




Umweltbundesamt

Michael NENTWICH

Reports

UBA-93-074

**Spezifische nationale Spielräume bei
der Umsetzung der EG-Richtlinie "über
die absichtliche Freisetzung genetisch
veränderter Organismen in die Umwelt"
(RL 90/220/EWG) anlässlich eines EWR-
bzw. EG-Beitritts Österreichs**

Wien, März 1993

Bundesministerium für Umwelt,
Jugend und Familie



Mag. Michael Nentwich ist Universitätsassistent am Institut für Europafragen der Wirtschaftsuniversität Wien. Das vorliegende Gutachten wurde im Auftrag der Forschungsstelle für Technikbewertung der Österreichischen Akademie der Wissenschaften erstellt.

Impressum:

Medieninhaber und Herausgeber: Umweltbundesamt, 1090 Wien, Spittelauer Lände 5.

Druck: Riegelnik, 1080 Wien.

© Umweltbundesamt, Wien, März 1993.

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 3-85457-113-5

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	2
I. Einleitung.....	4
A. Ausgangspunkt der Untersuchung.....	4
B. Mögliche Ausprägungen der Berücksichtigung von "sozioökonomischen" Kriterien im Gentechnikrecht.....	4
II. Zur Rechtslage in den Europäischen Gemeinschaften.....	7
A. Überblick über die Freisetzungsrichtlinie.....	7
B. Umsetzungsspielräume.....	8
1. Unterscheidung zwischen Voll- und Teilharmonisierung.....	8
2. Spielräume "innerhalb" der Richtlinie.....	12
a. Einbeziehung der Öffentlichkeit.....	12
b. Spezifische Einsatzbedingungen.....	13
c. Umweltbegriff.....	14
3. Relevanz der Rechtsgrundlage.....	15
4. Die Schranken der Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag in der Interpretation des EuGH.....	16
a. Rechtfertigung nach Artikel 36 EWG-Vertrag.....	18
b. Rechtfertigung durch die "Cassis de Dijon"-Prinzipien.....	20
c. Weitere Erfordernisse.....	23
III. Zur Rechtslage im Europäischen Wirtschaftsraum.....	25
A. Darstellung der einschlägigen Bestimmungen im EWR-Abkommen.....	25
B. Interpretation der sogenannten "gentechnischen Sozialklausel".....	26
1. Rechtsnatur der Klausel.....	26
2. Interpretation einzelner Klauselbestandteile.....	26
a. "im Zusammenhang mit anderen Problemen als der Gesundheit und der Umwelt".....	26
b. "ihre nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich anzuwenden".....	27
c. "sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist".....	27
IV. Beurteilung des norwegischen und des österreichischen Entwurfs für ein Gentechnikgesetz.....	29
A. Der norwegische Gesetzesentwurf.....	29
1. Darstellung.....	29
2. Beurteilung.....	31
B. Der österreichische Gesetzesentwurf.....	32
1. Darstellung.....	32
2. Beurteilung.....	33
V. Zusammenfassung.....	37

Vorwort

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften hat am 23.4.1990 die EG-Richtlinie 90/220/EWG mit dem Ziel erlassen, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt bei der absichtlichen Freisetzung genetisch veränderter Organismen (GVO) in die Umwelt und beim Inverkehrbringen von Produkten, die GVO enthalten oder aus solchen bestehen, anzugleichen. Bei einem Inkrafttreten des Abkommens zum Europäischen Wirtschaftsraum hätte Österreich die Richtlinie 90/220/EWG "über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt" (kurz: Freisetzungsrichtlinie) bis zum 1.1.1995 in nationales Recht umzusetzen (gleiches gilt im übrigen für die zweite EG-Richtlinie im Gentechnikbereich 90/219/EWG "über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen im geschlossenen System"). Bei einem etwaigen Beitritt Österreichs zu den Europäischen Gemeinschaften wären die beiden genannten Richtlinien natürlich ebenfalls (nach einer zu verhandelnden Übergangsfrist) in nationales Recht umzusetzen.

Im Rahmen des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum haben sich die EFTA-Staaten jedoch zu der Freisetzungsrichtlinie das Recht vorbehalten, "im Zusammenhang mit anderen Problemen als der Gesundheit und der Umwelt ihre nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich anzuwenden, sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist." Dieser Zusatz wird im allgemeinen als "gentechnische Sozialklausel" bezeichnet.

Die Frage, ob bei der Beurteilung eines Antrages zur Freisetzung oder zum Inverkehrbringen von GVO über die primären Sicherheitsfragen - die menschliche Gesundheit und die Umwelt betreffend - hinaus auch sogenannte sekundäre ökologische Aspekte oder solche der "ethischen Verantwortbarkeit" oder der "sozialen Zuträglichkeit" einfließen sollten, wurde auch bei den Vorbereitungen zur gesetzlichen Regelung der Gentechnik in Österreich kontroversiell diskutiert. Die Enquetekommission des österreichischen Nationalrates "Technikfolgenabschätzung am Beispiel der Gentechnologie" kommt im November 1992 in ihren Empfehlungen (740 Blg, 18.GP) zum Schluß, daß folgende Kriterien bei der Entscheidung über Freisetzungen im Mittelpunkt stehen sollen: "Sicherheit unter Beachtung synergistischer Wirkungszusammenhänge, Rückholbarkeit und ökologische Wirkungszusammenhänge." Im gleichen Kapitel "Landwirtschaft und Umwelt" heißt es aber darüberhinaus: "ökologisch sensiblen Anforderungen österreichischer Regionen und deren landwirtschaftlichen Voraussetzungen (Sozialverträglichkeit) ist Rechnung zu tragen", beziehungsweise "Sobald die Anwendung gentechnischer Mittel und Verfahren zur Produktivitätssteigerung zur Verschärfung der Überschußproblematik beiträgt, ist sie als sozial unverträglich einzustufen."

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, daß sich der Entwurf für ein österreichisches Gentechnikgesetz im Begutachtungsstadium befindet, scheint eine Analyse der österreichischen Handlungsspielräume bei der Umsetzung der Freisetzungsrichtlinie sowohl im Falle des Inkrafttretens des Europäischen Wirtschaftsraumes, aber auch eines etwaigen Beitritts zu den Europäischen Gemeinschaften notwendig. Die Forschungsstelle für Technikbewertung der österreichischen Akademie der Wissenschaften arbeitet zur Zeit gemeinsam mit dem Umweltbundesamt an der Konkretisierung der ökologischen Kriterien für eine Vorabbewertung von Freisetzungsvorhaben. Im Zuge der Diskussionen mit Naturwissenschaftlern verschiedener Disziplinen in den dafür gebildeten Arbeitsgruppen wurde - neben der primären Frage nach möglichen ökologischen Auswirkungen - auch die Frage einer Beurteilung der ethischen und sozioökonomischen Verträglichkeit aufgeworfen.

Unabhängig von diesem Projekt hat die Forschungsstelle für Technikbewertung in der Folge Herrn Univ.-Ass. Mag. Michael Nentwich vom Forschungsinstitut für Europafragen der Wirtschaftsuniversität Wien beauftragt, nationale Spielräume bei der Umsetzung der EG-Freisetzungsrichtlinie 90/220/EWG anlässlich eines EWR- beziehungsweise EG-Beitritts Österreichs zu analysieren.

Das Umweltbundesamt hat sich entschlossen, das vorliegende Gutachten gemeinsam mit der Forschungsstelle für Technikbewertung zu veröffentlichen, weil es der Meinung ist, daß damit ein Beitrag zur Diskussion geleistet werden kann, ob Fragen, die über die unmittelbaren Sicherheitsaspekte hinausgehen, in einem österreichischen Gentechnikgesetz geregelt werden sollen oder können. Vom Standpunkt des vorsorgenden Umweltschutzes aus verdient die Interpretation des Umweltbegriffs der Freisetzungsrichtlinie und die Möglichkeit einer breiteren Auslegung besondere Beachtung. Sozioökonomische oder ethische Kriterien können - so zeigt die internationale Regelungspraxis - bei der Beurteilung von Anträgen zur Freisetzung oder zum Inverkehrbringen von entsprechenden Produkten nicht immer sauber von einer Evaluierung ökologischer Sicherheitskriterien getrennt werden. In einigen Ländern sind sogenannte "Zweck/Risikoabwägungen" vorgesehen, mit unterschiedlichem Erfolg. In der vorliegenden Analyse wurde untersucht, ob und unter welchen Umständen das Miteinbeziehen solcher Kriterien EWR- bzw. EG-kompatibel wäre.

Die vorliegende Arbeit bringt die Ansichten des Autors zum Ausdruck, die mit den Auffassungen des Umweltbundesamtes beziehungsweise der Forschungsstelle für Technikbewertung nicht zur Gänze übereinstimmen müssen.

Dr. Helge Torgersen
(Forschungsstelle für Technikbewertung)

Dipl.Ing. Dr. Helmut Gaugitsch
(Umweltbundesamt)

I. Einleitung

A. Ausgangspunkt der Untersuchung

Da einerseits anlässlich des Inkrafttretens des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum¹ beziehungsweise im Zuge eines Beitritts Österreichs zu den Europäischen Gemeinschaften die einschlägigen EG-Richtlinien im Gentechnik-Bereich in nationales Recht umgesetzt werden müßten und andererseits im Zuge der österreichischen Debatte² vehement eine über die "bloße" Prüfung der Gesundheits- und Umweltverträglichkeit hinausgehende Untersuchung der "ethischen Verantwortbarkeit" und der "sozialen Zuträglichkeit" anlässlich der Zulassung von Anwendungen und Produkten der Gentechnik gefordert wird (vergleiche sogleich in Punkt B.), scheint eine eingehende Untersuchung der im Rahmen der beiden Formen der Europäischen Integration noch verbleibenden Handlungsspielräume des nationalen Gesetzgebers vonnöten. Dabei ist insbesondere eine nähere Beschäftigung mit der sogenannten "Sozialklausel" im EWR-Gentechnikrecht angezeigt, da diese möglicherweise die Grundlage für derartige nationale Bestrebungen darstellen könnte.³

Die folgende Untersuchung, welche nur diese kurz beschriebenen Umsetzungsprobleme im Auge hat, beginnt - nach einer Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes (I.B.) - bei der Darstellung der EG-Rechtslage (II.A.), beziehungsweise den aufgrund der von der EG gewählten Vorgangsweise bestehenden nationalen Spielräumen (II.B.). Es folgt die Erörterung der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum geschaffenen Rechtslage (III.A.) und hier insbesondere der bereits erwähnten sogenannten "Sozialklausel" (III.B.). In folgendem Abschnitt wird summarisch ein auf Grundlage dieser Klausel gestalteter Entwurf für ein norwegisches Gentechnikgesetz dargestellt (IV.A.); Kapitel IV.B. ist ein paar Bemerkungen zum vorliegenden Entwurf für ein österreichisches Gentechnikgesetz gewidmet. Die Ergebnisse werden abschließend zusammengefaßt (V.).

B. Mögliche Ausprägungen der Berücksichtigung von "sozioökonomischen" Kriterien im Gentechnikrecht

Wie bereits die für diese Klausel übliche Bezeichnung als "gentechnische Sozialklausel" andeutet, ging es den Vertragspartnern um die *Sozialverträglichkeit im weitesten Sinne*, die vor Zulassung einer Freisetzung geprüft werden sollte ("sozioökonomische Kriterien", für die vorliegende Studie werden hierunter auch ethische Kriterien verstanden). Mindestens folgende vier Typen scheinen vorstellbar:⁴

- (1) die vorherige Prüfung durch eine sogenannte *Ethik-Kommission*, deren Standpunkt in der einen oder anderen Weise in die Genehmigungsentscheidung einzufließen hätte; zumeist sind keine "reinen" Ethik-Kommissionen vorgesehen, sondern Mischformen, also Kommissio-

1 460 B1gNR, 18. GP; im folgenden steht die Abkürzung "EWR" für "Europäischer Wirtschaftsraum" und "EWRA" für das Abkommen zu seiner Gründung.

2 Vergleiche insbesondere den Abschlußbericht der parlamentarischen Enquete-Kommission "Technikfolgenabschätzung am Beispiel der Gentechnologie" vom Herbst 1992, 740 B1gNR, 18.GP, mit weiteren Nachweisen: dort wird unter dem Stichwort "Problemlösungsorientierte Politik" unter anderem von "sozial verträglichen Lösungen" gesprochen, im Kapitel "Gesellschaft, Demokratie und Grundrechte, Prinzipien" findet sich der Satz: "Anwendungen und Produkte der Gentechnik sind auf Gesundheit, Umweltverträglichkeit, ethische Verantwortbarkeit und soziale Zuträglichkeit zu prüfen."

3 Für einen Beitritt zur EG gilt jedoch, daß die Chancen zur Aushandlung einer vergleichbaren Klausel anlässlich der Beitrittsverhandlungen relativ gering sind, sollte nicht bis dahin auch in der EG ein Konsens bezüglich dieser zusätzlichen Bewilligungskriterien bestehen.

4 Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen zum norwegischen Gesetzesentwurf, unten IV.A.

nen, die neben den Umwelt-, Sicherheits- und Gesundheitsaspekten *auch* die ethische Vertretbarkeit als Entscheidungskriterium heranziehen⁵;

- (2) die *Einbeziehung* der betroffenen *Bevölkerung*; dies könnte von besonderen Verfahren zur Gewährleistung der Transparenz des Entscheidungsverfahrens (Informationspflichten), bei deren Nichteinhaltung die Genehmigung zu versagen wäre, über spezielle Anhörungsrechte (Bürgerversammlungen) und Parteistellung der Betroffenen im Verfahren bis zu Formen der Mitentscheidung (verbindliche regionale oder überregionale direktdemokratische Entscheidungen) reichen;⁶
- (3) die Überprüfung hinsichtlich eines wie auch immer zu definierenden "*gesellschaftlichen Nutzwertes*" der konkreten Anwendung (Freisetzung/Inverkehrbringen); der norwegische Gesetzesentwurf definiert den gesellschaftlichen Nutzwert in Beziehung zum Konzept der "nachhaltigen Entwicklung" (vergleiche hierzu unten ausführlich und mit einigen Beispielen die Darstellung dieses Entwurfs⁷);
an dieser Stelle sei auch exemplarisch auf die sogenannte "rBST-Diskussion" verwiesen, wo die Frage im Vordergrund stand, ob ein die Milchproduktion von Kühen erhöhendes Hormon angesichts der Überproduktion von Milch (Stichwort: "Milchsee") gesellschaftlich erwünscht sei⁸;
bisweilen werden auch sozialpolitische Zielsetzungen wie die Vermeidung vergrößerter Abhängigkeit etwa der Bauern von großen, gentechnologisch arbeitenden Agrokonzernen genannt, ;
die Verpflichtung zur Prüfung von Alternativen⁹;
das deutsche Gentechnikgesetz spricht ganz allgemein vom "*Zweck der Freisetzung*", der gegen das Risiko der Freisetzung abgewogen werden soll¹⁰;

5 *Winter et al.* führen in ihrem Gutachten zum deutschen Gentechnik-Gesetz im Auftrag des Technikfolgen-Abschätzungs-Büros des Deutschen Bundestages (Bremen 1992) unter der Überschrift "Jenseits des Umweltschutzes: Ethik, Evolution" folgendes Beispiel an: "Es könnte zum Beispiel jemand auf die Idee kommen, federlose, knochenarme, gehunfähige und lethargische 'Hühner' zu erzeugen, um die Fleischausbeute zu maximieren. Der einzige Maßstab, an dem man das messen könnte, wäre ein ethischer." Darüberhinaus könnte auch die Einbeziehung von evolutionsbiologischen Überlegungen gefordert werden, vergleiche *Winter et al.*, aaO: "Eine flächendeckende Anwendung von geklonten Pflanzen und Tieren in der Landwirtschaft könnte dieses Gleichgewicht der natürlichen Entwicklungsprozesse radikal stören, da die Fehlertoleranzen zunehmend eingeschränkt würden. Der Erhalt der evolutionsbiologischen Bedingungen und der Artenvielfalt könnte also als ein weiteres Kriterium eingeführt werden."

6 Vergleiche dazu unten in Punkt II.B.2.a.

7 In Abschnitt IV.A.1.

8 Allerdings fällt gerade dieses Beispiel nicht in den Anwendungsbereich der Freisetzungsrichtlinie beziehungsweise auch zum Beispiel des österreichischen Gesetzesentwurfs, da das Wachstumshormon BST nur gentechnisch hergestellt ist, nicht jedoch GVO enthält.

9 Nach Ansicht von *Winter et al.* (Fußnote 5) ist die Prüfung von *Alternativen zur Zweckerreichung* ein Aspekt der im deutschen Gentechnik-Gesetz aufgestellten Zweck-Risiko-Abwägung: "Eine solche Verpflichtung ergibt sich implizit aus der Zweck-Risiko-Relation, weil Risiken dann nicht vertretbar sind, wenn andere Lösungen weniger riskant sind und den Zweck dennoch verwirklichen." (aaO, Seite 49) Soweit es sich um die Prüfung von anderen gentechnischen Alternativen für dasselbe Produkt handelt, scheint diese Forderung vertretbar; problematisch wird es, wenn der Adressat einer solchen Entscheidung, der eben ein GVO-enthaltendes Produkt zur Genehmigung vorlegt, indirekt (das heißt durch eine negative Entscheidung) dazu aufgefordert würde, eine gänzlich andere Alternative in Betracht zu ziehen, denn er wird mitunter nicht in der Lage sein bzw kein Interesse an einer alternativen Produktion (das heißt ohne Verwendung von GVO) haben.

10 Vergleiche § 15 Absatz 1 Ziffer 2 bzw Absatz 3 Ziffer 3 und § 16 Absatz 1 Ziffer 3 und 2 deutsches Gentechnik-Gesetz; vergleiche auch Fußnote 31. *Winter et al.* (Fußnote 5) führen in ihrem Abschnitt II.3.c (Seite 46ff) einige Beispiele an, in welchen Situationen sie sich die Anwendung des Kriteriums "Zweck der Anwendung" vorstellen könnten: so im Fall der herbizidresistenten Pflanzen (vergleiche auch im Kapitel über den norwegischen Gesetzesentwurf, IV.A.1.) und im Fall der Ertragssteigerung; *Winter et al.* formulieren:

- (4) die Einbeziehung von *entwicklungspolitisch relevanten Überlegungen*; etwa in Form der Ermöglichung eines erleichterten Zugangs der Entwicklungsländer zu den neuen Produkten oder Verfahren (Stichwort: Technologietransfer), dies könnte in Form einer Auflage in der Bewilligungsentscheidung geschehen, daß die Patentrechtsausübung gegenüber Entwicklungsländern nicht restriktiv gehandhabt werden soll¹¹; soll das GVO-(=gentechnisch veränderte Organismen) enthaltende Produkt (etwa eine Pflanze) in einem Entwicklungsland zum Einsatz kommen, sind auch besondere Auflagen in Richtung Information dieses Staates etc vorstellbar, auch wenn dort keine derart fortgeschrittene Gentechnikgesetzgebung existiert¹²; auch ist vorstellbar, daß in der (Umwelt-) Kosten/(gesellschaftlicher) Nutzen-Abwägung auch die Einbeziehung des Nutzens für ein Entwicklungsland einbezogen wird¹³; schließlich, daß bei der Substitution eines traditionell aus Entwicklungsländern eingeführten Produkts durch gentechnisch veränderte Organismen (etwa Pflanzen, die dann auch in nördlichen Breiten gedeihen) eine Form von Kompensationszahlungen an die traditionellen Exportländer in Form einer Auflage vereinbart wird.

Diese möglichen "anderen Probleme" sollen die potentiell entscheidungsrelevanten Kriterien im Einzelfall erweitern; dies kann durch Zumessung eines Ermessensspielraums an die Behörde verwirklicht werden, die über die Ergebnisse einer Sicherheits- und Risikoanalyse hinausgehend auch noch andere Kriterien zu berücksichtigen hätte beziehungsweise einbeziehen dürfte; oder es könnten, wie im Fall eines echten Mitentscheidungsrechts einer Ethik-Kommission oder gar der Bevölkerung, konkrete weitere Kriterien für die Zulassungsfähigkeit aufgestellt werden.

Außerdem sind diese Kriterien zumeist derart unbestimmt, daß die Gefahr einer Grauzone aufgrund der notwendigen Unschärfe besteht, die es eventuell ermöglicht, willkürlich und mitunter diskriminierend vorzugehen. Das bedeutet, daß bei der konkreten Ausgestaltung ganz abgesehen von der weiter unten zu erörternden Zulässigkeit solcher Kriterien nach EG- beziehungsweise EWR-Recht auf Operationalität zu achten ist, um der Bedingung der Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit) zu genügen und darüberhinaus zu vermeiden, daß mittels solcher Kriterien eine (unsachliche) Umgehungsmöglichkeit geschaffen würde.

"Fraglich ist vor allem, ob nicht auch über den unmittelbaren betriebswirtschaftlichen Nutzen hinaus der *volkswirtschaftliche Nutzen* mit dem Risiko abgewogen werden sollte." (aaO, Seite 48)

- 11 So interpretieren etwa die Erläuterungen zum norwegischen Gentechnik-Gesetz, Punkt 5.1.3., den Begriff "nachhaltige Entwicklung" in der Weise, daß "in Bezug auf den Einsatz der modernen Biotechnologie [...] die Nutzung und der Schutz genetischer Ressourcen, *darunter Verteilungsfragen*, bezogen auf das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung im Mittelpunkt [stehen]." (Hervorhebung M.N.)
- 12 Vergleiche die Erläuterungen zum norwegischen Gentechnik-Gesetz, Punkt 5.1.3. (Nachhaltige Entwicklung), wo es heißt: "Es wird in diesem Zusammenhang auch wichtig sein, dazu beizutragen, daß die Entwicklungsländer die Möglichkeit bekommen, über den Einsatz von GVO und andere gentechnologische Tätigkeiten innerhalb ihres Territoriums informiert zu sein und diese zu kontrollieren."
- 13 Vergleiche die Erläuterungen zum norwegischen Gentechnik-Gesetz, Punkt 3.4. (Die Forderung nach gesellschaftlichem Nutzwert): "Es könnte sein, daß eine Freisetzung ein gewisses - wenn auch noch so kleines - Risiko für umweltmäßige oder gesundheitliche Schadenswirkungen mit sich bringt, auf der anderen Seite aber uns (also den Norwegern, M.N.) - oder ein Entwicklungsland - der Lösung eines ernststen Umwelt- oder Ernährungsproblems einen wesentlich Schritt näherbringt."

II. Zur Rechtslage in den Europäischen Gemeinschaften

Das "Gentechnikrecht der EG" setzt sich aus bislang zwei Richtlinien zusammen: der sogenannten System-Richtlinie¹⁴, welche die Forschungs- und Produktionstätigkeit in Räumen betrifft, die von der Außenwelt durch physische Schranken abgeschottet sind, und der sogenannten Freisetzung-Richtlinie¹⁵, die einerseits die "unmittelbare" Emmission in die Umwelt, andererseits das Inverkehrbringen von GVO-enthaltenden Produkten zum Gegenstand hat. Die System-Richtlinie soll nicht Gegenstand dieses Gutachtens sein und bleibt daher weitgehend außer Betracht¹⁶.

A. Überblick über die Freisetzungsrictlinie

Ziel der Freisetzung-Richtlinie ist gemäß Artikel 1 die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten und der Schutz der Gesundheit und Umwelt bei der absichtlichen Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt (das wird näher in Teil B der Richtlinie¹⁷ erörtert) und beim Inverkehrbringen von Produkten, die GVO enthalten oder aus solchen bestehen, wobei die Produkte und die Organismen zur absichtlichen Freisetzung in die Umwelt bestimmt sind (Teil C der Richtlinie¹⁸). Die Richtlinie gilt weder für die Beförderung von GVO (Artikel 1 Absatz 2) noch für nach bestimmten, taxativ in einem Anhang aufgelisteten Verfahren hergestellte GVO (Artikel 3). Als beide Teile umspannende Klammer trägt die "materielle Grundsatznorm"¹⁹ des Artikels 4 Absatz 1 den Mitgliedstaaten auf, dafür zu sorgen, "daß alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, damit die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GVO keine Gefährdung der menschlichen Gesundheit und der Umwelt zur Folge hat."

Im Bereich der absichtlichen Freisetzung zu Zwecken der Forschung und Entwicklung (Teil B) normiert die Richtlinie ein Bewilligungssystem, welches mit einer Anmeldung der geplanten Freisetzung beginnt, die bestimmte Informationen - unter anderem eine Artikel Umweltverträglichkeitserklärung - zu enthalten hat (Artikel 5). Sie setzt sich fort mit der Übermittlung der Anmeldung über ein von der Kommission einzurichtendes Austauschsystem an die übrigen Mitgliedstaaten, welche eventuell Stellungnahmen abgeben können (Artikel 9), einer im nationalen Recht möglicherweise vorgesehenen Anhörung bestimmter Gruppen oder der Öffentlichkeit (Artikel 7) sowie einer Risikobeurteilung durch die national zuständige Behörde (Artikel 6 Absatz 1) und endet mit einer schriftlichen Entscheidung der Behörde bezüglich der Zulässigkeit der geplanten Freisetzung. Artikel 6 Absatz 5 sieht vor, daß für bestimmte Fallgruppen ein vereinfachtes Verfahren auf EG-Ebene (Kommission mit zuständigem Ausschuß) festgelegt werden kann.

Für das Inverkehrbringen von GVO-enthaltenden Produkten sieht Teil C ein ähnliches Bewilligungsverfahren vor, welches sich in folgenden Punkten vom Verfahren nach Teil B unterscheidet: die Anmeldung hat mehr Informationen als in Teil B zu enthalten, so insbesondere die Bedingungen für das Inverkehrbringen des Produkts, kann dabei jedoch eventuell (wie in Teil B)

-
- 14 Richtlinie 90/219/EWG des Rates vom 23. 4. 1990 über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen, AB1 L 117/1 vom 8. 5. 1990.
 - 15 Richtlinie 90/220/EWG des Rates vom 23. 4. 1990 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, AB1 L 117/15 vom 8. 5. 1990; im folgenden zitiert als Freisetzung-Richtlinie oder als Richtlinie.
 - 16 Siehe jedoch unten II.B.
 - 17 "Absichtliche Freisetzung von GVO in die Umwelt zu Forschungs- und Entwicklungszwecken oder anderen Zwecken mit Ausnahme des Inverkehrbringens", Artikel 5 bis 9 Freisetzung-Richtlinie.
 - 18 "Inverkehrbringen von GVO enthaltenden Produkten", Artikel 10 bis 18 Freisetzung-Richtlinie.
 - 19 *Matthias Herdegen*, EG-Gentechnikrichtlinien und das deutsche Gentechnikgesetz, RIW 2/92, 89-92 (1990).

auf frühere - eigene und fremde - Anmeldungen Bezug nehmen, und die über die Kommission vom geplanten Inverkehrbringen informierten anderen Mitgliedstaaten haben das Recht, dagegen begründet Einspruch zu erheben. Im Fall der Nichteinigung zwischen den zuständigen nationalen Behörden geht die inhaltliche Entscheidungsmacht auf die Kommission (gemeinsam mit dem zuständigen Ausschuß) über: nur wenn diese positiv entscheidet, kann die ursprünglich zuständige Behörde die Zustimmung zum Inverkehrbringen erteilen.

Diese Zustimmung gilt dann prinzipiell für die gesamte Gemeinschaft. Jedoch ist es nach der Schutzklausel in Artikel 16 möglich, daß ein Mitgliedstaat vorübergehend den Verkauf und/oder Einsatz des Produkts einschränken oder verbieten kann, wenn er berechtigten Grund zu der Annahme hat, daß trotz Anmeldung und Zustimmung eine Gefahr für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt besteht. Die Entscheidung bezüglich der Gültigkeit dieser nationalen Schutzmaßnahme treffen jedoch die Kommission beziehungsweise der Ministerrat innerhalb von drei (beziehungsweise sechs) Monaten nach einem speziellen Verfahren²⁰.

B. Umsetzungsspielräume

1. Unterscheidung zwischen Voll- und Teilharmonisierung

Vollharmonisierung bedeutet, daß der harmonisierte Rechtsbereich nach dem Willen des EG-Gesetzgebers abschließend durch die Richtlinie geregelt sein soll; mit anderen Worten: ein Mitgliedstaat darf - außer in den Grenzen der Anwendbarkeit des Artikel 100a Absatz 4 EWG-Vertrag²¹ - keine strengeren, weitgehenderen oder sonst abweichenden Regeln erlassen, als sie in der Richtlinie vorgesehen sind²². *Teilharmonisierung* läßt demgegenüber den Mitgliedstaaten in dem von der Richtlinie nicht erfaßten (nicht geregelten) Bereich Freiräume der Regelung. Diese Freiräume sind durch die sonstigen Bestimmungen der EG-Verträge, insbesondere durch die Grundregeln bezüglich der Vier Freiheiten begrenzt. Ob die Freisetzung-Richtlinie - etwa im Unterschied zur System-Richtlinie - die volle Harmonisierung des Rechts der Mitgliedsländer im Bereich der Freisetzung und des Inverkehrbringens der GVO-enthaltenden Produkte beabsichtigt, ist schwierig zu beantworten; folgendes spricht *dafür*:

- (1) An keiner Stelle der Richtlinie findet sich ein Hinweis darauf, daß die Mitgliedstaaten über die in der Richtlinie aufgestellten Anforderungen hinausgehende Bewilligungskriterien einführen (oder aufrechterhalten) können; wichtiges Indiz ist hierbei zum Beispiel die Nichtverwendung des Wortes "insbesondere";²³
- (2) Die Zustimmung zum Inverkehrbringen von GVO-enthaltenden Produkten ist gemäß Artikel 13 Absatz 5 für die ganze Gemeinschaft gültig; einzige Einschränkung gemäß dieser Be-

20 Es handelt sich dabei um das "zweit-strengste" Komitologieverfahren, nämlich jenes des *Regelungsausschusses*: dabei wird bei einer Differenz zwischen der Meinung der Kommission und dem aus RegierungsvertreterInnen zusammengesetzten und mit qualifizierter Mehrheit entscheidenden Ausschuß die Entscheidung vom Ministerrat innerhalb von drei Monaten gefällt; nur wenn der Rat während dieser Frist untätig bleibt, kann die Kommission dann selbst entscheiden.

21 Freilich nur wenn Artikel 100a die gewählte Kompetenzgrundlage ist; siehe unten Abschnitt II.B.3.

22 In der Formulierung des EuGH in seinem Urteil vom 5. 10. 1977 in der Rechtssache 5/77, *Tedeschi/Denkavit*, Randziffer 33/35: "Wenn [...] Richtlinien der Gemeinschaft die Harmonisierung der zur Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit von Tieren und Menschen notwendigen Maßnahmen vorsehen und gemeinschaftliche Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung regeln, ist der Rückgriff auf Artikel 36 nicht mehr gerechtfertigt und der von der Harmonisierungsrichtlinie gezogene Rahmen ist nunmehr maßgeblich für die Durchführung der geeigneten Kontrollen und den Erlaß von Schutzmaßnahmen."

23 Anders in diesem Punkt zum Vergleich die System-Richtlinie, in deren Artikel 6 Absatz 3 es etwa heißt, daß "insbesondere die Parameter gemäß Anhang III" zu berücksichtigen sind, was jedoch in Verbindung mit Absatz 1 bedeutet, daß die Mitgliedstaaten weitere Parameter vorsehen können.

stimmung: die spezifischen Einsatzbedingungen der Zustimmungentscheidung sind strikt einzuhalten²⁴;

- (3) Artikel 16 erlaubt nicht, daß die Mitgliedstaaten von der (möglicherweise in einem anderen Land gegebenen) Zustimmung dauerhaft abweichen können, sondern sieht vor, daß auch in diesem Fall eine Gemeinschaftsentscheidung getroffen wird;
- (4) Die Freisetzung-Richtlinie enthält selbst Ansätze der Berücksichtigung von "anderen" Kriterien als der bloßen Risikoabschätzungen bezüglich des Gefahrenpotentials für Mensch und Umwelt: zum einen sieht Artikel 7 die Möglichkeit vor, daß die Mitgliedstaaten die Öffentlichkeit in geeigneter Weise einbeziehen; zum anderen findet sich in Anhang II ("Informationen, die in der Anmeldung enthalten sein müssen") in Punkt III.A.1. die Forderung nach Angaben über die "Zielsetzung(en)" der absichtlichen Freisetzung²⁵.

Zweifel an der Einschätzung der Freisetzung-Richtlinie als Vollharmonisierungsmaßnahme könnten aus folgenden Überlegungen abgeleitet werden:

- (5) Formulierung des Artikels 1: dieser beinhaltet nämlich eine Verknüpfung des Zieles der Rechtsangleichung mit dem "Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt" in der Weise, daß trotz des Wortes "und" nur von dem einen "Ziel der Richtlinie" die Rede ist und nicht von zwei parallelen Zielen²⁶; daraus kann geschlossen werden, daß die Rechtsangleichung nur zum Zwecke des Gesundheits- und Umweltschutzes erfolgen soll; Umkehrschluß: andere Zwecke verfolgt die Richtlinie nicht, insofern liegt also eine Teilharmonisierung vor, die eine Regelung der Freisetzung von GVO zu anderen Zwecken zulässig erscheinen lassen würde;²⁷
- (6) Die (oben angeführte) Auslegung von Artikel 13 Absatz 5, daß die so erteilte Zustimmung quasi absolut gilt, ist nicht zwingend: es kann mit gleicher Berechtigung argumentiert werden, daß sich die Zustimmung eben bloß auf die Kompatibilität mit den von der Richtlinie erfaßten Kriterien beschränkt; diese Interpretation wird auch durch die Formulierung des Artikels 15 gestützt:
- (7) Artikel 15 untersagt es den Mitgliedstaaten, das Inverkehrbringen eines Produkts, das GVO enthält oder aus solchen besteht, aus Gründen, die die Anmeldung und schriftliche Zustimmung zu einer absichtlichen Freisetzung "nach *dieser* Richtlinie" betreffen, zu verbieten, einzuschränken oder zu behindern; hier scheint der Umkehrschluß möglich, daß die Mitgliedstaaten dies sehr wohl aus anderen Gründen dürfen als jenen, die nach dieser Richtlinie für die Anmeldung und Zustimmung relevant waren; wäre nicht das, sondern das Gegenteil gemeint, hätte dieser Zusatz weggelassen werden müssen;
- (8) Erwägungsgrund 21 der Freisetzung-Richtlinie lautet: "[...], so darf ein Mitgliedstaat die absichtliche Freisetzung des in diesem Produkt enthaltenen Organismus in seinem Gebiet bei Einhaltung der in der Zustimmung dargelegten Bedingungen aus Gründen, die *die in dieser Richtlinie geregelten Fragen* betreffen, nicht verbieten, einschränken oder behindern; [...]" (Hervorhebung M.N.) Auch hier ist ähnlich wie in Argument (7) der Schluß erlaubt, daß es sehr wohl noch andere - eben nicht in der Richtlinie geregelte - Fragen gibt, sodaß - so darf man wohl fortsetzen - aufgrund von Problemen im Zusammenhang mit diesen anderen Fragen ein Verbot durchaus zulässig sein kann;

24 Siehe dazu unten, Punkt II.B.2.b.

25 ... ohne daß diese Angabe jedoch an anderer Stelle der Richtlinie weiter berücksichtigt wird.

26 Die Auffassung, daß das eine Ziel die Rechtsangleichung, das andere der Umwelt- und Gesundheitsschutz sei, macht schon deshalb sprachlich wenig Sinn, weil es "Rechtsangleichung per se" nicht gibt, es sich vielmehr um ein Mittel handelt; Rechtsangleichung als solche ohne thematische Eingrenzung ist nicht möglich.

27 Das entbindet die Analyse jedoch nicht der Frage nachzugehen, was alles unter den Begriff "Schutz der menschlichen Gesundheit und Umwelt" fällt, um den nach dieser Auffassung teilharmonisierten Gegenstand der Richtlinie, also deren Reichweite auszuloten; dazu unten II.B.3.c.

- (9) Das obige Argument aus Artikel 16 gilt nur für einen eventuell noch bestehenden Spielraum im Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes, da nur dieser nach dessen Wortlaut Gegenstand der Schutzklausel des Artikel 16 ist; es ist jedoch nicht auf mögliche andere Bereiche anwendbar.
- (10) Der Ministerrat hat - nach Inkrafttreten der Richtlinie - erkennen lassen, daß er sich der Notwendigkeit der Berücksichtigung des sogenannten "vierten Kriteriums"²⁸, nämlich des sozioökonomischen, bei Projekten im Rahmen der Biotechnologie bewußt ist²⁹; allerdings ist bei einem Rückschluß auf den Umfang der Freisetzung-Richtlinie aufgrund dieser programmatischen Äußerungen Vorsicht geboten, da es sich um Kriterien handelt, die anläßlich der Gemeinschaftsförderung von Gentechnik-Forschung zur Anwendung gelangen sollen, jedoch kein direkter Zusammenhang mit den EG-Gentechnikrichtlinien besteht, wengleich auf diese dort Bezug genommen wird³⁰;
- (11) Die Kommission hat das deutsche Gentechnikgesetz in insgesamt 14 Punkten im Vorfeld eines Verfahrens nach Artikel 169 EWG-Vertrag als mangelhafte Umsetzung gerügt; darunter findet sich auch der Hinweis, daß die im deutschen Gesetz vorgesehene Abwägung zwischen Nutzen und Risiko der Freisetzung bei der Genehmigung keine Deckung in der Freisetzung-Richtlinie finden würde, da Artikel 4 Absatz 1 (siehe oben Seite 10) verletzt würde³¹; im Umkehrschluß könnte nun argumentiert werden, daß die Kommission der Einführung von anderen Bewilligungskriterien - in concreto der Abwägung des Zwecks der Freisetzung et cetera - nicht grundsätzlich negativ entgegensteht, sondern nur insofern, als dies zu einer Aufweichung des Sicherheitskriteriums führt. Da die Kommission dieses Schreiben an die deutsche Regierung nicht zum Anlaß genommen hat, das Zweck-Kriterium an sich zu kritisieren, könnte dies bedeuten, daß andere Kriterien durchaus anläßlich des Genehmigungsverfahrens eine Rolle spielen dürfen, das Kriterium der Richtlinie - keine Gefährdung

28 Neben Qualität, Effektivität und Sicherheit.

29 Vergleiche die Entscheidung 92/218/EWG des Rates vom 26. 3. 1992 über ein spezifisches Programm für Forschung und technologische Entwicklung in der Biotechnologie in der EG für den Zeitraum (1990-1994), ABl L 107/11 vom 24. 4. 1992, in der es in den Entscheidungsgründen 10 und 11 heißt:

"Es sollten Maßnahmen getroffen werden, die gewährleisten, daß den *ethischen und sozialen Auswirkungen* dieser Vorhaben und ihrer Anwendungen [...] gebührend Rechnung getragen wird. [...] Im Hinblick auf die Ergebnisse, die von der Genforschung erzielt werden können, muß ein integrierter Ansatz gewählt werden, der den wissenschaftlichen, sicherheitsbezogenen, *ethischen* und rechtlichen Aspekten möglicher Anwendungen und der Notwendigkeit, eine unsachgemäße Nutzung oder eine Verfälschung der Ergebnisse zu verhindern, Rechnung trägt." (Hervorhebung M.N.)

Auch in Anhang I zur Entscheidung 92/218/EWG, der das spezifische Programm enthält, wird auf "die *ethischen, sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen* der Biotechnologie" Bezug genommen, welche "mit Blick auf einen Beitrag zur Klärung von Aspekten wie etwa die unterschiedlichen Einschätzungen des Nutzens und etwaiger Risiken der Biotechnologie und die Faktoren, die die *Akzeptanz* wissenschaftlicher Ergebnisse beeinflussen, *überwacht und untersucht*" werden sollen (Hervorhebung M.N.). Die Forscher im Rahmen dieses Forschungsprogramms werden aufgefordert, "gegebenenfalls die für eine eingehende Bewertung der Auswirkungen ihrer Untersuchungen in sozialer, ethischer und ökologischer Hinsicht erforderlichen Angaben zu machen".

30 Vergleiche Entscheidungsgrund 8 der Entscheidung 92/218/EWG (Fußnote 29).

31 Brief von Kommissar *Karel Van Miert* an den deutschen Außenminister vom 6. 8. 1992 [Zahl: SC(92) D/10908]; in dessen Punkt (9) heißt es, daß § 16 des deutschen Gentechnik-Gesetzes, wonach eine Genehmigung für eine Freisetzung zu erteilen ist, wenn nach dem Stand der Wissenschaft *im Verhältnis zum Zweck* der Freisetzung unvertretbare schädliche Einwirkungen auf Mensch und Umwelt nicht zu erwarten sind, nicht mit Artikel 4 Absatz 1 Freisetzung-Richtlinie vereinbar sei. In dieser EG-Bestimmung ist geregelt, daß die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, daß die Freisetzung beziehungsweise das Inverkehrbringen von GVO keine Gefährdung von Mensch und Umwelt zur Folge hat. Die Kommission kritisiert somit an § 16, daß dieser durch die Formulierung "im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung" eventuell dazu führen kann, daß der Zweck der Freisetzung et cetera als übergeordnetes Bewilligungskriterium gilt, daß also mitunter trotz eines gewissen Risikos aufgrund von Zwecküberlegungen eine Bewilligung erteilt werden kann.

der menschlichen Gesundheit und Umwelt - jedoch gleichsam eine absolute Grenze darstellt.³²

Meines Erachtens ist es aufgrund der eben aufgelisteten Argumente nicht möglich, die Frage, ob die Freisetzung-Richtlinie zu einer Voll- oder bloß einer Teilharmonisierung führt, eindeutig zu klären. Die Auffassung hat zweifellos einiges für sich, daß aus dem System der Richtlinie eher ableitbar sei, daß nur die Gesundheits- und Umweltaspekte entscheidungsrelevant sein sollen, da die Bewilligungskriterien taxativ aufgezählt und ein genaues Verfahren festgelegt wird, an dessen Ende eine Bewilligung stehen kann, die dann explizit für den gesamten "Gemeinsamen Markt" gilt. Dies dürfte die Auffassung der (skandinavischen) EWR-Verhandler gewesen sein, die den - weiter unten zu erörternden - Vorbehalt der EFTA-Staaten ("Sozialklausel") in das EWRA reklamiert haben, der andernfalls nicht notwendig gewesen wäre³³; im übrigen geht auch die norwegische Regierung in den Erläuterungen zu ihrem Gesetzesentwurf von einer "vollen Harmonisierung" durch die Freisetzung-Richtlinie aus³⁴. Die Wichtigkeit der eben als Punkte (5), (7) und (8) genannten Argumente lassen mich jedoch eher der Ansicht zuneigen,

daß die Richtlinie nur eine Teilharmonisierung darstellt und daher nicht auch andere als Gesundheits- und Umweltschutzaspekte (durch deren Ausschluß von der Berücksichtigung durch die nationalen Gesetzgeber) erfassen will. Mit anderen Worten: die Freisetzung von GVO ist nicht abschließend durch die Freisetzung-Richtlinie geregelt³⁵.

Folgt man dieser Auffassung, so ist eine weitergehende Beschäftigung mit den sonstigen Vertragsbestimmungen notwendig, insbesondere mit den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag sowie der dazu ergangenen Judikatur bezüglich der nicht-tarifären Handelshemmnisse, als Richtschnur

-
- 32 Einschränkung muß dazu allerdings gesagt werden, daß der Zweck der Freisetzung an keiner anderen Stelle des deutschen Gentechnik-Gesetzes außer bei der Liste der vom Anmelder zu machenden Angaben vorkommt, somit die Kommission keine Veranlassung sah, darauf näher einzugehen. Ob das deutsche Gentechnik-Gesetz in diesem Punkt im Zuge der geplanten Novellierung insofern abgeändert werden wird, als die Abwägung mit dem Zweck der Freisetzung überhaupt gestrichen wird, scheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt fraglich, da ein diesbezüglicher Antrag der SPD-Fraktion im Bundestag abgelehnt wurde. Dort hieß es: "Es ist nach EG-Recht nicht möglich, vom Ziel des Schutzes von Mensch und Umwelt unter Hinweis auf hochrangige Ziele eines Freisetzungsvorhabens Absatztriche zu machen (Anpassung an Richtlinie 90/220)" (Bundestags-Drucksache 12/2658).
- 33 Allerdings könnte in diesem Zusammenhang gerade auch umgekehrt argumentiert werden: die "Sozialklausel" stelle nur einen Sachverhalt klar, sei also deklaratorisch und nicht konstitutiv. (Ihre Formulierung legt jedoch eher das Gegenteil nahe, denn dort ist davon die Rede, daß die Vertragsparteien über das Folgende "übereinkommen", was sprachlich mehr auf einen konstitutiven Akt hindeutet, während bei gegenteiliger Absicht der Ausdruck "stellen fest" hätte gewählt werden können; bei Anhängen zu derart umfangreichen internationalen Verträgen sei jedoch eindringlich vor einer zu nahe am Text haftenden Interpretation gewarnt.) Jedenfalls unzulässig wäre es jedoch, aus der Zustimmung der EG-Seite in einem internationalen Vertrag zu dieser Klausel auf den Umfang der - zwar inhaltlich fast gleichen, aber auf einem gänzlich anderen Geltungsgrund beruhenden - EG-Freisetzung-Richtlinie zu schließen. Die Klausel bezieht sich nämlich eindeutig auf die im Anhang XX zum EWRA wenige Absätze zuvor als "mirror legislation" übernommene EWR- (und nicht: EG-) Freisetzung-Richtlinie und ist daher nur für das Gebiet der EFTA-Vertragspartner des EWRA gültig, während im EG-Raum nach wie vor die EG-Freisetzung-Richtlinie (ohne etwaige Klausel) gilt.
- 34 Punkt 2.6.2 der Erläuterungen zum norwegischen Gesetzesentwurf; die Erläuterungen zum österreichischen Entwurf gehen auf diese Frage überhaupt nicht ein.
- 35 Angesichts der Tatsache, daß die Argumente (7) und (8) sich in erster Linie auf das Inverkehrbringen beziehen, könnte man einschränkend sagen, daß dieser Befund nur das Inverkehrbringen, nicht aber die Freisetzung zu Forschungszwecken betrifft, sodaß insoweit von einer abschließenden Harmonisierung gesprochen werden müßte.

für die Ausgestaltung der nationalen Gesetzgebung unter Ausnutzung des Freiraums im nicht harmonisierten Bereich (siehe unten in Punkt 4.).

Im Fall des gegenteiligen Schlusses - eine endgültige Entscheidung kann in dieser Frage nur der Europäische Gerichtshof (im folgenden: EuGH) treffen³⁶ - wären wegen des umfassenden Anwendungsbereichs der Richtlinie sonstige nationale Maßnahmen *nur* entsprechend den Regeln der Richtlinie selbst - in concreto gemäß der Schutzklausel des Artikels 16 - beziehungsweise auf Grundlage von Artikel 100a Absatz 4 (siehe unten in Punkt 3.) beziehungsweise innerhalb der Grenzen der Richtlinie (siehe unten Punkt 2.) möglich. Die Spielräume innerhalb der Richtlinie und aufgrund der Schutzklauseln, insbesondere aufgrund von Artikel 100a Absatz 4, sind selbstverständlich auch dann (zusätzlich) gegeben, wenn man - wie oben - zu dem Schluß kommt, daß die Freisetzung-Richtlinie keine abschließende Harmonisierung des Gentechnikrechts darstellt.³⁷

2. Spielräume "innerhalb" der Richtlinie

a. Einbeziehung der Öffentlichkeit

Die Anhörung der Bevölkerung wird - zumindest teilweise - von Artikel 7 Freisetzung-Richtlinie erfaßt:

"Wenn es ein Mitgliedstaat für angebracht hält, kann er die Anhörung bestimmter Gruppen oder der Öffentlichkeit zu jedem Aspekt der vorgeschlagenen Freisetzung vorschreiben."

Hier stellen sich zumindest zwei Fragen nach der Reichweite der Bestimmung:

(1) Gilt Artikel 7 nur für Teil B der Richtlinie, somit nur für die Freisetzung zu Forschungszwecken, oder auch für Teil C (Inverkehrbringen)? Dagegen sprechen systematische Überlegungen: Stellung der Bestimmung in Teil B, wäre eine Geltung auch für Teil C geplant gewesen, wäre der logische Platz der Bestimmung entweder in Teil A oder D; darüberhinaus betrifft Teil B hauptsächlich Sachverhalte, deren "Auslandsbezug" relativ gering ist, während die - gewöhnlich verfahrensverlängernde - Einbeziehung der Bevölkerung beim Genehmigungsverfahren für das Inverkehrbringen den zwischenstaatlichen Handel zweifellos behindert.³⁸

Dieser Standpunkt könnte jedoch aus kompetenztheoretischen Überlegungen angezweifelt werden: es ist nämlich fraglich, wie weit die gemeinschaftsrechtliche Organisationskompetenz in diesem Zusammenhang reicht. Für gewöhnlich wird der EG in Fragen des nationalen Verfahrens und der innerstaatlichen Organisation von aus EG-Recht abgeleiteten Ansprüchen nur eine Ermächtigung zum Setzen von Mindeststandards zugebilligt - während die Nicht-Einbeziehung der Bevölkerung kaum als Mindeststandard gedeutet werden wird können; eventuell käme da schon die Einhaltung kurzer Fristen als Mindestvorschrift in Frage. Darüberhinaus könnte der EuGH im

36 Für den EWR gilt hier übrigens anderes: da kein EWR-Gericht gegründet werden wird, das ähnliche Kompetenzen wie der EuGH für den EG-Raum hätte, sondern lediglich ein EFTA-Gerichtshof für den EFTA-Teil des EWR, welcher seine Gerichtsbarkeit neben dem EuGH ausüben wird, gibt es im EWR keine letztentscheidende Instanz in derartigen Auslegungsfragen. Das EWRA sieht vielmehr bei Auslegungsdifferenzen zwischen den beiden Gerichtshöfen ein spezielles Streitschlichtungsverfahren vor, welches jedoch nicht unbedingt mit einer Entscheidung enden muß, sondern eventuell auch ohne Beilegung der Differenz, jedoch mit der Aussetzung von Abkommensteilen, das heißt mit Sanktionen abgeschlossen wird.

37 Vergleiche etwa die Formulierung von *Pipkorn* (Fußnote 53), Randziffer 85: "Außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 100a Absatz 4 EWG-Vertrag können die Mitgliedstaaten keine einseitigen Maßnahmen zum Schutz der in Artikel 36 EWG-Vertrag genannten Rechtsgüter ergreifen, *wenn und soweit* dieser Schutz durch einen Rechtsakt der EG gemeinschaftsweit angeglichen ist." (Hervorhebung M.N.) und beispielsweise EuGH in Rechtsache 5/77 (Fußnote 22).

38 Darüberhinaus könnten - im Gegensatz zu oben - gerade auch systematische Überlegungen zu dem Ergebnis führen, daß der nationale Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Einbeziehung der Bevölkerung völlig frei ist: die Bestimmung des Artikel 7 soll in diesem Verständnis erreichen, daß im Fall des Teils B der Richtlinie dem Mitgliedstaat vorgeschlagen wird, *wenigstens* die Anhörung der Bevölkerung vorzusehen, weil das nicht als evident gelten könnte?

Streitfall - entgegen der obigen Interpretation - eher einer Analogie zugeneigt sein, indem er das Fehlen einer diesbezüglichen Bestimmung als Lücke interpretiert.³⁹

(2) Ist aus dem Wortlaut ("Anhörung") eine Einschränkung auf diese Form der Mitwirkung der Bevölkerung abzuleiten oder kann darunter auch die Einräumung von Parteienstellungen verstanden werden? Dies scheint aufgrund des eindeutigen Wortlauts kaum möglich; im übrigen gelten jedoch auch hier die oben unter (1) genannten kompetenzrechtlichen Argumente.

(3) Deckt diese Bestimmung auch echte Mitentscheidungsrechte der betroffenen Bevölkerung in dem Sinne, daß etwa im Einzelfall Abstimmungen abgehalten werden müßten, deren Ausgang für die entscheidende Behörde bindend ist? Ein in diesem Zusammenhang wichtiges Gegenargument könnte darin gesehen werden, daß ein echtes Einspruchs-(Veto-)recht der Bevölkerung leicht als Hintertür zur Umgehung der sonstigen (positiven) Bewilligungskriterien dienen könnte. Es ist fraglich, ob dies als korrekte Umsetzung der Richtlinie gedeutet werden könnte⁴⁰.

Inwieweit die Einbeziehung der Öffentlichkeit durch die Freisetzungs-Richtlinie abschließend geregelt ist, scheint aus kompetenztheoretischen Überlegungen fraglich: meines Erachtens stellt die Richtlinie in dieser Hinsicht keine Schranke für die nationale Gesetzgebung dar.

b. Spezifische Einsatzbedingungen

Artikel 13 Absatz 5 Freisetzungs-Richtlinie sieht vor, daß ein genehmigtes Produkt in Verkehr gebracht werden darf,

"sofern die spezifischen Einsatzbedingungen und die in diesen Bedingungen angegebenen Umweltgegebenheiten und/oder geographischen Gebiete strikt eingehalten werden."

Aus dieser Einschränkung der allgemeinen Verkehrsfähigkeit eines zugelassenen Produkts kann meines Erachtens nicht nur geschlossen werden, daß spezifische Einsatzbedingungen im Genehmigungsakt überhaupt zulässig sind, sondern auch, daß andere Staaten das Recht besitzen, das Inverkehrbringen zu verbieten, sofern sie der Meinung sind, daß die angegebenen Umweltgegebenheiten auf ihrem Territorium nicht vorliegen beziehungsweise die spezifischen Einsatzbedingungen nicht erfüllt werden können. (In diesem Fall ist nämlich nach dem Wortlaut des Artikels 13 Absatz 5 eine "weitere Anmeldung" erforderlich.⁴¹) Es wird wohl auf die Genehmigungspraxis und hier insbesondere auf die Genauigkeit der Formulierung der Einsatzbedingungen ankommen, wieviel Spielraum die nationalen Behörden noch haben.

Ob der dadurch eröffnete Spielraum *innerhalb* der aufgrund der Regeln der Richtlinie zustande gekommenen Zustimmung für die Einbeziehung von *außerhalb* der Richtlinie anzusiedelnden Kriterien fruchtbar gemacht werden kann, scheint fraglich, da sich die Einsatzbedingungen aufgrund der Richtlinie eigentlich nur im Rahmen von deren Kriterien halten müssen, sodaß kaum Ansatzpunkte für die Einbeziehung weitergehender Gesichtspunkte ausgemacht werden können.

Das Verfahren nach Artikel 16 (siehe oben II.A.) ist hier nur insofern einschlägig, als es zur Anwendung kommt, wenn der Mitgliedstaat der Meinung ist, daß eine Gefahr für Umwelt und Gesundheit besteht. Die Formulierung von Artikel 13 Absatz 5 läßt jedoch meines Erachtens den

39 Es sei jedoch offen zugegeben, daß derartige Überlegungen streng rechtswissenschaftlichen Maßstäben kaum genügen können und eher spekulativer Natur sind.

40 Diese Feststellung - es sei daran erinnert, daß in diesem Abschnitt die Umsetzungsspielräume *innerhalb* der Richtlinie zur Diskussion stehen - determiniert jedoch noch keineswegs eine eventuelle Rechtfertigung einer weitergehenden Einbeziehung der betroffenen Bevölkerung quasi *außerhalb* der Richtlinie, siehe unten in Punkt II.B.4. (siehe auch Seite 21).

41 Der erste Teilsatz von Artikel 13 Absatz 5 lautet: "Sobald ein Produkt eine schriftliche Zustimmung erhalten hat, darf es ohne weitere Anmeldung in der gesamten Gemeinschaft verwendet werden, sofern ..."

Schluß zu, daß das Inverkehrbringen auch dann verboten werden darf, wenn keine direkte Gefahr vermutet wird, wenn aber die Umweltgegebenheiten im betreffenden Territorium von der anlässlich der Genehmigung im Auge gehaltenen Situation abweichen (ohne daß eine spezifische Gefährdung nachgewiesen werden müßte).⁴²

Artikel 13 Absatz 5 Freisetzungs-Richtlinie eröffnet für die Berücksichtigung von Umwelt- und Gesundheitsaspekten "innerhalb" der Richtlinie einen gewissen Spielraum, der jedoch nicht für die Berücksichtigung richtlinienfremder Gesichtspunkte genützt werden kann.

c. Umweltbegriff

Eine besonders heikle Frage der Bestimmung der Reichweite der Richtlinie stellt die Interpretation des Umweltbegriffs dar: wenn man - wie oben⁴³ - zu dem Schluß kommt, daß die Freisetzung-Richtlinie nur in Bezug auf den Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt einen "Harmonisierungsanspruch" stellt, so ist es entscheidend zu wissen, was unter dem Begriff der "Umwelt" im Sinne von Artikel 1 Freisetzung-Richtlinie zu verstehen ist. Denn auch wenn die Qualifizierung der Richtlinie als Teilharmonisierung bedeutet, daß andere Aspekte als Umwelt und Gesundheit damit⁴⁴ nicht harmonisiert sein sollen, so ist doch andererseits klar, daß im geregelten Bereich, also des Umwelt- und Gesundheitsschutzes, kein weiterer nationaler Spielraum mehr besteht.

Die angesprochene Frage ist vor allem in Hinblick auf die Einordnung des oben angesprochenen Kriteriums des gesellschaftlichen Nutzens bezüglich des Aspekts "nachhaltige Entwicklung" von Bedeutung⁴⁵: kommt man zu dem Schluß, daß das Kriterium des "Beitrags zu einer nachhaltigen Entwicklung" ein Umweltschutzkriterium ist, so ist konsequenterweise nur die Richtlinie anzuwenden, die ja wie gesagt den Umweltschutz im Zusammenhang mit der Freisetzung von GVO abschließend regeln will. Oder anders ausgedrückt: einen über die Richtlinie hinausgehenden, also einen zweiten Umweltschutzbegriff - vor allem in Hinblick auf eine Rechtfertigung nach dem entsprechenden "Cassis de Dijon"-Prinzip (Umweltschutz)⁴⁶ - kann es im Zusammenhang mit der Freisetzung von GVO nicht geben. Das bedeutet unter anderem, daß auch die spezifischen Verfahrensvorschriften (Entscheidung der Kommission, Einspruchsrecht der anderen Mitgliedstaaten et cetera) einzuhalten sind. Im gegenteiligen Fall müßte eine andere Rechtfertigung für das Einführen dieses Kriteriums versucht werden (Artikel 36 oder "Cassis de Dijon"-Gründe).

Für Zwecke dieser Untersuchung soll es genügen das eben genannte Kriterium in der Weise zu beschreiben, daß es nicht bloß konkrete Gefahren im Sinne von Sicherheitsrisiken für die menschliche Gesundheit und die von der Freisetzung direkt betroffene Umwelt (das lokale Ökosystem), sondern einen Umweltschutz im Sinne des Schutzes des globalen Ökosystems im Auge hat; hier ist in besonderer Weise der zeitliche Faktor zu berücksichtigen: die zu erfassenden Umweltgefahren sind nicht aktueller Natur, sondern werden erst zeitversetzt, durch kumulative Effekte wirksam. Mit anderen Worten: die Belastbarkeit der Natur darf weder kurz- noch langfristig überschritten werden⁴⁷. Es kann somit von einem weiten Umweltschutzbegriff gesprochen werden, der auf eine langfristige Erhaltung des zu schützenden Gutes "Umwelt" (=globales Ökosystem) abzielt⁴⁸.

42 Ob in so einem Fall trotz des unterschiedlichen Sachverhalts Artikel 16 analog anzuwenden wäre, scheint fraglich, ist jedoch auch nicht ganz auszuschließen.

43 Vergleiche in Abschnitt II.B.1. auf Seite 9.

44 Nämlich durch eine negative Regelung durch die Richtlinie (Ausschluß).

45 Siehe Seite 5; vergleiche auch Seite 21.

46 Vergleiche Fußnote 69.

47 Vergleiche Seite 30.

Umfaßt der Umweltbegriff der Freisetzungs-Richtlinie dieses weite Verständnis? Die Richtlinie enthält keine Definition, sondern setzt ihn voraus. Auch wenn an mancher Stelle - insbesondere in den Gründen - von Sicherheits- und Notmaßnahmen (Nr 15) oder Sicherheitsverfahren (Nr 21), jedoch anders als in späteren Dokumenten der EG⁴⁹ nirgendwo von "nachhaltiger Entwicklung" die Rede ist, was eher auf einen engeren Umweltbegriff schließen läßt, so kann man wohl nicht behaupten, die Richtlinie würde die Verfolgung eines weiten Konzepts von Umweltschutz ausschließen. Denn eine "Gefährdung der menschlichen Gesundheit und der Umwelt" (vergleiche Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie) ist nach übereinstimmender Meinung von Umweltextperten gerade auch durch einen nicht-nachhaltigen Umgang mit den natürlichen Ressourcen gegeben. Fazit:

Es scheint möglich, das Kriterium der "nachhaltigen Nutzung" - zumindest teilweise⁵⁰ - als vom Umweltbegriff der Freisetzungs-Richtlinie erfaßt anzusehen, das heißt, daß unter Umständen die Prüfung eines Beitrags zur nachhaltigen Nutzung der Umweltressourcen als EG-rechtlich erlaubt angesehen werden könnte.

Die Konsequenzen dieses Befundes sind interessant: die zuständige Behörde muß auch in Bezug auf dieses Kriterium das in Teil B beziehungsweise Teil C der Freisetzungs-Richtlinie vorgesehene Verfahren einhalten: wollte eine nationale Behörde ein GVO-enthaltendes Produkt aus diesem Grund nicht zulassen, so bleibt ihr diese Entscheidung unbenommen (eine derartige nationale Entscheidung ist endgültig, vergleiche Artikel 12 Absatz 2 litera b); will sie es jedoch befürworten, sind insbesondere im Fall des Inverkehrbringens (Teil C) die über die EG-Kommission informierten anderen Mitgliedstaaten an der Entscheidung mit einem Einspruchsrecht beteiligt (siehe Punkt II.A.); im Fall einer Nicht-Einigung geht die Entscheidung inhaltlich auf die Kommission über. Umgekehrt hat ein Mitgliedstaat keine Möglichkeit, dauerhaft die Einfuhr eines Produkts, das *in einem anderen Staat* zugelassen wurde, zu verhindern, da er sich zwar am Zulassungsverfahren beteiligen kann, jedoch die endgültige Entscheidung durch die Kommission nicht mehr bestimmen kann; andererseits kann auch das Verfahren gemäß Artikel 16 (Schutzklausel) möglicherweise nur zeitlich beschränkt zu einem Einfuhrverbot führen.

3. Relevanz der Rechtsgrundlage

Abgesehen von der eben in Punkt II.A.1. erörterten Frage der inhaltlichen Reichweite einer Harmonisierungsmaßnahme und der daraus ableitbaren "Restkompetenz" des nationalen Gesetzgebers *außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie* können Abweichungen von der durch Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag gebotenen vollinhaltlichen Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht abhängig von der konkreten Rechtsgrundlage, auf der die Richtlinie fußt, erlaubt sein. Dies betrifft also quasi den Gestaltungsspielraum *innerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie*.

Die System-Richtlinie wurde auf Grundlage von Artikel 130s EWG-Vertrag, der Umweltkompetenz der Gemeinschaft, erlassen. Aus Artikel 130t EWG-Vertrag ergibt sich daher, daß die Mitgliedstaaten prinzipiell befugt sind, "verstärkte *Schutzmaßnahmen* beizubehalten oder zu ergreifen, die mit diesem Vertrag vereinbar sind." Ob durch den Begriff "Schutzmaßnahmen" auch

48 Einschränkung muß allerdings festgestellt werden, daß manche Aspekte des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung, insbesondere im Verständnis des Berichts der Brundtlandkommission (vgl unten Seite 15) über ein reines Umweltschutzkonzept hinausgehen; etwa wenn von Verteilungsfragen die Rede ist. Für diese Aspekte können die oben angestellten Überlegungen nicht zutreffen.

49 Siehe Fußnote 29.

50 Siehe schon Fußnote 48.

weitere Bewilligungskriterien erfaßt sein könnten, die über die bloße Sicherheitsprüfung hinausgehen, kann hier dahingestellt bleiben⁵¹.

Demgegenüber fußt die Freisetzung-Richtlinie auf Artikel 100a EWG-Vertrag, was zu einem erheblich engeren Gestaltungsspielraum für die nationale Umsetzung führt⁵². In diesem Fall sind Abweichungen nur unter den Voraussetzungen des Absatz 4 möglich, wenn sie "durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind". In Zusammenhang mit der Reichweite dieser Klausel besteht eine Reihe von Streitfragen⁵³, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll, da die Fragestellung dieses Gutachtens nicht darauf gerichtet ist, in welcher Weise etwa strengere Sicherheitsauflagen bei der Freisetzung von GVO gemacht werden können, sondern darauf, ob überhaupt andere, in der Richtlinie gar nicht erwähnte Kriterien herangezogen werden könnten. Insofern muß jedoch festgehalten werden, daß die Anwendungsfälle der sogenannten "Sozialklausel" im Sinne der obigen Erörterungen (II.B.1.) außerhalb der Reichweite der Richtlinie stehen; Absatz 4 ist daher für diese Fälle nicht einschlägig.⁵⁴

Die aufgrund der für die Freisetzung-Richtlinie gewählten Kompetenzgrundlage eröffneten Spielräume sind nur "innerhalb" des Anwendungsbereichs der Richtlinie nützlich, das heißt nur für die Aufrechterhaltung von strengeren Schutzbestimmungen im Umwelt- und Gesundheitsbereich, nicht aber für darüberhinausgehende Kriterien.

4. Die Schranken der Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag in der Interpretation des EuGH

Vorbemerkung: Nachdem nun die Spielräume innerhalb der Richtlinie näher erörtert worden sind, stellt sich im nächsten Schritt die Frage, welche sonstigen Vorschriften des EG-Rechts Bestimmungen enthalten, die die von der Freisetzung-Richtlinie erfaßten Sachverhalte regeln. In erster Linie sind dies die Regeln über den *freien Warenverkehr* im Binnenmarkt, da die Richtlinie in ihrem Teil C besondere Vorschriften bezüglich des Inverkehrbringens bestimmter Waren, eben der GVO-enthaltenden Produkte, aufstellt. Daneben sind in gewisser Weise auch die Vorschriften über die *Freiheit des Dienstleistungsverkehrs* und der *Niederlassung* einschlägig, wenn es sich um die

- 51 Dies wird meines Erachtens jedoch aufgrund der begrenzten Reichweite der umweltpolitischen Kompetenz der EG insofern zu bejahen sein, als sich eine Richtlinie auf Basis von Artikel 130s EWGV ja gar nicht auf andere Aspekte beziehen dürfte, deren Regelung somit jedenfalls in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt. Genaugenommen ist dieses Argument jedoch eines, das unter den weiter oben (II.B.1.) besprochenen Aspekt des Umfangs der Richtlinie fällt.
- 52 Vergleiche *Herdegen* (Fußnote 19), Seite 92.
- 53 So zum Beispiel, ob sich ein Mitgliedstaat nur dann auf Artikel 100a Absatz 4 berufen kann, wenn er selbst überstimmt wurde, oder auch dann, wenn er anläßlich der Beschlußfassung mit der Mehrheit gestimmt hat; oder ob dies ein neu beitretender Mitgliedstaat tun dürfte, der bei der Abstimmung gar nicht dabei gewesen sein konnte (vergleiche dazu *Jörn Pipkorn* in *Groeben et al.*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Auflage, Randziffer 80ff zu Artikel 100a).
- 54 Im übrigen würde die gegenteilige Feststellung - das heißt wenn die zusätzlichen Bewilligungskriterien als prinzipiell von der Richtlinie (in negativer Weise) erfaßt und durch Absatz 4 rechtfertigbar gelten sollen - ebenfalls zur Anwendung der allgemeinen Regeln bezüglich des freien Warenverkehrs führen: denn es ist herrschende Lehre, daß Artikel 100a Absatz 4 "nicht das Ausmaß der vertraglichen Freiheitsverbürgungen [beschränkt], sondern nur die Wirkung der gemeinschaftlichen Angleichungsmaßnahmen auf die zugunsten der Mitgliedstaaten vertraglich zugelassenen Vorbehalte der Anwendung materieller Regelungen, zum Beispiel in Artikel 36 EWGV." (*Pipkorn*, Randziffer 84 [Fußnote 53]) Das bedeutet, daß auch auf die aufgrund von Absatz 4 möglicherweise rechtfertigbaren nationalen Bestimmungen die unten in Punkt III.B.3. beschriebenen Grundregeln des Binnenmarktes Anwendung finden würden - womit man wieder beim selben Ergebnis angelangt ist.

Freisetzung von GVO im Rahmen einer Forschungs- und Entwicklungstätigkeit handelt (Teil B der Richtlinie), da etwa auch die Ausübung der Tätigkeit von F&E-Abteilungen aus anderen Mitgliedsbeziehungsweise EWR-Staaten geregelt wird; auf diese besonderen Aspekte kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Darüberhinaus kämen prinzipiell auch die Bestimmungen über die *Forschung und technologische Entwicklung* und den *Umweltschutz* in Frage - sie sind jedoch für den hier erörterten Zusammenhang aufgrund ihres bloß programmatischen Charakters sowohl der EG- als auch der EWR-Bestimmungen nicht ergiebig.

Aufgrund der weiten Definition eines "technischen Handelshemmnisses" im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag⁵⁵ in der ständigen Rechtsprechung des EuGH als "jede Handelsregel der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel *unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell* zu behindern"⁵⁶, fällt beinahe jede nationale Vorschrift, egal ob sie sich direkt auf den zwischenstaatlichen Verkehr bezieht oder nicht, prinzipiell in den Anwendungsbereich des Verbots von Artikel 30. In diesem Sinne ist auch eine Vorschrift des Inhalts, daß das Inverkehrbringen eines GVO-enthaltenden Produkts wegen mangelnden gesellschaftlichen Nutzwerts verboten werden kann, geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, da das verbotene Produkt nicht Gegenstand von Importen aus anderen Mitgliedstaaten sein kann, in denen es rechtmäßig in Verkehr gebracht worden ist - etwa weil dort keine vergleichbar restriktiven Vorschriften bestehen.

Nach dieser weiten Definition wären somit grundsätzlich beinahe alle von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Vorschriften unzulässig. Da ein solches Ergebnis in dieser Allgemeinheit untragbar wäre⁵⁷, sieht der EWG-Vertrag Ausnahmen von diesem rigorosen Verbot vor:

Nationale Bestimmungen können einerseits durch die in Artikel 36 EWG-Vertrag (= Artikel 13 EWRA) statuierten Ausnahmen gerechtfertigt werden: diese bestehen darin, daß zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter doch Beschränkungen des freien Warenverkehrs zulässig sind (unten a.); andererseits hat der EuGH in seiner späteren Rechtsprechung Artikel 30 einschränkender ausgelegt und gewissermaßen weitere Rechtfertigungsgründe für nationale "Handelshemmnisse" eingeführt (unten b.)⁵⁸. Dies gilt insbesondere für die hier in Diskussion stehenden nationalen Bestimmungen, die *unterschiedslos* auf inländische und auf importierte Produkte anwendbar sind, also nicht diskriminieren, sondern nur durch indirekte Wirkungen für den zwischenstaatlichen Handelsverkehr hindernd sind. *Diskriminierende* Regelungen, die also bereits im Tatbestand zwischen inländischen und importierten Produkten unterscheiden, können demgegenüber wegen Artikel 7⁵⁹ und Artikel 36 Absatz 2 kaum gerechtfertigt werden. Die in unserem Zusammenhang zur Diskussion gestellten Regelungen unterscheiden jedoch nicht nach der Herkunft des Produkts - es geht vielmehr um die Zulässigkeit der unterschiedslos für alle Produkte geltenden Genehmigungsverfahren, daher erübrigt sich die nähere Untersuchung in diesem Punkt.

Abgesehen vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach a. oder b. sind sodann noch weitere Erfordernisse zu untersuchen (c.).

55 Dort ist von "Maßnahmen gleicher Wirkung" wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen die Rede.

56 EuGH, Urteil vom 11. 7. 1974 in der Rechtsache 8/74, Staatsanwaltschaft/Benoît und Gustave Dassonville, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1974, 837, Randziffer 5.

57 Wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung feststellt, verbleibt die Zuständigkeit zur Regelung in einem Rechtsgebiet mangels gemeinschaftsweiter Harmonisierung bei den Mitgliedstaaten; die einschränkungslos weite Auslegung des Artikel 30 würde dieses Grundprinzip aufheben. Zu der daher entscheidenden Frage, ob bereits eine Regelung (und eventuell: mit welcher Reichweite) auf Gemeinschaftsebene erfolgt ist, siehe schon oben bei II.B.1.

58 Vergleiche dazu aus der unübersehbaren Literatur: *Peter-Christian Müller-Graff*, Kommentar zu den Artikel 30 und 36, in: *Kommentar Groeben et al.*, 4. Auflage; *Florian Gibitz*, Nationale Vermarktungsregeln und freier Warenverkehr, Band 6 der Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Europafragen, Wien 1991.

59 Artikel 7 Absatz 1 EWGV lautet: "Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten." Dem entspricht Artikel 4 EWRA.

Sonstige, das heißt außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegende Kriterien anlässlich der Zulassungsentscheidung werden prinzipiell vom EG-Recht als Handelshemmnis verstanden und sind daher an den allgemeinen Bestimmungen des EG-Rechts zum freien Warenverkehr zu messen; diese Handelshemmnisse können dennoch zulässig sein, wenn ein vom EG-Primärrecht oder der EuGH-Rechtsprechung anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt.

a. Rechtfertigung nach Artikel 36 EWG-Vertrag

Verbote und Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels können gerechtfertigt sein, wenn eines der in Artikel 36 Satz 1 (*taxativ!*) genannten Schutzgüter⁶⁰ der Grund für die handelshemmende Maßnahme ist. Im gegenständlichen Zusammenhang kommen in erster Linie zwei Rechtfertigungsgründe in Betracht: die *öffentliche Sittlichkeit* und der *Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen*.

Der *Gesundheits- (und Lebens-)schutz* als Rechtfertigung wird jedoch in unserem Zusammenhang kaum wirklich von Bedeutung sein, da die hier fraglichen Regelungen ja explizit über den bloßen Gesundheits- und Umweltschutz hinausgehen wollen; eine nur teilweise Rechtfertigung durch Artikel 36 bezüglich des Aspekts "Gesundheitsschutz" ist daher weder sinnvoll, da eben ein Restbereich bliebe, der nichtsdestotrotz einer Rechtfertigung bedürfte, noch zulässig, da die Berufung auf Artikel 36 dann nicht mehr möglich ist, wenn die Harmonisierungsmaßnahme genau auf diesen Aspekt abstellt⁶¹. Sollte das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung nicht - wie oben in Abschnitt II.B.2.c. versucht - im Umweltbegriff der Richtlinie Deckung finden, bleibt jedoch ein Anwendungsbereich für diesen Rechtfertigungsgrund aus Artikel 36. Denn das Prinzip des "sustainable development" zielt eindeutig auf einen Schutz des Lebens insbesondere von Pflanzen und Tieren ab.

Das Argument der *öffentlichen Sittlichkeit* ist demgegenüber eher geeignet, für bestimmte der in Punkt I.B. genannten "sozioökonomischen Bewilligungskriterien" als Rechtfertigung zu dienen. "Darunter ist der Inbegriff der Moralvorstellungen zu verstehen, die das Zusammenleben der Menschen in einem bestimmten Gebiet zu einer bestimmten Zeit beherrschen."⁶² Der EuGH formulierte: "Grundsätzlich ist es Sache jedes Mitgliedstaats, den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit für sein Gebiet im Einklang mit seiner eigenen Wertordnung und in der von ihm gewählten Rechtsform auszufüllen."⁶³ Ein maßgeblicher Gesichtspunkt ist, ob das Verbot auch innerhalb des verbietenden Mitgliedstaates gilt oder aber der Vertrieb vergleichbarer Waren nicht beschränkt ist. Ist ersteres der Fall, liegt die Vermutung nahe, daß tatsächlich die Durchsetzung inländischer Maßstäbe und nicht die Diskriminierung ausländischer Erzeugnisse Ziel des Verbots ist.

Da zu diesem Argument hauptsächlich Judikatur bezüglich hier nicht-einschlägiger Sachverhalte⁶⁴ besteht, ist es schwierig, die Reichweite der Ausnahme in den hier interessierenden Fällen abzuschätzen. Es muß jedenfalls zwischen den verschiedenen, eingangs (I.B.) unterschiedenen "Typen" von Kriterien unterschieden werden. Möglicherweise könnten Überlegungen bezüglich

60 Das sind: die öffentliche Sicherheit, Ordnung und Sittlichkeit; der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen; der Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert; der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums.

61 Vergleiche EuGH, Rechtsache 5/77 (Fußnote 22).

62 *Müller-Graff* (s Fußnote 58), Randziffer 49 zu Artikel 36.

63 Urteil vom 14. 12. 1979 in der Rechtsache 34/79, *Henn und Darby*, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1979, 3795, Randziffer 15.

64 Nämlich den Import von Pornographie: EuGH, Rechtsache 34/79 [Fußnote 63], und Rechtsache 121/85, *Conegate*, Urteil vom 11. 3. 1986, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1986, 1007.

der "*gesellschaftlichen Nützlichkeit*" unter diesen Begriff fallen, da etwa der im norwegischen Entwurf⁶⁵ genannte "Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung"⁶⁶ möglicherweise als gesellschaftlicher Konsens über Moralvorstellungen verstanden werden muß, auch wenn die Deutung als gesellschafts- und wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung oder als Umweltschutzziel zweifellos näher liegt. Es könnte nämlich argumentiert werden, daß - vergleichbar der möglichen Schädigung der kindlichen Psyche durch Pornographie, die als zumindest ein Grund für die "moralische Verwerflichkeit" gelten wird können - es unmoralisch ist, auf Kosten der nächsten oder übernächsten Generation zu wirtschaften; auch hier ist die Schädigung anderer das Ausschlaggebende.

Weniger Probleme scheint hingegen die Subsumtion der Entscheidung einer "*Ethik-Kommission*"⁶⁷ zu machen, da diese gerade darauf angelegt ist, die in einem Land herrschenden Moralvorstellungen gleichsam zu bündeln⁶⁸. Die Zusammensetzung der Kommission wird ebenfalls von einiger Relevanz sein: damit tatsächlich angenommen werden kann, daß die Entscheidung dieser Kommission die herrschenden Moralvorstellungen bündelt, müßte wohl eine gewisse Repräsentativität erreicht sein. So wird es sich meines Erachtens wohl nicht um einen bloßen wissenschaftlichen Beirat, einen bloßen interministeriellen Ausschuß oder ein bloßes Sozialpartnergremium handeln dürfen. In diesen Fällen läge der Verdacht zu nahe, daß das Gremium spezifische Gruppeninteressen und keinen gesamtgesellschaftlichen Querschnitt repräsentiere.

Von Bedeutung scheint auch die Frage zu sein, in welcher Weise die Aussagen der Ethik-Kommission von der entscheidenden Behörde zu berücksichtigen sind, sei es daß diese bindend sind, sei es daß sie bloß anläßlich der Entscheidung zu berücksichtigen sind. Im ersten Fall ist es zweifellos so, daß es sich tatsächlich um ein neues, zu rechtfertigendes Entscheidungskriterium handelt; im zweiten muß wohl unterschieden werden, je nachdem, ob die entscheidende Behörde die Empfehlungen der Kommission als ausreichende Begründung ansehen darf, um eine Genehmigung zu verweigern beziehungsweise zu erteilen - dann gilt meines Erachtens das für den ersten Fall Gesagte - oder ob sie darüberhinaus auch noch andere Entscheidungsgründe braucht - dann handelt es sich eigentlich um keinen im Rechtssinn entscheidungsrelevanten Input, für den wohl kaum eine eigene Rechtfertigung notwendig sein wird.

Artikel 36 EWG-Vertrag ermöglicht die Rechtfertigung der Berücksichtigung von ethischen Kriterien anläßlich der nationalen Bewilligungsverfahren (etwa in Form einer sogenannten Ethikkommission). Ein Kriterium des Typs "gesellschaftliche Nützlichkeit" hingegen scheint kaum durch den Katalog an Rechtfertigungsgründen des Artikel 36 gedeckt.

b. *Rechtfertigung durch die "Cassis de Dijon"-Prinzipien*

In dem berühmt gewordenen Urteil im "Cassis de Dijon"-Fall⁶⁹ stellte der EuGH fest, daß

"Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, [...] hingenommen werden [müssen], soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erforder-*

65 Siehe unten IV.A.1.

66 Vergleiche oben "Typ 3" auf Seite 5.

67 Vergleiche "Typ 1" oben auf Seite 4.

68 Dabei wird es natürlich insofern auf deren konkrete Befugnisse ankommen, als deren Entscheidungskompetenz strikt auf sogenannte "ethische" Überlegungen beschränkt bleiben müßte, beziehungsweise müßte für die sonstigen von der Kommission zu berücksichtigenden Kriterien ein anderer Rechtfertigungsgrund gefunden werden.

69 EuGH, Urteil vom 20. 2. 1979 in der Rechtsache 120/78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("*Cassis de Dijon*"), Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1979, 649.

nissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes." (Hervorhebung M.N.)

Der EuGH hat sich hier nicht auf Artikel 36 berufen, sondern vielmehr ausgesagt, daß im Falle dieser zwingenden Erfordernisse gar keine Verletzung des Artikel 30 vorliegt (die durch die in Artikel 36 aufgezählten und nicht ergänzungsfähigen Gründe zu rechtfertigen wäre).

Die Formulierung "insbesondere" läßt darauf schließen, daß der EuGH geneigt ist, noch weitere zwingende Erfordernisse anzuerkennen; und in der Tat sind zum Beispiel Umweltschutzüberlegungen in einigen Urteilen akzeptiert worden⁷⁰. Im übrigen läßt die Judikatur des EuGH erkennen, daß er ganz allgemein "*Erwägungen des Gemeinwohls*" erfassen will, die jedoch (wie jene des Artikel 36) *nicht-wirtschaftlicher Art* sein müssen.

Zunächst kommt das explizit genannte Erfordernis des *Schutzes der öffentlichen Gesundheit* in Betracht. Über die Auslegung dieses Kriteriums besteht in der Literatur durchaus Uneinigkeit, insbesondere über dessen Abgrenzung zu dem bereits oben erörterten Parallelkriterium in Artikel 36. Mit *Müller-Graff* wird man jedoch schließen können, daß "weder ein präzises Abgrenzungskriterium noch die Abgrenzungsnotwendigkeit erkennbar" ist. Es gilt daher das oben bei a. Gesagte.

In gewissem Umfang könnten auch Erfordernisse des *Verbraucherschutzes* und der *Lauterkeit des Handelsverkehrs* zur Rechtfertigung bestimmter Untersuchungskriterien herangezogen werden: in besonders gelagerten Fällen⁷¹ könnte es zum Schutz der VerbraucherInnen geboten sein, über Gesundheitschutzüberlegungen hinaus Auflagen oder gar Verkehrsverbote auszusprechen, die vom Begriff der Gefährdung der menschlichen Gesundheit und der Umwelt im Sinne der Artikel 1 und 4 der Freisetzung-Richtlinie nicht mehr erfaßt wären.

Da die bislang gefundenen Rechtfertigungen noch nicht alle in Abschnitt II.B. zur Diskussion gestellten Varianten abdecken, ist die Frage zu stellen, durch welche *sonstigen* "zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls" die Ausweitung der Bewilligungskriterien gerechtfertigt werden könnten. Bislang in der Judikatur anerkannte Erfordernisse passen nur zum Teil auf unsere Fragestellung⁷², womit es schwierig wird, eine eindeutige Aussage zu treffen. Hier wird es wohl notwendig sein, nach den einzelnen vorstellbaren Maßnahmen zu differenzieren:

Typ 1 (*Ethik-Kommission*)⁷³ wurde bereits im vorigen Abschnitt abgehandelt, daher erübrigt sich hier eine besondere Untersuchung unter dem Aspekt des Artikel 30.

Ob und inwieweit Typ 2 (*Einbeziehung der Bevölkerung*)⁷⁴ durch die Richtlinie selbst gedeckt ist, ist fraglich (vergleiche Abschnitt II.B.2.a.); sicherlich gedeckt sind einerseits die Variante "Freisetzung zu Forschungszwecken" und andererseits die Variante "Anhörung"; für den Fall des Inverkehrbringens von GVO-enthaltenden Produkten wurden Zweifel angemeldet. Ob der Begriff der "Anhörung" auch das Einräumen von Parteistellung einbegreift, ist nicht klar entscheidbar; al-

70 *Müller-Graff* (siehe Fußnote 58), Randziffer 97 zu Artikel 30, listet folgende Erwägungen auf: Umweltschutz, Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte, Kulturpolitik, Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts, Sicherung der Sozialversicherungssysteme, Erfordernisse der Statistik.

71 So soll etwa ein durch gentechnische Veränderungen erzeugter Effekt bei Obst und Gemüse möglich sein, der - ähnlich wie bei der Bestrahlung von Lebensmitteln - dazu führt, daß die Ware von außen weitaus länger frisch aussieht, als es ihrem tatsächlichen Alter entsprechen würde. Die solcherart verursachbare Täuschung der KonsumentInnen kann noch in einem Bereich angesiedelt sein, in dem noch nicht von Gesundheitsgefährdung gesprochen werden mußte.

72 Vergleiche oben in Fußnote 70.

73 Vergleiche oben Seite 4.

74 Vergleiche oben Seite 5.

lerdings dürfte dies im Sinne der oben angestellten Überlegungen⁷⁵ zu bejahen sein. Ebenso unklar ist die Beurteilung echter Mitentscheidungsbefugnisse im Sinne zwingend vorgeschriebener Abstimmungen im Einzelfall mit die Behörde bindendem Ausgang⁷⁶. Solche Verfahrensvorschriften - so könnte formuliert werden - entsprängen einem "zwingenden Bedürfnis nach demokratischer Legitimation gesellschaftlich wichtiger Entscheidungen". Es ist nicht weiter verwunderlich, daß sich der EuGH zu einem derartigen "zwingenden" Bedürfnis noch nicht geäußert hat, was die Argumentation in diesem Zusammenhang einigermaßen spekulativ macht: daß dieser Gedanke jedenfalls auch⁷⁷ der EG nicht grundsätzlich fremd ist, beweist abgesehen von Artikel 7 der Freisetzung-Richtlinie selbst meines Erachtens die Regelung der Umweltverträglichkeitsprüfung auf EG-Ebene, welche explizit Bürgerbeteiligungsverfahren (allerdings eben nur in Form der Anhörung) vorsieht⁷⁸. Es scheint mir jedoch nicht sehr wahrscheinlich, daß der EuGH einer solchen Argumentation folgen würde, da die darin verborgene Gefahr einer Umgehung der Kriterien der Richtlinie zu offensichtlich ist.⁷⁹

Zum Typ 3 (*gesellschaftlicher Nutzwert*)⁸⁰: soweit Überlegungen im Sinne einer nachhaltigen Entwicklung betroffen sind, sei auf die Überlegungen zum weiten Umweltbegriff der Richtlinie verwiesen⁸¹. Wie jedoch die zusammengestellten Aussagen zum Kriterium des gesellschaftlichen Nutzwertes belegen, deckt dieser spezifische Umweltaspekt nur einen Teil der Möglichkeiten ab. Andere Aspekte sind beispielsweise: volkswirtschaftlicher Nutzen, Alternativenprüfung, sozialpolitische Erwägungen und regionale⁸² Verteilung. Die Frage lautet somit: Können darin "wesentliche Erfordernisse des Gemeinwohls" gesehen werden?

Wichtig ist vorerst festzuhalten, daß der Begriff des "Gemeinwohls" im Sinne der Judikatur zwar unter Bezugnahme auf die nationalen Besonderheiten, aber doch in einem europarechtlichen Sinne ausgelegt wird. Das bedeutet - wenn nicht gerade aufgrund der nationalen Besonderheiten konkrete Gefährdungslagen entstehen⁸³ - daß das Gemeinwohl in einer Art gemeinschaftsweitem Vergleich bestimmt wird, wobei insbesondere auch die Aktivitäten (Rechtsakte, sonstige Dokumente, Politiken) der Gemeinschaft selbst sowie Aussagen internationaler Gremien⁸⁴ als Indiz herangezogen werden. Insbesondere dann, wenn die Gemeinschaft selbst auf dem in Frage stehenden Gebiet eine gemeinsame Politik verfolgt, liegt die Vermutung nahe, daß der EuGH die

75 Vergleiche oben Seite 12.

76 Auf die Diskussion der möglicherweise *verfassungsrechtlichen* Bedenklichkeit aus Gründen der Rechtssicherheit kann im gegebenen Rahmen (Untersuchung der *europarechtlichen* Kompatibilität) nicht eingegangen werden.

77 Es sei nur kurz auf das viel diskutierte Demokratiedefizit der Gemeinschaften verwiesen.

78 Vergleiche Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABI L 175/40 vom 5. 7. 1985: der Öffentlichkeit sind alle projektbezogenen Informationen zugänglich zu machen, die betroffene Öffentlichkeit hat ein Stellungnahmerecht (Anhörung).

79 Das Argument könnte etwa so formuliert werden: Wenn die Einwände der Bevölkerung - egal welchen Inhalt beziehungsweise Hintergrund sie haben - einen zu großen Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens gewinnen, ist das Anliegen der Richtlinie (also ein System der Bewilligung zu schaffen, das zu einer Vereinheitlichung und damit Erleichterung des Verkehrs mit GVO führen soll) in Gefahr, nicht verwirklicht werden zu können.

80 Vergleiche Seite 5.

81 Siehe Abschnitt II.B.2.c.

82 Internationale Verteilungsaspekte, wie sie auch in den Erläuterungen zum norwegischen Gesetzesentwurf angesprochen werden, werden weiter unten bei Typ 4 behandelt.

83 Ein Beispiel aus dem Lebensmittelbereich: spezifische Ernährungsgewohnheiten in einem Mitgliedstaat dürfen zu besonderen, vom Rest der Gemeinschaft abweichenden Zulassungspraktiken führen.

84 Beispiel: Aussagen der Codex-Alimentarius-Kommission der FAO zu Fragen gesundheitlicher Gefährdung durch Lebensmittelzusätze.

Auffassung vertreten könnte, daß die Verfolgung gleichgerichteter Ziele kontraproduktiv wäre. Voraussetzung für die Berechtigung einer derartigen Einschränkung des nationalen Gestaltungsspielraums ist dabei jedoch zweifellos das Vorliegen einer Gemeinschaftskompetenz.

Handelt es sich etwa um die Vermeidung landwirtschaftlicher Überproduktion, wäre zu bedenken, daß die Agrarproduktion vergemeinschaftet ist und damit dem einzelnen Mitgliedstaat keine eigenständige Kompetenz mehr zukommt⁸⁵. Wie weitreichend dieses Argument vom Gerichtshof in anderen nicht völlig vergemeinschafteten Politikbereichen verwendet werden würde, kann meines Erachtens derzeit realistischerweise nicht ausgesagt werden.⁸⁶

Wenig vorstellbar erscheint es, daß der EuGH den "*volkswirtschaftlichen Nutzen*", auch wenn es sich um einen binnenmarktweit verstandenen volkswirtschaftlichen Nutzen handelt, als Rechtfertigungsgrund anerkennen würde, da es sich ja um Gründe nicht-wirtschaftlicher Art handeln muß.

Was eventuelle *Alternativenprüfungen* betrifft, muß wohl unterschieden werden zwischen der prinzipiellen Anforderung, auch Alternativ-Szenarios anlässlich der Anmeldung untersuchen zu müssen, die gleichsam als "kontrastierender Hintergrund" für die gewählte und zur Entscheidung anstehende Variante dienen, und der Möglichkeit, daß eine behördliche Entscheidung unter Hinweis auf die Vorzüge einer nicht gewählten Alternative (sei sie gentechnischer oder auch nicht-gentechnischer Art) negativ ausgehen kann. Während ersteres meines Erachtens unproblematisch erscheint, kann die Zulässigkeit der zweiten Variante nicht unabhängig von den Kriterien gesehen werden, die die "Vorzüge" der anderen (nicht gewählten) Alternative ausmachen. Je nachdem auf welcher Grundlage ausgesagt wurde, daß die andere Alternative vorzuziehen sei, wird sich auch die Beurteilung ändern: so wäre zum Beispiel auf die Ausführungen zur ethischen Vertretbarkeit zu verweisen, wenn etwa die andere Alternative als ethisch vertretbarer und deshalb vorzuziehen eingestuft wird.

Zum Typ 4⁸⁷ (Stichwort: *Entwicklungspolitik*): die EG betreibt in gewissem Ausmaß über die gemeinsame Außenhandelspolitik auch Entwicklungspolitik, die auf eine Bevorzugung dieser Länder in den internationalen Handelsbeziehungen hinausläuft. Zur Verwirklichung dieser Ziele, insbesondere bei regional unterschiedlichen Kontingenten, kann es mitunter zur Abschottung einzelner Binnenmarktterritorien, somit zu an sich Binnenmarkt-widrigen Folgen kommen. Die Regelung der internationalen Patentvergabe, spezielle Informationspflichten oder Ausgleichszahlungen an Entwicklungsländer scheinen mir hingegen nicht Bestandteil der Außenhandelskompetenz der EG zu sein und fallen somit in die nationale Kompetenz. Auch diese Maßnahmen führen zu regional unterschiedlichen Bedingungen für die Unternehmen. Ob die Rechtsprechung dem Argu-

85 Vergleiche EuGH, Rechtsache 90/86, *Zoni*, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1988, 4285, Randziffer 26: kein zwingendes Erfordernis ist die Ergänzung der gemeinsamen, in einer Marktordnung verfestigten Agrarpolitik, da diese Aufgabe allein der Gemeinschaft zukommt (nach Müller-Graff [Fußnote 58], Randziffer 98 zu Artikel 30); ebenso Rechtsache 407/85, *Pasta*, Urteil vom 14. 7. 1988, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1988, 4233, Randziffer 26: "Sodann ist darauf hinzuweisen, daß [...] die Mitgliedstaaten, sobald die Gemeinschaft eine gemeinsame Marktorganisation für einen bestimmten Sektor errichtet hat, verpflichtet sind, sich aller einseitigen Maßnahmen zu enthalten, selbst wenn diese geeignet sind, der Unterstützung der gemeinsamen Politik der Gemeinschaft zu dienen. Es ist Sache der Gemeinschaft und nicht eines Mitgliedstaates, im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik eine Lösung für das genannte Problem zu finden."

86 Was die eigenständige Verfolgung von *regionalpolitischen oder sozialpolitischen Zielen* anlangt, muß festgestellt werden, daß in diesen Bereichen zwar in diesem Zusammenhang durchaus kompatible gemeinschaftliche Zielvorstellungen formuliert sind, die diesbezüglichen gemeinschaftlichen Politiken jedoch keine ähnliche Dichte aufweisen wie im Agrarsektor - womit dem obigen Argument die Spitze genommen scheint.

87 Vergleiche Seite 6.

ment folgen würde, daß diese unterschiedlichen Bedingungen durch ein "zwingendes" Erfordernis gerechtfertigt seien, muß an dieser Stelle offen bleiben.⁸⁸

Die Judikatur des EuGH anerkennt über die in Artikel 36 genannten Rechtfertigungsgründe hinaus noch weitere "zwingende Erwägungen des Gemeinwohls" nicht-wirtschaftlicher Art. Von den bereits explizit anerkannten Gründen kommt nur der "Verbraucherschutz" in Frage, der jedoch nur einen Teilaspekt der hier in Frage stehenden Kriterien abdeckt. Ob und wenn ja welche weiteren Gründe der EuGH in Zukunft anerkennen wird, kann nicht mit Bestimmtheit gesagt werden - die diesbezüglich angestellten Überlegungen müssen daher vage bleiben: Bezüglich "gesellschaftlicher Nutzwertüberlegungen" scheint vor allem der Charakter der Nicht-Wirtschaftlichkeit und die Abwesenheit einer Gemeinschaftskompetenz von entscheidender Bedeutung für den nationalen Gestaltungsspielraum zu sein.

c. Weitere Erfordernisse

Sowohl nach Artikel 36 als auch im Rahmen der Rechtfertigung aufgrund der "Cassis de Dijon"-Prinzipien ist darüberhinaus die *Notwendigkeit der Maßnahme* Voraussetzung für ihre Zulässigkeit. Das bedeutet, daß die Maßnahme den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Berücksichtigung der Regel des Artikel 36 Satz 2 ("Mißbrauchsverbot"⁸⁹) entsprechen muß⁹⁰.

Dies bedeutet insbesondere, daß⁹¹

(1) die Maßnahme aufgrund einer Gefährdung des anerkannten Schutzgutes überhaupt *erforderlich* ist. Die Gefährdung muß ernstzunehmen sein⁹² und nicht bereits durch Marktkräfte gebannt werden können.

Meines Erachtens wird dieser Teil der Prüfung kaum zu Problemen führen, da die genannten Schutzziele derart spezifisch und "marktfern" sind, daß nach meinem Dafürhalten der Markt kaum Abhilfe schaffen könnte.

-
- 88 Es könnte etwa argumentiert werden, daß die Glaubwürdigkeit eines Staates - nämlich daß die Maßnahme nicht aus protektionistischen, sondern aus anderen Motiven getroffen wurde - darunter leiden würde, wenn nicht ein Verbot ausgesprochen wird, sondern eine Behinderung in Form von speziellen Auflagen, also einer Art Sanktion: entweder ist eine Anwendung problematisch oder nicht, entweder es treffen "sozialethische Bedenken" zu oder nicht; wenn sie zutreffen, läge ein Verbot näher. Vergleiche EuGH, Rechtsache 7/68, *Kommission/Italien*, Urteil vom 10.12.1968, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1968, 633, Randziffer 14, der im Zusammenhang mit Artikel 36 meint, daß der Schutz von nationalem Kulturgut - einer der Rechtfertigungsgründe gem Artikel 36 - nicht dadurch erreicht werden kann, daß auf den Export Zölle verhängt werden, die ja das Kulturgut beim Export bloß verteuern, ohne daß sie die Verwirklichung des angestrebten Zieles gewährleisten.
- 89 Die Verbote und Beschränkungen dürfen "weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen".
- 90 Der EuGH prüft diese Kriterien nicht immer und Punkt für Punkt durch, das Verhältnismäßigkeitsprinzip zählt dennoch zu einem Eckpfeiler der europäischen Rechtsprechung.
- 91 Vergleiche zum folgenden beispielsweise *Müller-Graff* (Fußnote 58), Randziffer 70ff zu Artikel 36.
- 92 Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß es sich hier nicht um das Gefahrenpotential der Gentechnologie beziehungsweise des einzelnen GVO an sich handelt - ob diese (gesundheitlichen, ökologischen et cetera) Gefahren ernstzunehmen sind, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben - sondern um die Gefährdung des Schutzgutes, also beispielsweise des Verbraucherschutzes oder der Sittlichkeit.

(2) die Maßnahme zur Gefahrenabwehr *geeignet* sein muß; gänzlich untaugliche Mittel scheiden aus, unzulängliche Maßnahmen (die also alleine die Gefahr nicht bannen können) können jedoch das Kriterium erfüllen.⁹³

Die Eignung etwa einer Ethik-Kommission, entsprechende Besetzung vorausgesetzt, die Berücksichtigung moralisch/ethischer Wertvorstellungen im Einzelfall zu realisieren, scheint in diesem Zusammenhang kaum bezweifelbar. Die in den vier Typen angestellten Überlegungen sind meines Erachtens jedenfalls keine untauglichen, wenngleich zweifellos unzulängliche Maßnahmen.

(3) dasjenige Mittel zu wählen ist, daß den freien Warenverkehr *am wenigsten behindert*; es darf also keine ebenso wirksame, aber weniger behindernde Maßnahme geben⁹⁴.

Am prolematischsten scheint mir dieses Kriterium bei der Prüfung des volkswirtschaftlichen Nutzens, vergleiche oben in Fußnote 87.

(4) die Abwägung zwischen der Schwere der Handelsbeeinträchtigung und dem dadurch erzielten Gewinn an Schutzgutsicherung zugunsten der Beeinträchtigung ausgeht.

Hierzu muß gesagt werden, daß dieses Kriterium gleichsam eine Hintertür darstellt: eine derartige Abwägung ist meines Erachtens notwendigerweise sehr von konkreten personellen und sachlichen Umständen, aber auch vom Zeitpunkt der Entscheidung im Kontext der dann stattgehabten öffentlichen Diskussion abhängig, sodaß sich mit rechtswissenschaftlichen Methoden zum heutigen Zeitpunkt keine gesicherte Aussage darüber treffen läßt. Mit einigem guten Willen kann die Abwägung wohl zugunsten der Beeinträchtigung ausgehen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, daß der EuGH bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung dann nicht allzu streng ist, wenn die in Frage stehenden Maßnahmen nicht als protektionistisch zu bezeichnen sind, sondern ganz offensichtlich andere Ziele verfolgen;⁹⁵ außerdem fehlt im hier behandelten Zusammenhang eindeutig eine quasi übergeordnete inhaltliche Instanz, deren Aussagen der EuGH als Maßstab nehmen könnte⁹⁶. Außerdem fehlen zu diesem Problembereich Aussagen in der Richtlinie selbst, was auch so interpretiert werden kann, daß diese Beurteilung eben den Mitgliedstaaten überlassen worden ist.

Es ist besonders schwierig, ein Urteil des Gerichtshofs in Beziehung auf die Ausdehnung der Rechtfertigungsgründe nach Artikel 36 beziehungsweise "Cassis de Dijon" vor auszusehen. Allerdings ist es nicht unwahrscheinlich, daß entweder der Artikel 36-Grund "öffentliche Sittlichkeit" oder ein "neuer" Cassis-Grund "zwingende sozioethische Erfordernisse" anerkannt würde. Solcherart scheint die vorsichtige Prognose erlaubt, daß ethische Erwägungen bei der nationalen Zulassungsentscheidung EG-rechtskonform sein dürften; gleiches dürfte für Verbraucherschutzüberlegungen gelten. Problematischer dürfte die Rechtfertigung gesellschaftlicher Nutzwertüberlegungen sein, wobei es möglicherweise zulässig sein könnte, diese Überlegungen gleichsam in ihre verschiedenen Aspekte zu "zerlegen", also in ihre eher ethischen und in ihre eher umweltschutzorientierten Komponenten, womit insgesamt ein europarechtliches Placet möglich erscheint.

93 Vergleiche bezüglich der Wahl der Mittel Fußnote 88.

94 Etwa Kennzeichnung statt Verbot, Anerkennung von Doppelkontrollen et cetera.

95 Vergleiche zum Beispiel das Urteil des EuGH in der Rechtsache 60, 61/84, *Cinéthèque*, vom 11.7.1985, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1985, 2605.

96 Vergleiche Fußnote 84.

III. Zur Rechtslage im Europäischen Wirtschaftsraum

A. Darstellung der einschlägigen Bestimmungen im EWR-Abkommen

Anhang XX zum EWRA bezüglich der von den EFTA-Staaten zu übernehmenden Bestimmungen im Bereich des Umweltschutzes im weiteren Sinne sieht in seinem Punkt IV (Chemische Stoffe, industrielle Risiken und Biotechnologie), Randziffer 25⁹⁷ die Übernahme der oben in Punkt II.A. dargestellten Richtlinie 90/220/EWG über die absichtliche Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen⁹⁸ in die Umwelt vor. Für die Zwecke dieses Abkommens gilt die genannte Richtlinie mit folgenden Anpassungen:

- a) Für die EFTA-Länder⁹⁹ gilt eine von Artikel 23 Absatz 1 der Freisetzung-Richtlinie (23. 10. 1991) abweichende Übergangsfrist zur Umsetzung bis zum 1. 1. 1995.
- b) Die Schutzklausel in Artikel 16 der Freisetzung-Richtlinie¹⁰⁰ wird in der Weise an die Verhältnisse im EWR angepaßt, daß
 - (1.) sprachlich nicht auf die "Mitgliedstaaten" (zu ergänzen: der Europäischen Gemeinschaften) sondern auf die "Vertragsparteien" (zu ergänzen: des EWRA) Bezug genommen wird;
 - (2.) eine eventuelle Einschränkung oder ein Verbot des Verkaufs von gentechnisch hergestellten Produkten aufgrund dieser Bestimmung von vornherein nicht bloß "vorübergehend" sein muß; dies erklärt sich aus dem Umstand, daß
 - (3.) das für den EWR vorgesehene Verfahren nach der Inanspruchnahme der Schutzklausel im Gegensatz zur Regelung im EG-Raum nicht unbedingt zu einer Entscheidung eines internationalen Organs führen muß (im EG-Bereich ist dies die Kommission im Zusammenwirken mit einem speziellen Ausschuß und eventuell dem Ministerrat): für den EWR ist vielmehr vorgesehen, daß - nur auf Antrag einer Vertragspartei¹⁰¹ - im Rahmen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses¹⁰² Konsultationen bezüglich der Angemessenheit der getroffenen Maßnahmen durchgeführt werden. Im Falle, daß sich der GA nicht einigen kann, kommt das Streitbeilegungsverfahren des EWRA zur Anwendung¹⁰³.

Was diese beiden ersten Punkte betrifft, kann resümiert werden, daß sie im wesentlichen keine inhaltlichen, sondern lediglich formale Anpassungen aufgrund der Besonderheiten des EWR beinhalten. Im hier zu behandelnden Zusammenhang besonders diskussionswürdig ist die in litera c) vorgenommene Anpassung der EG-Regeln für Zwecke des EWR, denn dort heißt es:

97 Siehe 922 f der Beilagen.

98 Siehe Fußnote 15.

99 Die Schweiz ist dabei ausgenommen: sie erachtet die Richtlinie als bereits durch die sogenannte Störfallverordnung, das Umweltschutz-Gesetz und das Gewässerschutz-Gesetz weitgehend für umgesetzt. Allerdings gibt es keine Regelung für Freisetzungsversuche und keine allgemeinen Bestimmungen für das Inverkehrbringen von GVO-enthaltenden Produkten. Ein Handlungsbedarf besteht für die Schweiz diesbezüglich nach den jüngsten Entwicklungen allerdings nicht.

100 Siehe oben Punkt II.A.

101 Siehe Artikel 16 Absatz 2 Freisetzung-Richtlinie in der Form des EWRA; in der EG kommt es jedoch jedenfalls und nicht bloß auf Antrag zu einem derartigen Überprüfungsverfahren.

102 Im folgenden mit GA abgekürzt.

103 Dieses ist in Teil VII, Kap 3, Artikel 111 EWRA näher geregelt: da es sich um einen Streit betreffend "den Umfang und die Dauer von Schutzmaßnahmen" im Sinne des Artikel 111 Absatz 4 EWRA handelt, kommt zur Streitbeilegung nur - auf Antrag einer Streitpartei - die Anrufung eines Schiedsgerichts in Frage, welches näher in Protokoll 33 zum EWRA geregelt ist. Eine Entscheidung des Schiedsgerichts wäre für die Streitparteien verbindlich (Artikel 11 Absatz 4 letzter Satz EWRA).

- "c) Die Vertragsparteien kommen überein, daß die Richtlinie nur Aspekte betrifft, die sich auf die potentiellen Gefahren für Menschen, Pflanzen, Tiere und die Umwelt beziehen. Die EFTA-Staaten behalten sich daher das Recht vor, im Zusammenhang mit anderen Problemen als der Gesundheit und der Umwelt ihre nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich anzuwenden, sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist."

Diese Klausel wird im allgemeinen mit dem Etikett "gentechnische Sozialklausel" versehen; ihrer Interpretation sind die folgenden Ausführungen gewidmet.

B. Interpretation der sogenannten "gentechnischen Sozialklausel"

1. Rechtsnatur der Klausel

Gemäß Artikel 119 EWRA sind unter anderem neben dem eigentlichen Abkommenstext auch die Anhänge zum EWRA Bestandteil des Abkommens. Das bedeutet, daß der genannten Klausel nicht bloß der Wert einer sogenannten "interpretativen Erklärung" zukommt, sondern daß die darin zum Ausdruck kommende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Freisetzungs-Richtlinie vielmehr gleichen Rang wie das sekundäre EWR-Recht selbst, in concreto die Freisetzungs-Richtlinie genießt. Daher würde selbst dann, wenn die Interpretation der Richtlinie auf EG-Ebene zu dem Ergebnis führt, daß sie im Sinne einer vollständigen Harmonisierung¹⁰⁴ aller Aspekte der Zulassung von Freisetzungen gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt auch die in Absatz 2 der Sozialklausel genannten "anderen Probleme" mitumfaßt¹⁰⁵, die Rechtslage trotz spiegelgleicher Übernahme des EG-Rechts in den EWR-Raum eine andere sein. Mit anderen Worten:

*Der Anwendungsbereich der Freisetzungs-Richtlinie ist im EWR im Vergleich zur EG eigenständig festgelegt - womit jedoch noch keine Aussage darüber getroffen ist, ob tatsächlich ein unterschiedlicher Anwendungsbereich gegeben ist (vergleiche unten den Befund in III.B.2.c.)!*¹⁰⁶

2. Interpretation einzelner Klauselbestandteile

a. "im Zusammenhang mit anderen Problemen als der Gesundheit und der Umwelt"

Dieser Passus enthält in Form einer Ausschlußdefinition den Geltungsbereich der Sozialklausel: im Zusammenhang mit Problemen betreffend die Gesundheit und die Umwelt¹⁰⁷ besteht daher auch für die EFTA-Länder keine Möglichkeit, außer im Rahmen von Artikel 16 der Richtlinie über die in der Freisetzungs-Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen et cetera hinauszugehen. Umgekehrt ist der

104 Vergleiche dazu oben Abschnitt II. B.

105 Und daher Einschränkungen, die sich nicht auf die in der Richtlinie genannten Fälle stützen können, unzulässig wären.

106 Ein Sonderproblem in diesem Zusammenhang stellt die Bestimmung des Artikel 6 EWRA dar, der vorsieht, daß soweit sie mit den entsprechenden Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl sowie der aufgrund dieser beiden Verträge erlassenen Rechtsakte in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind, bei ihrer Durchführung und Anwendung im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen ausgelegt [werden], die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat."

Meines Erachtens ist Artikel 6 auf die Interpretation der Sozialklausel selbst nicht anwendbar, da es sich bei dieser EWR-Bestimmung gerade nicht um eine "in ihrem wesentlichen Gehalt identische" Bestimmung handelt; die Judikatur des EuGH ist demgegenüber sehr wohl für die Maßnahmen, die aufgrund der Klausel von den EFTA-Staaten getroffen werden, relevant.

107 Zur Diskussion des Umweltbegriffs der Richtlinie siehe oben II.B.2.c.

Geltungsbereich aufgrund der gewählten Formulierung denkbar weit: unter den Begriff "andere Probleme" ist potentiell alles subsumierbar. Was konkret darunter fallen kann, ist nicht einmal in Form einer demonstrativen Aufzählung näher ausgeführt und bleibt daher der nachfolgenden Praxis, sei es der nationalen Gesetzgeber, sei es der die konkreten Anwendungen auf EWR-Kompatibilität prüfenden Gerichte überlassen, insbesondere derjenigen des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs. Offenbar gingen die Vertragspartner davon aus, daß der Hinweis "sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist" als Grenzziehung ausreichen würde (welcher freilich mehr Probleme aufwirft als er löst; siehe unten c.). Die oben in Punkt I.B. dargestellten vier Typen von "anderen" Regelungen stellen zweifellos solche Beispiele dar.

b. *"ihre nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich anzuwenden"*

Dieser Satzteil, der sozusagen den Kern der Sozialklausel ausmacht, da er die Kompetenz der EFTA-Staaten für derartige von der Richtlinie abweichende Regelungen statuiert, ist insofern problematisch, als nicht ohne weiteres klar scheint, was unter "anwenden" zu verstehen sein wird. In einer engen Interpretation hieße dies, daß nur bereits bestehende nationale Vorschriften aufrechterhalten und angewendet werden dürften. In einer weiten Auslegung wäre auch die Neuerlassung von (zuvor nicht zu diesem Bereich existenten) nationalen Rechtsvorschriften gedeckt. Abgesehen von der Tatsache, daß derartige Fragestellungen betreffende Normen zumindest im europäischen Raum noch nicht existieren und daher eine Einschränkung auf die bereits bestehenden Vorschriften der Sozialklausel jeglichen Anwendungsbereich nehmen würde, spricht vor allem ein Vergleich mit einer ähnlichen Formulierung im EG-Recht und deren Auslegung in der Lehre gegen die enge Auslegung¹⁰⁸:

In Artikel 100a Absatz 4 EWG-Vertrag heißt es nämlich: "Hält es ein Mitgliedstaat [...] für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen *anzuwenden* [...], so teilt er diese Bestimmungen der Kommission mit." (Hervorhebung M.N.) Ob es aufgrund dieser Bestimmung einem (bei der Abstimmung bezüglich einer Harmonisierungsmaßnahme nach Artikel 100a überstimmt) Mitgliedstaat auch möglich sein soll, später neue (weitergehende) Bestimmungen einzuführen (Stichwort: nationaler Alleingang), war in der Literatur ursprünglich umstritten. Heute dürfte sich jedoch die Meinung durchgesetzt haben, daß - in den Worten von *Pipkorn*¹⁰⁹ - "nicht nur die bestehenden, sondern auch künftige nationale Bestimmungen *insoweit* in den Schutzbereich des Artikels 100a Absatz 4 EWG-Vertrag [fallen] *als die Perspektive des Erlasses* solcher Vorschriften bei Verabschiedung der gemeinschaftlichen Angleichungsmaßnahme *bereits absehbar war*." (Hervorhebung M.N.) Gerade das demnach entscheidende Kriterium der "Absehbarkeit" der entsprechenden Maßnahme ist meines Erachtens im hier behandelten Fall erfüllt, da in allen EFTA-Staaten derartige Regelungen diskutiert wurden und werden und nicht zuletzt dieses Faktum zu dieser Bestimmung geführt hat.

c. *"sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist"*

Der letzte Halbsatz der Sozialklausel stellt gleichsam ein Trojanisches Pferd dar, denn die Tragweite dieses Halbsatzes ist zunächst nicht voll ersichtlich. Hier wird in aller Kürze auf den Rest des Abkommens verwiesen, womit die Reichweite des Vorbehalts zugunsten der EFTA-Länder (möglicherweise) empfindlich eingeschränkt wird. Zunächst sei wiederholt, daß der Begriff des "Abkommens" in der Begrifflichkeit des EWRA nicht nur das Abkommen selbst, sondern auch dessen Anhänge, Protokolle und verwiesene Rechtsakte meint (Artikel 2 litera a und 119 EWRA). Das ist jedoch noch nicht alles: der bereits in Fußnote 106 zitierte Artikel 6 EWRA verweist über das Abkommen hinaus als Auslegungsmaßstab auf die einschlägige Judikatur des EuGH bis zum

108 Es gibt übrigens keine einschlägige Judikatur, da der bislang einzige Anwendungsfall von Artikel 100a Absatz 4 EWGV (BRD-Grenzwerte für PCP) nicht streitig wurde. (Wobei einschränkend auf die in Fußnote 106 gemachte Feststellung hingewiesen werden soll, daß der Wert der EuGH-Rechtsprechung bezüglich der Interpretation der Klausel selbst beschränkt wäre, da diese nach den dort angestellten Überlegungen nicht auf die Klausel selbst anwendbar ist.)

109 *Pipkorn* (Fußnote 53), Randziffer 112, mit weiteren Nachweisen.

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Es ist kaum möglich, die Reichweite dieser Bestimmung zu überschätzen, hat doch der EuGH in einer rund 40-jährigen Praxis die Auslegung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft entscheidend geprägt. Dabei hat das Gericht eine Reihe von fundamentalen, spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen entwickelt, deren Geltung auch in anderen zukünftigen Anwendungsfällen postuliert werden kann (für den EG-Raum) beziehungsweise muß (im Bereich der EFTA)¹¹⁰. Dieser Kontinuität der Rechtsprechung wird durch Querverweise auf Vorjudikatur in der Urteilsbegründung Ausdruck verliehen. Die genannten Rechtsprechungsgrundsätze und Leitlinien sollen nun nach dem Willen der Vertragspartner zur Verwirklichung des Prinzips der Homogenität des Rechts im EWR¹¹¹ für die Auslegung übernommen werden.

Der kurze Verweis auf die Vereinbarkeit "mit diesem Abkommen" bedeutet somit, daß die Zulässigkeit der über die Freisetzung-Richtlinie hinausgehenden Beschränkungen der Freisetzung von GVO "im Zusammenhang mit anderen Problemen" an dem (im EWR inhaltsgleich geltenden) EG-Recht in der Auslegung durch den EuGH gemessen werden muß.

Ganz ähnlich wie oben im Rahmen der Untersuchung der EG-Rechtslage, stellt sich daher auch hier die Frage, welche sonstigen Bestimmungen des EWR-Rechts Bestimmungen enthalten, die die von der Freisetzung-Richtlinie erfaßten Sachverhalte regeln. Als wesentlicher Angelpunkt weiterer Einschränkungen der Sozialklausel müssen somit im folgenden die Bestimmungen über den freien Warenverkehr näher untersucht werden. Diesbezüglich sei auf die Untersuchungen in Abschnitt II.B.4.¹¹² verwiesen. In den dortigen Ausführungen wird zwar nur auf die entsprechenden Bestimmungen des EWG-Vertrages direkt Bezug genommen, die beiden relevanten Artikel, nämlich Artikel 30 (Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen) und Artikel 36 (Ausnahmen), haben jedoch ihre beinahe wortwörtlichen Pendanten in den Artikeln 11 und 13 des EWR-Abkommens, die gemäß Artikel 6 EWRA entsprechend der Judikatur des EuGH auszulegen sind¹¹³.

Es macht daher inhaltlich gesehen keinen Unterschied, ob sich die Ausführungen auf die Rechtslage im EWR oder in der EWG beziehen: die Schranken für den nationalen Handlungsspielraum sind in beiden Fällen die gleichen.

110 Dieser Unterschied ist eine der besonderen Merkwürdigkeiten des EWRA: hat doch der EuGH in zukünftigen Fällen sehr wohl die Möglichkeit, von seiner früheren Rechtsprechung bei Bedarf abzugehen - was er in der Vergangenheit auch schon öfters getan hat, während der EFTA-GH die aufgrund von Artikel 6 EWRA zum *acquis communautaire* zählenden Rechtsprechungsgrundsätze des EuGH gleichsam in "versteinerter" Form anzuwenden hat!

111 Vergleiche Artikel 105ff EWRA.

112 Oben ab Seite 16.

113 Vergleiche oben in Fußnote 106.

IV. Beurteilung des norwegischen und des österreichischen Entwurfs für ein Gentechnikgesetz

A. Der norwegische Gesetzesentwurf

Norwegen dürfte jener EWR-Staat sein, dessen Bemühungen um ein auch das sogenannte "vierte Kriterium" einbeziehendes Gentechnikgesetz am weitesten gediehen sind.¹¹⁴ Die folgende Darstellung beschränkt sich nach einem kurzen Überblick auf die Realisierung der Genehmigungsvoraussetzung der "Sozialverträglichkeit" und deren Bewertung aufgrund des oben Gesagten.

1. Darstellung

Der Entwurf eines norwegischen Gentechnikgesetzes (in der Folge: der Entwurf) umfaßt inhaltlich beide oben besprochenen EG-Richtlinien, regelt also sowohl das Arbeiten im geschlossenen System (Kapitel 2) als auch die Freisetzung von GVO sowie von GVO-enhaltenden Produkten (Kapitel 3). Kapitel 2 unterscheidet zwischen zwei Klassen von Organismen, je nach Zuordnung (die zum Teil aufgrund des Gesetzes, zum Teil durch Verordnungen erfolgt) besteht bloße Meldepflicht mit eventuellem Widerspruchsrecht durch die Behörde oder Genehmigungspflicht. Darüberhinaus enthält der Entwurf Bestimmungen über die Genehmigung von Labors, über Sicherheitsmaßnahmen und vor allem über eine Folgenabschätzung für den Fall einer unbeabsichtigten Freisetzung.

Für Freisetzungen von GVO (egal ob zu Forschungs- oder zu wirtschaftlichen Zwecken, zum Transport et cetera) besteht gemäß § 10 des Entwurfs prinzipiell Genehmigungspflicht, wobei durch Erlaß für bestimmte Typen von GVO keine Genehmigung erforderlich ist. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn gemäß § 10 Absatz 2 "keine Gefahr einer schädlichen Wirkung auf die Gesundheit und die Umwelt vorliegt." Dort heißt es dann weiter:

"Bei der Entscheidung ist darüberhinaus ein wesentliches Gewicht darauf zu legen, ob die Freisetzung gesellschaftlichen Nutzwert besitzt und geeignet ist, eine nachhaltige Entwicklung zu fördern."

§ 11 normiert dann auch, daß die Folgenabschätzung, die das Ansuchen um die Genehmigung einer Freisetzung zu beinhalten hat, nicht nur dazu dienen soll, das "Risiko für schädliche Wirkungen auf die Gesundheit und Umwelt", sondern auch "andere Folgen der Freisetzung" zu klären.

Zum Begriff des "gesellschaftlichen Nutzwerts" heißt es in den Erläuterungen¹¹⁵:

"Der gesellschaftliche Nutzen beinhaltet zunächst, daß die Abschätzung nicht auf den Interessen des Antragstellers alleine aufbauen kann. Gesellschaftlicher Nutzen ist weiters nicht nur als wirtschaftliches Kriterium zu verstehen. Andere Wirkungen, darunter Sekundäreffekte, müssen ebenfalls abgeschätzt werden."

Dies wird folgendermaßen veranschaulicht:

"Zum Beispiel kann man sagen, daß es gesellschaftlich nützlicher wäre, landwirtschaftliche Nutzpflanzen zu entwickeln, die widerstandsfähiger gegen Krankheiten sind, als Pflanzen, die gegen Pflanzenschutzmittel resistenter sind, sofern dies mit sich brächte, daß der Einsatz dieser Mittel stiege. Andererseits kann es gesellschaftlich nützlich sein, Pflanzen widerstandsfähiger gegen ein Pflanzenschutzmittel zu machen, das weniger umweltschädlich ist als andere Mittel, wenn die Widerstandsfähigkeit gegen Krankheiten nicht erreicht werden kann."

114 Dem Autor liegt eine *nicht-offizielle* Übersetzung des norwegischen Textes samt Erläuterungen vor.

115 In den Erläuterungen, Besonderer Teil zu §10.

An anderer Stelle heißt es¹¹⁶:

"Der Begriff 'gesellschaftlich vertretbar' ist ein weiter Begriff, der verschiedene Aspekte umfaßt. Zum Teil wird das Ziel einer gesellschaftlich vertretbaren Anwendung mit den übrigen im Paragraphen genannten Ziele zusammenfallen [...] Ein zweiter wichtiger gesellschaftlicher Aspekt ist, daß die Bevölkerung Vertrauen in die Tätigkeit hat, die betrieben wird und daß diese in Übereinstimmung mit der Wertgrundlage der Bevölkerung steht."

Der Eignung zur Förderung einer "*nachhaltigen Entwicklung*" wird in § 10 Absatz 2 als eigenständiges und kumulativ erforderliches Kriterium angeführt. Dazu heißt es in den Erläuterungen:

"Unter dem Begriff "nachhaltige Entwicklung" wurde in den vergangenen zehn Jahren die Nutzung von Naturressourcen verstanden, die die Belastbarkeit der Natur weder kurz- noch langfristig überschreitet. Im Bericht der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung (Brundtlandkommission 1987) bekam der Begriff einen erweiterten Inhalt, indem auch auf die wirtschaftliche Nachhaltigkeit und Verteilungsfragen zwischen reichen und armen Bevölkerungsgruppen Wert gelegt wurde. [...] Der Begriff beinhaltet sowohl die soziale Verteilung innerhalb und zwischen den Ländern sowie den Generationen, als auch eine Entwicklung, die auf die Belastbarkeit der natürlichen Umwelt Rücksicht nimmt."¹¹⁷

Ein weiterer wichtiger und in den Erläuterungen immer wieder hervorgehobener Aspekt bei dieser Beurteilung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist, daß die diversen Zielsetzungen des Gesetzes und somit auch die Bewilligungskriterien nicht absolut und isoliert zu sehen sind, sondern vielmehr in einer *Wechselbeziehung* zueinander stehen sollen und daß diese bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist. In den Worten der Erläuterungen:

"Je größer das Risiko, desto größeres Gewicht muß darauf gelegt werden, was das Ziel der Maßnahme ist."¹¹⁸

"Wenn das Projekt einen wesentlichen Nutzwert hat, ohne daß das Ziel in weiterem Sinne auf andere Art erreicht werden kann, kann das dazu berechtigen, die Forderung nach positiver Dokumentation [betreffend die Sicherheitsaspekte, Anm M.N.] etwas abzuschwächen. Muß der Nutzwert in größerem Zusammenhang als klein angesehen werden, kann überhaupt kein Risiko als berechtigt gelten. Andererseits wird die Forderung an die Nutzwertabschätzung nicht so groß sein, wenn sichergestellt ist, daß die Schadenswirkungen minimal sind."¹¹⁹

"Es ist weiters wichtig sich darüber im klaren zu sein, daß in einigen Fällen der Einsatz der modernen Biotechnologie anderen, umweltbelastenderen Methoden vorzuziehen ist. Selbst wenn damit ein gewisses Umweltrisiko gegeben ist, wird die Anwendung dann in Übereinstimmung mit einer nachhaltigen Entwicklung sein, wenn sie Prozesse ersetzt, die wesentlich risikobehafteter sind."¹²⁰

Die Wechselbeziehung zwischen den Kriterien kommt in den Erläuterungen auch in der Besprechung des gesetzesleitenden *Vorbeugeprinzips* zum Ausdruck:

"Ein übergeordnetes Prinzip im Bericht der Brundtlandkommission ist der Wunsch, vorzubeugen statt zu reparieren, das sogenannte Vorbeugeprinzip. Dieses Prinzip beinhaltet in diesem Zusammenhang, daß dort, wo es einen angemessenen Grad des Zweifels gibt, ob der Einsatz der Biotechnologie negative Konsequenzen für die Umwelt oder die Gesundheit mit sich bringen kann, dieser Zweifel der Natur und der Gesellschaft zugutekommen soll."¹²¹

116 In den Erläuterungen, Besonderer Teil zu §1.

117 In den Erläuterungen, Besonderer Teil zu §10.

118 In den Erläuterungen, Besonderer Teil zu §1.

119 In den Erläuterungen, Besonderer Teil zu §10.

120 In den Erläuterungen, Punkt 5.1.3.

121 In den Erläuterungen, Punkt 5.1.3.

Dies bedeutet mit anderen Worten, daß - bis zu einem gewissen Grad - die Umwelt- und Gesundheitsrisikoanalyse, wie sie in der Freisetzung-Richtlinie vorgesehen ist, in ihrer Bedeutung völlig hinter die Nutzwertanalyse zurücktreten kann, daß also andere als die in der Richtlinie vorgesehenen Kriterien letztlich ausschlaggebend sein können.

§ 10 Absatz 5 des norwegischen Entwurfs enthält konsequenterweise eine Sonderbestimmung für die aus anderen EWR-Staaten importierten Produkte:

"Es wird keine Genehmigung für den Verkauf eines Produkts verlangt, das zum Verkauf in einem anderen EWR-Land nach den Regeln im EWR-Abkommen Anhang XX Punkt 25 (Richtlinie des Rates 90/220/EWG) zugelassen ist. Die Behörden können nach diesem Gesetz trotzdem den Verkauf verbieten oder begrenzen, wenn dieser nach ihrer Ansicht ein Risiko für die Gesundheit oder die Umwelt mit sich bringt, *oder wenn der Verkauf in anderer Weise zu den Zielen dieses Gesetzes in Widerspruch steht.*" (Hervorhebung M.N.)

Der erste Teil dieses Absatzes stellt eine Umsetzung des Artikels 13 Absatz 5 und des Artikels 15 Freisetzung-Richtlinie dar, legt also fest, daß die in einem anderen EWR-Land erteilte Genehmigung auch in Norwegen gilt, sofern die Regeln der Freisetzung-Richtlinie eingehalten worden sind. Der zweite Satz ist zum Teil als Umsetzung von Artikel 16 Freisetzung-Richtlinie (Schutzklausel, siehe oben) zu verstehen, zum Teil geht er - in Bezug auf den Widerspruch mit den Zielen des Gesetzes *in anderer Weise* im Sinne der Sozialklausel darüber hinaus und besagt, daß ein Importprodukt, das GVO enthält, auch dann auf seinen gesellschaftlichen Nutzwert überprüft werden soll, wenn es aus einem EWR-Staat stammt.

2. Beurteilung

Angesichts der bereits von der Kommission gegenüber der BRD geäußerten Bedenken¹²² ist der potentielle Vorrang der Nutzwertanalyse problematisch, da die Erreichung der Ziele der Richtlinie eventuell gegenüber der Erreichung anderer, im Sinne des norwegischen Entwurfs höherrangiger Ziele zurücktreten können. Der Auffassung der Kommission ist zu folgen, da im Sinne der oben angestellten Untersuchungen (II.B.1.) von einer abschließenden Harmonisierung für den Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes gesprochen werden muß. Daher kann von Artikel 4 Absatz 1 Freisetzung-Richtlinie nicht abgewichen werden; diese Bestimmung stellt somit eine absolute Grenze dar, die auch unter Hinweis auf die Sozialklausel nicht umgangen werden kann.

Zum Kriterium der "Förderung einer nachhaltigen Entwicklung" müssen Bedenken insofern angemeldet werden, als es sich dabei nicht eindeutig um ein "Umweltschutzkriterium" handelt, welches - wie in Abschnitt II.B.2.c. angedeutet - im Umweltbegriff der Richtlinie Deckung finden könnte, sondern dahinter auch ein spezifisches, ökonomisches Konzept steckt, welches nur mit Schwierigkeiten unter den primär nicht-wirtschaftlich verstandenen Begriff des "zwingenden Erfordernisses" im Sinne der "Cassis de Dijon"-Judikatur subsumiert werden kann. Allerdings erscheint mir angesichts der jüngeren politischen Initiativen des Rates im Bereich des "sustainable development"¹²³ und der insoweit noch offenen Diskussion innerhalb der Gemeinschaft ein Einschreiten der EG-Kommission gegen ein derartiges Bewilligungskriterium zur Zeit eher unwahrscheinlich, *sofern* keine versteckte Diskriminierung von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Erzeugnissen vorliegt und die Bedingungen der Richtlinie eingehalten werden.

Eine erste Analyse des norwegischen Entwurfs kommt zu dem Ergebnis, daß der potentielle Vorrang der Nutzwertanalyse EG-rechtlich problematisch ist; das Kriterium des "Beitrags zu einer nachhaltigen Entwicklung" ist im Lichte der neuesten politischen Absichtserklärungen auf EG-Ebene möglicherweise aufrechtzuerhalten.

122 Siehe Fußnote 31.

123 Siehe Seite 9.

B. Der österreichische Gesetzesentwurf

1. Darstellung

Ende 1992 wurde vom Bundesministerium für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz der Entwurf eines "Bundesgesetzes über Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit des Menschen einschließlich seiner Nachkommenschaft und der Umwelt vor Schäden durch gentechnische Eingriffe (Gentechnikgesetz)" zur Begutachtung versendet¹²⁴.

Ohne im Rahmen dieses Gutachtens auf die europarechtliche Kompatibilität der sonstigen Bestimmungen näher eingehen zu können, seien nur kurz jene Passagen des Entwurfs angeführt, welche unter eine der oben in Abschnitt II.B. genannten Kategorien fallen:

1. Die Behörde hat bei ihrer Entscheidung zu beachten, "daß keine *soziale Unverträglichkeit* vorliegt" (§ 33 Absatz 3).

Wenn sich die Gentechnikkommission gegen das Inverkehrbringen eines GVO-enthaltenden Erzeugnisses mit der Begründung ausspricht, daß möglicherweise die Gefahr einer sozialen Unverträglichkeit bestünde, sieht § 33 Absatz 4 vor, daß der Gesundheitsminister in dieser Hinsicht nicht mehr entscheidungsbefugt ist: vielmehr entscheidet die Bundesregierung in Kenntnis dieser Stellungnahme¹²⁵; möchte sie dieser folgen, das heißt soll das Inverkehrbringen aus dem Grund der sozialen Unverträglichkeit untersagt werden, so ergeht die diesbezügliche Entscheidung in Form einer *Verordnung*, die nur mit Zustimmung des Hauptausschusses des Nationalrats zustandekommen kann¹²⁶. Interessanterweise ist die Devolution der Entscheidung an Regierung und Parlament jedoch nicht für den Fall vorgesehen, daß der Minister - ohne vorherige einschlägige Stellungnahme der Kommission - *von sich aus* das Inverkehrbringen aus dem Grund der sozialen Unverträglichkeit verbieten will.

§ 23 Absatz 4 *definiert* "soziale Unverträglichkeit" als "das Unvermögen der Gesellschaft zur Bewältigung von strukturellen Veränderungen, die voraussichtlich durch gentechnologisch hergestellte Erzeugnisse entstehen." Bedauerlicherweise wird dieser wichtige Begriff, abgesehen von der genannten, zweifellos sehr interpretationsbedürftigen Definition und dem Hinweis, daß sich diese Kriterium auf die EWR-Sozialklausel stütze¹²⁷, nicht näher erläutert.

Weder ist klar ersichtlich, wie das "Unvermögen zur Bewältigung" näher bestimmt werden soll (Stichwort Zeithorizont; Berücksichtigung von parallelen gesellschaftlichen Veränderungen et cetera), noch sind die Begriffe "Gesellschaft" (handelt es sich um die österreichische oder die 'global society', die politische 'community' oder das Volk?), oder "strukturelle Veränderungen" (Veränderung wovon, was soll "Struktur" bedeuten? Die Marktordnung, die Infrastruktur, Wettbewerbsbeziehungen?) eindeutig.

Ob der vom österreichischen Entwurf verwendete Begriff der "sozialen Unverträglichkeit" das Konzept des "gesellschaftlichen Nutzwerts" im Sinne des norwegischen Entwurfs umfaßt, scheint fraglich, da nicht nur sprachliche Schwierigkeiten bestehen, das norwegische Konzept als Kehrseite des österreichischen zu begreifen, sondern vor allem auch in den Erläuterungen nur ein kurzer, allgemein gehaltener Hinweis auf diese Begrifflichkeit zu finden ist¹²⁸. Meines Erachtens sind die beiden Konzepte nicht identisch, denn nicht alles, was

124 GZ 32.290/55-III/9/92 vom 22. 12. 1992.

125 Abgesehen von dieser Verfahrensfolge ist die Stellungnahme der Gentechnikkommission gemäß § 33 Absatz 3 nicht verbindlich, sondern muß von der Behörde nur "berücksichtigt" werden. Die Behörde bleibt somit frei, auch gegen die Ansicht der Kommission zu entscheiden.

126 Die Erläuterungen, Besonderer Teil, zu § 33, Seite 56, ergänzen: "Kommt es nicht zu einer solchen Verordnung, so kann der Bundesminister [...] die Zustimmung nicht aus Gründen der sozialen Unverträglichkeit verweigern."

127 Vergleiche Erläuterungen, Besonderer Teil zu § 23, Seite 46f.

128 Vergleiche Erläuterungen, Allgemeiner Teil, 3.e), Seite 10f.

keinen gesellschaftlichen Nutzen hat, muß deswegen sozial unverträglich sein. Andererseits scheint es die (negative) Formulierung des österreichischen Entwurfs nicht zu erlauben, eine Freisetzung trotz eines gewissen Risikos aufgrund des damit verbundenen gesellschaftlichen Nutzens zu erlauben (positive Folge).

2. Die "*Einhaltung ethischer Grundsätze*" soll "durch die Beiziehung eines Ethikers in den wissenschaftlichen Ausschüssen der Gentechnikkommission und durch die Mitarbeit dieses Ethikers bei der Erstellung neuer Richtlinien gewährleistet werden."¹²⁹ § 33 Absatz 3 nennt jedoch ethische Kriterien nicht mehr extra als Entscheidungsgrundlage¹³⁰; diese könnten daher lediglich über den Begriff der "sozialen Unverträglichkeit" in die Entscheidung einfließen; mag diese Interpretation des Begriffes selbst vielleicht noch möglich sein, scheint es sehr zweifelhaft, ob die Definition über die "nicht-bewältigbare strukturelle Veränderung" eine solche Interpretation zuläßt, denn diese Strukturveränderung müßte ja durch das ethische Problem der Freisetzung verursacht sein.
3. Bezüglich der *Einbeziehung der Öffentlichkeit* entscheidet sich der Entwurf einerseits für die "Integration [der Öffentlichkeit] in die Gentechnikkommission (NGOs in der Gentechnikkommission)" (§ 52 Absatz 1 Ziffer 5 und 6)¹³¹ und andererseits für ein spezielles Anhörungsverfahren (§ 28): jede Anmeldung einer Freisetzung muß öffentlich kundgemacht werden und vier Wochen lang zur öffentlichen Einsichtnahme aufliegen; in dieser Frist kann jedermann schriftlich begründete Einwendungen erheben (Abs 1). Zu diesen Einwendungen nimmt die Gentechnikkommission Stellung (Abs 2), wobei die Einwender vom zuständigen wissenschaftlichen Ausschuß der Gentechnikkommission gehört werden (Abs 3). Die Einwender haben im weiteren Verfahren *Parteistellung*, außer der Ausschuß der Gentechnikkommission beschließt *einstimmig*, daß die vorgebrachten Einwendungen sachlich unbegründet sind (Abs 4). Die Behörde hat bei ihrer Entscheidung auf die Einwendungen Bedacht zunehmen (Abs 5). Darüberhinaus sieht der Entwurf die Information der Bevölkerung vor, insbesondere durch das Gentechnikregister (§ 70) und die Berichte der Gentechnikkommission (§ 62).

2. Beurteilung

Exkurs zur Auffassung des Ministeriums über den Umsetzungsspielraum:

Die Erläuterungen zum Begutachtungstext weisen explizit auf die beabsichtigte Umsetzung des EWR-relevanten EG-Gentechnikrechts hin¹³². Die Erläuterungen widmen der Frage des "Spielraums für die nationale Gesetzgebung" sogar ein eigenes Kapitel¹³³. Darin wird zwischen dem "Spielraum gemäß EWG-Vertrag" und dem "zusätzlichen Spielraum gemäß EWR-Vertrag" unterschieden; angesichts der vorstehenden Untersuchungen ist die Erörterung des bestehenden Umsetzungsspielraums als stark verkürzt und zum Teil irreführend zu betrachten. Die Erläuterungen beziehen sich für die EG-Rechtslage lediglich auf das Verfahren nach Artikel 100a Absatz 4 EWG-Vertrag, wonach abweichende nationale Regelungen nicht autonom erlassen werden können, sondern einem besonderen Verfahren unter Einschaltung der Kommission und eventuell des EuGH unterliegen. Im Sinne der oben im Text verwendeten Terminologie handelt es sich hier le-

129 Vergleiche Erläuterungen, Allgemeiner Teil, 3.h), Seite 14f; Umsetzung in: § 52 Absatz 1 Ziffer 3 litera f (bezüglich der Zusammensetzung der Gentechnikkommission) und § 57 Absatz 1 (bezüglich des wissenschaftlichen Ausschusses zur Behandlung von Anmeldungen zu gentechnischen Arbeiten in geschlossenen Systemen) und Absatz 2 des Entwurfs (bezüglich des wissenschaftlichen Ausschusses zur Behandlung von Anmeldungen zu Freisetzungen und Anmeldungen zum Inverkehrbringen von Erzeugnissen gemäß § 31 Absatz 1).

130 Dort wird nur auf die Absätze 1 und 3 des § 3 verwiesen, ethische Gesichtspunkte finden sich in Absatz 5.

131 Erläuterungen, Allgemeiner Teil, 3.i), Seite 15.

132 Vergleiche das Vorblatt und in den Erläuterungen, Seite 5.

133 Erläuterungen, Allgemeiner Teil, 3.c), Seite 7-9.

diglich um einen bestimmten Aspekt der Spielräume "innerhalb" der Richtlinie¹³⁴. Das Gesundheitsministerium geht in seinen Erläuterungen jedoch nicht auf andere Aspekte der trotz der Richtlinie bestehenden Freiräume ein und kommt daher zu der meines Erachtens falschen Ansicht, daß der EWR tatsächlich "zusätzliche" Spielräume eröffne. Demgegenüber muß festgehalten werden, daß die Rechtslage - wie oben ausgeführt - vielmehr für den EWR- wie für den EG-Raum *materiell identisch* ist. Sieht man von den oben in Abschnitt II.B.2.c. näher beleuchteten Möglichkeiten einer weiten Interpretation des Umweltbegriffs der Freisetzung-Richtlinie ab, stellen die Erläuterungen richtigerweise fest, daß "das Bedürfnis nach abweichender nationaler Regelung [...] allerdings nicht durch Motive des Schutzes der menschlichen Gesundheit oder der Umwelt begründet sein [darf]"¹³⁵. Auch sehen die Erläuterungen zwar, daß die Berufung auf die sogenannte Sozialklausel im EWR-Abkommen alleine nicht ausreicht, um von der Richtlinie abweichende Regelungen zu treffen, indem es heißt, "daß diese Regelungen mit den anderen Vorschriften des EWR-Vertrages und hier insbesondere mit den Grundsätzen der Freiheit des Warenverkehrs und des Dienstleistungsverkehrs und mit dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit dieser Regelungen in Übereinstimmung zu stehen haben"¹³⁶, doch brechen die Erörterungen der EG-beziehungsweise EWR-rechtlichen Bedingungen mit dieser allgemeinen Feststellung ab. Dies muß angesichts der in diesem Gutachten skizzierten Komplexität der Problematik als entscheidender Mangel aufgefaßt werden. (*Ende des Exkurses*)

Die Frage, ob sich die Regelungen des Entwurfs innerhalb der vom EG- beziehungsweise EWR-Recht gezogenen Grenzen halten, ist bezüglich des hier zur Diskussion stehenden Inverkehrbringens deswegen zu stellen, weil sich der Begriff des Inverkehrbringens im Sinne des Entwurfs explizit auch auf die Ein- und Ausfuhr bezieht (§ 23 Absatz 2 Entwurf); der Binnenmarktbezug ist damit eindeutig gegeben, sodaß die Regeln über den freien Warenverkehr jedenfalls zur Anwendung kommen müssen.

Die Einbeziehung der Öffentlichkeit erfolgt in einer Weise, die aufgrund der Reichweite der Freisetzung-Richtlinie EG-rechtlich - trotz des Wortlauts der Richtlinie¹³⁷ - unbedenklich scheint. EG-rechtlich fragliche entwicklungspolitische Zielsetzungen dürfte der Entwurf offenbar ebenfalls nicht verfolgen.

Interessant ist hingegen die Möglichkeit der Verweigerung einer Bewilligung durch die Behörde aufgrund einer Verordnung der Bundesregierung, die die "soziale Unverträglichkeit" festgestellt hat. Selbstverständlich ändert der "Umweg" über die Bindung der behördlichen Entscheidung an eine Verordnung nichts an der Notwendigkeit der Vereinbarkeit mit den in Abschnitt II. referierten Grundsätzen.

Aufgrund des oben bereits festgestellten Mangels an Erläuterung des Begriffs der "sozialen Unverträglichkeit" fällt es schwer, Genaueres über die möglichen Ablehnungsgründe auszusagen, die unter diesem Titel firmieren könnten. Es sei an dieser Stelle noch einmal betont, daß unter Hinweis auf die sogenannte Sozialklausel im EWR-Abkommen oder die Interpretation der EG-Freisetzung-Richtlinie nicht egal welche Begründung, soweit sie nur nicht durch den Schutz der menschlichen Gesundheit oder der Umwelt motiviert ist, europarechtskonform ist¹³⁸, sondern daß - wie dies auch in Abschnitt II. getan wurde - jeder Begründungstypus eigens gerechtfertigt werden muß. Es ist daher meines Erachtens höchst zweifelhaft, ob die Verwendung eines derart unbestimmten Begriffs an sich EG-rechtlich zulässig ist, da quasi alles unter ihn subsumiert werden kann und er daher problemlos zur Umgehung der EG-rechtlichen Vorschriften verwendet werden könnte. Aus

134 Nämlich jene, die sich aufgrund der Rechtsgrundlage ergeben, vergleiche Abschnitt II.B.3. Darüberhinaus bestehen - wie oben in extenso dargelegt - noch weitere Spielräume "innerhalb" der Richtlinie, vergleiche Abschnitt II.B.2.

135 Erläuterungen, Seite 9.

136 Erläuterungen, Seite 9.

137 Vergleiche die kompetenzrechtlichen Überlegungen auf Seite 12.

138 So dürften aber die Erläuterungen, Seite 9, zu verstehen sein.

der Judikatur des EuGH¹³⁹ ist der Grundsatz ableitbar, daß der einzelne Mitgliedstaat angesichts auch international noch nicht eindeutig gelöster Probleme zur Einschränkung des freien Warenverkehrs befugt ist, der EuGH jedoch aus dem EG-Recht gewisse Anforderungen an das behördliche Verfahren stellt¹⁴⁰, welches im Einzelfall konkretisiert, ob oder ob nicht unter Hinweis auf die Gefahrenlage der freie Warenverkehr eingeschränkt wird. Es dürfte möglich sein, diese Grundsätze, die vor allem im Zusammenhang mit dem Rechtfertigungsgrund "Gesundheitsschutz" entwickelt wurden, auch auf andere Gründe zu übertragen. Begrenzung des Ermessensspielraums der Behörde und Nachprüfbarkeit sind somit europarechtlich gebotene Charakteristika auch des Bewilligungsverfahrens vor der Gentechnikbehörde. Die Tatsache, daß eine Verordnung der Bundesregierung nur unter den schwierigen Voraussetzungen einer Individualklage vor dem Verfassungsgerichtshof anfechtbar ist, erhöht nicht die Wahrscheinlichkeit des Einverständnisses des EuGH. ME würde der EuGH mit dem Argument der mangelnden Rechtsicherheit das österreichische Gentechnik-Gesetz in diesem Punkt kritisieren. *Es ist daher in einem ersten Schritt jedenfalls zu fordern, daß der Begriff der "sozialen Unverträglichkeit" näher bestimmt und erläutert wird, bevor Näheres dazu ausgesagt werden kann.*

Aufgrund der unter II.B.2.c.¹⁴¹ gemachten Feststellungen zum Umweltbegriff der Freisetzung-Richtlinie sind ein paar Bemerkungen zum Umweltbegriff des österreichischen Entwurfs angebracht: § 1 sieht vor, daß bei der Verfolgung des primären Zieles des Gesetzes (dem "Schutz des Menschen einschließlich seiner Nachkommenschaft vor gesundheitlichen Schäden [...]") auch der Schutz der Umwelt zu berücksichtigen ist. Dies wird noch näher mit der Feststellung begründet, daß "die Gesundheit des Menschen maßgeblich von seinen Umweltbedingungen" abhängt. § 1 läßt also vermuten, daß die Umwelt *nicht an sich*, sondern nur in Beziehung zu ihrem Beitrag für den Gesundheitsschutz geschützt werden soll. § 3 Abs 1 relativiert jedoch diesen Befund, da dort die Zulässigkeit gentechnischer Arbeiten und Freisetzungen von der Nichtgefährdung der menschlichen Gesundheit *und* der Unwahrscheinlichkeit schädlicher Auswirkungen auf die Umwelt abhängig gemacht wird. Aus dieser Bestimmung wird ebenso wie aus § 3 Abs 2 (auf den jedoch in § 33 bei den Kriterien der behördlichen Zulassungsentscheidung nicht mehr verwiesen wird) auf die Gleichrangigkeit von Umwelt- und Gesundheitsschutz zu schließen sein.

Der Umweltbegriff wird jedoch an anderer Stelle nicht näher definiert oder umschrieben, es muß daher wohl im Sinne des BVG vom 27. 11. 1984 über den umfassenden Umweltschutz¹⁴² von einem relativ weiten Umweltbegriff ausgegangen werden. Ob damit jedoch dem Gesetzgeber des österreichischen GentechnikG der Schutz der Umwelt per se, also sogar ohne direkten Bezug zum Menschen unterstellt werden kann ist zweifelhaft, heißt es doch sogar in dem zitierten BVG, daß unter "umfassendem Umweltschutz" "die Bewahrung der natürlichen Umwelt *als Lebensgrundlage des Menschen* vor schädlichen Einwirkungen" zu verstehen sei (§ 1 Abs 2, Hervorhebung M.N.); ebenso scheint das Konzept der "nachhaltigen Nutzung" im Sinne des norwegischen Entwurfs nicht gemeint, da darauf nirgendwo hingedeutet wird und dieser Aspekt offensichtlich in der österreichischen Diskussion ausgespart blieb. Aus diesen Hinweisen ist meines Erachtens zu schließen, daß der österreichische Entwurf aufgrund seines Umweltbegriffs kaum den Anwendungsbereich der Richtlinie verlassen dürfte.

Die Begründung der EWR-rechtlichen Kompatibilität des Entwurfs in den Erläuterungen ist mangelhaft und wird der Komplexität der Rechtslage nicht gerecht. Bevor die Vereinbarkeit der Bestimmungen zur "sozialen

139 So etwa im Bereich des Lebensmittelrechts.

140 Vergleiche etwa die Zusammenfassung der ständigen Rechtsprechung im Urteil vom 12. 3. 1987 in der Rechtsache 178/84, *Reinheitsgebot für Bier*, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1987, 1227, Randziffer 44 - 46.

141 Oben Seite 14.

142 BGBl 1984/491.

Unverträglichkeit" mit EWR-Recht näher geprüft werden kann, bedürfte es einer näheren Bestimmung dessen, was mit diesem Begriff in der Praxis gemeint sein soll. In der derzeitigen Fassung wäre eine EWR-beziehungsweise EG-rechtliche Inkompatibilität nicht auszuschließen.

V. Zusammenfassung

1. Die Rechtslage im Europäischen Wirtschaftsraum unterscheidet sich im Gentechnikbereich auch im Punkt der möglichen Einführung sogenannter sozio-ökonomischer Bewilligungskriterien nicht von jener innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Dies ergibt sich daraus, daß die EG-Freisetzungs-Richtlinie keine abschließende (also Voll-) Harmonisierung darstellt, sondern - wie auch die Formulierung der sogenannten Sozialklausel des EWR-Abkommens andeutet - andere als Gesundheits- und Umweltschutzaspekte zwar nicht erfaßt, deren nationale Regelung aber auch nicht ausschließt.

2. Die Analyse des Umweltbegriffs der Freisetzungs-Richtlinie - im Lichte neuerer Entwicklungen auch auf EG-Ebene - läßt den Schluß zu, daß nicht von einem engefaßten Begriff ausgegangen werden muß, sodaß unter Umständen auch die Prüfung, ob zum Beispiel ein "Beitrag zur nachhaltigen Nutzung der Umweltressourcen" geleistet wird, als von der Richtlinie selbst gedeckt angesehen werden kann.

3. Der Verweis "sofern das mit diesem Abkommen vereinbar ist" im Anhang zum EWR-Abkommen bedeutet, daß insbesondere der gesamte Rechtsbestand im Bereich des freien Warenverkehrs in der Interpretation des Europäischen Gerichtshofs bei nationalen Regelungen des Gentechnikrechts, die über die Inhalte der Freisetzungs-Richtlinie hinausgehen, zu beachten ist.

4. Es ist daher für jedes zusätzliche Bewilligungskriterium ein eigener Rechtfertigungsgrund notwendig, welcher im EG-(Primär-)Recht beziehungsweise in der Auslegung desselben durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) gefunden werden muß (Gründe des Artikel 36 EWG-Vertrag beziehungsweise der sogenannten "Cassis de Dijon"-Judikatur). Darüberhinaus muß jede derartige nationale Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen: daher muß die Einführung des Bewilligungskriteriums "notwendig" und "geeignet" sein, um das damit verfolgte Ziel ohne übermäßige Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs zu erreichen.

5. Von den diskutierten sozioökonomischen Kriterien im weitesten Sinne scheint einzig jenes der ethischen Vertretbarkeit ohne größere Schwierigkeiten, alle anderen Varianten hingegen nur mit Mühe im Sinne der EuGH-Judikatur rechtfertigbar.

6. Bei der Formulierung solcher sozioökonomischer Kriterien ist insbesondere zu beachten, daß keinerlei versteckte Diskriminierung vermutet werden kann und daß der Behörde kein zu großer Ermessensspielraum eröffnet wird.

7. Ganz allgemein: Die Verfolgung besonderer politischer Optionen wird im Rahmen einer auf Freihandel und rigorosen Abbau von Hemmnissen für das Wirtschaftsleben ausgerichteten Rechtsordnung tendenziell schwieriger, weil

Rechtfertigungen für das Abweichen von den Leitprinzipien gefordert werden, die - wie gezeigt - nur schwierig zu erbringen sind, wenn es sich um wirtschaftspolitische Optionen handelt. Nur wenn es um Kriterien eindeutig nicht-ökonomischer Art geht, besteht eine realistische Chance auf ein EG-rechtliches Placet.

8. Angesichts der konstatierten Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Auffassungen des EuGH zu den angesprochenen Fragen könnte folgende Empfehlung ausgesprochen werden: Sollen in einem österreichischen Gentechnikgesetz sozio-ökonomische Kriterien in weitesten Sinne verankert werden, so erscheint es zumindest aus verhandlungstaktischen Überlegungen empfehlenswert, dies bereits im Rahmen des EWR - unabhängig vom Ergebnis der prinzipiellen Gleichheit der Rechtslage im EWR und in der EG - unter Berufung auf die Sozialklausel zu realisieren. Damit würde im Rahmen der Beitrittsverhandlungen eine bessere argumentative Ausgangsposition geschaffen, weil bereits bestehende nationale Regelungen in gesellschaftlich sensiblen Bereichen, insbesondere im Umweltbereich, gerade auch angesichts der nicht abgeschlossenen internationalen Diskussion schwerer wiegen.