dies alles wird ergänzt durch das besondere Artenschutzrecht: Eine Teilmenge der unter den allgemeinen Schutz gestellten wildlebenden Tiere und Pflanzen bilden die besonders und streng geschützten Arten, für die wiederum unterschiedliche Schutzniveaus gelten. Zum ersten gelten verschiedene Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote zum in- und ex-situ-Schutz besonders geschützter Arten sowie bestimmte definitorische Rückausnahmen. Welche Arten unter die besonders geschützten fallen, bestimmte sich bisher nach § 10 Abs. 2 Nr. 10 BNatSchG bzw. nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG 2010 und die namentliche Listung in dort näher bezeichneten anderen Regelwerken. Für die streng geschützten Arten (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 11 BNatSchG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG 2010 ebenfalls mit Verweis auf Artenlisten enthaltende andere Regelwerke), die wiederum eine Teilmenge der besonders geschützten Arten bilden, greifen zusätzliche Regelungen und Verbote.²³

Zusammenfassend lassen sich also drei Begriffspaare herausstellen, deren Kenntnis sich bei der Rechtsanwendung als hilfreich erweist:

- Artenschutz im *engeren* und *weiteren* Sinne:
=> Differenzierung nach Regelungsbereichen innerhalb des Naturschutzrechts
(Bsp.: Artenschutz und Gebietsschutz)
- Schutz *in-situ* und *ex-situ*:
=> Differenzierung nach Schutzrichtung und vorliegender Tätigkeit
(Bsp.: Beeinträchtigung in freier Wildbahn und Tierhandel)
- *Allgemeiner* und *besonderer* Artenschutz:
=> Differenzierung nach namentlicher Einzelaufnahme in bestimmte Artenlisten²⁴

(Bsp.: allgemein, besonders und streng geschützte Arten)

In dieser Untersuchung geht es um den allgemeinen und besonderen in-situ-Artenschutz im engeren Sinne im Artenschutzrecht und im Verhältnis zum Gentechnikrecht.

2. Das Verhältnis von Arten- und Gebietsschutz

Da das Verhältnis von Arten- und Gebietsschutz im weiteren Verlauf dieser Untersuchung noch relevant werden wird, hierdurch aber gleichzeitig eine basale Frage des Artenschutzrechts angesprochen ist, soll ihre Erörterung an dieser Stelle vorweggenommen werden, zumal ihre Klärung auch zum besseren Verständnis des Folgenden beiträgt. Das wesentliche Merkmal des Artenschutzrechtes ist das Zielen auf den Schutz einzelner Arten in der Fläche, das heißt in- und außerhalb ausgewiesener Schutzgebiete, während der besondere Gebietsschutz sich dem Schutz bestimmter ökologischer Wirkgefüge in rechtlich bestimmten räumlichen Grenzen (Schutzgebiete) verschrieben hat. So mag in einzelnen Schutzgebietsverordnungen zwar der Schutz konkreter Arten ausdrücklich angedacht sein (etwa durch Einbezug in den Schutzzweck oder genau umrissene Entnahmeverbote), jedoch liegt der Schwerpunkt des Gebietsschutzes eben auf bestimmten ökosystemaren Wirkgefügen innerhalb einer abgegrenzten Fläche. Der Artenschutz greift dagegen flächendeckend und individuell ein.²⁵ Die Frage ist nun, was sich aus alledem hinsichtlich der unterschiedlichen Schutzregime ergibt: Stehen bezüglich der durch Naturschutzrecht vorgegebenen Prüfkataloge das Gebiets- und Artenschutzrecht nebeneinander, wenn beide Materien in einem tatsächlichen Vorgang betroffen sind? Oder tritt das Artenschutzrecht hinter den Gebietsschutz zurück, wenn etwa eine betroffene geschützte Art bereits im Rahmen eines betroffenen Schutzgebietes „mitzuprüfen“ ist?

Hierzu stellen juristisches Schrifttum und Rechtsprechung zwei verschiedene Grundauffassungen bereit: Die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung vertritt, dass die Regime uneingeschränkt nebeneinander

²² Zu den Begriffen siehe § 10 Abs. 2 BNatSchG (bzw. § 7 Abs. 2 BNatSchG 2010).

²³ Vgl. hierzu auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 101 f.; *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 7 ff.

²⁴ Vgl. hierzu auch *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 10 Rn. 56 f.

²⁵ Hierzu auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 41.

der stehen.²⁶ Wäre also beispielsweise eine geschützte Art, deren Lebensraum in einem sog. Natura-2000-Gebiet liegt, durch ein Vorhaben betroffen, wäre der Zugriff sowohl am habitatsschutzrechtlichen, als auch dem artenschutzrechtlichen Prüfkatalog unabhängig voneinander zu messen. In sofern könnte hier, folgte man dieser Auffassung, von einer „Verdopplung des Anforderungsprofils“²⁷ gesprochen werden. Eine andere Stimme will je nach Schutzgruppe differenzieren: Erfolge eine Unterschutzstellung der betroffenen Art ausschließlich nach Anhang IV der FFH-Richtlinie (dieser enthält die streng zu schützenden Arten von gemeinschaftlichem Interesse), würden weiterhin parallel die artenschutzrechtlichen Bestimmungen gelten, da diese Arten keinen Anteil an den gebietsbezogenen Schutz- und Erhaltungsmaßnahmen hätten und allein durch die Artenschutzvorschriften geschützt seien. Wenn allerdings zusätzlich eine Listung in Anhang II der FFH-Richtlinie (dieser enthält die Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse, für deren Erhaltung besondere Schutzgebiete ausgewiesen werden müssen) erfolgt sei und die Art in einem Gebiet betroffen sei, das gerade um ihretwillen unter Schutz gestellt wurde, dann würden sämtliche Belange des Artenschutzes bereits durch die Vorschriften des Habitatsschutzes vollständig abgebildet und das Artenschutzrecht deswegen verdrängt. Insofern sei das Habitatsschutzrecht als *lex specialis* gegenüber dem Artenschutzrecht anzusehen.²⁸

Die letztgenannte Auffassung kann nicht überzeugen. Gegen eine solche Differenzierung oder gar eine pauschale Verdrängung des Artenschutzes durch den Gebietschutz spricht zunächst der Wortlaut²⁹ der artenschutzrechtlichen Bestimmungen, denen keinerlei Einschränkung zugunsten der habitatsschutzrechtlichen

Prüfkataloge zu entnehmen ist. Auch hinsichtlich der Regelung von Gebiets- und Artenschutz in je eigenen Abschnitten kann in systematischer Hinsicht argumentiert werden, dass – zumal im Hinblick auf das Nichtvorhandensein etwaiger Hierarchienormen – eine solche Abschnittsbildung für eine gesonderte Behandlung der unterschiedlichen Regelungsbereiche spricht. Auch wird durch die gebietspezifische Prüfung nicht das ganze artenschutzrechtliche Schutzniveau gewährleistet, da der Habitatsschutz eben auf die Verhinderung von Beeinträchtigungen des Gebiets in den für seine Erhaltung maßgeblichen Bestandteilen zielt und ggf. nicht jede Art gleichermaßen relevant für den Erhaltungsmaßstab ist.³⁰ Gerade die überall gleichermaßen eintretende Wirkung in der Fläche und die individuelle Schutzrichtung ist ja das entscheidende Abgrenzungsmerkmal des Artenschutzes.³¹ Auch ist zu beachten, dass in der Regel die Schutzgebietsverordnungen nicht alle schützenswerten Arten im Blick haben, weswegen häufig ohnehin eine spezifische artenschutzrechtliche Prüfung vonnöten sein dürfte.³² Letztlich spricht auch ein geschichtshistorisches Argument gegen eine Unterordnung des Artenschutzes gegenüber dem Gebietschutz: Im Zuge vorangegangener Novellierungsbemühungen hatte man angedacht, in einem neuen Abs. 6 zu § 42 BNatSchG klarstellend einen Vorrang des Habitatsschutzes festzuschreiben, soweit die betroffenen besonders geschützten Arten von den Erhaltungszielen oder dem Schutzzweck der jeweiligen Schutzgebietsverordnung umfasst seien.³³ Ziel sollte es sein, überflüssige Doppelprüfungen zu vermeiden. Eine solche „Klarstellung“ hätte impliziert, dass auch bereits nach vorher geltender Rechtslage ein solcher Vorrang bestanden haben müsste.³⁴ Dass diese Änderung letztlich nicht Eingang in den endgültigen (und künftig geltenden) Gesetzestext gefunden hat, ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass man sich der europarechtlichen Konformität und der Zweckdienlichkeit einer solchen Regelung offensichtlich nicht sicher war und bewusst auf ihre Einführung verzichtet hat. Vielmehr solle eine sachgerechte Verfahrensgestaltung seitens der zuständigen Behörden gewährleistet, dass es zu keinen unnötigen Doppelprüfungen komme und die diesbezügliche Aufgabenverteilung dem Vollzug

26 Vgl. insbesondere BVerwGE 131, 274 (291 ff.); *Europäische Kommission*, Natura 2000 – Gebietsmanagement: Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitat-Richtlinie 92/43/EWG, 2000, S. 10/11 (Druckfassung); so auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 84 f.; dem Grunde nach wohl auch *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 3 (Fn. 7). Bemerkenswert ist, dass das Umweltministerium des Landes Hessen etwa diese Auffassung als so selbstverständlich voraussetzt, dass es in einem Leitfaden für die Artenschutzprüfung lediglich feststellt: „(...) Die Prüfung der Verträglichkeit eines Vorhabens mit den Erhaltungszielen eines Natura-2000-Gebiets (FFH-VP) steht neben der artenschutzrechtlichen Prüfung. Daher müssen Tier- und Pflanzenarten, die als Erhaltungsziel eines Natura-2000-Gebietes notwendigerweise bereits Gegenstand der FFH-VP waren, auch noch in die artenschutzrechtliche Prüfung einbezogen werden. Dazu können die entsprechenden Inhalte der FFH-Verträglichkeitsprüfung in der Regel übernommen werden.“, vgl. *HMUELV*, Leitfaden für die artenschutzrechtliche Prüfung in Hessen – Umgang mit den Arten des Anhangs IV der FFH-RL und den europäischen Vogelarten in Planungs- und Zulassungsverfahren, 2009, S. 8 f.

27 *Gellermann*, NuR 2003, 385 (394).

28 Vgl. *Gellermann*, NuR 2003, 385 (394); bezüglich der Spezialität des Gebietsschutzes ähnlich auch *Schröder*, NdsVBl. 2003, 33 (40).

29 Zu den juristischen Auslegungsformen, zu ihrer jeweiligen Stärke und zur Vorrangigkeit von Wortlaut- und Systematikargumenten gegenüber teleologischen und geschichtshistorischen Argumenten *Ekarde/Beckmann*, VerwArch 2008, 241 ff.

30 Zu alledem auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 85; *Europäische Kommission*, Natura 2000 – Gebietsmanagement, S. 10/11.

31 Ähnlich auch *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 3 (Fn. 7).

32 So auch *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 3 (Fn. 7). Vgl. zu alledem auch BVerwGE 131, 274 (292 f., insb. Rn. 58).

33 Siehe BT-Drs. 16/5100, S. 6, 12

34 Vgl. hierzu auch *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 3 (Fn. 7).



überlassen werden³⁵, ohne dass eine Rechtsmaterie von vornherein gegenüber der anderen zurücktreten sollte.

Nach alledem muss konstatiert werden, dass der Wortlaut der einschlägigen Normen nicht nahe legt, dass der Gesetzgeber das Artenschutzrecht als durch den Gebietschutz teilweise verdrängt sehen wollte.³⁶ Da die systematische Einbettung, die Historie und der Schutzzweck gegen eine solche Betrachtungsweise sprechen, kann mangels überzeugender Argumente als Ergebnis wohl festgehalten werden, dass die Vorschriften des Arten- und Habitatschutzes unabhängig nebeneinander stehen und stets gesondert geprüft werden müssen.

3. Überblick über das deutsche und europäische Artenschutzrecht

Europarechtliche Vorgaben an das nationale Artenschutzrecht finden sich vor allen Dingen – wie bereits anklang – in der FFH-Richtlinie³⁷, der Vogelschutz-Richtlinie (VRL)³⁸ sowie der Artenschutzverordnung (ArtenschutzVO)³⁹. National umgesetzt werden diese Regelwerke durch das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)⁴⁰ sowie die auf dessen Grundlage erlassene

Bundesartenschutzverordnung (BArtSchV)⁴¹. Im Folgenden soll zum besseren systematischen Verständnis kurz das Zusammenspiel dieser Normen betrachtet und deutlich gemacht werden, wo ihre jeweiligen Schwerpunkte bezüglich des Artenschutzes liegen.⁴²

a) Europäisches Artenschutzrecht

Die FFH-Richtlinie enthält als eines der wichtigsten europäischen naturschutzrechtlichen Regelwerke sowohl Vorgaben zum Gebietsschutz, insbesondere zum Netzwerk „Natura 2000“ und zu den dazu gehörenden besonders geschützten FFH-Gebieten (vgl. Art. 3 ff. FFH-Richtlinie), als auch zum Artenschutz (vgl. Art. 12 ff. FFH-Richtlinie). Ihre verschiedenen Anhänge geben Aufschluss über die unter besonderen europäischen Schutz gestellten Arten (vgl. Anhang IV FFH-Richtlinie). Die Einordnung der dort gelisteten Arten bestimmt sich als besonders und streng geschützt i. S. d. BNatSchG (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 10, 11 BNatSchG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 13, 14 BNatSchG 2010). Der sachliche Anwendungsbereich der FFH-Richtlinie erstreckt sich also allgemein auf die wildlebenden Tiere und Pflanzen und darüber hinaus auf deren natürlichen Lebensräume.⁴³

Auch die Vogelschutz-Richtlinie, eines der ältesten naturschutzrechtlichen Gemeinschafts-Regelwerke, enthält sowohl Vorgaben zum Gebietsschutz (die in ihr statuierten SPA-Gebiete sind wie die FFH-Gebiete Bestandteil des Netzwerkes „Natura-2000“), als auch zum Artenschutz. Die VRL betrifft die Erhaltung sämtlicher wildlebender Vogelarten, die im europäischen Gebiet heimisch sind. Ihr Ziel ist der Schutz, die Bewirtschaftung und die Regulierung dieser Arten sowie ihrer Nutzung (vgl. Art. 1 VRL). Die in ihr statuierten Schutzmaßnahmen umfassen insbesondere den Lebensraumschutz (vgl. Art. 3, 4 VRL) sowie verschiedene Störungs- und Beeinträchtigungsverbote (vgl. Art. 5, 6, 7, 8 VRL), die teilweise jedoch auch eine explizite ex-situ-Schutzrichtung aufweisen. In Bezug zum nationalen Artenschutzrecht tritt die Vogelschutz-Richtlinie insbesondere, indem das besondere Artenschutzrecht zur Bestimmung seiner konkreten Schutzgegenstände auf sie verweist

³⁵ Vgl. dazu den Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/5100) mit Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/6780, S. 4, 17. In diese Richtungweisend aus der Verwaltungspraxis auch *HMUELV*, Leitfaden, S. 8 f.

³⁶ So auch zutreffend *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 3 (Fn. 7).

³⁷ Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.07.1992, S. 7).

³⁸ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. L 103 vom 25.04.1979, S. 1), teilweise auch SPA-Richtlinie genannt (nach den in ihr statuierten Vogelschutzgebieten, Special Protected Areas). Kürzlich wurde jedoch eine neue kodifizierte Fassung der VRL auf den Weg gebracht, die am 15.02.2010 in Kraft tritt (Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20 vom 26.01.2010, S. 7), nämlich 20 Tage nach Bekanntgabe (vgl. Art. 19 VRL n.F.). Gleichzeitig wird die alte Richtlinie 79/409/EWG aufgehoben (vgl. Art. 18 VRL n.F.). Es handelt sich bei der kodifizierten Fassung um eine Anpassung an die in den vergangenen Jahren erfolgten Änderungen, um so wieder eine lesbare Gesamtversion der Richtlinie zu erhalten. In der kodifizierten Fassung sind verschiedene Präzisierungen enthalten sowie einige Formulierungen zur Klarstellung und besseren Lesbarkeit leicht überarbeitet worden, inhaltliche Änderungen wurden nicht vorgenommen.

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (ABl. L 61 vom 03.03.1997, S. 1).

⁴⁰ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz) vom 25. März 2002 (BGBl. I S. 1193), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986) geändert worden ist. Gesetz aufgehoben durch Artikel 27 Satz 2 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542) mit Wirkung vom 01.03.2010 und ersetzt durch das BNatSchG 2010 [Artikel 1 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542)].

⁴¹ Verordnung zum Schutz wildlebender Tier- und Pflanzenarten (Bundesartenschutzverordnung) vom 16. Februar 2005 [BGBl. I S. 258 (896)], die zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542) geändert worden ist.

⁴² Hier sollen allerdings nur die wichtigsten artenschutzrechtlichen Regelwerke und Bestimmungen erwähnt werden; unbeachtet bleiben ebenfalls artenschutzrelevante Vorgaben enthaltende Rechtsgebiete wie das Jagd-, Forst-, oder Fischereirecht, das Pflanzenschutzrecht, das Tierschutz- oder Seuchenrecht. Zu den artenschutzrechtlichen Bezügen der letztgenannten Rechtsgebiete vgl. auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 35 ff., 86 ff. und 247 ff.

⁴³ Zur FFH-Richtlinie ausführlicher und m. w. N. *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 73 ff.

(vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 9-11 BNatSchG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 12-14 BNatSchG 2010).⁴⁴

Die Artenschutzverordnung dient der Umsetzung des völkerrechtlichen Washingtoner Artenschutzabkommens (ArtSchutzÜbk)⁴⁵ und betrifft den Handel mit wildlebenden Tier- und Pflanzenarten. Ziel der Verordnung ist es, durch die Regulierung der Ein- und Ausfuhr sowie des innergemeinschaftlichen Handels zu Schutz und Erhaltung wildlebender Tier- und Pflanzenarten beizutragen. In erster Linie ist hier also der ex-situ-Schutz angesprochen. Auch hier ist jedoch wiederum die Listung von Arten in den Anhängen relevant für die Zuordnung zu den besonders oder streng geschützten Arten i. S. d. BNatSchG (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 10, 11 BNatSchG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 13, 14 BNatSchG 2010).⁴⁶

b) Nationales Artenschutzrecht

Das nationale Naturschutzrecht setzt die europäischen Vorgaben zum Artenschutz insbesondere im BNatSchG und der aufgrund dessen erlassenen Bundesartenschutzverordnung um. Wie auch das Gentechnikrecht ist das Naturschutzrecht seit Jahren permanenter Veränderung unterworfen, und insbesondere das Artenschutzrecht musste vom nationalen Gesetzgeber aufgrund der viel beachteten EuGH-Entscheidung vom 10.01.2006⁴⁷ nachgebessert werden. Die sog. „kleine Artenschutznovelle“⁴⁸ im Jahre 2007 sollte den gerügten Mängeln abhelfen, blieb selbst allerdings hinsichtlich ihrer Europarechtskonformität in Fachkreisen nicht unumstritten.⁴⁹ Die im Juli 2009 im Zusammenhang mit

der Föderalismusreform⁵⁰ beschlossene Neufassung des Bundesnaturschutzgesetzes, die im März 2010 in Kraft tritt, bringt neben einer systematischen Neuordnung des fünften Abschnittes und der textlichen Neufassung zahlreicher Normen keine tiefgreifenden inhaltlichen Änderungen für den hier erörterten Kontext mit sich.

Nach bisheriger Rechtslage finden sich die wichtigsten Normen zum in-situ-Artenschutz im engeren Sinne im fünften Abschnitt des BNatSchG (§§ 39-55). Das am 01.03.2010 in Kraft tretende BNatSchG 2010 enthält die artenschutzrechtlichen Bestimmungen weiterhin im fünften Kapitel (nicht mehr im fünften Abschnitt), allerdings wurden sie neu geordnet, die Paragraphen neu beziffert und einer systematisierenden Umstellung unterworfen: So finden sich nunmehr in Abschnitt 1 des fünften Kapitels die allgemeinen Vorschriften (§ 37 Aufgabenbestimmung, § 38 Allgemeine Vorschriften), in Abschnitt 2 der allgemeine Artenschutz (§§ 39-43), in Abschnitt 3 der besondere Artenschutz (§§ 44-47) sowie in Abschnitt 4-6 Zuständigkeits-, Verfahrens- und Ermächtigungsnormen (§§ 48-55). Inhaltlich-materiell hat sich im Rahmen der hier interessierenden Normen relativ wenig geändert, allerdings wurden sie durch die Umstellung auf bundeseinheitliche Vollregelungen und Ergänzungen durch bislang im Landesrecht geregelte Bestimmungen teilweise umfangreicher (vgl. z. B. die Ergänzung durch die sog. Handstraußregel, § 39 Abs. 3 BNatSchG 2010).⁵¹ Auf die Neufassung der im Weiteren angesprochenen Normen wird im jeweiligen Zusammenhang eingegangen.

Als letztes hier interessierendes nationales Regelwerk ist die Bundesartenschutzverordnung (BArtSchV) zu nennen. Mit ihr hat der Bund von seinen Verordnungsermächtigungen des fünften Abschnittes des BNatSchG Gebrauch gemacht (vgl. § 52 BNatSchG a. F.). Insbesondere wurden in ihr weitere Arten gelistet, die unter besonderen oder strengen Schutz fallen sollen (vgl. § 52 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 2 Nr. 10, 11 BNatSchG a.F. i.V.m.

44 Zur Vogelschutz-Richtlinie ausführlicher und m. w. N. *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 57 ff.

45 Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen vom 3. März 1973 (BGBl. 1975 II S. 777) (= Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES).

46 Zur Artenschutzverordnung ausführlicher und m. w. N. *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 85 f.

47 EuGH, Rs. C-98/03, NuR 2006, 166 = DVBl. 2006, 429 = NVwZ 2006, 319 = ZUR 2006, 134.

48 Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2873).

49 Vgl. hierzu statt vieler nur *Czybulka*, EurUP 2008, 20 ff.; *Möckel*, ZUR 2008, 57 ff.; *Gellermann*, NuR 2007, 783 ff.; wenig gesehen wird (bisher) dagegen, dass auch die nach dem UGB-Scheitern verabschiedete große Naturschutznovelle europarechtlichen Bedenken ausgesetzt ist, nicht nur im Artenschutzrecht – vgl. (stärker zum Wasserrecht, aber sinngemäß übertragbar) *Ekardt/Weyland/Schenderlein*, NuR 2009, 388 ff.

50 Das BNatSchG war auf Grundlage der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (vgl. Art. 75 GG a. F.) erlassen worden (vgl. auch § 11 BNatSchG mit wichtigen Ausnahmen im Bereich des Artenschutzes). Im Zuge der Föderalismusreform I wurde 2006 jedoch die Rahmengesetzgebung abgeschafft und das Naturschutzrecht zum Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung inklusive einem Abweichungsrecht der Länder. 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 dann wiederum verschiedene Materien, für die die Länder eine Abweichungskompetenz haben, in Nr. 2 werden hier auch Naturschutz und Landschaftspflege genannt. Da allerdings hier auch eine Ausnahme u. a. für den Artenschutz statuiert wird, sind die Inhalte des fünften Abschnittes des BNatSchG sog. abweichungsfeste Regelungen. Das neue BNatSchG 2010 enthält also im Bereich des Artenschutzes bundeseinheitliche Vollregelungen, allerdings gelegentlich versehen mit expliziten Regelungsaufträgen an die Länder.

51 Vgl. zur Neufassung des Artenschutzrechts auch BT-Drs. 16/12274, S. 41.



§ 1, Anlagen 1 und 2 BArtSchV). Damit unterwirft der Verordnungsgeber bestimmte Tiere und Pflanzen, die nicht bereits in den europäischen Regelwerken (s. o.) enthalten sind zusätzlich dem besonderen gesetzlichen Artenschutz.⁵² Der Schutz dieser rein national geschützten Arten sollte durch die Neufassung des BNatSchG verbessert werden, indem etwa die Ausnahme für landwirtschaftliche Tätigkeiten hinsichtlich des besonderen Artenschutzes fortan nicht nur für europäisch geschützte Arten eingeschränkt wird; vielmehr wird diese Einschränkung auf rein national geschützte Arten ausgeweitet (vgl. § 44 Abs. 4 S. 2 BNatSchG 2010).⁵³

c) Überleitung zur arten- und gentechnikrechtlichen Überprüfung

In einem nächsten Schritt sind die folgenden Regelungen auf ihren Aussagegehalt hinsichtlich der Freisetzung und des nachmarktlichen (kommerziellen) Anbaus von GVO zu überprüfen⁵⁴:

- Allgemeiner Artenschutz:
 - § 41 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 BNatSchG 2010
 - § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010
 - § 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 40 BNatSchG 2010
 - § 40 Abs. 6 BNatSchG 2010
- Besonderer Artenschutz:
 - § 42 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BNatSchG 2010
 - § 43 Abs. 8 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010
- Befreiungen:
 - § 62 BNatSchG bzw. § 67 BNatSchG 2010

⁵² Zur Bundesartenschutzverordnung ausführlicher und m. w. N. *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 132 ff.

⁵³ Vgl. hierzu BT-Drs. 16/12274, S. 71.

⁵⁴ Da das Inverkehrbringen – also z. B. der Verkauf von Saatgut – selbst keine unmittelbaren Tätigkeiten in freier Natur beinhaltet, sondern diese lediglich vorbereitet, bleibt es in diesem Zusammenhang zunächst außer Betracht. Dass die Inverkehrbringensgenehmigung selbstredend immens wichtig für die nachgeschalteten landwirtschaftlichen Tätigkeiten und deren Regulierung ist, kommt im späteren Verlauf der Studie aber noch ausführlich zur Sprache.

III Prüfung der relevanten Artenschutzbestimmungen

Nachdem ein Überblick über Systematik und rechtliche Ausgestaltung des Artenschutzregimes gewonnen ist, können im folgenden Abschnitt die relevanten artenschutzrechtlichen Bestimmungen auf ihren Gehalt in Zusammenhang mit gentechnischen Tätigkeiten im Freiland hin untersucht werden. Dabei wird deutlich werden, dass es zwar eine Fülle eventuell einschlägiger artenschutzrechtlicher Bestimmungen gibt, deren konkreter Anwendung jedoch ebenso zahlreiche Rückausnahmen, Abweichungsregeln und Befreiungsmöglichkeiten entgegenstehen – die zudem auch dann, wenn sich eine Behörde stark dem Artenschutz verpflichtet fühlt, in ihrer Anwendung am Fehlen notwendiger naturwissenschaftlicher Erkenntnisse sehr oft scheitern werden. So soll die genaue Prüfung der einzelnen Normen zeigen, dass das Naturschutzrecht im Zusammenhang mit gentechnischen Tätigkeiten entgegen einer weit verbreiteten Einschätzung in der konkreten Anwendung nur sehr beschränkt Instrumente bereitstellt, dem Artenschutz Geltung zu verschaffen. Und zwar bereits dann, wenn man das anschließend zu analysierende Gentechnikrecht, welches das Artenschutzrecht (s. u.) oft überlagert, noch gar nicht in die Betrachtung einbezieht.

1. Allgemeiner Artenschutz

a) Schädigungs- und Störverbote (§ 41 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 BNatSchG 2010)

Die Zugriffs- und Beeinträchtigungsverbote des allgemeinen Artenschutzes könnten grundsätzlich sowohl im Rahmen einer Freisetzung als auch im Rahmen eines landwirtschaftlichen Anbaus von GVO betroffen sein.

Zum ersten käme das Verbot in Betracht, wildlebende Tiere⁵⁵ zu verletzen oder zu töten (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2010). Denkbar wären dabei grundsätzlich Szenarien wie Exposition eines Tieres durch direkten oder indirekten

Fraß, Exposition von Tieren mit und durch gentechnikspezifische Techniken, Änderungen der Artensammensetzung durch veränderte Anbaupraktiken u. ä. Ob durch dieses In-Kontakt-Kommen wildlebender Tiere mit GVO allerdings auch Beeinträchtigungen in artenschutzrechtlicher Intensität begründet werden, ist eine andere Frage, die im Einzelfall naturwissenschaftlich zu klären ist (z. B. ob und inwieweit etwa eine geschützte Schmetterlingsart durch die Nahrungsaufnahme auf mit GVO bewirtschafteten Flächen tatsächlich auch *gefährdet* ist).

Zur gerichtlichen Überprüfung des behördlichen Umgangs mit den Bestimmungen des Artenschutzes und damit verbundenen naturwissenschaftlichen Unsicherheiten hat kürzlich das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) im Zusammenhang mit der Planfeststellung im Straßenbau noch einmal ausführlich Stellung genommen.⁵⁶ So sei eine am „Maßstab der praktischen Vernunft ausgerichtete Prüfung“⁵⁷ für die Artenschutzprüfung erforderlich, aber auch ausreichend.⁵⁸ Dabei ließen sich Art, Umfang, Methodik und Untersuchungstiefe mangels normativer Festlegung jedoch nur allgemein umschreiben und hingen in ihrer konkreten Ausgestaltung von den naturräumlichen Gegebenheiten des Einzelfalls ab. In der Regel habe sich die Beurteilung dabei aus zwei Quellen zu speisen: der Bestandserfassung vor Ort sowie der Auswertung vorhandener naturschutzfachlicher Erkenntnisse und der Fachliteratur.⁵⁹ Erforderlich ist demnach eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im betroffenen Gebiet vorhan-

⁵⁶ Vgl. BVerwGE 131, 274 ff.

⁵⁷ Ähnlich wie in der BVerwG-Atomrechtsprechung zur „praktischen Vernunft“ als Maßstab der Risikoversorge wird also auch im Naturschutzrecht ein Vernunftbegriff verwendet, ohne dessen philosophisch durchaus klaren Gehalt zu registrieren. Allerdings enthält der „artenschutzrechtliche Vernunftbegriff“ zumindest Elemente des philosophischen Vernunftbegriffs. Letzterer ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass „vernünftig“ „begründet“ meint, was u. a. bedeutet, dass für eine These (a) ein Grund angeführt wird und dass dabei (b) ein Anspruch auf Objektivität erhoben wird. Zum philosophischen Vernunftbegriff vgl. *Ekarde*, *Cool Down*: 50 Irrtümer über unsere Klima-Zukunft – Klimaschutz neu denken, 2009, Kap. 36 und *Ekarde*, *Wird die Demokratie ungerecht? Politik in Zeiten der Globalisierung*, 2007, Kap. III.

⁵⁸ BVerwGE 131, 274 (Rn. 57).

⁵⁹ BVerwGE 131, 274 (Rn. 59).

⁵⁵ Zum Begriff wildlebend siehe Fn. 23; vgl. hierzu auch *Schmidt-Räntsch*, in: *Gasner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch* (Hg.), *Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar*, 2. Aufl. 2003, § 41 Rn. 4.



denen Tierarten und ihrer Lebensräume.⁶⁰ In der Regel hat also eine dem Einzelfall entsprechende Bestandsaufnahme vor Ort durch Begehung des Untersuchungsraums mit Erfassung des Arteninventars zu erfolgen⁶¹ sowie eine Auswertung der Literatur und anderer wissenschaftlicher Erkenntnisse zum betroffenen Gebiet.⁶² Dabei betont das BVerwG die Relevanz der allgemeinen ökologischen Literatur als Erkenntnisquelle, die verhindern soll, dass eine reine Momentaufnahme zur Grundlage der behördlichen Entscheidung wird, da eine solche nie den vollständigen „wahren“ Bestand abbilden könne. Damit sollen nach Vorstellung des BVerwG eben gerade verbleibende Unsicherheiten und Erkenntnislücken abgemildert werden.⁶³ So ist es im Falle verbleibender Unsicherheiten auch grundsätzlich zulässig, dass die Behörde mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen arbeitet oder „worst-case-Betrachtungen“ anstellt. Solche negativen Wahrheitsunterstellungen seien allerdings nur dann zulässig, sofern sie geeignet sind, den Sachverhalt angemessen zu erfassen.⁶⁴ Hier ist das Recht auf Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, auch wenn diese teilweise ebenfalls noch nicht zu abschließenden und einheitlichen Antworten in artenschutzbezogenen Fragestellungen gekommen seien, vielmehr stünde nicht selten Gutachten gegen Gutachten. Gerade deswegen allerdings seien die Gerichte in solchen Zusammenhängen nur zu einer eingeschränkten Kontrolle befähigt und befugt: Das BVerwG betont hier also die weite naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der jeweilig entscheidenden Behörde in Fällen tatsachenbezogener Unsicherheit.⁶⁵ Andererseits macht die Judikatur seit Jahrzehnten immer wieder deutlich, dass sie – im Konflikt mit den Wirtschaftsgrundrechten – die Argumentations- und Beweislast im Zweifel auf Seiten des Umweltschutzes verortet, also doch ein gewisses Maß an inhaltlicher Substantiierung eines – wenn auch unsicheren – tatsächlichen Gefährdungspotenzials verlangt, wenn eine

Behörde einschreiten möchte (auch bei einer Berufung auf das Vorsorgeprinzip).⁶⁶

Wenn die entscheidende Behörde also nach den vorgegebenen Maßstäben zu der Einschätzung gelangt, dass eine Verletzung oder Tötung wild lebender Tiere durch den betroffenen GVO hinreichend wahrscheinlich ist, wäre dieses erste Tatbestandsmerkmal erfüllt. Das Verbot des § 41 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 BNatSchG 2010 greift tatbestandlich allerdings nur dann, wenn kein „vernünftiger Grund“ für die Verletzung oder Tötung vorliegt. Vernünftig ist ein Grund in diesem Sinne dann, wenn er dem durchschnittlichen Beurteiler einleuchtet.⁶⁷ Es käme also im Einzelfall auf das Urteil eines „durchschnittlich gebildeten, für den Gedanken des Naturschutzes aufgeschlossenen Betrachter“ an, ob das jeweilige Handeln sachlich gerechtfertigt sei, wobei berücksichtigt werden müsse, dass der Mensch grundsätzlich die Natur für seine Zwecke ge- und verbrauchen dürfe.⁶⁸ Kriterien für diese Prüfung könnten die Rechtsstellung des Handelnden, Beweggrund und Zweck seines Handelns, Art und Bedeutung des Handlungsgegenstandes sowie Umfang und Gewicht des Eingriffs sein.⁶⁹ Die Gesetzesbegründung führt zu dieser Norm aus: „Die Bewirtschaftung land- und forstwirtschaftlicher Grundflächen stellt im Hinblick auf damit verbundene Beeinträchtigungen von Tieren und Pflanzen einen vernünftigen Grund im Sinne der Nummern 1 bis 3 dar.“⁷⁰ Gerade mit dem letzten Hinweis erschließt sich, dass der kommerzielle landwirtschaftliche Anbau von zum Inverkehrbringen genehmigten GVO nicht unter das Verbot des § 41 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2010 fällt, da ggf. damit verbundene Beeinträchtigungen wildlebender Tiere von der tatbestandlichen Ausnahme des vernünftigen Grundes erfasst sind. Hinsichtlich Freisetzen könnte überlegt werden, ob hier anders argumentiert werden muss, da es sich nicht um eine landwirtschaftliche Betätigung handelt, sondern vielmehr der Forschungszweck im Vordergrund steht. Zwar könnte man einerseits anführen, dass

60 Nicht gefordert seien dagegen die Erstellung eines lückenlosen Arteninventars oder Untersuchungen „ins Blaue hinein“, jedoch müssen solche Ermittlungen zugrundegelegt werden, deren Ergebnisse die entscheidende Behörde in die Lage versetzen, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verbotstatbestände zu überprüfen. Vgl. hierzu BVerwGE 131, 274 (Rn. 54).

61 BVerwGE 131, 274 (Rn. 60).

62 BVerwGE 131, 274 (Rn. 61).

63 BVerwGE 131, 274 (Rn. 62).

64 BVerwGE 131, 274 (Rn. 63).

65 BVerwGE 131, 274 (Rn. 65); hierzu kritisch auch Gellermann, NuR 2009, 85 (89 ff.).

66 Kritisch dazu Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, passim. Dort sowie bei Ekardt, DV 2010, Beiheft 1, i.E. und Ekardt/Susjar, JbUTR 2007, 277 ff. wird demgegenüber für eine Neuinterpretation der deutschen und europäischen Grundrechte dahingehend argumentiert, dass Argumentations- und Beweislasten ausgewogen und nicht einseitig zugunsten wirtschaftlicher Interessen verteilt werden (denn nicht nur wirtschaftliche, sondern auch umweltschutzbezogene Belange genießen häufig Grundrechtsschutz; im Natur- und Artenschutz ist dies überwiegend allerdings nicht der Fall).

67 Schmidt-Räntsch, in: Gassner/ Bendomir-Kahlo/ Schmidt-Räntsch, Bundesnaturschutzgesetz, § 41 Rn. 6.

68 Fellenberg, in: Kerkmann, Naturschutzrecht, § 7 Rn. 39 m. w. N. Zum Merkmal des vernünftigen Grundes ausführlich auch Hellenbroich, Artenschutzrecht, S. 101 f.

69 Ebenda m.w.N.

70 BT-Drs. 16/12274, S. 67.

für einen dem Naturschutz gegenüber durchschnittlich aufgeschlossenen Bürger (gerade in Deutschland ist eine verbraucherseitig eher skeptische Haltung gegenüber der grünen Gentechnik wohl nicht bestreitbar) eine Abwägung von Beweggrund und Zweck, Art und Bedeutung des Handlungsgegenstandes sowie Umfang und Gewicht des Eingriffs durchaus zu einer negativen Beurteilung der Frage führen könnte, ob der Versuchsanbau von GVO im Freiland tatsächlich ein vernünftiger Grund ist, ggf. Beeinträchtigungen wildlebender Tiere in Kauf zu nehmen. Andererseits handelt es sich hierbei um eine staatlich genehmigte, vom GenTG grundsätzlich gedeckte Handlung. Das GenTG selbst erhebt die Erforschung von GVO in § 1 Nr. 3 zum Gesetzeszweck. Auch hier wird es also schwerlich möglich sein, einen vernünftigen Grund i.S.d. § 41 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2010 zu bestreiten.

Das bedeutet: Selbst wenn naturwissenschaftlich eine von einem GVO ausgehende Beeinträchtigung wildlebender Tiere möglich ist, fällt also weder eine Freisetzung, noch ein nachmarktlicher Anbau unter den Verbotstatbestand des § 41 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2010. Selbiges gilt für die Regelung bezüglich wildlebender Pflanzen § 41 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG bzw. § 39 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 2010. Wobei hier schon fraglich wäre, ob überhaupt eines der Schutzmerkmale greife: Wenn, dann käme ggf. eine Verwüstung von Pflanzenbeständen in Betracht, wobei hiermit wohl eher mechanische Vorgänge gemeint sind. Selbst wenn man jedoch den Anbau oder das Freisetzen von GVO unter diesen Begriff subsumieren könnte, wäre der Tatbestand aufgrund des Vorliegens eines vernünftigen Grundes nicht erfüllt.

b) Verbot der erheblichen Beeinträchtigung (§ 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010)

Ein weiteres Verbot, nicht landwirtschaftlich genutzte Flächen so zu behandeln, dass die Tier- und Pflanzenwelt erheblich beeinträchtigt wird, enthält für Vorhaben ab dem 01.03.2010 (vgl. § 74 BNatSchG 2010) der § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010. Hiervon sollten nach der Gesetzesbegründung insbesondere die Anwendung chemischer und anderer nicht mechanischer Methoden erfasst werden.⁷¹ Diese Regelung – wiederum entsprechende belastbare naturwissenschaftliche Wirkhypothesen vorausgesetzt – könnte ggf. für Freisetzungen nutzbar gemacht werden, die wie bereits erörtert keine landwirtschaftliche, sondern eine forschungsorientierte Tätigkeit darstellen. Nach diesem

Verständnis der Norm wäre der Freisetzungszweck der Anknüpfungspunkt für die Qualifikation der Fläche als nicht landwirtschaftlich genutzt. Dem könnte ggf. mit dem Argument begegnet werden, dass Freisetzungen in der Regel auf ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen stattfinden und damit die Freisetzung selbst die „Behandlung“ ist, die dann auf einer landwirtschaftlich genutzten Fläche stattfindet. Die Norm gilt allerdings nur für *nicht* landwirtschaftlich genutzten Flächen. Legt man die Norm in dieser Weise aus, ist eine Anwendung des in ihr statuierten Verbots auf Freisetzungen auf ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen also ausgeschlossen. Auch wenn man die Norm auf die erste genannte Art interpretiert (also die Freisetzung stets vom Verbot der erheblichen Beeinträchtigung umfasst sieht) sowie nach dem zweiten Verständnis für Freisetzungen auf nicht ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen bleiben jedoch weitere Tatbestandsvoraussetzungen, die eine Anwendung der Norm auf Freisetzungsvorhaben u. U. erschweren.

So statuiert Satz 2 der Vorschrift, dass das Verbot der erheblichen Beeinträchtigung nicht für Maßnahmen gilt, die im öffentlichen Interesse nicht auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden können, wenn sie – wie die Freisetzung – behördlich zugelassen sind. Hierbei käme es also auf eine umfassende Alternativenprüfung im Rahmen der Freisetzungsgenehmigung an. In gewissem Rahmen flexible Stellschrauben bietet allerdings der Begriff „im öffentlichen Interesse“, da er auf Abwägungsnotwendigkeiten hinweist (jenseits dessen ist der Begriff nahezu aussagelos, sofern nicht, wie oft im Artenschutzrecht, mitgeteilt wird, was konkret hier unter „öffentlichen Interessen“ zu verstehen ist).⁷² Ebenfalls recht offen ist der Begriff „erheblich beeinträchtigt“. So könnte in bestimmten Konstellationen beispielsweise argumentiert werden, dass gewichtige Gründe gegen bestimmte Standorte (z. B. hinsichtlich benachbarter

⁷¹ BT-Drs. 16/12274, S. 67.

⁷² Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ ist in europarechtlichen – hier hinter dem deutschen Artenschutz stehenden – Zusammenhängen sehr offen für vieles (auch für Individualbelange). Damit unterliegt der Begriff dann nur teilweise den schweren Bedenken, die man gegen ihn und die Scheidung von „Privatinteressen“ ansonsten vorbringen kann. Generell kann der Begriff „öffentliches Interesse“ (oder seine Synonyme Allgemeininteresse, Allgemeinwohl oder Gemeinwohl) im Wesentlichen nur markieren, dass an einer Stelle offenbar kollidierende Interessen bestehen, die in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Eine spezifische Liste „öffentlicher“ Interessen lässt sich weder im Naturschutzrecht noch sonst im Recht sinnvoll bilden; deshalb ist der Begriff und seine Scheidung von „Privatinteressen“ letztlich eine (zudem historisch belastete) Leerformel. Über die Frage, welche Belange Anerkennung verdienen, muss unter Heranziehung anderweitiger Rechtsnormen befunden werden, es sei denn, die Interessen werden (wie z. T. im Artenschutzrecht) konkret aufgezählt. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ als solcher besagt über die zugelassenen Interessen quasi nichts, weswegen letztlich auch einfach „Interessen“ im Gesetz stehen könnte. Ausführlicher zu dieser Kritik am öffentlichen Interesse z. B. *Ekardt*, Demokratie, Kap. IV E.; ebenfalls für eine Deutung des „öffentlichen Interesses“ als Abwägungs-Leerstelle *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999 (der den Begriff als solchen aber nicht aufgeben möchte). Dazu, wie man den Begriff überwinden könnte, siehe näher unten Fn. 107.



Lebensräume) oder Zeitpunkte (z. B. hinsichtlich der Blüteperioden) sprechen, da dort ggf. geschützte wildlebende Arten betroffen sein könnten und damit das öffentliche Interesse an einer räumlichen oder zeitlichen Verlegung des Freisetzungsvorgangs dessen Erkenntnisinteresse überwiegt. Denn nicht nur die Erforschung von GVO, sondern auch der Artenschutz wäre vorliegend ein „öffentliches Interesse“ (bzw., wie es besser heißen sollte: ein gesetzlich anerkanntes Interesse⁷³). Wobei die Formulierung der Norm nahe legt, dass nicht auf Seiten des Artenschutzes hier die Begründungslast liegt, sondern vielmehr das öffentliche Interesse an genau diesem Standort und genau diesem Zeitpunkt belegt werden müsste.⁷⁴ Letztlich käme es hier also wohl auf die Bewertung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse an, die die hinreichende Wahrscheinlichkeit erheblicher Beeinträchtigungen der Tier- und Pflanzenwelt im Rahmen des konkreten Freisetzungsvorgangs begründen können müssten.⁷⁵

Das bedeutet: Läge die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer solchen erheblichen Beeinträchtigung vor und könnte der Genehmigungsinhaber nicht begründen, dass der Freisetzungsvorgang im öffentlichen Interesse nicht auf andere Weise und nicht zu einem anderen Zeitpunkt erfolgen kann, wäre es also – theoretisch – denkbar, dass ein Freisetzungsvorgang gegen das Verbot des § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010 verstößt (es sei denn, man legt die Norm auf eine Weise aus, die ihre Anwendung auf Freisetzungsvorgänge auf ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen von vornherein ausschließt, s. o.). Für die Durchsetzung dieses Verbots wären dann gemäß § 3 Abs. 1 BNatSchG 2010 die Landesnaturschutzbehörden zuständig (vgl. § 3 Abs. 2 BNatSchG 2010). Ggf. könnte der Betroffene jedoch eine Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG 2010 beantragen.⁷⁶

73 Zu dieser klareren Lesart des Begriffs siehe unten Fn. 107.

74 Das heißt, wenn im Zusammenhang mit der betroffenen Freisetzung eine erhebliche Beeinträchtigung der Tier- und Pflanzenwelt hinreichend wahrscheinlich ist und das überwiegende Interesse an diesem Standort und Zeitpunkt nicht belegt werden kann, könnte sich aus dieser Norm die Grundlage für ein Verbot des Freisetzungsvorgangs an diesem Standort oder zu diesem Zeitpunkt ergeben.

75 Zur erforderlichen Dichte und der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit naturschutzfachlicher Erkenntnisse in diesem Zusammenhang siehe Abschnitt III.1.a).

76 Siehe dazu Abschnitt III.3.a).

c) Verfälschung bzw. Gefährdung der gebiets-typischen Flora und Fauna (§ 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 40 BNatSchG 2010)

Hinsichtlich gentechnisch veränderter Pflanzen könnten außerdem die Vorschriften greifen, die eine Gefährdung der Tier- und Pflanzenwelt durch die Verbreitung gebietsfremder Arten betreffen. Die betreffende Norm wird im Zuge der Neufassung des BNatSchG gewisse Änderungen erfahren, weswegen es sich anbietet, die beiden Gesetzesfassungen getrennt zu behandeln.

§ 41 Abs. 2 BNatSchG verpflichtet die Länder, Maßnahmen zur Verhinderung einer Fauna- und Floraverfälschung durch Ansiedelung und Ausbreitung gebietsfremder Arten zu ergreifen.⁷⁷ Insbesondere ist das Ansiedeln von Pflanzen gebietsfremder Arten in der freien Natur einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen, die dann zu versagen ist, wenn eine Gefahr der Verfälschung oder der Gefährdung des Bestands bzw. der Verbreitung europäischer Arten nicht auszuschließen ist.⁷⁸ Gebietsfremd ist eine wildlebende Pflanzenart⁷⁹ dann, wenn sie in dem betreffenden Gebiet in freier Natur nicht oder seit mehr als 100 Jahren nicht mehr vorkommt (§ 10 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG bzw. insofern gleich bleibend § 7 Abs. 2 Nr. 8 BNatSchG 2010).⁸⁰ Eine Ansiedelung liegt vor, wenn einem Exemplar oder mehreren davon eine neue Lebensstätte geschaffen werden soll, also durch planmäßiges Aussäen, Anpflanzen oder sonstiges Ausbringen von Pflanzen.⁸¹ Nun kann man sich fragen, ob eine Freisetzung oder ein kommerzieller Anbau von GVO als eine genehmigungspflichtige Ansiedelung gebietsfremder Pflanzen in diesem Sinne zu qualifizieren

77 Das damit vom Gesetzgeber vorausgesetzte Ideal der Bewahrung des „Naturzustands eines bestimmten Zeitpunktes“ könnte freilich sehr differenziert und kontrovers diskutiert und analysiert werden. Auch wenn z. B. Biodiversität, unversiegelte Flächen usw. gut (auch anthropozentrisch) als Umweltschutzforderungen begründbar sind, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass z. B. der jetzt vorfindliche status quo zu bewahren ist und nicht z. B. ein früherer. Das Naturschutzrecht ist in seiner diesbezüglichen Stoßrichtung insgesamt auch uneinheitlich. Kritisch zur Unschärfe des Begriffs „Verfälschung“ in Hinblick auf die jahrhundertlange anthropologische Mitgestaltung der mitteleuropäischen Natur auch *Lemke*, Gentechnik – Naturschutz – Ökolandbau. Instrumente des Umweltrechts zur Bewahrung einer Pluralität von Landschaften und Wirtschaftsweisen, 2002, S. 211 f.; zur Vagheit (sowie zum gemischt normativ-empirischen Charakter) vieler verbreiteter Naturverständnisse vgl. ferner *Schaller-Picard*, in: *Ekardt* (Hg.), Generationengerechtigkeit und Zukunftsfähigkeit, 2006, S. 67 ff.

78 Zu beachten ist, dass gebietsfremd und nichtheimisch keine kongruenten Begriffe sind. So können durchaus auch heimische Arten gebietsfremd sein.

79 Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass GVO schon deshalb den Tatbestand des § 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 40 BNatSchG 2010 nicht erfüllen könnten, da es sich niemals um Pflanzen wild lebender Arten handele, vgl. *Ortner*, Der Schutz der Biodiversität vor den Gefährdungen durch gebietsfremde invasive Arten – Regellungsbestand und Reformüberlegungen, 2009, S. 101.

80 Kritisch zur rein zeitlichen Dimension und der damit einhergehenden mangelnden Operationalisierbarkeit dieses Begriffs *Lemke*, Ökolandbau, S. 210.

81 *Schmidt-Räntsch*, in: *Gassner/ Bendoric-Kahlo/ Schmidt-Räntsch*, Bundesnaturschutzgesetz, § 41 Rn. 13; *Lemke*, Ökolandbau, S. 209.

sein könnte. Da jedoch § 41 Abs. 2 S. 4 Nr. 1 BNatSchG den Anbau von Pflanzen in der Landwirtschaft von dem Genehmigungserfordernis ausnimmt, stellt sich die Frage wiederum nur hinsichtlich der Versuchsfreisetzung.

Zunächst ist zu prüfen, ob GVO gebietsfremde Pflanzen darstellen können. Die vereinzelt Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur, die sich mit dieser Frage auseinandergesetzt haben, bejahen die Frage grundsätzlich, allerdings nur dann, wenn eine Art, Unterart oder Population durch die gentechnische Manipulation so verändert wird, dass eine neue gebietsfremde Art, Unterart oder Population entsteht. Dafür wiederum sind die Vorgaben des § 10 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG maßgeblich, also die wissenschaftliche Bezeichnung im Sinne der Einordnung gemäß der Taxonomie (Ordnungssystem der Biologie, das sich in Reiche, Abteilungen, Stämme, Klassen, Ordnungen, Familien, Gattungen und Arten sowie Unterarten und Populationen gliedert).⁸² Genau diese rein taxonomische Zuordnung erweist sich aber bei gentechnisch veränderten Pflanzen als schwierig bzw. als nicht sachgemäß, da das maßgebliche und gravierende Abgrenzungsmerkmal, nämlich die technologische Veränderung des Erbguts, über die naturschutzrechtliche Arten-Definition nicht als selbständiges Merkmal erfasst ist: Die wissenschaftliche Bezeichnung in der zoologischen und botanischen Nomenklatur erfasse lediglich das phänotypische Erscheinungsbild, wohingegen genetische Unterschiede, die sich nicht phänotypisch manifestieren, hiermit nicht beschrieben werden könnten. Das heißt, dass, solange eine transgene Pflanze im äußeren Erscheinungsbild artidentisch ist, § 41 Abs. 2 BNatSchG hier keine Handhabe bieten würde, selbst „wenn im Genpool der einzubringenden Exemplare wesentlich abweichende Eigenschaften verankert sind“.⁸³ Weicht die angesiedelte transgene Pflanze allerdings taxonomisch von der Gebietstypik ab, greift § 41 Abs. 2 BNatSchG schon aufgrund dessen, nicht dagegen aufgrund des manipulierten Erbguts.

Es wird deshalb zu Recht kritisch angemerkt, dass sich hier, betrachtet man den Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich den Schutz der Biodiversität und damit einhergehend der genetischen Vielfalt – was den Genpool einer Art zum Schutzobjekt des Naturschutzrechts mache –, ein Bruch mit den Zielen und Grundsätzen des Naturschutzrechts zeige.⁸⁴ Dem ist zuzustimmen: Gerade

die über lange Zeiträume und viele Generationen stattfindende Anpassung und Nischenbildung in gewachsenen ökosystemaren Gefügen und das daraus entwickelte genetische Potenzial gebietstypischer Arten soll durch § 41 Abs. 2 BNatSchG geschützt werden. Dem widerspräche es diametral, genetisch veränderte Pflanzen anders zu behandeln als definitiv rein zeitlich gebietsfremde Arten. Denn die Norm zielt ja gerade auf die Vermeidung der Verfälschung gebietstypischer Arten, die biologisch gesehen aber nur durch genetische Prozesse stattfindet. Das heißt, eine Art Erst-Recht-Schluss gebietet es nach Sinn und Zweck der Norm geradezu, transgene Pflanzen den gebietsfremden gleichzustellen: Wenn schon das Genpotenzial taxonomisch (also phänotypisch) unterscheidbarer Arten als Gefährdung der gebietstypischen Flora und Fauna begriffen wird, muss erst recht ein im Erbgut manipuliertes transgenes Exemplar als Bedrohung des dortigen Genpools gelten.⁸⁵

Jedoch sind der juristischen Auslegung methodische Grenzen gesetzt – insbesondere, wenn der Wortlaut so eindeutig ist und sich über mehrere Gesetzesnovellen hin unverändert erhalten hat; die teleologische Auslegung kann die Wortlautauslegung grundsätzlich nicht verdrängen.⁸⁶ Das BNatSchG enthält eine unmissverständliche Legaldefinition des Artbegriffs, die sich auf die wissenschaftliche Bezeichnung i. S. d. Taxonomie bezieht. Sollte auch die genetische Vielfalt ausdrücklich in den Schutz des § 41 Abs. 2 BNatSchG einbezogen werden, bedürfte es also einer ausdrücklichen Änderung des § 10 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG.⁸⁷ Dass eine solche nicht gewollt war, die Art-Definition aber durchaus im Blickfeld des Gesetzgebers lag, zeigt sich in der Entwicklung der Entwürfe für das BNatSchG 2010: So war im ursprünglichen Gesetzesentwurf die Definition des Artbegriffs leicht geöffnet worden, indem formulierungstechnisch eine Klarstellung dahingehend erfolgen sollte, dass das Vorhandensein einer wissenschaftlichen Bezeichnung nicht Voraussetzung für die Arteigenschaft ist.⁸⁸ Dies wurde jedoch auf Widerspruch von Bundesrat und Umweltausschuss des Bundestages nicht verwirklicht.⁸⁹ An diesem Vorgang zeigt sich, dass die Art-Definition auf gesetzgeberischen Willen hin beibehalten wurde und ausdrücklich keine Änderung hinsichtlich

⁸⁵ So auch *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 210 f.

⁸⁶ Zu den Auslegungsformen und ihrer Relevanz *Ekardt/Beckmann*, *VerwArch* 2008, 241 ff.

⁸⁷ So im Ergebnis auch *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 211.

⁸⁸ „Jede Art, Unterart oder Teilpopulation einer Art oder Unterart; ist für eine Art eine wissenschaftliche Bezeichnung vorhanden, so ist diese für die Bestimmung maßgebend“, vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 7, 53.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 16/13298, S. 2, 16; BT-Drs. 16/13430, S. 17.

⁸² Vgl. hierzu *Schmidt-Räntsch*, in: *Gassner/ Bendoric-Kahlo/ Schmidt-Räntsch*, *Bundesnaturenschutzgesetz*, § 41 Rn. 12 sowie *Bendoric-Kahlo*, ebenda, § 10 Rn. 34. Zum Artbegriff und der Taxonomie auch *Hellenbroich*, *Artenschutzrecht*, S. 30 ff. Kritisch zur Fokussierung auf die Taxonomie *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 210 ff.

⁸³ *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 210.

⁸⁴ *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 211.



der taxonomischen Bestimmung über die wissenschaftliche Bezeichnung gewollt war.

Zusammenfassend kann insoweit festgehalten werden, dass nur dann eine Genehmigungspflicht nach § 41 Abs. 2 BNatSchG für Freisetzungen überhaupt grundsätzlich in Frage kommt, wenn es sich bei den betreffenden transgenen Pflanzen um solche gebietsfremder Arten i. S. d. Taxonomie handelt.⁹⁰

Hinsichtlich der Bestimmung, dass die Genehmigung zu versagen ist, wenn die Gefahr einer Verfälschung der Tier- oder Pflanzenwelt oder eine Gefährdung des Bestands bzw. der Verbreitung wildlebender Arten nicht auszuschließen ist, bleibt darauf hinzuweisen, dass ihre Formulierung eine Beweislastumkehr zuungunsten des Antragstellers impliziert: Er müsste dann glaubhaft machen, dass durch sein Vorhaben eine solche Gefährdung (etwa durch Auskreuzung oder Durchwuchs) auszuschließen ist; diese muss nicht etwa durch die Behörde positiv nachgewiesen werden.⁹¹ Dennoch stellt sich auch hier wieder die Frage nach der naturwissenschaftlichen Belegbarkeit potenzieller Gefährdungen durch GVO. Dies gilt allein schon deshalb, weil schon aus erkenntnistheoretischen Gründen niemals verlangt werden kann, dass jemand die Unschädlichkeit eines Vorgangs für die Zukunft streng nachweist: Denn künftige Ereignisse sind per se unsicher und damit niemals beweisbar.⁹² Deshalb müsste auch im vorliegenden Zusammenhang ein Antragsteller die Unschädlichkeit lediglich hinlänglich plausibel machen, und sodann wäre es wieder an der Behörde, diese Unschädlichkeit durch konkrete Belege zu erschüttern.

In der Neufassung des BNatSchG 2010 ist die eben besprochene Regelung in § 40 BNatSchG 2010 untergebracht, allerdings in modifizierter und durch invasive Arten⁹³ ergänzter Form. Die angesprochenen Probleme hinsichtlich des Ausbringens von GVO bleiben allerdings die gleichen, da auch hier an den Artbegriff und die Gefährdung angeknüpft wird. Die Norm ist insoweit auch weiterhin nicht auf GVO ausgerichtet. Das soeben ausführlich erörterte Genehmigungserfordernis findet

sich nunmehr in § 40 Abs. 4 BNatSchG 2010. Hierbei ist anzumerken, dass der Begriff der Verfälschung gestrichen wurde und stattdessen von einer Gefährdung von Ökosystemen, Biotopen oder Arten der Mitgliedstaaten die Rede ist, in deren Fall die Genehmigung zu versagen ist (§ 40 Abs. 4 S. 3 BNatSchG 2010).⁹⁴

Auch nach dem neuen Recht wird es also schwierig, transgene Pflanzen als invasiv oder gebietsfremd zu definieren und Freisetzungen hinsichtlich einer möglichen Gefährdung dem Genehmigungserfordernis zu unterwerfen, eine solche ggf. gar zu versagen.

d) Anordnung bei Gefährdung durch ungenehmigte oder unbeabsichtigte Ausbreitung (§ 40 Abs. 6 BNatSchG 2010)

§ 40 Abs. 6 BNatSchG 2010 räumt den zuständigen Behörden nunmehr die Befugnis ein, die Beseitigung ungenehmigt ausgebrachter Pflanzen anzuordnen, soweit es zur Abwehr einer Gefährdung von Ökosystemen, Biotopen oder Arten erforderlich ist. Das Gleiche gilt für sich unbeabsichtigt in der freien Natur ausbreitende Pflanzen. Die Norm ist als Ergänzung zu § 40 Abs. 3 BNatSchG 2010 konzipiert und bezieht sich nach der Entwurfsbegründung auf invasive Arten.⁹⁵ Sie soll dem Verursacherprinzip Ausdruck verleihen, indem vorrangig derjenige zur Beseitigung heranzuziehen ist, der die Tiere oder Pflanzen ungenehmigt angesiedelt hat.⁹⁶ Rein nach Wortlaut ist diese Norm jedoch nicht auf invasive Arten beschränkt. Auch findet sich hier tatbestandlich weder eine Anknüpfung an den Artbegriff, noch eine Ausnahme für landwirtschaftliche Nutzung. Liest man diese neue Vorschrift so, wie sie formuliert ist, ergibt sich daraus vielmehr eine weitergehende Ermächtigung:

Die zuständigen Landesbehörden können nach dem Wortlaut dieser Norm möglicherweise etwa durch Winddrift oder Auskreuzung unbeabsichtigt oder ungenehmigt vorkommende transgene Pflanzen vom Anbauenden beseitigen lassen, soweit wiederum naturwissenschaftlich geklärt ist, ob und inwiefern eine Gefährdung für Ökosysteme, Biotope oder Arten vom jeweiligen GVO ausgeht.

⁹⁰ Zum Verhältnis eines solchen Genehmigungserfordernisses zu den gentechnischen Vorschriften siehe Abschnitt V.

⁹¹ So auch *Schmidt-Räntsch*, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, Bundesnaturschutzgesetz, § 41 Rn. 14. Kritisch zur Unschärfe des Begriffs „Verfälschung“ in Hinblick auf die jahrhundertlange anthropologische Mitgestaltung der mitteleuropäischen Natur *Lemke*, *Ökolandbau*, S. 211 f.

⁹² Dies wird selbst in einem so epochalen Werk wie *Jonas*, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979, leider übersehen.

⁹³ Vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 9 BNatSchG 2010: Eine Art, deren Vorkommen außerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets für die dort natürlich vorkommenden Ökosysteme, Biotope oder Arten ein erhebliches Gefährdungspotenzial darstellt.

⁹⁴ Vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/12274, S. 69. Außerdem ist Anknüpfungspunkt des Genehmigungserfordernisses nunmehr das „Ausbringen“ und nicht mehr das Ansiedeln. Im Hinblick auf Tiere erfolgte eine Ausweitung des Tatbestandes, da nunmehr das Ausbringen von Tieren generell – also auch außerhalb der freien Natur (z. B. im besiedelten Bereich) – genehmigungspflichtig wird.

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 69.

⁹⁶ Ebenda; allgemein zum Verursacherprinzip und seiner Verankerung (auch) im deutschen und europäischen Verfassungsrecht *Eckardt*, *JbUTR* 2006, 63 ff.

Die genaue Reichweite dieser Norm lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt angesichts der noch nicht vorhandenen Vollzugserfahrung allerdings schwer ermessen, ebenso wie ihr Verhältnis zur allgemeinen Befugnisnorm des § 26 GenTG.⁹⁷ Hinsichtlich des Verhältnisses der Überwachungsbefugnisse verschiedener Fachbehörden wird jedoch vertreten, dass im Lichte von § 22 GenTG den Gentechnikbehörden ein „gewisser Vorrang“ zukommen sollte: „Andere Aufsichtsbehörden dürfen sich nicht in Widerspruch zur Überwachung der nach dem GenTG zuständigen Behörden setzen“.⁹⁸ Das Zusammenspiel der ggf. beteiligten Behörden bedarf somit weiterer Diskussion in der Praxis.

2. Besonderer Artenschutz

a) Zugriffsverbote (§ 42 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 BNatSchG 2010)

Durch die Freisetzung oder den nachmarktlichen Anbau transgener Pflanzen könnten weiterhin die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes betroffen sein (vgl. § 42 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 1 BNatSchG 2010). So ist es nach alter und neuer Rechtslage u. a. verboten, wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen zu beschädigen oder zu zerstören. Außerdem ist es verboten, wildlebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören. Eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.⁹⁹ Wildlebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen dürfen nicht beschädigt oder zerstört werden, ebenso wenig ihre Standorte. Bei hinreichender naturwissenschaftlicher Erkenntnislage könnten diese Aspekte mit dem Ausbringen genetisch veränderter Nutzpflanzen in

Verbindung gebracht werden.¹⁰⁰ Sollte dies der Fall sein, ist zu prüfen, ob eines der Verbote im konkreten Fall greift. Dabei ist allerdings die definitorische Rücknahme des § 43 Abs. 4 S. 1 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 für bestimmte landwirtschaftliche Betätigungsformen zu berücksichtigen. Landwirtschaftliche Bodennutzung und die Verwertung der dabei gewonnenen Erzeugnisse verstößt nicht gegen die Zugriffsverbote, wenn sie den in § 5 Abs. 4-6 BNatSchG bzw. § 5 Abs. 2-4 BNatSchG 2010 genannten Anforderungen sowie den Regeln der guten fachlichen Praxis, die sich aus dem Recht der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft und § 17 Abs. 2 des Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG)¹⁰¹ ergeben, entsprechen. Hinsichtlich dieser Betätigungen sind die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes also eingeschränkt. Fraglich ist nun, ob die Freisetzung oder der nachmarktliche Anbau von GVO hiervon betroffen ist.

Freisetzungen werden schon rein begrifflich nicht von § 42 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 erfasst, da es sich nicht um eine wirtschaftliche Nutzung des Bodens handelt, sondern der Forschungszweck im Vordergrund steht. Insoweit könnte hier – unter der Voraussetzung einer belastbaren naturwissenschaftlichen Wirkhypothese – ggf. eines der Zugriffsverbote greifen.

Problematischer gestaltet sich die Beurteilung dieser Frage hinsichtlich des Anbaus gentechnisch veränderter Pflanzen in der Landwirtschaft: Die Regelung nennt ausdrücklich bestimmte Maßgaben der guten fachlichen Praxis. Entspricht die landwirtschaftliche Betätigung diesen Maßgaben, ist sie von den Zugriffsverboten ausgenommen. Die relativ neue Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung (GenTPflEV)¹⁰², die die gute fachliche Praxis im Zusammenhang mit GVO normiert, fehlt in der Aufzählung. Jedoch wird auf § 5 BNatSchG verwiesen, der in beiden Fassungen den Passus „neben den Anforderungen, die sich aus den für die Landwirtschaft geltenden Vorschriften“ enthält und damit wiederum auf die agrarumweltrechtlichen Fachgesetze¹⁰³ verweist. Wäre es bei der Regelung des § 42 Abs. 4 BNatSchG geblieben, hätte man zunächst argumentie-

⁹⁷ So ist etwa eine Freisetzung *gentechnikrechtlich* stets räumlich und zeitlich begrenzt, woraus sich entsprechende Überwachungsbefugnisse der Gentechnikbehörden hinsichtlich der Gewährleistungen dieser Begrenzungen ergeben. An dieser Stelle könnte jedoch durch das Artenschutzrecht eine weitere, naturschutzfachliche Überwachungsbefugnis hinzutreten.

⁹⁸ Vgl. *Hirsch/Schmidt-Didczuhn*, Gentechnikgesetz mit Gentechnik-Verordnungen – Kommentar, 1991, § 25 Rn. 4. Siehe hierzu auch die Ausführungen in *Hennig/Wilke*, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 83 ff.

⁹⁹ Eine solche Verschlechterung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindert werden, wobei dies artspezifisch für den jeweiligen Einzelfall untersucht und beurteilt werden muss, vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 70 f. mit Verweis auf BT-Drs. 16/5100.

¹⁰⁰ Vgl. zur rechtlichen Bewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnislage auch Abschnitt III.1.a)

¹⁰¹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten vom 17. März 1998 (BGBl. I S. 502), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3214) geändert worden ist.

¹⁰² Verordnung über die gute fachliche Praxis bei der Erzeugung gentechnisch veränderter Pflanzen vom 7. April 2008 (BGBl. I S. 655).

¹⁰³ Z. B. Pflanzenschutzgesetz, Düngemittelgesetz, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Wasserhaushaltsgesetz, Bundesimmissionsschutzgesetz. Vgl. hierzu *Gassner*, in: *Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, Bundesnaturschutzgesetz, § 5 Rn. 24 ff. Dazu auch *Hellenbroich*, Artenschutzrecht, S. 107.



ren können, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Norm noch keine gute fachliche Praxis für den Anbau von GVO existierte. Demgemäß hätte man unterstellen können, dass der landwirtschaftliche Anbau von GVO auch nicht von der Ausnahme erfasst hätte sein können, da nur die genannten Regelwerke zur guten fachlichen Praxis eine Einschränkung der Zugriffsverbote auslösen könnten. Durch die Neufassung des BNatSchG 2010 hat dieses Argument allerdings seine Grundlage verloren.

Dennoch könnte man nach wie vor anführen, dass eine Nennung der GenTPflEV nötig wäre, um einen Einbezug des landwirtschaftlichen Anbaus von GVO in den Ausnahmetatbestand zu bejahen. Da dies nicht erfolgt ist, könnte man dann weiterhin davon ausgehen, dass der landwirtschaftliche Anbau wie auch die Freisetzung in den Anwendungsbereich der Zugriffsverbote fällt. Fraglich ist in diesem Zusammenhang wohl, ob die GenTPflEV zu den „für die Landwirtschaft geltenden Vorschriften“, die gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 BNatSchG 2010 neben den dort statuierten Grundsätzen der guten fachlichen Praxis gelten. Die GenTPflEV ist eine auf der Grundlage des Gentechnikgesetzes (vgl. § 16b Abs. 6 GenTG) erlassene Verordnung und gehört so zunächst einmal zum Gentechnikrecht. Dennoch enthält sie zahlreiche Vorgaben an die Landwirtschaft, bzw. zielt unmittelbar auf den landwirtschaftlichen Anbau von GVO.¹⁰⁴ In sofern könnte man sie – vergleichbar anderer fachgesetzlicher Teilbereiche des Agrarumweltrechts¹⁰⁵ – auch dem Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 BNatSchG 2010 und damit dem des § 42 Abs. 4 BNatSchG 2010 unterordnen. Für eine andere Auslegung spricht indes der wertende Vergleich mit dem Recht des Gebietsschutzes: Während die Gesetzesbegründung zu § 34 BNatSchG (bzw. § 34 BNatSchG 2010) die der guten fachlichen Praxis entsprechende Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft im Regelfall nicht als die FFH-Prüfpflicht auslösendes Projekt ansieht¹⁰⁶, stellt § 34a Nr. 2 BNatSchG (bzw. § 35 Nr. 2 BNatSchG 2010) klar, dass es sich beim Anbau von GVO immer um ein Projekt handelt und dieser damit ggf. dem Erfordernis einer FFH-Verträglichkeitsprüfung unterliegt. Das heißt: Im Gebietsschutz wird hinsichtlich der besonderen Überprüfung potenzieller Gefährdungen zwischen konventioneller und transgener Landwirtschaft ausdrücklich differenziert. Darüber hinaus verweist § 34a BNatSchG (bzw. § 35 BNatSchG 2010) nur auf § 34 Abs. 1-2 BNatSchG (bzw. § 34 Abs.

1-2 BNatSchG 2010), so dass im Zusammenhang mit dem Ausbringen von GVO grundsätzlich keine gebietschutzrechtlichen Ausnahmen zulässig sind. Begründet wird dies mit dem Risiko und der hohen Gefährdung für Natura-2000-Gebiete durch GVO. Auch hier spiegelt sich also relativ deutlich wider, dass dem Gesetzgeber die besondere Relevanz von GVO in Naturschutz-Zusammenhängen sehr wohl bewusst ist und er darauf in sofern reagiert, als dass er den landwirtschaftlichen Anbau transgener Pflanzen in diesen Zusammenhängen strenger geprüft sehen möchte, als die konventionelle Landwirtschaft.

Diese Wertung des Gesetzgebers ist bei der Auslegung des § 42 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 zu berücksichtigen. Sie verbietet eine Gleichstellung des Anbaus von GVO mit der herkömmlichen Landwirtschaft auch im Bereich des Artenschutzes, da es ansonsten zu Wertungswidersprüchen innerhalb des Naturschutzrechts käme. In die gleiche Richtung weist die Gesetzgebungshistorie: So hätte der Gesetzgeber die jüngste große Novellierung des BNatSchG dafür nutzen können, die GenTPflEV in den Ausnahmetatbestand des § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 aufzunehmen, hat dies aber nicht getan. Auch dieser Umstand spricht dagegen, den landwirtschaftlichen Anbau von GVO als von den Zugriffsverboten des besonderen Artenschutzes ausgenommene Tätigkeit i.S.d. § 42 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 anzuerkennen, selbst wenn er der GenTPflEV entspricht.

Also können grundsätzlich sowohl Freisetzungen als auch der nachmarktliche Anbau von GVO unter die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes fallen. Für den erforderlichen Nachweis werden wiederum belastbare naturwissenschaftliche Daten benötigt. Zu berücksichtigen ist allerdings auch hier, dass es unter Umständen zu Ausnahmen oder Befreiungen für das konkrete Vorhaben kommen kann.¹⁰⁷ Selbst dort, wo artenschutzrechtliche Handlungsmöglichkeiten bestehen, ist damit die Motivationslage der zuständigen Behörde für einen wirksamen Artenschutz von erheblicher Bedeutung.

b) Ausnahmen (§ 43 Abs. 8 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010)

Von den Verboten des § 42 BNatSchG bzw. § 44 BNatSchG 2010 kann die zuständige Landesnaturschutzbehörde im Einzelfall und unter bestimmten gemeinschaftsrechtlich überwölbten Maßgaben Ausnahmen zulassen. Diese müssen allerdings den in § 43 Abs.

¹⁰⁴ Vgl. § 1 GenTPflEV: „Diese Verordnung regelt die Grundsätze der guten fachlichen Praxis im Sinne des § 16b Abs. 3 des Gentechnikgesetzes bei der erwerbsmäßigen Erzeugung gentechnisch veränderter Pflanzen.“

¹⁰⁵ Siehe Fn. 98.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 16/5100, S. 10 bzw. BT-Drs. 16/12274, S. 65.

¹⁰⁷ Siehe Abschnitte III.2.b) und III.3.b).

8 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010 aufgezählten Belangen des überwiegenden öffentlichen Interesses dienen. Gemeint ist konkret eine Ausnahme (1) zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden, (2) zum Schutz der heimischen Tier- und Pflanzenwelt, (3) für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung, (4) im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Landesverteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder (5) aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art. Für eine Freisetzung, die unter die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes fällt¹⁰⁸, käme dabei insbesondere der Forschungszweck in Betracht, mit dem eine Ausnahme wohl legitimiert werden könnte. Bei landwirtschaftlichem Anbau wäre die Geltendmachung eines überwiegenden öffentlichen Interesses wohl eher schwierig zu begründen, da keiner der angebotenen Ausnahmegründe passt. Ggf. könnte der Betroffene sich auf die Abwendung erheblicher landwirtschaftlicher Schäden berufen, insbesondere im Zusammenhang mit schädlingsresistenten transgenen Pflanzen. Zum zweiten wäre an den Auffanggrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses wirtschaftlicher Art zu denken. Jedoch würde hier – selbst wenn man einen der Gründe tatbestandlich bejahte – wiederum die Rückausnahme des § 43 Abs. 8 S. 2 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG 2010 greifen, nach der eine Ausnahme nur dann zugelassen werden darf, wenn keine zumutbaren Alternativen gegeben sind. Dies ist im Zusammenhang mit Schädlingsbekämpfung oder dem Anbau von Nutzpflanzen augenscheinlich nicht der Fall.

Demgemäß ist es für Freisetzungen unter den Maßgaben des § 43 Abs. 8 S. 2 ff. BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 S. 2 ff. BNatSchG 2010 denkbar, dass die Landesbehörden (ggf. allgemein per Rechtsverordnung) eine Ausnahme von den Zugriffsverboten des besonderen Artenschutzes zulassen. Hinsichtlich des landwirtschaftlichen Anbaus scheint die Möglichkeit einer Ausnahme aufgrund öffentlicher Belange eher begrenzt. Hier bliebe als einzige Option zur Umgehung der Zugriffsverbote eine individuelle Befreiung nach § 62 BNatSchG bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG 2010). Sollte man allerdings einer Auffassung folgen, die den landwirtschaftlichen Anbau von GVO vom Ausnahmetatbestand des § 42 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs.

¹⁰⁸ Siehe Abschnitt III.2.a).

4 BNatSchG 2010 umfasst sieht (s. o.)¹⁰⁹, wäre schon gar kein Zugriffsverbot gegeben, von dem eine Ausnahme nach § 43 BNatSchG bzw. § 45 BNatSchG 2010 geprüft werden müsste. In jedem Fall wird all dies wieder nur dann relevant, wenn eine hinreichende naturwissenschaftliche Datenlage gegeben ist.

3. Befreiungen

a) Das Verhältnis von Befreiungs- und Ausnahmetatbeständen – zugleich zur Theorie des Abwägens

Die letzte Option zur Überwindung artenschutzrechtlicher Verbote stellt die naturschutzrechtliche Befreiung nach § 62 BNatSchG bzw. § 67 BNatSchG 2010 dar. Sie dient der Überwindung repressiver Verbotstatbestände, legitimiert also ein Verhalten, das grundsätzlich erst einmal als rechtlich unerwünscht anzusehen ist. Daher sind Befreiungstatbestände grundsätzlich eng ausulegen. Die Befreiung dient allein der Gewährleistung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit in atypischen Sonderkonstellationen, die im Einzelfall zu unbilligen Härten führen würden.¹¹⁰ Dabei erklärt sich auch der Unterschied von Ausnahme- und Befreiungsregelungen vordergründig, wie schon anklang, aus dem jeweiligen Schwerpunkt auf „öffentlichen Belangen“ (Ausnahme) oder individuellen Härtefällen (Befreiung). Der oben bereits als überflüssig und inhaltslos kritisierte Begriff des „öffentlichen Interesses“ (einschließlich seiner Scheidung von „Privatinteressen“)¹¹¹ ist in europarechtlichen – hier hinter dem deutschen Artenschutz stehenden – Zusammenhängen allerdings offen für Unterschiedliches. Auch für klassische Individualrechte, etwa die Wirtschaftsgrundrechte oder das Recht auf Leben und Gesundheit, wie die zitierten Ausnahmen-Auflistungen dokumentiert haben. Zugleich ist der Begriff bei einem europarechtlichen Hintergrund wie im Artenschutz durch Aufzählungen oft näher konkretisiert. Anders als im deutschen Recht wird damit begrüßenswerterweise gerade nicht eine Unterscheidung (undefinierter und auch kaum klar definierbarer) „Kollektivinteressen“ versus „Privatinteressen“ insinuiert. „Öffentliches Interesse“ im europarechtlichen Sinne kann qua Aufzählung vielmehr das gesamte Spektrum rechtlich

¹⁰⁹ Siehe Abschnitt III.2.a).

¹¹⁰ Vgl. Hellenbroich, Artenschutzrecht, S. 123.

¹¹¹ Zur Problematik des Begriffs des „öffentlichen“ Interesses siehe näher oben Fn. 74; ausführlicher dazu wieder Ekardt, Demokratie, Kap. IV E.



legitimer Interessen sein, die irgendwo ausdrücklich als aner kennenswert normiert sind: also Belange, die Individualrechte darstellen, und Belange, die zwar (wie dies richtigerweise in freiheitlichen Demokratien stets erforderlich ist) ebenfalls den Individuen dienen sollen, aber keine individuell einklagbaren Rechte darstellen. Auch die Biodiversität wäre als ein Belang jener zweiten Gruppe beschreibbar – und viele der Belange, die zu Ausnahmen vom Artenschutz berechtigen.¹¹²

Damit erscheint die deutsche, im Europarecht so nicht explizit zu findende Möglichkeit, zusätzlich zu möglichen Ausnahmen noch eine Befreiung wegen individueller Härtefälle vorzusehen, vielleicht überflüssig. Vielleicht ist die Existenz von Befreiungsnormen sogar direkt europarechtswidrig. Dies ist wie schon angedeutet umstritten.¹¹³

Man kann dies möglicherweise auch differenzierter betrachten, ohne den Streit hier abschließend entscheiden zu müssen – man kann dabei aber jedenfalls genauer verstehen, was mit dem Interessenausgleich gemeint ist, der den Gegenstand von Ausnahmen und Befreiungen bildet. Mit „Verhältnismäßigkeit“ (wie bei der Befreiung angesprochen) ist im vorliegenden Zusammenhang zunächst einmal konkret gemeint, dass die Belange eines Beteiligten (= des GVO-Verwenders) nicht in einer Weise zurückgestellt werden sollen, dass dies (1) anderen Belangen (hier dem Artenschutz) gar keinen Nutzen bringt oder (2) dass dieser Nutzen für andere Belange auch mit milderer Maßnahmen erreichbar wäre oder (3) dass die GVO-Verwenderbelange evident einseitig gegenüber den Artenschutzbelangen zurückgedrängt würden.¹¹⁴ Diese Grundgedanken allgemeinen Abwägens gegenläufiger Belange sind vom deutschen Gesetzgeber für die Befreiung, anknüpfend an eine Grundentscheidung zugunsten des Artenschutzes, in nachfolgender Weise näher ausgestaltet worden. Die europäische und deutsche Entscheidung zugunsten des Artenschutzes soll, so kann man die eben genannten drei Regeln zusammenfassen, nur dann vor anderen Belangen zurückweichen, wenn der durch die Abwägungs- bzw. Verhältnismäßigkeitsregeln gezogene deutsche oder europäische verfassungsrechtliche Rahmenvorgaben an einen gerechten Interessenausgleich sonst verletzt

wären. Denn diese Rahmenvorgaben, die beispielsweise dem Schutz der Grundrechte und auch der wirtschaftlichen Grundrechte der GVO-Verwender dienen, gehen jedwedem Gesetz und jedwedem Verwaltungshandeln als Maßstab vor – in Deutschland und auch in der EU. Diese Verletzungsgrenze markieren im Kern die drei eben genannten Verhältnismäßigkeitsregeln. Bei einer Befreiung hat also die zuständige Behörde grundsätzlich nicht einmal selbst eine Abwägung „Gentechnik contra Artenschutz“ zu treffen; die Behörde hat in der Hauptsache vielmehr sicherzustellen, dass die vom Gesetzgeber bereits vorgenommene Abwägung in einer Weise vollzogen wird, die den Rahmenvorgaben des deutschen oder auch europäischen Verfassungsrechts an einen gerechten Interessenausgleich entspricht. Sie soll lediglich im Rahmen ihrer Befreiungsentscheidung dafür Sorge tragen, dass der Einzelne (z. B. der betroffene Landwirt) durch die Artenschutzbestimmungen nicht über Gebühr in seinen Rechten beeinträchtigt wird.

Solche allgemeinen Abwägungsregeln gelten bereits europarechtlich; konkret die o.g. drei Regeln könnten allerdings, bezogen auf die bei den Ausnahmeregelungen angeführten und damit konkret anerkannten Interessen, auch über die Ausnahme statt über die Befreiung bereits berücksichtigt werden, da dieser durch das europäische und deutsche Verfassungsrecht vorgegebene Rahmen interpretativ auch die Ausnahme prägen muss. Insoweit ist die Befreiung in der Tat „überflüssig“. Die Befreiung fügt ihrer Intention nach der Ausnahme jedoch etwas hinzu; insoweit wäre sie nicht überflüssig, aber vielleicht europarechtswidrig: Es werden nämlich weitere (nicht erläuterte) „öffentliche und private“ und damit letztlich beliebige Belange als mögliche Artenschutz einschränkung eingeführt. Die Vorgabe, dass der europäische Gesetzgeber doch eigentlich vielleicht bereits abschließend entschieden hat, welche Belange im Rahmen artenschutzrechtlicher Entscheidungen berücksichtigt werden müssen, was einen Teil der nötigen Abwägung gerade nicht mehr an die Exekutive weiterreichen würde, wird damit durchbrochen.

Es spricht einiges dafür, dass darauf folgt: Eine Befreiung darf nur dann gewährt werden, wenn dies bereits aus europarechtlichen Gründen zwingend ist. Sofern man etwa die Wirtschaftsgrundrechte der GVO-Verwender als über die Ausnahmeregelungen nicht vollständig abgebildet sieht, könnte die Befreiungsnorm gewährleisten, diese Grundrechte in dem durch die Abwägungsregeln vorgegebenen Mindestmaß bei Behördenentscheidungen zum Artenschutz zu berücksichtigen. Allerdings stünden die Wirtschaftsgrundrechte für sich genommen selbst einem völligen Verbot der grünen Gentechnik

¹¹² Sinnvollerweise sollte man generell also auch das deutsche Recht stets so interpretieren, dass durchgängig von „Interessen“ die Rede ist und lediglich nach Individualrechten und weiteren Belangen unterschieden wird, die aufgrund einer gesetzlichen (bzw. verfassungsrechtlichen) Regelung als Belange anzuerkennen sind.

¹¹³ Dazu bereits die Nachweise zum Streitstand oben in Fn. 74.

¹¹⁴ Generell zur Verhältnismäßigkeit bzw. zur Abwägung als wesentlicher Grundfigur von Gesetzgebung und Rechtsanwendung (sowie zu jenen und anderen Einzel-elementen und Einzelfragen) *Ekardt, DV 2010, Beiheft 1; Susnjak, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, 2010.*

vielleicht gar nicht entgegen. Eine artenschutzrechtliche Befreiung über die Wirtschaftsgrundrechte kann sich deshalb letztlich wohl nur deshalb ergeben, weil der europäische und deutsche Gesetzgeber die Gentechnik dem Grunde nach zugelassen und damit partiell die Frage, wie stark die wirtschaftliche Freiheit weggewogen werden darf, bereits beantwortet haben. Da die Befreiungsnormen eine Befreiung nicht verbindlich vorgeben, sondern in das Ermessen der zuständigen Behörde stellen, kann die zuständige Behörde ohne weiteres ihre Entscheidung auf dieses somit europarechtlich gebotene Ausmaß begrenzen.

Der Charakter der hier zu analysierenden Normen als Befreiungsnormen macht nach alledem deutlich, dass der zuständigen Behörde kein großer Spielraum zur Verfügung steht, sondern der grundsätzliche Rang des Artenschutzes gewahrt werden muss. Dass jedwede behördlichen Spielräume (1) praktisch oft zuungunsten des Naturschutzes genutzt werden, (2) wegen der Stärkung der Behörden gegenüber dem Gesetzgeber auch demokratisch am besten möglichst stark minimiert werden und (3) in ihrer Handhabung ziemlich schwierig sein können¹¹⁵, unterstreicht dabei das bereits Gesagte.

b) Befreiung von Vorgaben des allgemeinen Artenschutzes (§ 67 Abs. 1 S. 2 BNatSchG 2010)

Eine Befreiung von den Vorgaben des allgemeinen Artenschutzes findet sich im Gegensatz zur bisherigen allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungsnorm des § 62 BNatSchG, der eine solche Option nicht enthält, in der neuen allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungsnorm des § 67 Abs. 1 S. 2 BNatSchG 2010. Danach kann auf Antrag eine Befreiung von den Ge- und Verboten des allgemeinen Artenschutzes¹¹⁶ erteilt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art) notwendig ist oder die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist.

Da die obige Prüfung ergeben hat, dass im Rahmen des allgemeinen Artenschutzes wohl das einzige einschlägige Verbot im Zusammenhang mit GVO u.U. das Verbot einer erheblichen Beeinträchtigung nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010 bezüglich einer Freisetzung

¹¹⁵ Dazu teilweise schon *Ekarde*, Steuerungsdefizite im Umweltrecht, 2001, § 6.

¹¹⁶ Vgl. Abschnitt III.1.

sein könnte¹¹⁷, wäre es hier wohl denkbar, ein überwiegendes öffentliches Interesse (vgl. Forschungszweck des § 1 GenTG) glaubhaft zu machen, insbesondere, da in einem solchen Falle eine gentechnikrechtliche Genehmigung vorliegt.¹¹⁸ Der landwirtschaftliche Anbau von GVO unterliegt nach den obigen Erkenntnissen keinen Verboten des allgemeinen Artenschutzes, von denen eine Befreiung erteilt werden müsste bzw. könnte.

c) Befreiung von Vorgaben des besonderen Artenschutzes (§ 62 BNatSchG bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG 2010)

Von den Verboten des § 42 BNatSchG kann auf Antrag eine Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Diese Regelung greift § 67 Abs. 2 BNatSchG für den § 44 BNatSchG 2010 auf. Damit wird der Ausnahmen-Katalog des § 43 BNatSchG bzw. § 45 BNatSchG 2010 ergänzt. Wie bereits festgestellt wurde, ist sowohl im Rahmen einer Freisetzung wie auch im Rahmen eines landwirtschaftlichen Anbaus eine Beeinträchtigung eines Zugriffsverbots des besonderen Artenschutzes denkbar (wenn auch naturwissenschaftlich nicht leicht zu belegen) – vorausgesetzt, man folgt der hier vertretenen Auffassung, dass der landwirtschaftliche Anbau von GVO nicht unter die tatbestandliche Rückausnahme des § 42 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 44 Abs. 4 BNatSchG 2010 fällt.¹¹⁹

Da für Freisetzungen wohl ein Ausnahmegrund (Forschungszweck) nach § 43 Abs. 8 NatSchG bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010 gegeben ist, also eine entsprechende Prüfung der Behörde bereits nach dieser Regelung durchzuführen ist¹²⁰, entfällt hier die Notwendigkeit einer Befreiung offensichtlich. So bliebe lediglich im Einzelfall im Wege einer umfänglichen Abwägung zu prüfen, inwiefern für landwirtschaftliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit GVO ein Befreiungsgrund im Einzelfall gegeben sein könnte. So wäre es z. B. denkbar, dass einem Landwirt, der bereits das zum Inverkehrbringen genehmigte transgene Saatgut eingekauft und ausgebracht hat und kurz vor der Ernte steht, eine Befreiung von ggf. beeinträchtigten Zugriffsverboten des besonderen Artenschutzes gewährt wird, wenn erst im Nachhinein bekannt wurde, dass vereinzelte Individuen einer geschützten Art von seinem Anbau betroffen sind. Denn

¹¹⁷ Siehe Abschnitt III.1.b).

¹¹⁸ Zum Verhältnis von gentechnikrechtlicher Freisetzungsgenehmigung und artenschutzrechtlichem Befreiungsverfahren kommen wir später, vgl. Abschnitt V.

¹¹⁹ Siehe Abschnitt III.2.a).

¹²⁰ Siehe Abschnitt III.2.b).



ggf. würde die Durchsetzung des betroffenen Verbots in einem solchen Falle als eine übermäßige Belastung des betroffenen Landwirts bewertet. Dies ist eine Frage der behördlichen Abwägung im Einzelfall. Die Behörde hat jedoch zu berücksichtigen, dass Befreiungstatbestände grundsätzlich eng auszulegen sind (s. o.). Andererseits ist zu bedenken, dass in der Regel der Landwirt aufgrund einer staatlichen Inverkehrbringensgenehmigung handelt und sich in sofern in einem gewissen Umfang auf deren Legalisierungswirkung verlassen darf.¹²¹

Dennoch ist, wie auch im Rahmen des Gebietsschutzes (s. o.), den besonderen artenschutzrelevanten Risiken von GVO, soweit naturwissenschaftlich fassbar, Rechnung zu tragen, indem die artenschutzrechtlichen Vorgaben ernst genommen werden. Hierbei kommt der Herausnahme des landwirtschaftlichen Anbaus von GVO aus der Privilegierung der Landwirtschaft hinsichtlich der Zugriffsverbote eine besondere Bedeutung zu. Denn hier hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er – wie beim Gebietsschutz – sehr wohl zwischen konventioneller und transgener Landwirtschaft unterscheidet und zweitens einem strengeren Prüfprogramm unterworfen sehen will. All das hat die Behörde in ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

aufgrund bestehender Rechtsunsicherheiten nur bedingt zum behördlichen Tätigwerden einladen.

Und soweit es eine behördliche Möglichkeit und eine behördliche Motivation zum Tätigwerden dennoch gibt, wird sehr häufig das naturwissenschaftliche Erkenntnisproblem greifen – die schwierige Fassbarkeit artenschutzfachlicher Gefahren aufgrund des GVO-Anbaus.

4. Zusammenfassung

Die bis hierher gefundenen und auch alle weiteren Ergebnisse werden am Ende der Untersuchung in einer Tabelle zusammengefasst.¹²² An dieser Stelle hervorzuheben ist vor allem der aus naturschutzfachlicher Perspektive eher unbefriedigende Befund, dass bei näherer Betrachtung schon artenschutzrechtlich (also noch ohne Einbezug des Gentechnikrechts) kaum eines der zahlreichen Instrumente des allgemeinen oder besonderen Artenschutzes im Zusammenhang mit dem Ausbringen von GVO in den Naturhaushalt durchschlagend greift.

Sowohl hinsichtlich Freisetzungen als auch landwirtschaftlicher Tätigkeiten werden die Verbots- oder Gefährdungstatbestände entweder bereits begrifflich nicht erfüllt, oder es werden vage und offene Ausnahme- oder Befreiungsmöglichkeiten eröffnet, die selbst in den wenigen Fällen, wo ein behördliches Tätigwerden gegen GVO nach der artenschutzfachlichen Datenlage einmal denkbar erschiene,

¹²¹ Zur naturschutzfachlichen Reichweite der Inverkehrbringensgenehmigung und den damit verbundenen Problemen siehe Abschnitt IV.3.

¹²² Siehe Abschnitt VI.1.

IV Artenschutzbezogene Vorgaben im Gentechnikrecht

Sind die gentechnikbezogenen Vorgaben des Artenschutzrechts geklärt, müssen nunmehr die artenschutzbezogenen Vorgaben des Gentechnikrechts herausgearbeitet werden. Dafür interessieren zum einen die Genehmigungs- und zum anderen die Überwachungs- und Zuständigkeitsvorschriften. Hierbei kann auf die an anderer Stelle ausgiebig erfolgte Untersuchung der verschiedenen Verfahrens- und Zuständigkeitsebenen zurückgegriffen werden.¹²³ Im Folgenden erfolgt daher eine Konzentration auf die besonders relevanten Vorschriften des Gentechnikrechts mit Artenschutzbezügen. Voranzuschicken ist dabei, dass die gentechnikrechtlichen Regelungen eher noch weniger behördliche Handlungsoptionen im Artenschutz eröffnen als das Artenschutzrecht – und (dazu dann unten V.) dass die artenschutzrechtlichen Regelungen von den restriktiveren gentechnikrechtlichen Regelungen häufig überlagert werden.

1. Freisetzungsverfahren

Die nach § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GenTG erforderliche Genehmigung für eine Freisetzung von GVO ist gemäß § 16 Abs. 1 GenTG zu erteilen, wenn die Voraussetzungen entsprechend § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 2 vorliegen, sowie gewährleistet ist, dass alle nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden und nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung unvermeidbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind. Zu den dort bezeichneten Rechtsgütern gehören auch die Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge, sowie der Schutz der Tiere und Pflanzen vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Verfahren und Produkte sowie die Vorsorge gegen das Entstehen solcher Gefahren. In der den Zulassungsantrag einer Freisetzungsgenehmigung betreffenden Norm des § 15 GenTG findet sich in Abs. 1 S. 2 Nr. 4 das Erfordernis einer Risikobewertung nach § 6 Abs. 1 GenTG sowie die Darlegung der vorgesehenen Sicherheitsvorkehrungen. § 6 Abs. 1 GenTG wiederum

enthält verschiedene Vorgaben an die vorherige Bewertung der mit der Freisetzung verbundenen Risiken für die in § 1 Nr. 1 genannten Rechtsgüter. Detaillierte Vorschriften zum Verfahren und zu den nötigen Unterlagen enthält zusätzlich die Gentechnik-Verfahrensverordnung¹²⁴ (GenTVfV). Insbesondere bestimmt § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GenTVfV: „Die (...) Risikobewertung (...) und die Darlegung der vorgesehenen Sicherheitsvorkehrungen erfolgt nach Maßgabe des Anhangs II der Richtlinie 2001/18/EG sowie der Entscheidung der Kommission vom 24. Juli 2002 über Leitlinien zur Ergänzung des Anhangs II der Richtlinie 2001/18/EG (...) (ABl. EG Nr. L 200 S. 22) auf der Grundlage der nach Anhang III A Nr. II bis IV der Richtlinie 2001/18/EG vorzulegenden Informationen.“ Die konkreten Kriterien der Risikobewertung¹²⁵ richten sich also nach der sog. Freisetzungsrichtlinie (FreisetzungsrL)¹²⁶ und der genannten Kommissions-Entscheidung. Hier werden die Grundprinzipien der gentechnikrechtlichen Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) festgelegt. Als zu prüfende schädliche Auswirkungen der GVO werden dort u.a. auch „Krankheiten bei Tieren und Pflanzen einschließlich toxischer und in den hierfür in Frage kommenden Fällen allergener Wirkung“ sowie „Auswirkungen auf die Populationsdynamik von Arten im Aufnahmestadium und die genetische Vielfalt einer jeden dieser Populationen“ genannt (vgl. Anhang II der FreisetzungsrL, Ziffer C 2.1 Anstrich 2 und 3). Grundsätzlich sind direkte und indirekte, sofortige und spätere Auswirkungen, insbesondere auch kumulative langfristige Auswirkungen, und zwar unter anderem auf die Flora und Fauna, die biologische Vielfalt und die Gesundheit von Tieren, in die Prüfung einzubeziehen (vgl. Einleitung Anhang II FreisetzungsrL).

¹²³ Siehe dazu Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 76 ff. sowie Ekardt/Hennig/Wilke, JbUTR 2009, 157 ff.

¹²⁴ Verordnung über Antrags- und Anmeldeunterlagen und über Genehmigungs- und Anmeldeverfahren nach dem Gentechnikgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. November 1996 (BGBl. I S. 1657), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 28. April 2008 (BGBl. I S. 766) geändert worden ist.

¹²⁵ Zu den rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundstrukturen von „Risikobewertungen“, also von Entscheidungen unter Bedingungen tatsächlicher Unsicherheit, vgl. Ekardt/Susnjak, JbUTR 2007, 277 ff.

¹²⁶ Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates (ABl. L 106 vom 17.04.2001, S. 1).



In sofern enthalten die Genehmigungsvoraussetzungen einer Freisetzung bestimmte eigene Vorgaben, die den Artenschutz betreffen, denn die Beurteilung, ob die Genehmigungsvoraussetzung hinsichtlich der Schutzgüter des § 1 Nr. 1 GenTG vorliegen, trifft die Genehmigungsbehörde im Wesentlichen auf Grundlage der Risikobewertung. Auch hinsichtlich der räumlichen und zeitlichen Begrenztheit einer Freisetzung erscheint es zumindestens nicht ausgeschlossen, dass die in dem betroffenen Gebiet vorkommenden wildlebenden Arten Berücksichtigung in der gentechnikrechtlichen UVP finden. Die dem Naturschutzrecht innewohnende Differenzierung nach allgemein, besonders bzw. streng geschützten Arten, findet hierbei allerdings nicht statt. Auch die strengen europarechtlichen Vorgaben der FFH- und Vogelschutzrichtlinie an den Artenschutz als unabhängig von der FFH-Verträglichkeitsprüfung bestehendes, eigenständiges Instrument mit nur begrenzten Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten werden an dieser Stelle nicht aufgegriffen. Auch stellt sich darüber hinaus wieder das naturwissenschaftliche Erkenntnisproblem: Um nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG wie gefordert abwägen zu können, ob ggf. schädliche Einwirkungen auf die Schutzgüter des § 1 Nr. 1 GenTG im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung unverträglich oder hinzunehmen sind (dies ist wiederum eine Abwägung, die der Gesetzgeber teilweise getroffen und teilweise an die Behörden weitergereicht hat!), müssen überhaupt potenziell schädliche Einwirkungen wissenschaftlich belegt werden. Ansonsten kann durch den allgemeinen Hinweis, dass schädliche Einwirkungen nicht zu erwarten sind, die Prüfung bereits im Vorfeld der Abwägung beendet werden.

Das heißt, dass das gentechnikrechtliche Freisetzungssystem zwar gebietet, bestimmte Aspekte des Artenschutzes für die Risikobewertung zu berücksichtigen, es in seiner mangelnden Differenziertheit jedoch das Artenschutzrecht insbesondere hinsichtlich der besonders und streng geschützten Arten nicht vollständig substituiert. Gerade im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für mehrere Standorte (vgl. § 14 Abs. 3 GenTG, § 11 GenTVfV) kann außerdem u.U. bezweifelt werden, ob tatsächlich alle ggf. betroffenen Arten adäquat zu berücksichtigen sind bzw. berücksichtigt werden.¹²⁷ Daran anknüpfend wird später zu fragen sein, ob das Artenschutzrecht damit vom Gentechnikrecht verdrängt ist – oder ob es in seinen nicht gen-

technikrechtlich aufgenommenen Gehalten neben dem Gentechnikrecht weiter zur Anwendung kommen kann.

2. Inverkehrbringungsverfahren

Auch im Verfahren zur Erteilung einer Inverkehrbringengenehmigung ist eine gentechnikrechtliche UVP nach den eben beschriebenen Maßgaben durchzuführen (vgl. §§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4, 16 Abs. 2, 15 Abs. 3 S. 3 Nr. 4, 6 Abs. 1 GenTG, § 6 Nr. 3 GenTVfV). Dies betrifft nicht nur das Verfahren nach dem GenTG und der FreisetzungsRL für transgene Produkte im allgemeinen, sondern auch das davon leicht abweichende Zulassungsverfahren für gentechnisch veränderte Futter- und Lebensmittel nach der VO (EG) Nr. 1829/2003^{128, 129}

Insofern gilt hinsichtlich der artenschutzbezogenen Vorgaben der gentechnikrechtlichen UVP das gleiche wie im Rahmen der Freisetzungsgenehmigung. Allerdings verschärft sich das Problem bezüglich einer adäquaten Prüfbarkeit der artenschutzfachlichen Anforderungen insofern massiv, als dass das Inverkehrbringen ohne räumliche und zeitliche Beschränkung für sämtliche Mitgliedstaaten genehmigt wird (vgl. § 14 Abs. 5 GenTG). An dieser Stelle geht es lediglich um die Abgabe in den Markt, nur dieser Zeitpunkt ist Gegenstand des zu genehmigenden Inverkehrbringens. Danach kann der genehmigte GVO je nach Genehmigungsinhalt zeitlich und räumlich nahezu unbegrenzt verwendet werden. Soll der Artenschutz in der Fläche effektiv wirksam werden, wie die europarechtlichen Vorgaben der FFH-RL und VRL es verlangen, würde das bedeuten, dass im Rahmen des Inverkehrbringensverfahrens mögliche Risiken für *alle* wildlebenden europäischen Arten abgeprüft und bewertet werden müssten. Dies ist offensichtlich nicht zu leisten: Bereits auf der Typusebene sei ein solch breiter Einbezug gar nicht möglich, da die Vielfalt der Arten von Organismen und Lebensräumen zu groß sei. In sofern wecke die Einbeziehung unterschiedlicher Arten und Lebensräume in das Inverkehrbringungsverfahren kaum einlösliche Erwartungen.¹³⁰

¹²⁷ Der Antragsteller ist im vereinfachten Verfahren verpflichtet, jeden einzelnen Standort vorher anzuzeigen, was den Behörden grundsätzlich die Möglichkeit gibt, diesen auf geschützte Arten und deren Beeinträchtigung zu überprüfen. Auch dieser Mechanismus kann jedoch die verbindlichen und differenzierten Vorgaben des Artenschutzes nicht ersetzen.

¹²⁸ Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel (ABl. L 268 vom 18.01.2003, S. 1).

¹²⁹ Vgl. zu den unterschiedlichen Verfahren eingehend m. w. N. Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 78 ff. sowie Ekardt/Hennig/Wilke, JbUTR 2009, 157 (164 ff.).

¹³⁰ Winter, NuR 2007, 571 (581).

Das heißt: Im Prinzip kann eine Inverkehrbringensgenehmigung hinsichtlich des Artenschutzes stets nur beschränkt ergehen, da es nicht möglich ist, alle denkbaren Wirkpfade adäquat zu prüfen.¹³¹ Da die Praxis wohl in eine andere Richtung geht – nämlich mögliche Beeinträchtigungen schon im Vorfeld als vernachlässigbar unwahrscheinlich und damit unbeachtlich einzuschätzen¹³² – und diesbezüglich vorbehaltlose Genehmigungen ergehen, bleibt die Frage, wie dieser Befund hinsichtlich der Bestandskraft und des Aussagegehalts der Genehmigung zu deuten ist. Wenn eine Genehmigung zunächst einmal unbeschränkt ergeht, obwohl die nötigen Prüfschritte zur Klärung des Risikos für betroffene Arten nicht vollzogen wurden, ist wohl davon auszugehen, dass die Genehmigung rechtswidrig ist. Das heißt: Findet eine Prüfung zur Betroffenheit von Arten statt, kann sie nie umfassend sein, findet sie dementsprechend nicht statt, genügt die Genehmigung nicht den gesetzlichen Anforderungen und ist damit rechtswidrig. Sachgemäß und praktikabel könnte das vorliegende Dilemma nur dadurch gelöst werden, dass bereits in der Genehmigung ganz deutlich gemacht wird, was abgeprüft wurde und was nicht. Dementsprechend könnte eine nachträgliche Prüfung offen gelassen werden, allerdings nur insofern die Genehmigung betroffene Arten nicht bereits umfasst.¹³³ So wäre die Legalisierungswirkung hinsichtlich der genehmigten Tätigkeit auf das beschränkt, was geprüft wurde und auch nur prüfbar ist.

Wieder hängt die Beantwortung dieser Frage in der Genehmigungspraxis also nicht unwesentlich von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen ab. Denn nur, wenn eine Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der möglichen Beeinträchtigung überhaupt bejaht wird, eröffnet sich die konkrete Prüfung und Bewertung der Risiken. So lange die Verneinung möglicher Risiken für irgendwelche betroffene Arten naturwissenschaftlich nicht angreifbar ist – wobei allerdings die Frage wäre, wann das der Fall sein kann –, bleibt die europarechtlich intendierte umfangreiche UVP im Rahmen des Verfahrens zur Inverkehrbringensgenehmigung hinsichtlich des Artenschutzes ein stumpfes Schwert. Würde sie dagegen ernst genommen, müsste man allerdings ehrlicherweise den Artenschutz aus der UVP im Rahmen der Inverkehrbringensgenehmigung weitgehend ausklammern, bzw. bezüglich konkret betroffener und nicht bereits geprüfter Arten auf

weitere Prüferfordernisse verweisen, also eine diesbezüglich beschränkte Genehmigung erteilen. Die jetzige rechtliche und praxisbezogene Situation ist insoweit als unbefriedigend zu bezeichnen: So führen die ambitionierten und nicht hinreichend differenzierten (gemeinschafts-)rechtlichen Vorgaben im Endeffekt dazu, dass die verlangte Prüfung hinsichtlich des Artenschutzes faktisch nicht durchgeführt werden kann, da eine solche Prüfung letztlich nur konkret vor Ort stattfinden könnte und nicht für die EU insgesamt. Dies wiederum zeitigt jedoch die höchst problematische Folge, dass Genehmigungen unter dem pauschalen Hinweis auf das Nichtvorliegen von Risiken für artenschutzfachliche Belange unbeschränkt ergehen und damit unter Umständen die nachgelagerten Prüfprogramme tatbestandlich determinieren.¹³⁴

Man könnte also zu dem paradoxen Schluss kommen, dass die hohen Ziele der UVP im Inverkehrbringensverfahren im Endeffekt mitursächlich für die mangelnde Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange sind. Ein Lösungsversuch für dieses nicht gewollte und nicht wünschenswerte Dilemma wäre letztlich die Erarbeitung einheitlicher und verbindlicher Leitlinien darüber, worauf genau sich das Prüfspektrum hinsichtlich Arten (und Lebensräumen) erstreckt und in welcher Verbindung dies zum Genehmigungsinhalt sowie etwaigen Auflagen stehen soll.¹³⁵ Allenfalls so kann möglicherweise verhindert werden, dass die erwähnte dreifache Gefährdung (1) Leerlaufen des Artenschutzes im Vollzug, (2) Schwächung der Prärogative des demokratischen Gesetzgebers und (3) unlösbare Rechtsanwendungsschwierigkeiten für die Behörden vermieden werden können. So oder so bleibt aber das Verhältnis zwischen Artenschutz und Inverkehrbringen schwer zu bearbeiten.

3. Nachmarktliches Segment

Im Rahmen des landwirtschaftlichen Anbaus genehmigter GVO im nachmarktlichen Segment ist dagegen ein artenschutzfachliches Tätigwerden der landesrechtlichen Gentechnikbehörden und auch der Naturschutzbehörden denkbar. *Die landesrechtlichen Gentechnikbehörden bleiben im Rahmen ihrer Überwachungsbefugnisse aus § 26 Abs. 1 S. 1 GenTG nach dem Inverkehrbringen*

¹³¹ Vgl. zur ähnlichen Problematik im Rahmen des Gebietsschutzes m. w. N. Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 81 f. Dazu auch eingehend Winter, NuR 2007, 571 (581 f.).

¹³² Vgl. Winter, NuR 2007, 571 (581).

¹³³ Vgl. zum Vorstehenden auch Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 82. Dazu instruktiv Winter, NuR 2007, 571 (581 f.).

¹³⁴ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich m. w. N. Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 97 ff.

¹³⁵ So wie Winter sie als Leitlinien der Kommission und der beteiligten Bundesoberbehörden vorschlägt; vgl. Winter, NuR 2007, 571 (582).



zuständig und könnten ggf. einschreiten, wenn von dem Anbau eines GVO Gefahren ausgehen.¹³⁶ Denkbar sind etwa einzelfallbezogene Anbauverbote nach konkreter Prüfung der jeweiligen Umstände, ausgesprochen durch die örtlich zuständige Behörde, nicht dagegen flächendeckende Verbote nach abstrakten Maßgaben.¹³⁷

Des Weiteren bestehen die bereits erörterten – wenn gleich eher begrenzten – naturschutzrechtlichen Befugnisse der Landesbehörden, dem Artenschutz im Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Anbau von GVO Geltung zu verleihen.¹³⁸ Hier könnte sich wie beim Gebietschutz allerdings ein Problem aus der Legalisierungswirkung der Inverkehrbringensgenehmigung ergeben, insbesondere, wenn eine Genehmigung zwar Aussagen zum Artenschutz enthält, diese aber nicht das ganze gebotene Prüfspektrum abdecken.¹³⁹ Denn ein durch die Genehmigung legalisiertes Verhalten könnte eine artenschutzfachliche Überprüfung ggf. tatbestandlich determinieren. Das könnte zu dem Schluss führen, dass je nach konkretem Inhalt der Genehmigung artenschutzbezogene Maßnahmen nur in soweit ausgeschlossen sind, als die einschlägigen Arten abgeprüft und als nicht gefährdet bezeichnet worden sind. Darüber hinaus wären selbstständige Maßnahmen weiterhin möglich.

Dementsprechend ist die wesentliche Frage die nach der Reichweite der von der gentechnikrechtlichen Genehmigung ausgehenden „Sperrwirkung“, die nachmarktliche naturschutzrechtliche Maßnahmen 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 artenschutzfachlicher 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 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 FreisetzungsRL zu stützen, die ausdrücklich normiert, dass die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von GVO, die den Anforderungen der RL entsprechen, nicht verbieten, einschränken oder behindern dürfen. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass es unzulässig ist, aufgrund naturschutzrechtlicher Maßnahmen „nachträglich“ die EU-weite Verwendung eines zum Inverkehrbringen zugelassenen GVO einzuschränken (beachtenswert ist hierbei aber, dass die VO 1829/2003 im Rahmen der Zulassung für Lebens- und Futtermittel keine solche Binnenmarktsklausel enthält, in soweit eine Erschöpfungswirkung in diesem Bereich also auch nicht hierauf gestützt werden könnte). Jedoch ist hiergegen einzuwenden, dass Art. 22 FreisetzungsRL sich an die Mitgliedstaaten richtet, folglich allein das vertikale Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht betrifft. Das Konkurrenzverhältnis, um das es hier geht, ist aber vielmehr das horizontale, nämlich das zwischen Gentechnik- und Naturschutzrecht. Art. 22 FreisetzungsRL 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 FreisetzungsRL: Danach bleiben andere einschränkende Rechtsvorschriften der Gemeinschaft von der Inverkehrbringensgenehmigung unberührt, also auch solche der FFH- und Vogelschutzrichtlinie. So kommt man zu dem – angesichts der oben bereits thematisierten Überforderung des Inverkehrbringensgenehmigungsverfahrens durch die Erwartung einer umfassenden europaweiten UVP – sachgerechten Ergebnis, dass hier die gentechnik- und naturschutzrechtlichen Vorgaben in einem Verhältnis der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen sind. „Diese Konkordanz aber ermöglicht, die Sache sprechen zu lassen, nämlich, dass Naturschutzmaßnahmen möglich bleiben, soweit die Genehmigung betroffene Lebensräume und Arten nicht abprüft.“¹⁴⁰

Das bedeutet: Ist eine Inverkehrbringensgenehmigung in soweit unbeschränkt ergangen, sollte sie dahingehend teleologisch reduziert – also anhand von Sinn und Zweck einschränkend – interpretiert werden, dass die Frage der artenschutzfachlichen Beurteilung damit noch nicht präjudiziert ist. Nur in diesem Umfang kann u. E. die Inverkehrbringensgenehmigung ggf. zu einer Abschichtung des Prüfungsumfangs und zu einer für landesrechtliche Gentechnikbehörden dann eingeschränkten Sachentscheidungskompetenz führen. Auch wo keine Beschränkung

136 Hierzu ausführlicher m. w. N. Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 92 f.

137 Ebenda.

138 Vgl. dazu die tabellarische Übersicht in Abschnitt VI.1.

139 Die folgenden Überlegungen sind der bereits erwähnten Untersuchung Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 97 ff. entnommen.

140 Winter, NuR 2007, 571 (585).

besteht, wiederholen sich hier freilich Grundprobleme, die bereits oben für die Naturschutzbehörden im Artenschutzrecht angesprochen wurden (unklare naturwissenschaftliche Erkenntnislage, Rechtsunsicherheiten, Fragen der behördlichen Motivationslage).

4. Zusammenfassung

In der Zusammenschau ergab sich in diesem Abschnitt ein ähnliches, vielleicht noch ernüchternderes Bild der Berücksichtigung des Artenschutzes in Hinblick auf gentechnische Tätigkeiten, indem man statt des Naturschutzrechts das Gentechnikrecht in den Blick nahm. *Es wird offenkundig, dass das Gentechnikrecht – vermittelt über die Legalisierungswirkung z. B. europaweiter Entscheidungen über das Inverkehrbringen von GVO sowie aufgrund der naturwissenschaftlichen Unsicherheiten – nicht auf den differenzierten, breit und individuell angelegten Artenschutz in der Fläche ausgerichtet ist, wie ihn die FFH-RL und die VRL vorgeben. Auch die artenschutzbezogenen Regelungen des Gentechnikrechts ändern daran eher wenig. Möglichkeiten ergeben sich am ehesten auf der Ebene des nachmarktlichen Segments, wobei auch hier das naturwissenschaftliche Erkenntnisproblem, die (mindestens daraus resultierenden) Rechtsunsicherheiten und damit auch die Fragen nach der behördlichen Motivationslage bleiben dürften.* Unter Umständen entfalten die gentechnikrechtlichen Bestimmungen darüber hinaus noch die Wirkung, dass die oben festgestellten begrenzten artenschutzrechtlichen Regelungen nicht etwa neben dem Gentechnikrecht bestehen bleiben, sondern von diesem verdrängt werden (Absorptionswirkung). Dieser Frage widmet sich der folgende letzte Abschnitt. Anders gesagt, geht es jetzt also um die Frage, in welchem Verhältnis die bis hierher gefundenen gentechnikrechtlichen und artenschutzrechtlichen Aussagen zueinander stehen.



V Zusammenspiel der gentechnik- und artenschutzrechtlichen Vorgaben

1. Überblick über die Normstruktur des § 22 GenTG

Die damit aufgeworfene Fragestellung umreißt eine Konstellation, die im Verwaltungsrecht häufig anzutreffen ist: nämlich dass sich Vorgaben unterschiedlicher Rechtsgebiete an Verbotstatbestände, Genehmigungserfordernisse, Zulassungsvoraussetzungen etc. sachlich überschneiden. Ein solcher Fall liegt hier vor: Sowohl das Naturschutzrecht als auch das Gentechnikrecht enthalten Vorschriften zu der Lösung des Spannungsfeldes zwischen gentechnischen Tätigkeiten und Artenschutzbelangen. Für derlei Konstellationen gibt es die Rechtsfigur der sog. Konzentrationswirkung.¹⁴¹ Konzentrationsnormen finden sich in zahlreichen verwaltungsrechtlichen Gesetzen und bewirken eine Zusammenführung der unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen und deren Bündelung in einem verfahrenstechnischen Vorgang. Dies soll Doppelprüfungen, unübersichtliche Verwaltungsstrukturen, Wertungswidersprüche und schlimmstenfalls mehrere sich widersprechende Behördenentscheidungen in ein- und derselben Angelegenheit vermeiden und dient so letztlich – neben der Verfahrensökonomie – der Rechtssicherheit und -klarheit. Eine solche Konzentrationsnorm findet sich in § 22 GenTG, der regelt, wie mit anderen behördlichen Entscheidungen, also solchen außerhalb des Gentechnikrechts, umzugehen ist. Käme beispielsweise einer Freisetzungszulassung Konzentrationswirkung zu, könnte sie die artenschutzrechtliche Befreiungsentscheidung also ggf. ersetzen, wobei dann ggf. die artenschutzrechtlichen Anforderungen aber bei der gentechnikrechtlichen Entscheidungen mitzuprüfen wären (formelle Konzentrationswirkung). Die weitere Frage ist allerdings, ob damit auch eine materielle Konzentration eintritt – ob also die artenschutzrechtlichen Ge- und Verbote dann auch im gentechnikrechtlichen Genehmigungsverfahren gar nicht mehr zu prüfen sind, sondern schlicht von den artenschutzrechtlichen Vorgaben des Gentechnikrechts verdrängt werden (materielle Konzentrationswirkung).

§ 22 Abs. 1 GenTG enthält zunächst einige hier nicht weiter interessierende Vorgaben zur gentechnikrechtlichen Anlagengenehmigung. § 22 Abs. 3 GenTG bestimmt sodann, dass die Vorschriften über die FFH-Verträglichkeitsprüfung bei Freisetzen oder dem nachmarktlichen Anbau von GVO unberührt bleiben (vgl. § 34a BNatSchG bzw. § 35 BNatSchG 2010¹⁴²). Diese Regelung bewirkt, dass die FFH-Verträglichkeitsprüfung, die § 34a BNatSchG bzw. § 35 BNatSchG 2010 für Freisetzen und den landwirtschaftlichen Anbau von GVO vorschreibt, wenn ein europäisch geschütztes Gebiet gefährdet ist, stets parallel zur UVP im gentechnikrechtlichen Genehmigungsverfahren durchzuführen ist.¹⁴³ Wären die Belange des Artenschutzes dem Gebietsschutz zu- oder untergeordnet, könnte man an dieser Stelle fragen, ob nicht die artenschutzrechtliche Prüfung eines solchen Vorhabens gleichsam unter die Regelung des § 22 Abs. 3 GenTG zu subsumieren sein könnte. Da jedoch bereits gezeigt wurde, dass das Artenschutzrecht selbständig neben dem Habitatsschutz steht und ein separates Instrument des Naturschutzes darstellt¹⁴⁴, bedürfen solche Überlegungen hier nicht der Vertiefung. Als einschlägige Norm bleibt damit § 22 Abs. 2 GenTG: „Vorschriften, nach denen öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen erteilt werden, finden auf (...) Freisetzen oder das Inverkehrbringen insoweit keine Anwendung, als es sich um den Schutz vor den spezifischen Gefahren der Gentechnik handelt (...).“ Es könnte also sein, dass bestimmte artenschutzrechtliche Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren (formell) sowie die damit verbundenen inhaltlichen Anforderungen des Naturschutzrechts (materiell) durch § 22 Abs. 2 GenTG „absorbiert“ werden.

Die Absorption des Artenschutzes durch das Gentechnikrecht kommt allerdings letztlich nur in Betracht, soweit eine Freisetzung betroffen ist. Das Inverkehrbringen dagegen spielt im hier interessierenden Zusammenhang keine größere Rolle, da hinsichtlich der Inverkehrbringensge-

¹⁴¹ Instrukтив zur Rechtsfigur der Konzentrationswirkung *Odendahl*, *VerwArch* 2003, 222 ff.; *Ell*, *JuS* 2005, 497 ff.

¹⁴² Eine Anpassung des genauen Wortlauts des § 22 Abs. 3 GenTG an das neue BNatSchG erfolgte im Zuge der Naturschutzrechtsnovelle zum 01.03.2010.

¹⁴³ Vgl. hierzu auch m.w.N. *Hennig/Wilke*, *Naturschutzrecht und Gentechnikrecht*, S. 77 f.

¹⁴⁴ Siehe Abschnitt II.2.

nehmigung mangels unmittelbarer tatsächlicher Relevanz keine naturschutzrechtlichen Normen vorhanden sind, die einer Konzentration unterliegen könnten.¹⁴⁵ Der nachmarktliche landwirtschaftliche Anbau wiederum fällt mangels Nennung nicht in den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 GenTG, da dieser nur auf Freisetzungen und das Inverkehrbringen Bezug nimmt. Der landwirtschaftliche Anbau von zum Inverkehrbringen genehmigten transgenen Pflanzen unterliegt auch keinem eigenen gentechnikrechtlichen Genehmigungserfordernis, wie es überhaupt die Vorbedingung für eine Konzentrationswirkung wäre. In sofern ist der Regelungsgehalt des § 22 Abs. 2 GenTG im Zusammenhang mit dem Artenschutzrecht lediglich für Freisetzungen relevant.

2. Artenschutzbezogener Regelungsgehalt bezüglich nicht gentechnikspezifischer Gefahren

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift reicht die Wirkung des § 22 Abs. 2 GenTG nur soweit, als es um den Schutz vor den *spezifischen Gefahren der Gentechnik* geht (soweit dies der Fall ist, wäre dann die Folgefrage, ob eine formelle und auch materielle Konzentrationswirkung gemeint ist). Bezweckt eine Maßnahme dagegen den Schutz vor einer Gefährdung, die nicht gentechnikspezifischer Natur ist, ist sie nicht vom Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 GenTG erfasst. In soweit entfaltet die Freisetzungsgenehmigung keine umfassende Konzentrationswirkung; es bliebe dann formell und materiell bei der Anwendbarkeit des oben herausgearbeiteten Artenschutzrechts. So wird in der Bestimmung des § 22 Abs. 2 GenTG teilweise lediglich eine Regelung des eingeschränkten Prüfungsumfanges im nichtkonzentrierten Verfahren gesehen: Hiermit sei klargestellt, dass die insoweit erforderlichen behördlichen Verfahren (etwa artenschutzrechtliche Verfahren) nach wie vor erforderlich blieben, in diesen Verfahren jedoch nicht mehr die spezifischen Aspekte der Gentechnik geprüft werden sollten. So würden Doppelprüfungen vermieden und der unterschiedlich verteilte Sachverstand bestmöglich abgeschöpft.¹⁴⁶ Demnach könnte neben der Freisetzungsgenehmigung beispielsweise eine Befreiung

von den allgemeinen artenschutzrechtlichen Verboten durch die nach Landesrecht zuständige Behörde erforderlich sein, wenn keine spezifischen Gefahren der Gentechnik betroffen sind. Daraus ergibt sich die Frage, wie der Begriff der gentechnikspezifischen Gefahren zu bestimmen ist.

Nicht spezifisch gentechnisch sind etwa solche Gefahren, die auch im Rahmen der konventionellen Landwirtschaft auftreten. So betrachtet die Rechtsprechung eine mögliche Aufnahme von durch GVO produzierten BT-Toxinen durch Nichtzielorganismen nicht als gentechnikspezifische Gefahr, da die Gefahr des Toxin-Eintrags bei konventionellem Pestizid-Einsatz genauso bestünde.¹⁴⁷ Hinsichtlich der Problematik der Verbreitung transgener Pflanzen durch Auswilderung zeigen die Vorschriften des Artenschutzes zum Schutz gebietstypischer Arten vor Verfälschung, dass es sich hierbei ebenfalls nicht um eine gentechnikspezifische Gefahr handelt. Demgegenüber sei z. B. die Abwasserqualität in Hinblick auf gentechnische Rückstände ein spezifischer Aspekt, der seine nochmalige Überprüfung in einem wasserrechtlichen Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren versage.¹⁴⁸ Auch Veränderungen des Managements der gentechnisch veränderten Pflanzen bzw. der Anbaupraxis werden gemeinhin zu den gentechnikspezifischen Gefahren gezählt. Dieser Aspekt umfasst insbesondere den veränderten Einsatz von Pflanzenschutzmitteln, welche durch bestimmte Eigenschaften des GVO bedingt sind (z. B. hr-Pflanzen und ihr jeweiliges Komplementär-Herbizid).

Das heißt, dass § 22 Abs. 2 GenTG bezüglich der genannten nicht gentechnikspezifischen Gefahren keinerlei Aussage zum Verhältnis von Artenschutz- und Gentechnikrecht enthält, außer dass die separaten behördlichen Verfahren erforderlich bleiben. Im Rahmen einer Freisetzung, um die es bei der Konzentrationswirkung ja geht, könnte das also ggf. sein:

- Ein Verfahren zur Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG 2010 von dem Verbot einer Freisetzung nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010, wenn dieses Verbot auf eine nicht spezifisch gentechnische Gefahr gestützt wurde, z. B. auf die Gefährdung aufgrund der Aufnahme von durch die Pflanzen produzierten BT-Toxinen durch Nichtziel-

¹⁴⁵ Die Inverkehrbringensgenehmigung betrifft ja nur die Abgabe *in den Markt*, nicht dagegen die nachmarktliche Verwendung. Unmittelbar naturschutzrechtlich relevant ist jedoch nur die Verwendung des GVO in freier Natur, also entweder eine Freisetzung oder der nachmarktliche landwirtschaftliche Anbau.

¹⁴⁶ Hirsch/Schmidt-Didczhun, GenTG, § 22 Rn. 19. Vgl. auch VG Berlin, Beschluss v. 12. September 1995 – Az.: 14 A 255/95; Beschluss v. 9. Mai 1997 – Az.: 14 A 194/96 (unveröffentlicht).

¹⁴⁷ VG Frankfurt (Oder), NuR 2007, 626 (628); VG Dresden, Beschluss vom 07.05.2008 – Az. 1 L 205/08 (unveröffentlicht). Zu beiden Entscheidungen ausführlich Henig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 33 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Hirsch/Schmidt-Didczhun, GenTG, § 22 Rn. 19.



organismen.¹⁴⁹ Dieses wäre von den naturschutzrechtlich zuständigen Landesbehörden nach den einschlägigen naturschutzrechtlichen Bestimmungen durchzuführen (wobei im Rahmen der dann vorzunehmenden Abwägung die Befreiung ggf. auch versagt werden könnte, was allerdings wieder auf die bekannten Probleme wie naturwissenschaftliche Wissenslücken usw. zurückverweist).

Weitere Verfahren kommen im Zusammenhang mit Freisetzungen bei genauerer Betrachtung wohl gar nicht in Betracht, da bereits tatbestandlich kein artenschutzrechtliches Genehmigungserfordernis oder Verbot greift, von dem eine Befreiung beantragt werden müsste. Insbesondere die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes fallen schon aufgrund der Verwirklichung eines Ausnahmegrundes (Forschungszweck, s. o.) nicht in den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 GenTG, wodurch ein eventuelles Befreiungsverfahren obsolet wird. *Sollte* die Freisetzung von GVO künftig einmal der Ansiedelung gebietsfremder oder invasiver Arten gleichgestellt werden, käme ggf. außerdem ein zusätzliches allgemein artenschutzrechtliches Genehmigungserfordernis in Betracht.¹⁵⁰ Ein solches wäre – theoretisch – allerdings ebenfalls weiterhin separat von den Landesnaturschutzbehörden artenschutzrechtlich und nicht etwa in die Freisetzungsgenehmigung integriert zu prüfen, da es sich hier nicht um eine spezifische Gefahr der Gentechnik i.S.d. § 22 Abs. 2 GenTG handelt. Vielmehr belegt die jetzige Fassung des § 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 40 BNatSchG 2010, dass Verfälschungen der Flora und Fauna auch durch die Ansiedelung nicht transgener Pflanzen verursacht werden können.¹⁵¹

Hinsichtlich des landwirtschaftlichen Anbaus bereits in den Verkehr gebrachter GVO ergibt sich zunächst einmal aus dem Gesetzeswortlaut die erwähnte Erkenntnis, dass er im Rahmen des Artenschutzes – entgegen der Regelung zum Gebietsschutz – von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 22 GenTG einbezogen ist.¹⁵² Das heißt, dass jeder artenschutzrelevante landwirtschaftliche Anbau nach dem Normwortlaut an den Maßgaben des Artenschutzrechts zu messen ist, unabhängig von den gentechnikrechtlichen Verfahren (wobei gentechnikrechtlich wie erwähnt gemäß § 26 GenTG ebenfalls eine Handlungsmöglichkeit verbleibt, die häufig nicht von der Inverkehr-

bringensgenehmigung verdrängt sein wird und die damit parallel zu den artenschutzrechtlichen Handlungsbefugnissen besteht). Ein Beispiel hierfür könnte sein:

- Ein Verfahren zur Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG 2010 von den Zugriffsverboten des besonderen Artenschutzes (die z. B. ein Landwirt beantragt haben könnte, durch dessen transgenen Anbau benachbarte besonders geschützte Arten gefährdet sind) müsste stets durchgeführt werden, selbst wenn die Inverkehrbringensgenehmigung dieselben Tatsachen schon explizit abgeprüft hätte.¹⁵³ Hierbei käme es auch nicht darauf an, ob das Verbot sich auf die Vermeidung gentechnikspezifischer Gefahren richtet oder nicht.¹⁵⁴ Die Zuständigkeit verbliebe in einer solchen Konstellation bei den Naturschutzbehörden der Länder.

Dieses Ergebnis entspricht auch den norminternen Wertungen des Zusammenspiels von § 22 GenTG und dem BNatSchG: So ist der kommerzielle Anbau hinsichtlich des Gebietsschutzes nur deswegen in die Regelung des § 22 GenTG einbezogen, weil durch ihn im Habitatschutzrecht eine spezielle FFH-Prüfpflicht ausgelöst wird (§ 34a BNatSchG bzw. § 35 BNatSchG 2010). Diese bleibt ausweislich der Regelung in § 22 Abs. 3 GenTG aber eben gerade unberührt. Gleiches gilt aufgrund der fehlenden Nennung in § 22 Abs. 2 GenTG für den landwirtschaftlichen Anbau hinsichtlich des Artenschutzrechts.

Damit gelten sowohl für das europäisch überwölbte Arten- wie auch das Gebietsschutzrecht beim landwirtschaftlichen Anbau von GVO grundsätzlich neben den gentechnikrechtlichen Vorgaben die Standards der differenzierteren naturschutzrechtlichen Prüfprogramme, was hinsichtlich der diesbezüglich begrenzten Möglichkeiten bei der Inverkehrbringensgenehmigung (s. o.) auch sachlich begründet ist. An den – wie dargestellt – gleichwohl nur begrenzten Möglichkeiten artenschutzrechtlicher Maßnahmen ändert dies allerdings nichts.

¹⁴⁹ Dabei ist zu bedenken, dass die Wahrscheinlichkeit eines solchen Verbots schon aufgrund naturwissenschaftlicher Begründungsschwierigkeiten eher theoretischer Natur sein dürfte, s. o. Abschnitt III.1.b).

¹⁵⁰ S. o. Abschnitt III.1.c).

¹⁵¹ Ähnlich auch Lemke, Ökolandbau, S. 228 f.

¹⁵² So auch Lemke, Ökolandbau, S. 228.

¹⁵³ Sogar auch, wenn zusätzlich eine FFH-Prüfung stattfinden müsste. Zur in diesem Zusammenhang ggf. wiederum auftauchenden Problematik der tatbestandlichen Sperrwirkung der Inverkehrbringensgenehmigung gegenüber der FFH-Prüfung vgl. Abschnitt IV.2. und 3. Gegenüber der artenschutzrechtlichen Prüfung kann diese Sperrwirkung schon aus dem Grunde nicht eintreten, da der kommerzielle Anbau nicht von der Wirkung des § 22 Abs. 2 GenTG erfasst ist und sich damit der Überwölbung durch die Inverkehrbringensgenehmigung entzieht.

¹⁵⁴ Siehe aber wiederum Fn. 141.

3. Artenschutzbezogener Regelungsinhalt bezüglich gentechnikspezifischer Gefahren

Fraglich ist nun, inwieweit das Artenschutzrecht gegenüber dem Gentechnikrecht bei spezifisch gentechnischen Gefahren im Sinne des § 22 Abs. 2 GenTG zum Zuge kommen kann.¹⁵⁵ In Hinblick auf die sehr wenigen, eher theoretisch konstruierbaren als in der Praxis zu erwartenden Anwendungsfälle des § 22 Abs. 2 GenTG in Zusammenhang mit dem Artenschutzrecht¹⁵⁶ soll hier nur auf den an anderer Stelle aufgearbeiteten, insgesamt allerdings wenig klaren und wenig übersichtlichen Streitstand zur materiellen und formellen Konzentrationswirkung des § 22 Abs. 2 GenTG hinsichtlich gentechnikspezifischer Gefahren verwiesen werden.¹⁵⁷ Im Ergebnis wäre in einer Konstellation, in der im Rahmen einer Freisetzungsgenehmigung gentechnikspezifische Gefahren aufgrund artenschutzrechtlicher Bestimmung mitgeprüft werden müssten, die Genehmigungsbehörde (also das BVL, vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 31 S. 2 GenTG) unter Beteiligung der – anzuhörenden, aber über kein „Vetorecht“ verfügenden – Benehmensbehörden (u.a. BfN, vgl. § 16 Abs. 4 S. 1 GenTG) zuständig. Der materielle Gehalt der artenschutzrechtlichen Vorschriften wäre (nach kontroverser, nicht mit dem Diktum der Rechtssicherheit beschreibbarer Ansicht) vollumfänglich in die gentechnikrechtliche Prüfung zu inkorporieren; insbesondere hinsichtlich der Differenziertheit spezifisch artenschutzfachlicher Belange könnte die gentechnikrechtliche UVP in diesem Wege sinnvoll ergänzt werden.¹⁵⁸ Die Lücken, die im Zuge der gentechnikrechtlichen UVP entstehen, sind durch das artenschutzrechtliche Prüfprogramm zu schließen. Hierbei kommt der Kooperation mit den Bundes- und Landesnaturschutzbehörden eine wichtige Funktion zu.¹⁵⁹ Es sei aber noch einmal angemerkt, dass es weiterer Diskussion bedarf, inwieweit damit ein praktisch relevanter Fall beschrieben wird, da u.U. kaum artenschutzrechtliche Konstellationen denkbar sind, in denen

es tatsächlich auf die Konzentrationswirkung des § 22 Abs. 2 GenTG real ankommt.

¹⁵⁵ § 22 GenTG ist bei alledem eine Norm nur des nationalen Rechts ohne europarechtlichen Hintergrund. Ihre Grundaussagen dürften allerdings vor dem Hintergrund des europäischen Gentechnikrechts durchaus nahe liegen.

¹⁵⁶ Einzig denkbar wäre theoretisch ein Verfahren zur Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG 2010 von dem Verbot einer Freisetzung nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 HS. 2 BNatSchG 2010 (soweit diese Norm überhaupt auf Freisetzungen anwendbar ist, s. o.), wenn dieses Verbot auf eine spezifisch gentechnische Gefahr gestützt wurde.

¹⁵⁷ Siehe m. w. N. Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 77 f., 148 ff.; teilweise klarer, aber knapper Ekardt/Hennig/Wilke, JbUTR 2008, 157 ff.

¹⁵⁸ Gegen die Zuständigkeit der Bundesbehörde spricht in diesem Fall wenig, da die Freisetzung in der Regel räumlich und zeitlich begrenzt ist.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu m.w.N. auch Hennig/Wilke, Naturschutzrecht und Gentechnikrecht, S. 77 f.



VI Fazit, Steuerungs- und Verfassungsfragen

1. Zusammenfassung der Ergebnisse

Anhand der eingangs formulierten Fragen können im Folgenden die wesentlichen Erkenntnisse der Untersuchung festgehalten werden:

- Wo finden sich Anknüpfungspunkte für die interessierenden gentechnischen Tätigkeiten im Artenschutzrecht, und wie löst das Artenschutzrecht die Konfliktlage?

In der folgenden Tabelle werden in Spalte 2 die Möglichkeiten dargestellt, ein Freisetzen oder einen nachmarktlichen Anbau auf negative Wirkungen auf geschützte Arten hin zu überprüfen und ggf. zu versagen. Ein (-) bedeutet dabei, dass eine solche Möglichkeit rechtlich nicht besteht, ein (+) bedeutet, dass eine solche Möglichkeit besteht/ bestehen kann. Spalte 3 zeigt, ob es dann wiederum die Möglichkeit gibt, eine solche Prüfung/ Versagung mit Hilfe einer Ausnahme oder Befreiung auszuhebeln.

Diese Tabelle verdeutlicht noch einmal den bereits oben angesprochenen Befund: An den wenigen Stellen, wo eine Beeinträchtigung der zahlreichen artenschutzrechtlichen Bestimmungen tatbestandlich überhaupt denkbar wäre, besteht in der Regel die Möglichkeit einer Ausnahme oder einer Befreiung.

- Wo finden sich Vorgaben zum Artenschutz in den gentechnikrechtlichen Genehmigungsnormen?

Ansätze zum Artenschutz i.w.S. finden sich sowohl in den gentechnikrechtlichen Genehmigungserfordernissen, als auch in den Regelungen der nachgeschalteten Überwachung durch die Gentechnikbehörden. Allerdings bleiben diese Vorschriften zurzeit aus verschiedenen Gründen ein noch eher stumpfes Schwert, nicht zuletzt aufgrund der naturwissenschaftlichen Erkenntnislage, bestehender Rechtsunsicherheiten und ggf. der jeweiligen behördlichen Motivationslage. Problematisch kann dies insbesondere im Rahmen der „überörtlichen“ Inverkehrbringensgenehmigung sein, da diese Genehmigung gleichwohl das Verhalten der Nutzer im nach-

Allgemeines Artenschutzrecht		
Betroffene Regelung	Tatbestandsbeeinträchtigung/ Genehmigungserfordernis/ Anordnungsgrund	Ausnahme/Befreiung
Schädigungs-/ Störverbote:		
• bei Freisetzung	(-)	entfällt
• bei Anbau	(-)	entfällt
Verbot der erheblichen Beeinträchtigung:		
• bei Freisetzung	evtl. (+)	(+)
• bei Anbau	(-)	entfällt
Verfälschung/ Gefährdung gebietstypischer Arten:		
• bei Freisetzung	(-)	entfällt
• bei Anbau	(-)	entfällt
Anordnung bei Gefährdung durch ungenehmigte oder unbeabsichtigte Ausbreitung:		
• bei Freisetzung	evtl. (+)	entfällt
• bei Anbau	evtl. (+)	entfällt
Besonderes Artenschutzrecht		
Zugriffsverbote:		
• bei Freisetzung	evtl. (+)	Ausnahme (+), daher Befreiung (-)
• bei Anbau	evtl. (+)	Ausnahme (-), Befreiung evtl. (+)

marktlichen Segment (z. B. durch Landwirte) grundsätzlich legalisiert, eine adäquate Artenschutzprüfung jedoch nicht leisten kann. Hierbei kann es in erheblichem Maße auf den konkreten Inhalt der Genehmigung und dessen naturwissenschaftliche und rechtliche Beurteilung in der jeweils zu entscheidenden Konstellation ankommen. Formale Regularien wie die UVP im Inverkehrbringungsverfahren könnten diesbezüglich allenfalls dann eine relevante Wirkung entfalten, wenn die Regelungen insoweit deutlich konkreter werden würden.

- Wie stehen diese Normen im Verhältnis zueinander, wie ist ihr Verhältnis geregelt?

Zusammenfassend ist über diese nur mäßig übersichtliche Schnittmenge von Gentechnikrecht und Artenschutzrecht das Folgende zu sagen: Die Bestimmungen des fünften Abschnitts des BNatSchG (bzw. fünften Kapitels des BNatSchG 2010) bleiben durch die gentechnikrechtlichen Vorschriften hinsichtlich des nachmarktlichen Anbaus von GVO theoretisch unberührt, sie bleiben jedoch mit dem Problem der Legalisierungswirkung der Inverkehrbringensgenehmigung sowie dem Problem der naturwissenschaftlichen Erkenntnislage, verbleibender Rechtsunsicherheiten und der Frage nach den Intentionen der jeweils handelnden Behörden konfrontiert. In Bezug auf Freisetzung ist wohl überhaupt nur in sehr beschränkten und eher theoretischen Fällen das Schnittmengenproblem gegeben, soweit es um gentechnikspezifische Gefahren geht; dann ist der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 GenTG eröffnet, und sämtliche artenschutzrechtlichen Aspekte sind im Rahmen des Gentechnikrechts mitzubehandeln. Andernfalls, also bei nicht gentechnikspezifischen Gefahren, bleibt es bei der Behandlung artenschutzfachlicher Fragen im Rahmen des Artenschutzes.

2. Schlussbetrachtung: Gentechnikvollzug und Gesetzgebung – effektiver Umweltschutz und die Demokratie

Nach alledem verbleiben mehrere prinzipielle Fragen, die abschließend zumindest knapp angesprochen werden sollen: Kann der Artenschutz als Aspekt des Naturschutzes strukturell über Einzelentscheidungen überhaupt dauerhaft sinnvoll im Gentechnikrecht bearbeitet werden? Und welches sind die Implikationen all dessen für bestimmte Grundprinzipien der liberalen Demokratie? Grundsätzlich gilt es zunächst einmal zu berücksichtigen, dass es aus rechtsstaatlichen Gründen nicht unproblematisch ist, ein Verhalten, das ein-

mal staatlich genehmigt, also legitimiert wurde, durch Vorschriften eines anderen Rechtsgebietes zu verbieten oder zu sanktionieren. Die Vorstellung, etwa die Freisetzung oder den landwirtschaftlichen Anbau von GVO durch das Artenschutzrecht weitgehend beschränken zu können, obwohl eine wirksame Genehmigung vorliegt, kann schon wegen dieses Grundgedankens nicht recht überzeugen. *Daher ergibt sich die Erkenntnis, dass eine stärkere Berücksichtigung von Natur- und Artenschutzbelangen rechtsstaatlich eigentlich bei der Genehmigung integriert werden sollte.*

Gleichwohl sollte dies keinen Illusionen über die artenschutzfachliche Bedeutung der gentechnik- und naturschutzrechtlichen Genehmigungs-, Verbots- und Anordnungstatbestände in ihrer bisherigen Ausgestaltung Vorschub leisten: Zurzeit und wohl auch künftig bleibt die Überprüfung artenschutzrechtlicher Belange inner- und außerhalb genehmigungspflichtiger Tatbestände des Gentechnikrechts eher ein stumpfes Schwert. Bei der Freisetzung wäre dies vielleicht änderbar, beim Inverkehrbringen ist es bereits strukturell schwierig, Artenschutz und Inverkehrbringen stets sinnvoll aufeinander zu beziehen. *Und auch die artenschutzrechtliche Beurteilung gentechnischer Tätigkeiten im nachmarktlichen Segment unterliegt Friktionen in Gestalt (auch hier bestehenden) naturwissenschaftlicher Erkenntnisunsicherheiten, verbleibender Rechtsunsicherheiten – und der Frage danach, wie groß der behördliche Wille überhaupt ist, unter diesen Umständen zugunsten des Artenschutzes einzuschreiten.*¹⁶⁰ Geht die betroffene Tätigkeit über das genehmigte oder rechtlich erlaubte Verhalten hinaus (wobei schon die Meinungen darüber, was im Einzelfall überhaupt konkret genehmigt werden kann und was genehmigt wurde, wie gesehen auseinander gehen können), greifen in begrenztem Umfang Möglichkeiten der Gentechnik- und Naturschutzbehörden, hier einzuschreiten. Trotz insoweit vorhandener Befugnisnormen bleibt neben den eben repetierten Problemen freilich das Spannungsverhältnis zur Legalisierungswirkung der Inverkehrbringensgenehmigung bestehen. Gleichwohl bieten sich vor allem hier, im nachmarktlichen Segment, am ehesten Potenziale, artenschutzfachliche Belange zur Geltung zu bringen und die entsprechenden behördlichen Befugnisse auch offensiv zu nutzen. Ggf. muss dann über eine Klage des Betroffenen gerichtlich darüber gestritten werden, wie weit gentechnik- oder naturschutzbehördliche Anordnungen Bestand haben können. Solange die Landesbehörden nicht willens sind, sich selbstbewusst auf solche Auseinandersetzungen

¹⁶⁰ Zur rechtlichen Bewertung und Kontrollierbarkeit naturwissenschaftlicher Erkenntnisse vgl. die Ausführungen unter III.1.a).



einzulassen und auf diesem Wege Lücken in den Genehmigungen zu identifizieren und anzuprangern, wird es schwierig sein, Artenschutzbelangen zu einer stärkere Berücksichtigung im Zusammenhang mit GVO zu verhelfen. *All dem ist nur bedingt durch konkrete gesetzliche Verbesserungen abzuhelfen; klarere Regelungen würden an vielen Stellen allerdings vielleicht die Rechtsunsicherheiten minimieren und zudem einer begrenzten behördlichen Motivation zum Einschreiten eine teilweise andere Richtung geben können.*

Es ist einmal mehr deutlich geworden, dass an vielen Stellen letztlich tatsächliche, noch offene Fragen über die Bewertung rechtlicher Probleme wesentlich mitentscheiden. In sofern sind die Naturwissenschaften hier nach wie vor massiv gefordert, belastbare und methodisch nachvollziehbarer Erkenntnisse zu generieren und in die politischen und rechtlichen Prozesse einzuspeisen.¹⁶¹ Ohne stabile Wirkhypothesen wird es mangels Betroffenheit in kaum einer denkbaren Konstellation zu Einschränkungen gentechnischer Tätigkeiten aufgrund von Artenschutzbelangen kommen können. Doch auch in der Handhabung der entsprechenden Rechtsnormen liegt ein Problem, da sich einerseits die Reichweite des gebotenen artenschutzrechtlichen Niveaus anscheinend noch nicht in das Bewusstsein der Vollzugspraxis eingepägt hat und andererseits auch die unübersichtlichen Rechtsnormen kein übergreifendes Schutzniveau bereitstellen. Wie dieses Instrumentarium von behördlicher Seite künftig genutzt werden wird, bleibt mit einer gewissen Skepsis abzuwarten.

Von vornherein gar nicht auf der Ebene einer Genehmigung, auch nicht einer gentechnikrechtlichen, und auch nicht auf der Ebene allein der Naturwissenschaft kann eine andere Frage geklärt werden, die nicht selten unausgesprochen im Raum stehen wird, wenn über artenschutzfachliche Maßnahmen mit GVO-Bezug nachgedacht wird: nämlich die Frage, inwieweit die Nutzung der grünen Gentechnik überhaupt sinnvoll erscheint oder eben nicht, einschließlich der Frage, ob nach der Nutzung der grünen Gentechnik so generell oder von Fall zu Fall gefragt werden muss. Freilich ist dies nicht einfach zu beantworten: einerseits wegen des immer noch beschränkten naturwissenschaftlichen Wissens, andererseits weil unklar ist, inwieweit Gentechnik bestimmten Artenschutzzielen – und anderen Zielen – vielleicht per se zuwiderläuft, so dass die mit differenzierten Regelungen usw. vorausgesetzte Koexistenz-Option vielleicht nur eingeschränkt besteht. Die Frage ist

letztlich eine ähnliche wie bei der Koexistenz zwischen gentechnischer und konventioneller Landwirtschaft. *Letzten Endes bleiben Detailbemühungen um mehr Arten- oder Naturschutz bei gentechnischen Tätigkeiten ein nur bedingt taugliches Substitut für die grundsätzliche Frage an den Gesetzgeber, ob die grüne Gentechnik nun dauerhaft betrieben und die dann schwer vermeidbaren möglichen Nebenfolgen im Zweifel hingenommen werden sollen – oder eben nicht. Die jetzige Rechtslage entscheidet diese Frage vorläufig – und ggf. endgültig – in ersterem Sinne (wobei allerdings der u.U. so gar nicht zutreffende Eindruck eines Kompromisses erweckt wird).¹⁶²*

Aufgrund der aufgezeigten Lücken im Artenschutzrecht sowohl des Gentechnik-, als auch des Naturschutzrechts ist wohl zu konstatieren, dass der Gesetzgeber mit der Grundsatzentscheidung für die grüne Gentechnik die Folgen für den Naturhaushalt derzeit hinnimmt (und damit freilich auch Entscheidungen für die Zukunft vorwegnimmt). *So ergänzen sich Gesetzgebung und Vollzug in aus naturschutzfachlicher Sicht bedenklicher Weise, indem rechtlich Prüfprogramme aufgestellt werden, die zwar ein umfassendes Risikomanagement suggerieren, jedoch unrealistische Erwartungen an den Vollzug stellen und bei deren strikter und konsequenter Befolgung wiederum eine Entwicklung der grünen Gentechnik zum jetzigen Zeitpunkt allein schon mangels definitiver naturwissenschaftlicher Erkenntnisse hinsichtlich ihrer Risiken wohl kaum möglich wäre.*

Diese wenig konsistente Rechtslage, dass einerseits eine klare Grundsatzentscheidung für eine Technologie andererseits mit zurzeit eigentlich nicht erfüllbaren Prüfprogrammen verknüpft wird, zeitigt entsprechend unbefriedigende Folgen in Recht und Praxis, die gewährleisten, dass die Grundentscheidung zugunsten der grünen Gentechnik dennoch zum Tragen kommt: zum ersten rechtlich durch zahlreiche Rückausnahmen und Abweichungsoptionen, zum anderen vollzugsseitig, indem das vorgegebene Schutzniveau nicht eingehalten wird.

¹⁶¹ Zum Zusammenspiel von Tatsachen und Sollens-/Rechtsaussagen/normativen Aussagen beim Erlass von Gesetzen und bei deren Vollzug vgl. ausführlich *Ekardt/Susnjar*, JbUTR 2007, 277 ff.

¹⁶² Man könnte dem nun entgegenhalten, der Gesetzgeber habe mit dem GenTG doch gerade klar gemacht, dass Gentechnik grundsätzlich genehmigungsfähig ist, die Zulassung aber eben von der Gefährdung durch den speziell beantragten GVO abhängig ist, die dann eben im Einzelfall (naturwissenschaftlich) zu klären ist. Eine solche Sichtweise muss allerdings voraussetzen, dass ökologische und ökonomische Koexistenz in diesem rechtlichen Rahmen überhaupt möglich ist. Lediglich verschleiert würde eine etwaige Unvereinbarkeit dagegen gerade, wenn etwa wie aktuell politisch darüber nachgedacht wird, das sog. Nullprozent-Regime aufzulockern und die Kennzeichnungsgrenzwerte anzuheben, da eine echte Koexistenz damit dann gerade nicht mehr möglich wäre. Davon abgesehen zeigt der nach wie vor nicht abgeschlossene Streit um die naturwissenschaftliche Integrität bislang ergangener Freisetzungs- und Inverkehrbringensgenehmigungen im sog. „step-by-step-Verfahren“ ja gerade, dass die gesetzlichen Vorgaben u.U. nicht ausreichen, um Natur- und Artenschutzbelangen im Gentechnikrecht Rechnung zu tragen. Unser Eindruck ist bekanntlich, dass von den gesetzlichen Vorschriften eine „Machbarkeit“ von Koexistenz und Naturschutz im Zeichen der Gentechnik impliziert wird, die so eben gerade anzweifelbar ist.

Der letztlich nur vermeintliche Kompromiss anstelle einer offenen und klaren Entscheidung ist also nicht nur aus steuerungstheoretischer Sicht bedenklich, insofern als damit die Erreichung bestimmter Umweltziele (etwa im Artenschutz) eher unwahrscheinlich wird und der Geschichte umweltrechtlicher Steuerungsdefizite¹⁶³ eine weitere hinzugefügt wird. Vielmehr ergibt sich aus dem Geschilderten auch ein kaum auflösbarer Konflikt des geltenden Gentechnikrechts mit dem Verfassungsrecht¹⁶⁴:

- Zunächst einmal ist diese Art subkutaner Entscheidung auch demokratisch in hohem Maße bedenklich¹⁶⁵ und gerät in ihrer Kombination aus überhaupt fehlender Entscheidung und Entscheidungsdelegation an nachgeordnete Ebenen in einen kaum lösbaren Konflikt mit den Prinzipien des Gesetzesvorbehalts und der Gewaltenteilung. Beide Prinzipien ergeben, als formale Mechanismen der Freiheitssicherung in liberalen Demokratien, die Aussage, dass die wesentlichen politischen Entscheidungen vom Parlament getroffen und verantwortet werden müssen. Dies ist vorliegend bereits durch die Delegation hochkomplexer, letztlich aber zentraler Fragen an die Verwaltung gefährdet. Denn ganz generell mit den genannten Prinzipien nur schwer vereinbar ist das im Umweltrecht allgemein um sich greifende Phänomen, dass die (subkutane) Entscheidung zudem durch eine Fülle offener, auf komplexe Abwägungen hinauslaufender Normen eher an die Verwaltung delegiert wird.
- Ebenso aber wird es den genannten Prinzipien nicht gerecht, wenn der Gesetzgeber vorgibt, eine Frage offengehalten zu haben, in Wirklichkeit aber die Frage (ohne dass dies den Bürgern erkennbar ist) bereits entschieden ist, und zwar in einer anderen Weise als präferiert. Zugespielt könnte man sagen: Der Gesetzgeber hat zwar „das Wesentliche entschieden“, es ist für den Souverän aber schlechterdings nicht erkennbar, dass eine (kaum revidierbare) Entscheidung getroffen wurde. Die so bezeichneten verfassungsrechtlichen Probleme sollte der Gesetzgeber innerhalb einer vom BVerfG zu setzenden Frist auflösen.
- Eine klare Entscheidung in puncto Gentechnik wirft dann sicherlich grundrechtliche Folgefragen auf; es kann allerdings nicht schlechthin davon ausgegangen werden, dass eine Stärkung oder der Schwächung der

Gentechnik grundrechtlich ausgeschlossen wäre. Denn es liegt – vielleicht nicht hinsichtlich des Naturschutzes, aber hinsichtlich des Gesundheitsschutzes – bei der Gentechnik ein multipolarer Konflikt verschiedener kollidierender Grundrechte vor, der erhebliche, allerdings durch Abwägungsregeln eingegegte gesetzgeberische Spielräume hervorbringt.¹⁶⁶ Es ist im Rahmen der Gentechnik-Regulierung also nicht nur an die wirtschaftlichen Freiheitsrechte zu denken.

- Das Recht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen, nämlich auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG¹⁶⁷), schützt¹⁶⁸ auch vor unsicheren (aber im Eintrittszeitpunkt irreversiblen) Beeinträchtigungen, wie sie für das Gentechnikrecht typisch sind.¹⁶⁹ Denn die Kombination aus potenziell schwerwiegender und im späteren Schädigungszeitpunkt dann irreversibler Beeinträchtigung zwingt dazu, die häufig gemachte Unterstellung, Grundrechte schützen nicht gegen „nicht sichere“ Beeinträchtigung (also im Bereich „der bloßen Vorsorge“), zu revidieren. In der so beschriebenen Konfliktlage verschiedener Grundrechte besteht auch keine einseitige Beweislastverteilung zugunsten der Gentechniknutzer. Die tatsächlichen Erkenntnisunsicherheiten gehen also nicht einfach zu Lasten des Gesundheits- und Umweltschutzes.

Insofern besteht für den (letztlich nicht nur deutschen) Gesetzgeber erheblicher Handlungsbedarf, will er die Steuerungs- und Verfassungsprobleme der Gentechnik angemessen auflösen. Er kann und darf dies nicht allein auf die Gentechnik- und Naturschutzbehörden abwälzen.

¹⁶³ Vgl. dazu etwa *Ekar dt*, Steuerungsdefizite, § 6 und passim; *Ekar dt*, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, §§ 1 C. II., 3 B., 4 B., 5 B.

¹⁶⁴ Dies wird hier auf Deutschland bezogen. Man könnte wohl aber einen analogen Befund im Verhältnis des EU-Gentechnikrechts zum EU-Primärrecht stellen.

¹⁶⁵ Eine klare Entscheidung wirft sicherlich grundrechtliche Folgefragen auf; es kann allerdings nicht schlechthin davon ausgegangen werden, dass eine Stärkung oder der Schwächung der Gentechnik grundrechtlich ausgeschlossen wäre; vgl. zu den Abwägungsspielräumen allgemein *Ekar dt*, DV 2010, Beiheft 1.

¹⁶⁶ Hierzu und zum Folgenden *Ekar dt*, DV 2010, Beiheft 1; ein (ständiges) Missverständnis wäre es allerdings anzunehmen, wegen „geringerer Bestimmtheit“, der „Demokratie“, eines „Vorrangs der Abwehr- vor den Schutzrechten“, einer „drohenden Vermischung von Gerechtigkeit und gutem Leben“ usw. zu meinen, diese Spielräume seien in Bezug auf Schutzrechte größer als in Bezug auf Abwehrrechte. Sie verkennen u.a., dass mit Schutzrechten genau wie mit Abwehrrechten lediglich erreicht werden kann, dass der Staat (wegen Verstoßes wegen bestimmte Abwägungsregeln) eine bestimmte Entscheidung „nicht so“ treffen darf und daher ggf. neu entscheiden muss. Die eben aufgezählten Einwände werden a. a. O. näher behandelt.

¹⁶⁷ Daneben tritt objektiv-rechtlich (als Schutz weiterer, nicht grundrechtlich verfasster, gleichwohl freiheitsförderlicher Bedingungen) eine Norm wie das Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG).

¹⁶⁸ Wie alle Grundrechts-Aussagen ist dies (was bei Schutzrechten meist verwischt wird) zunächst eine Aussage auf Schutzbereichsebene. Dies schließt nicht aus, im Rahmen der Abwägungsregeln bestimmte Beeinträchtigungen (auf Schrankenebene) dann dennoch hinzunehmen, so wie dies auch für die (abwehrrechtlichen) Wirtschaftsgrundrechte gilt.

¹⁶⁹ Zu Vorsorge und Tatsachenunsicherheiten *Ekar dt*, DV 2010, Beiheft 1; *Ekar dt*/Susnjar, JbUTR 2007, 277 ff.; speziell zu den Beweislasten auch Callies, Rechtsstaat, passim; grundlegend dazu schon Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979 (allerdings mit der erkenntnistheoretisch uneinlösbaren Forderung nach einem „vollen Nichtschädlichkeitserweis“; richtig ist demgegenüber, dass ein Wechselspiel von Darlegungs- und Beweislasten besteht; dazu die Nachweise a. a. O.).

NABU vor Ort

NABU-Bundesverband
Charitéstraße 3, 10117 Berlin
Tel. 0 30.28 49 84-0
Fax 0 30.28 49 84-20 00
NABU@NABU.de
www.NABU.de

NABU Baden-Württemberg
Tübinger Straße 15, 70178 Stuttgart
Tel. 07 11.9 66 72-0
Fax 07 11.9 66 72-33
NABU@NABU-BW.de
www.NABU-BW.de

NABU Niedersachsen
Alleestraße 36, 30167 Hannover
Tel. 05 11.91 10 5-0
Fax 05 11.9 11 05-40
Info@NABU-Niedersachsen.de
www.NABU-Niedersachsen.de

NABU-Partner Bayern –
Landesbund für Vogelschutz (LBV)
Eisvogelweg 1, 91161 Hilpoltstein
Tel. 0 91 74.47 75-0
Fax 0 91 74.47 75-75
Info@LBV.de
www.LBV.de

NABU Nordrhein-Westfalen
Merowingerstraße 88, 40225 Düsseldorf
Tel. 02 11.15 92 51-0
Fax 02 11.15 92 51-15
Info@NABU-NRW.de
www.NABU-NRW.de

NABU Berlin
Wollankstraße 4, 13187 Berlin
Tel. 0 30.9 86 41 07 oder 9 86 08 37-0
Fax 0 30.9 86 70 51
LvBerlin@NABU-Berlin.de
www.NABU-Berlin.de

NABU Rheinland-Pfalz
Frauenlobstraße 15-19, 55118 Mainz
Tel. 0 61 31.1 40 39-0
Fax 0 61 31.1 40 39-28
Kontakt@NABU-RLP.de
www.NABU-RLP.de

NABU Brandenburg
Lindenstraße 34, 14467 Potsdam
Tel. 03 31.2 01 55-70
Fax 03 31.2 01 55-77
Info@NABU-Brandenburg.de
www.NABU-Brandenburg.de

NABU Saarland
Antoniusstraße 18, 66822 Lebach
Tel. 0 68 81.93 61 9-0
Fax 0 68 81.93 61 9-11
LGS@NABU-Saar.de
www.NABU-Saar.de

NABU Bremen
Contrescarpe 8, 28203 Bremen
Tel. 04 21.3 39 87 72
Fax 04 21.33 65 99 12
Info@NABU-Bremen.de
www.NABU-Bremen.de

NABU Sachsen
Löbauer Straße 68, 04347 Leipzig
Tel. 03 41.23 33 13-0
Fax 03 41.23 33 13-3
Landesverband@NABU-Sachsen.de
www.NABU-Sachsen.de

NABU Hamburg
Osterstraße 58, 20259 Hamburg
Tel. 0 40.69 70 89-0
Fax 0 40.69 70 89-19
NABU@NABU-Hamburg.de
www.NABU-Hamburg.de

NABU Sachsen-Anhalt
Schleiufer 18a , 39104 Magdeburg
Tel. 03 91.5 61 93-50
Fax 03 91.5 61 93-49
Mail@NABU-LSA.de
www.NABU-LSA.de

NABU Hessen
Friedenstraße 26, 35578 Wetzlar
Tel. 0 64 41.6 79 04-0
Fax 0 64 41.6 79 04-29
Info@NABU-Hessen.de
www.NABU-Hessen.de

NABU Schleswig-Holstein
Färberstraße 51, 24534 Neumünster
Tel. 0 43 21.5 37 34
Fax 0 43 21.59 81
Info@NABU-SH.de
www.NABU-SH.de

NABU Mecklenburg- Vorpommern
Arsenalstraße 2, 19053 Schwerin
Tel. 03 85.7 58 94 81
Fax 03 85.7 58 94 98
LGS@NABU-MV.de
www.NABU-MV.de

NABU Thüringen
Leutra 15, 07751 Jena
Tel. 0 36 41.60 57 04
Fax 0 36 41.21 54 11
LGS@NABU-Thueringen.de
www.NABU-Thueringen.de



Die vorliegende Untersuchung widmet sich der bisher kaum untersuchten Frage, ob und inwiefern den Belangen des Artenschutzes im Rahmen des geltenden Rechts bei der erstmaligen Freisetzung, beim Inverkehrbringen und beim kommerziellen Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen angemessen Geltung verschafft werden kann. Dabei zeigt sich, dass sowohl der Artenschutz innerhalb des Gentechnikrechts als auch das Artenschutzrecht gegenüber dem Gentechnikrecht oft nur suboptimal zur Geltung kommen. Dies ist ein Befund, der dem landläufigen Bild eines starken Naturschutzregimes und eines strengen Gentechnik-Risikomanagements zuwiderläuft. Dies führt auch zu Problemen mit Relevanz für Grundrechte und Demokratie.