

ZUR Zeitschrift für Umweltrecht

Das Forum für Umwelt- und Planungsrecht

Herausgeber:

Verein für Umweltrecht e.V.

Prof. Dr. **Martin Beckmann**, Rechtsanwalt, Münster; **Siegfried Breier**, EU-Kommission, Brüssel; Prof. Dr. **Christian Calliess**, Freie Universität Berlin; Prof. Dr. **Matthias Dombert**, Rechtsanwalt, Potsdam; Dr. **Günther-Michael Knopp**, Ministerialrat, Bayerisches Umweltministerium, München; Prof. Dr. **Hans-Joachim Koch**, Universität Hamburg; Prof. Dr. **Wolfgang Köck**, Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ, Leipzig/Universität Leipzig; Dr. **Frank Petersen**, Ministerialrat, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Bonn; Dr. **Renate Philipp**, Richterin am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig; Dr. **Karsten Sach**, Ministerialdirigent, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit; **Michael Sauthoff**, Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichts Greifswald; Prof. Dr. **Sabine Schlacke**, Universität Bremen; Prof. Dr. **Reinhard Sparwasser**, Rechtsanwalt, Freiburg; Prof. Dr. **Michael Uechtritz**, Rechtsanwalt, Stuttgart; Prof. Dr. **Ludger-Anselm Versteyl**, Rechtsanwalt, Hannover; Prof. Dr. **Andreas Voßkuhle**, Präsident des Bundesverfassungsgerichts; Prof. Dr. **Gerd Winter**, Universität Bremen

Schriftleitung: Prof. Dr. **Wolfgang Köck**, Prof. Dr. **Sabine Schlacke**

5/2011

22. Jahrgang • Seiten 225-280

STANDPUNKT

Bernhard W. Wegener

Der japanische Realitätsschock

Während ich diese Zeilen schreibe, schwanken die Meldungen zur Lage im japanischen Atomkraftwerk Fukushima auch zwei Wochen nach der Katastrophe noch immer zwischen vorsichtigem Optimismus und beständig aktualisierten Befürchtungen vor dem atomaren GAU. Für eine umfassende Bewertung ist es an dieser Stelle noch zu früh. Zum einen, weil das genaue Ausmaß und die Konsequenzen des Unfalls aktuell noch nicht absehbar sind und zum anderen, weil jede Stellungnahme, die mit einem gewissen zeitlichen Nachlauf publiziert wird, in dem Moment, in dem sie erscheint bereits überholt sein wird.

Dennoch, dies verdient festgehalten zu werden: das Reaktorunglück im japanischen Fukushima ist nicht nur aus deutscher Perspektive ein Realitätsschock ohne gleichen. Schockierend ist selbstverständlich in erster Linie das Leid, das Erdbeben, Tsunami und Reaktorunglück über die japanische Bevölkerung gebracht haben und noch zu bringen drohen.

Schockierend sind aber auch die haarsträubenden technischen Details mangelnder Sicherheit der Atommeiler, die das Unglück offenbart. Auch wer der friedlichen Nutzung der Atomkraft immer ablehnend gegenüberstand und den Sicherheitsbekundungen der Atomindustrie immer mit einer gewissen Skepsis begegnete, muss sich angesichts des Ereignisses in der Rückschau doch als erschreckend naiv begreifen. Dass Atomkraftwerke – wie man jetzt erleben muss – in der erdbebengefährdeten Region der Welt auf zwar seltene, aber doch erkennbar mögliche Beben der Stärke 9 nicht aus-

gelegt sind, dass die Möglichkeit eines Tsunamis beim Bau gar nicht und später nur ganz ungenügend berücksichtigt wurde, dass der Reaktordruckbehälter auf die schon unmittelbar nach dem Unfall auftretenden Druckverhältnisse nicht ausgelegt war: welcher Laie hätte sich eine solche technische Sorglosigkeit vorstellen können? Dass man Abklingbecken – von deren enormen Gefahrenpotential in der Debatte um die Risiken der Nutzung der Atomenergie in den vergangenen Jahren allenfalls in Fachkreisen die Rede war – auch hierzulande ohne signifikanten Schutz in den Obergeschossen der Reaktoren unterbringt: wer hätte sich dies ausgemalt? Dass Kühlsysteme zwar in vielem mehrfach redundant aufgebaut, aber auch hierzulande an zentralen Stellen immer noch von der Existenz und Funktionsfähigkeit einzelner Komponenten abhängen: warum fehlte es hier an einem hinreichenden Problembewusstsein? Dass sich ein deutscher Umweltminister vor die Presse stellt und allen Ernstes ein so naheliegendes Szenario wie das eines gleichzeitigen Eintritts von Hochwasser und Stromausfall als eine in ihren sicherheitsrelevanten Aspekten jetzt neu zu betrachtende Koinzidenz bezeichnet: muss das nicht beunruhigen?

Für den Laien sind auch die Reaktionen der technischen Experten ein Realitätsschock. Aus dem juristisch-geisteswissenschaftlichen Zusammenhang ist eine regelmäßige Gegensätzlichkeit der Meinungen ja vertraut. Und natürlich wissen wir alle um die Abhängigkeit auch technischer Einschätzungen und Bewertungen von der gesellschaftlichen Einbindung und Rolle des jeweiligen

Experten. Dass man aber noch im Angesicht des konkreten Unfalls Einschätzungen von „problemlos beherrschbar und weitgehend gefahrlos“ bis zu „sicher katastrophal“ als mit physikalisch-chemischer Notwendigkeit zu erwartende Ergebnisse präsentiert bekommt, muss dann doch verunsichern. Da ist von manchen zu hören, die Reaktordruckbehälter würden einer Kernschmelze schon wenige Stunden nach dem Herunterfahren des Reaktors sicher standhalten. Für andere dagegen steht die Zerstörung dieser Behälter mit eben solcher Sicherheit unmittelbar bevor. Die Beispiele für sich jeweils physikalisch ausschließende Prognosen ließen sich noch vermehren.

Auch hinsichtlich der Wirkung der Strahlung auf den Menschen zeigen sich die Naturwissenschaften anlässlich des japanischen Atom-Unglücks als wenig prognosefähig. Schon retrospektiv ist das Meinungsspektrum hier überaus heterogen. So sind etwa die Opferzahlen und Opferprognosen mit Blick auf die Reaktorkatastrophe von Tschernobyl auch 25 Jahre nach dem Ereignis von einer Spannweite, die jeden Anspruch auf Verlässlichkeit schwimmen lässt. Mit den entsprechenden Unsicherheiten müssen jetzt die Menschen leben, die zur Bekämpfung der Unfallfolgen in Fukushima eingesetzt werden oder in der unmittelbaren oder weiteren Umgebung der Anlage leben. Eben erst haben die japanischen Behörden Trinkwasserwarnungen für den Großraum Tokio ausgegeben. Ein Lebensraum für mehr als 35 Millionen Menschen wird einer Gefahr ausgesetzt, deren Dimensionen für die Betroffenen mit jeder neuen Verlautbarung und jedem neuen Experteninterview undeutlicher werden.

Der Unfall in Fukushima verdeutlicht damit zugleich erneut die ökonomische Sinnlosigkeit der Nutzung der Atomenergie. Auch hier halten die theoretischen Versprechungen der Technologie den Realitäten nicht stand. Das ist sicherlich keine neue Erkenntnis. Schon bislang konnte der Atomstrom nur dann als preisgünstig angesehen werden, wenn man die Vergesellschaftung der Entwicklungskosten, der Kosten für die Sicherheitsforschung, der Kosten für die Bewachung der Anlagen und der Brennstofftransporte und der Kosten der späteren und noch immer unabsehbaren Endlagerung ausblendete. Fukushima zeigt aber noch eine andere Facette der ökonomischen Problematik der Atomenergienutzung auf: die Kosten, die schon die Angst vor einer nuklearen Katastrophe erzeugt. Trotz der bewunderungswürdigen kollektiven Selbstbeherrschung der Japaner: die Angst vor einer nuklearen Verseuchung des Großraums Tokio hat schon jetzt erhebliche humanitäre und ökonomische Konsequenzen. Sie behindert die Katastrophenhilfe, verschärft das Leid der von Erdbeben und Tsunami unmittelbar betroffenen Bevölkerung, lähmt damit den Wiederaufbau und wird die japanische Wirtschaft möglicherweise noch auf Jahrzehnte belasten. Fukushima war sicherlich kein gesamtgesellschaftlich rentables Unterfangen.

Wird der Unfall im AKW-Fukushima nach alldem tatsächlich das Ende des Atomzeitalters einläuten, wie es der SPIEGEL auf seinem noch schnell ersetzten Cover bereits unmittelbar nach der ersten

Explosion im Kraftwerk verkündete? Hat man solches nicht auch nach der Tschernobyl-Katastrophe angenommen? Wird die jetzt ausgerechnet von der atomfreundlichen Bundesregierung praktizierte Schnellabschaltung der älteren deutschen AKWs Bestand haben?

Dafür mag manches sprechen: Anders als seinerzeit bei Tschernobyl wird es diesmal kaum möglich sein, die Ursachen allein einem unverantwortlichen System und seiner realsozialistischen Schlamperei zuzuschreiben. Das Hochtechnologieland Japan ist uns im technischen Anspruch und Selbstverständnis zu nahe, als dass seine Fehleinschätzungen nicht auch bei uns denkbar wären.

Dennoch sind Zweifel an der Halbwertszeit der öffentlichen Schockwahrnehmung auch diesmal angebracht. Jedenfalls wenn – was selbstverständlich zu hoffen ist – es den japanischen Einsatzkräften gelingt, die Auswirkungen des Unfalls noch halbwegs zu begrenzen, sind die Relativierungen der japanischen Realitätserfahrungen mit der Atomenergie schon jetzt vorherzusehen. Das gilt allemal für Gesellschaften, die weniger atomkritisch eingestellt sind als die deutsche. Dass sich Indien, Frankreich, die USA, China und andere von ihrer aktuellen und geplanten Nutzung der Atomenergie dauerhaft abbringen lassen, scheint für diesen Fall unwahrscheinlich. Aber auch hierzulande ist ein schnelles Ende der Nutzung der Atomenergie noch keineswegs ausgemacht. Die vermeintlich besondere Unzuverlässigkeit des japanischen Betreibers Tepco, die spezifische Nachlässigkeit der japanischen Atomaufsicht im Gefüge der politisch-wirtschaftlichen Mesalliance der „Japan Inc.“, die relative Erdbebensicherheit und Meeresferne Deutschlands, all dies und vieles mehr an Relativierungen zeichnet sich schon heute ab. Dieser These vom spezifisch japanischen Atomunfall wird man entgegenhalten müssen, dass unzuverlässige Betreiber ein auch in Deutschland bekanntes Problem sind, dass bürokratische Schlamperei und Kumpanei auch und gerade der deutschen Atomaufsicht angelastet werden mussten, dass die „Deutschland-AG“ mit der „Japan Inc.“ manche Gemeinsamkeit kennt und dass schon heute erkennbare Risiken wie die des Flugzeugabsturzes oder des Terrorakts sich im Ergebnis von den japanischen Risiken nicht werden unterscheiden lassen. Dennoch: Japan ist fern, die unmittelbaren Auswirkungen des Unfalls auf Europa lassen sich vernachlässigen und das menschliche Verdrängungsvermögen ist beachtlich.

Rational ist Verdrängung aber nur dort, wo die Risiken begrenzt sind und ihre Hinnahme sinnvoll erscheint. Für die friedliche Nutzung der Atomenergie gilt dies nicht. Sie ist ein wilder Traum voller Versprechungen. Die japanische Realität hat ihre alptraumhaften Seiten erneut offengelegt. Eine Technik mit diesem Risiko ist mit der menschlichen Fehlbarkeit unvereinbar. Ihr fehlt das menschliche Maß. Wir müssen weltweit aus diesem Traum aufwachen und uns risikoärmeren Formen der Energieversorgung und insbesondere der Energieeinsparung zuwenden. Ein wirklicher Verlust muss dies angesichts der schon heute vorhandenen technischen Alternativen nicht sein.



Prof. Dr. Bernhard W. Wegener

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Tätigkeitsschwerpunkte:

Europarecht, Umweltrecht, Informationsfreiheitsrecht.

Aktuelle Veröffentlichungen:

Europäisches Umweltverwaltungsrecht, in: Jörg Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Nomos 2011; *Die Zukunft des Emissionshandels*, in: Wolfram Cremer/Johann-Christian Pielow (Hrsg.), *Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht*, 2010; *Ist die Planung noch rational? – Europäisches Naturschutzrecht und nationale Infrastrukturentwicklung*, ZUR 2010, 227 ff.; *Umweltschutz und öffentliche Auftragsvergabe*, NZBau 2010, 273 ff.

Caroline v. Kries und Gerd Winter*

Komplexität und Zergliederung

Die Strukturierung der Risikobewertung für die Ausbringung gentechnisch veränderter Organismen

Der Artikel untersucht, wie das einschlägige Recht die Risiken von in die Umwelt ausgebrachten gentechnisch veränderten Organismen (GVO) erfasst und bewertet. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Gegenstand (nämlich der Ausbringung des GMO) und dem Bewertungsverfahren. Um die Komplexität zu bewältigen, werden beide zergliedert, der Gegenstand durch Aufteilung der Schutzgüter, Auswirkungspfade und Auswirkungsebenen, das Bewertungsverfahren durch stufenweise Wissenserzeugung, gestaffelte Wissensbeibringung und schrittweise Risikobewertung. Insgesamt ergibt sich ein geordnetes System, das an manchen Stellen allerdings klärungs- und verbesserungsbedürftig ist.

A. Einleitung

Der gentechnisch modifizierte Organismus und sein Verhalten in der Umwelt sind in sich komplex und nur erfassbar, wenn sie in verschiedene Dimensionen aufgeteilt, untersucht und dann wieder zusammengesetzt werden. Auch der prüfende Sachverstand ist – als sozialer Prozess – in sich komplex und kann sich nur entwickeln, wenn er in geordneten Schritten vorangeht, die dann in geeigneter Weise zusammengefasst werden.¹ Hieraus ergibt sich folgendes Bild der Aufteilung des Gegenstandes und seiner Prüfung:

Dimensionen des Gegenstands

- geschützte Endpunkte
 - Mensch
 - Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge
 - Koexistenz
 - Ökonomischer Nutzen
 - Politische/kulturelle Werte
- Auswirkungspfade
 - direkt/indirekt
 - kurz-/langfristig
 - kumulativ
- Verhaltensebenen
 - molekular
 - genomisch
 - organismisch
 - ökologisch

Schritte der Untersuchung und Bewertung

- Wissensgenerierung
 - geschlossenes System
 - experimentelle Freisetzung
 - Kultivierung im Freiland
 - Monitoring
- Beibringung des Wissens
 - Betreiber
 - Behörde
 - Wissenschaft
- Bewertung des Wissens
 - Immanente Eigenschaften
 - Ausbringungsbedingungen
 - Risikomanagement

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese Stufungen des Gegenstands und seiner Untersuchung und Bewertung durch rechtliche Vorgaben determiniert sind.

Dabei ist zu beachten, dass die Risikobewertung primär von der Sache und den fachkundigen Beteiligten her ausgestaltet wird und das Recht insoweit Beurteilungsspielräume eröffnet.² Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber der Exekutive für die Beurteilung von GMO-Risiken einen fachlichen Freiraum gewährt. Innerhalb dessen darf jedoch nicht willkürlich verfahren werden, vielmehr müssen die entscheidenden Behörden alle wissenschaftlich vertretbaren Erkenntnisse in Betracht ziehen, von hinreichend konservativen Annahmen ausgehen und die vom Gesetz getroffenen Wertungen beachten.³

B. Dimensionen des GMO und seines Verhaltens

I. Geschützte Endpunkte

1. Menschliche Gesundheit und Umwelt

Das EU-Recht kategorisiert die Ausbringung von GMO in die Umwelt als die Freisetzung an einem bestimmten Ort und die nach dem Inverkehrbringen (IVB) stattfindende Ausbringung an beliebigen Orten.⁴ Von diesen Ausbringungen gehen mögliche Pfade

* Der Beitrag ist im Rahmen des vom Bundesamt für Naturschutz geförderten interdisziplinären Projekts »Das Step-by-Step-Verfahren: Anforderung an ein gestuftes Konzept zur ökologischen Begleitforschung im Rahmen von Labor-, Gewächshausversuchen sowie von GMO-Freisetzungen als Grundlage für eine spätere Marktzulassung von GMO« (StepKo-Projekt) entstanden. Die im Text geäußerten Meinungen müssen selbstverständlich nicht mit denen des Bundesamts für Naturschutz übereinstimmen. Herzlichen Dank für wertvolle Anregungen sagen wir vor allem Broder Breckling, Angelika Hilbeck und Andreas Lang auf der Seite der Projektpartner sowie Andreas Heym, Thomas Meise, Beatrix Tappeser, Birgit Winkel und Wiebke Züghart auf derjenigen der Auftraggeber.

1 In der Literatur über Risikobewertung wird meist nicht systematisch zwischen den Dimensionen des Gegenstands und denen der Untersuchung/Bewertung unterschieden. In den einschlägigen Verordnungen und Verwaltungsvorschriften zur Risikobewertung ist die Unterscheidung jedoch präsent. Allerdings sind die Dimensionen des Gegenstands im Gentechniksektor differenzierter als z.B. im Chemikaliensektor. Die Eigenschaften von Chemikalien resultieren aus nur einer Ebene, derjenigen der Moleküle, während bei GMO weitere Ebenen hinzukommen.

2 OVG Berlin, Beschluss v. 9.7.1998 – OVG 2 S 9.97, abgedr. in: *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, Gentechnikrecht, Biomedizinrecht. Entscheidungen. Nr. 10 zu § 16 GenTG, Rnr. 40. Aus der Literatur s. z.B. *Palme/Schlee*, Gentechnikrecht, Wiesbaden 2009, S. 99.

3 Ständige Rechtsprechung, s. insbesondere *BVerwG*, Urteil v. 19.12.1985, 7 C 65.82 (Wyhl), *BVerwGE* 72, 300 (316), und *BVerwG*, Urteil v. 28.10.1998, 8 C 16.96, *BVerwGE* 107, 338 (341). Für den Gentechnikbereich prüft das OVG Berlin in ähnlicher Weise, »ob die Genehmigungsbehörde ausreichende Daten ermittelt und ihrer Bewertung zugrunde gelegt (hat) sowie ob diese hinreichend vorsichtig (ist)« (*OVG Berlin* (Fn. 3), Rnr. 40). S. zum Verhältnis naturwissenschaftlicher Expertise und rechtliche Rahmung im Gentechnikrecht auch *Struß*, Die großflächige Ausbringung von GMO in die Umwelt, Baden-Baden 2009, S. 75 ff.

4 Teile B und C der Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.3.2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EG des Rates, ABl. L 106 vom 17.4.2001, S. 1.

der Risikoentwicklung aus, die auf Endpunkte treffen, von denen das Recht einige als schutzbedürftig hervorhebt.

Als geschützte Endpunkte werden im deutschen Recht u.a. Leben und Gesundheit von Menschen, die Umwelt in ihrem Wirkungszusammenhang, Tiere und Pflanzen genannt.⁵ Damit wird Art. 4 RL 2001/18/EG umgesetzt, der als Schutzgüter die menschliche Gesundheit und die Umwelt nennt.⁶

2. Sachgüter und nicht-gentechnische Wirtschaftsweisen

Das deutsche GenTG schützt neben Mensch und Umwelt auch Sachgüter.⁷ Die EU-Normen erwähnen dies nicht ausdrücklich. Interpretiert man den unionsrechtlichen Ausdruck »Umwelt«, wie es naheliegt, im Sinne der UVP-Richtlinie, so sind Sachgüter auch europarechtlich geschützt.⁸ Relevant ist das Schutzobjekt Sachgüter vor allem im Zusammenhang mit der Koexistenz von biologischer, konventioneller und gentechnischer Wirtschaftsweise. Sachgut ist in diesem Kontext zum Beispiel der Pflanzenbestand eines biologischen oder konventionellen Landwirts, der via Pollenflug mit GVO kontaminiert wird.

Ob das bloße Vorhandensein von GVO in einem landwirtschaftlichen Produkt per se als schädliche Auswirkung gelten kann, wird in der deutschen Rechtsprechung allerdings bisher verneint. Erst bestimmte, durch die Kontamination verursachte Schädwirkungen (wie z.B. mögliche Gesundheitsschäden aus dem Verzehr der Pflanze) können hiernach als schädliche Auswirkung angesehen werden. Als Begründung wird angegeben, dass das Gentechnikgesetz nur vor den spezifischen Risiken der Gentechnik schützen, und dieses seien eben nur Gesundheits- und Umweltrisiken.⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Koexistenzsicherung – und damit die Freihaltung von Kontamination per se – inzwischen sowohl durch EU-Recht¹⁰ wie auch durch deutsches Recht¹¹ zum legitimen Schutzgut erklärt worden ist. Dies bedeutet, dass auch die Einschränkung der Vermarktungsfähigkeit eines Produktes als GVO-frei als Sachschaden angesehen werden muss.¹² Hieraus folgt, dass im Verfahren der Freisetzungsgenehmigung geprüft werden muss, ob ausreichende Sicherheitsabstände zu Feldern mit Anbau gleicher, aber gentechnisch nicht modifizierter Sorten bestehen.¹³ Im Verfahren der IVB-Genehmigung, in denen die konkrete Ausbringung noch nicht feststeht, bieten sich dagegen nachgeschaltete Abstandsregelungen an. Wie groß die Abstände sein müssen, wird gerichtlich dann wieder als Frage des behördlichen Beurteilungsspielraums behandelt.¹⁴

3. Ökonomischer Nutzen von GVO

Die Risiko-Nutzen-Abwägung bringt neben der Umwelt die Auswirkungen der GVO-Ausbringung auf die Wirtschaft ins Spiel. Sie ist bisher im Gentechnikrecht auf deutscher Ebene rudimentär¹⁵ und auf europäischer Ebene nur versteckt vorgesehen.¹⁶ Deutlicher ist sie im Chemikalienrecht ausgeformt. So heißt es in Art. 60 Nr. 4 VO (EG) 1907/06 (REACH-VO):¹⁷

»In Fällen, in denen die Zulassung nach Absatz 2 nicht erteilt werden kann (scl. wenn das Risiko nicht angemessen beherrscht wird, CvK/GW), oder für die in Absatz 3 aufgeführten Stoffe (scl. für die als besonders gefährlich eingestufteten Stoffe), kann eine Zulassung nur erteilt werden, wenn nachgewiesen wird, dass der sozioökonomische Nutzen die Risiken überwiegt, die sich aus der Verwendung des Stoffes für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt ergeben, und wenn es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt.«

Im Einzelnen wird also das Risiko, das aus der Verwendung des Stoffes entsteht, mit dem sozioökonomischen Nutzen seiner Verwendung bzw. den sozioökonomischen Auswirkungen einer Zulassungsversagung abgewogen. Abwägungskriterien sind dabei u.a. Nachteile für die Industrie (z.B. Mehrkosten für Alternativstoffe)

und Vorteile für die Verbraucher (z.B. der Wirkstoff heilt eine bestimmte Krankheit).¹⁸ Zusätzlich erfolgt eine Prüfung von risikoärmeren Alternativen.¹⁹

Im europäischen Gentechnikrecht spielen sozioökonomische Kriterien, wie gesagt, für die Zulassungsentscheidung bisher kaum eine Rolle.²⁰ Das Modell wird jedoch zunehmend diskutiert.²¹ Es ist Gegenstand einer Ratsaufforderung²² an die Kommission und die Mitgliedstaaten. Der Rat regt an, auf der Ebene des Risikomanagement die sozioökonomischen Auswirkungen des Inverkehrbringens von GVO, einschließlich des sozioökonomischen Nutzens, der sozioökonomischen Risiken und der agronomischen Nachhaltigkeit, stärker als bisher zu berücksichtigen.²³

Bei einer Umsetzung dieser Aufforderung sollte zwischen zwei Richtungen der Risiko-Nutzen-Abwägung unterschieden werden: einer risikogeneigten Variante, die ähnlich wie im erwähnten Chemikalienrecht jedes Risiko bei überwiegendem Nutzen zulassen will, und einer risikoaversen Variante, die neben einer Minimierung von Risiken zusätzlich eine Nutzenerbringung fordert. Als Bei-

5 § 1 Nr. 1 Gentechnikgesetz (GenTG).

6 § 16 Abs. 2 GenTG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18/EG. Die für gentechnisch veränderte Lebens- und Futtermittel geltende VO (EG) 1829/2003 nennt in Art. 4 Abs. 1 neben Mensch und Umwelt noch Tiere, um den Risiken der Futtermittel Rechnung zu tragen (Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.9.2003 über gentechnisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, ABl. L 268 vom 18.10.2003, S. 1.).

7 § 1 Nr. 1 GenTG.

8 Art. 3 RL 85/337/EWG zählt zu den »Faktoren« der Umwelt Mensch, Fauna und Flora, Boden, Wasser, Luft, Klima und Landschaft, Sachgüter und kulturelles Erbe.

9 *VG Berlin*, Beschluss v. 12.9.1995 – 14 A 255.95, abgedruckt in *Eberbach/Lange/Ronellenfisch*, Recht der Gentechnik und Biomedizin, Entscheidung Nr. 4 zu § 16 GenTG; *VG Braunschweig*, Urteil v. 12.9.1995 – 14 A 255.95, Rnr. 27.

10 Art. 26a RL 2001/18/EG.

11 § 1 Nr. 2 GenTG.

12 So in einer hilfsweisen Argumentation auch *VG Braunschweig*, Urteil v. 12.9.1995 – 14 A 255.95, Rnr. 31 ff.

13 Dem scheint entgegenzustehen, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG nur auf § 1 Nr. 1 und nicht auch auf Nr. 2 GenTG verweist. Der Schutz von Sachgütern ist aber in Nr. 1 genannt und also zu beachten. Ein Schaden an der Ernte ist folglich gegeben, wenn sie sich nicht verkaufen lässt, ohne dass für sie eine Genehmigung des Inverkehrbringens eingeholt worden ist, oder wenn sie als nicht-gentechnikfreie Ware nur zu einem geringeren Preis absetzbar ist.

14 *VG Braunschweig*, Urteil v. 12.9.1995 – 14 A 255.95, Rnr. 31.

15 Vgl. die Formulierung in § 16 Abs. 1 und 2 GenTG, wonach »nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung unvermeidbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind«. Die Unvertretbarkeit der Risiken im Hinblick auf den Zweck der Ausbringung könnte als Risiko-Nutzen-Abwägung aufgefasst werden. Die herrschende Meinung weist dies jedoch im Hinblick auf die insoweit engere Formulierung in den einschlägigen EU-Rechtsakten zurück. Vgl. umfassend zur Diskussion *Palme/Schlee* (Fn. 2) S. 100 ff.

16 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 32 sowie Art. 7 (1) 1. Satz und Art. 19 (1) 1. Satz VO (EG) 1829/2003 (»andere legitime Faktoren«). Auf internationaler Ebene s. auch Art. 26 des Cartagena-Protokolls, das GVO-importierenden Staaten erlaubt, sozioökonomische Auswirkungen z.B. auf indigene und lokale Gemeinschaften zu berücksichtigen.

17 VO (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), ABl. L 396 vom 30.12.2006, S. 1.

18 S. im Einzelnen Anhang XVI VO (EG) 1907/06.

19 Zu dieser s. unten II. 5.

20 Für eine Ausnahme s. Art. 10 des norwegischen Gentechnikgesetzes, in dem es heißt: »In deciding whether or not to grant an application, considerable weight shall also be given to whether the deliberate release will be of benefit to society and is likely to promote sustainable development.« Die Vorschrift läuft in der Praxis allerdings leer, weil die norwegischen Maßstäbe im EFSA-Zulassungsverfahren nicht aufgegriffen werden, vgl. *Spök*, Assessing socio-economic impacts of GMOs, hrsg. v. Bundesministerium für Gesundheit, Wien 2010 (http://www.bmg.gv.at/cms/site/attachments/2/7/6/CH0808/CMS1287125505520/assessing_socio-economic_impacts_of_gmos_band_2_2010.pdf, besucht am 27.12.2010).

21 *Charlier/Valceschini*, The importance and limits of cost-benefit analysis in the regulation of genetically modified organisms, in: *Bodiguel/Cardwell* (Hrsg.), The regulation of genetically modified organisms: comparative approaches, Oxford 2010, 37–53.

22 Schlussfolgerungen des Rates 16682/08, vom 5.12.2008, Punkt ii), 7.; bis Ende Januar 2010 sollten die Mitgliedstaaten einen Entwurf hierzu vorlegen.

23 Vorschläge bei *Spök* (Fn. 20).

spiel für die letztere Variante wird in der Literatur vorgeschlagen, den agrarökologischen Nutzen bestimmter gentechnischer Modifikationslinien wie z.B. den Verzicht auf chemische Pestizide, die Verminderung von Bewässerung und die Reduktion chemischer Düngemittel als Kriterien zu anzuerkennen, jedoch nur, um minimierte Risiken der GVO-Ausbringung tragbar machen können. Ein geringfügiges Risiko könne (nur) hingenommen werden, wenn die Gesamtbilanz der Landwirtschaft verbessert werde.²⁴

4. Politische und kulturelle Werte

Manche Mitgliedstaaten wie Österreich, Polen und Ungarn haben in der Vergangenheit die Genehmigung des Inverkehrbringens von modifiziertem Saatgut durch Ausbringungsverbote konterkariert. Das Land Oberösterreich zum Beispiel begründete sein landesweites Ausbringungsverbot u.a. mit dem Schutz der kleinbäuerlichen Landwirtschaft. Neben solchen agrarstrukturellen Gründen waren die Beschränkungen auch grundsätzlich politisch und/oder kulturell motiviert. Obwohl die europäischen Gerichte die Kommission in ihrem Vorgehen gegen Oberösterreich unterstützt hatten,²⁵ wurde der Grundsatzstreit um die Gentechnik nicht geschlichtet. In Reaktion darauf hat die Kommission nunmehr einen Vorschlag zur Einführung eines Art. 26b der RL 2001/18/EG vorgelegt, der den Mitgliedstaaten mehr Freiheiten geben soll, die Ausbringung von GVO nach anderen als Gesundheits- und Umweltschutzkriterien zu regeln. Der mit »Cultivation« überschriebene neue Art. 26b soll wie folgt lauten:

»Member States may adopt measures restricting or prohibiting the cultivation of all or particular GMOs authorised in accordance with Part C of this Directive or Regulation (EC) No 1829/2003, and consisting of genetically modified varieties placed on the market in accordance with relevant EU legislation on the marketing of seed and plant propagating material, in all or part of their territory, provided that:

(a) those measures are based on grounds other than those related to the assessment of the adverse effect on health and environment which might arise from the deliberate release or the placing on the market of GMOs; and,

(b) that they are in conformity with the Treaties.«

Weder aus diesem Text noch aus der Begründung ist allerdings ersichtlich, welche Gründe als legitim angesehen werden können. Gewisse Anhaltspunkte ergeben sich aus einer Bemerkung in einer Kommissionsmitteilung:²⁶

»These reasons vary from agronomic justifications related to difficulties of ensuring co-existence to political or economic motivations such as meeting the demand of GM-free markets. In other cases, Member States want to preserve certain areas in line with national policies on biodiversity or other broad nature conservation goals.«

Es ist zu erwarten, dass der Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch präzisiert wird.

Aus der Rechtsprechung mag hinzugefügt werden, dass der EuGH schon auf Grundlage des geltenden Rechts grundsätzlich bereit zu sein scheint, kulturelle und religiöse Bedenken gegen Gentechnik zu akzeptieren; allerdings forderte er eine ins Einzelne gehende Begründung und lehnte pauschale Ablehnungen ab.²⁷

5. Vergleichende Bewertung von Gesundheits- und Umweltrisiken

Es erleichtert die Bewertung von Gesundheits- und Umweltrisiken, wenn Schwellenwerte existieren, an Hand derer das hinnehmbare und das nicht hinnehmbare Risiko bestimmt werden kann. Solche Schwellenwerte setzen gesichertes Wissen über Kausalverläufe voraus, das im Gentechnikbereich jedoch noch fehlt. Ein möglicher Ausweg aus diesem Dilemma besteht in der vergleichenden Risikobewertung. Diese beschreibt mehrere Varianten

von Aktivitäten, vergleicht sie unter Risikoaspekten und empfiehlt diejenige Variante, die bei ungefähr gleicher Zielerreichung geringere Risiken verursacht. So kommt in Betracht, ein gentechnisches Risiko zurückzuweisen, wenn weniger riskante Gentechniklinien vorhanden oder denkbar sind, oder wenn das Handlungsziel auch mit nicht-gentechnischen Methoden erreicht werden kann.

Die vergleichende Risikobewertung findet sich seit längerem im Pflanzenschutzmittel-Recht. Die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln fußt bisher auf den Bestimmungen der EG-Richtlinie 91/414, die in Deutschland mit dem Gesetz zum Schutze von Kulturpflanzen²⁸ umgesetzt wurde. In Kürze wird die Richtlinie von einer Verordnung abgelöst.²⁹

Die Verordnung schreibt eine vergleichende Prüfung bereits genehmigter und neu zur Genehmigung anstehender Wirkstoffe vor. Auch bisher war bereits eine Alternativenprüfung möglich, jedoch nur kraft entsprechender Interpretation der einschlägigen Rechtsgrundlagen (Kriterium der Vertretbarkeit eines Risikos).³⁰ Durch die Verordnung wird sie explizit anerkannt und genauer strukturiert.

Neue Pflanzenschutzmittel (PSM), die bestimmte gefährliche Wirkstoffe (sog. Substitutionskandidaten) enthalten, dürfen (von den hierfür zuständigen Mitgliedstaaten) nicht zugelassen werden, wenn sich nach einer vergleichenden Bewertung ergibt, dass

»für die im Antrag genannten Verwendungen bereits ein zugelassenes Pflanzenschutzmittel oder eine nichtchemische Bekämpfung- oder Präventionsmethode besteht, das/die für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt deutlich sicherer ist.«³¹

Beachtlich ist die Liste der Anforderungen an einen neuen Wirkstoff, wenn er einen anderen ersetzen soll, der die gleiche Wirkung hat.³² Die Alternative muss zunächst im Licht des wissenschaftlichen und technischen Kenntnisstands ein deutlich geringeres Risiko für Gesundheit und Umwelt aufweisen. Es findet eine Vergleichsprüfung statt, die auch Kumulations- und Synergieeffekte mit berücksichtigen soll. Ein Unterschied im Risiko für die Umwelt ist

24 Winter, Pro und Kontra Gentechnik – ein Vorschlag zur Güte, ZfU 2009, 225; derselbe, Nature Protection and the Introduction into the Environment of Genetically Modified Organisms: Risk Analysis in EC Multilevel Governance, RECIEL 17 (2) 2008, S. 205–220. S. dagegen Dederer, der das Restrisiko als stets sozialadäquat und damit hinnehmbar definiert, s. derselbe, Weiterentwicklung des Gentechnikrechts – GVO-freie Zonen und sozioökonomische Kriterien für die GVO-Zulassung, Berlin 2010, S. 186. Dederer erkennt jedoch, dass solche Restrisiken, die wie diejenigen der Gentechnik gerade hoch kontrovers und weithin unakzeptiert sind, eben nicht als sozialadäquat gelten können.

25 S. die Urteile des EuG v. 5.10.2005, verb. Rs T-366/03 und T-235/04 (Land Oberösterreich), Slg. 2005, II-4005; EuGH v. 13.9.2007, verb. Rs 439/05 P und 454/05 P (Land Oberösterreich), Slg. 2007, I-714. Die Zulässigkeit des Verbots wurde an Art. 95 (5) EGV (jetzt Art. 114 (5) AEUV) gemessen und m.E. zu Recht verneint (vgl. Dederer (Fn. 24), S. 25 ff.). Sie wäre (für IVB-genehmigte GVO) dagegen u.U. zu bejahen gewesen, wenn erkannt worden wäre, dass die IVB-Genehmigung nachgeschaltete Verwendungsbeschränkungen nicht ausschließt, so dass das Verbot gar nicht als ein Weitergehen i.S.d. Art. 95 (5) EGV erscheint, sondern als eine Maßnahme in einem gemeinschaftsrechtlich nicht erschöpfend geregelten Raum.

26 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the freedom for Member States to decide on the cultivation of genetically modified crops, COM(2010) 380, S. 6.

27 EuGH, Rs C-154/08.

28 Vom 14.5.1998, BGBl. I S. 971, ber. BGBl. I S. 1527, 3512, zul. geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22.6.2006, BGBl. I S. 1342.

29 Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln ..., ABl. L 309, S. 1.

30 Vgl. das Paraquat-Urteil des BVerwG, E 81, 12, 17, nach dem zu prüfen ist: Der Grad der Wahrscheinlichkeit nachteiliger Auswirkungen für den Naturhaushalt, das Gewicht des Nachteils, der Vorteil der Mittelverwendung (Erntesicherung) und die Ersetzbarkeit des Mittels (anderes PSM? mechanische Mittel?).

31 Art. 50 (1) a) mit Art. 24 und Anhang II Nr. 4 VO (EG) 1107/09.

32 Anhang IV der VO (EG) 1107/09.

dann signifikant und damit beachtlich, wenn ein Faktor von mindestens 10 zwischen der Predicted Environmental Concentration (PEC – abgeschätzte Konzentration in der Umwelt) und der Predicted No Effect Concentration (PNEC – abgeschätzte Nicht-Effekt Konzentration) der unterschiedlichen Wirkstoffe besteht.

Mittels dieser Vergleichsprüfung wird deutlich gemacht, dass die Weiterentwicklung von Pflanzenschutzmitteln auf keinen Fall in Richtung weitere Gefährlichkeit gehen darf bzw. älteren gefährlichen Mitteln die Zulassung entzogen werden kann.

Bemerkenswert ist, dass nicht nur auf andere chemische PSM, sondern auch auf nichtchemische Bekämpfungs- und Präventionsmethoden abgestellt wird. Es kann also z.B. gegen ein problematisches Herbizid geltend gemacht werden, dass mechanische Möglichkeiten der Unkrautbeseitigung existierten. Allerdings gilt die Einschränkung, dass »die Substitution durch die Pflanzenschutzmittel bzw. die nichtchemischen Bekämpfungs- oder Präventionsmethoden ... keine wesentlichen wirtschaftlichen oder praktischen Nachteile aufweist«. ³³ Das ist sehr weit gefasst und macht das Instrument zahnlos.

Die Risikovergleichsprüfung ist bisher noch nicht im Gentechnikrecht angelegt, ist aber zumindest für solche GVO diskutabel, die die Umwelt verändern sollen, also z.B. gentechnisch veränderte Pflanzen mit insektiziden Eigenschaften. ³⁴

6. Résumé

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich das Gentechnikrecht auf die Schutzgüter menschliche Gesundheit und Umwelt konzentriert. In jüngerer Zeit ist die Koexistenz nicht-gentechnischer Landwirtschaft hinzugekommen. Eine Betrachtung des Nutzens und politischer oder kultureller Werte ist bisher nicht – jedenfalls nicht systematisch – vorgesehen. Diese Beschränkung des Kreises relevanter Schutzgüter beeinflusst auch die Untersuchung und Bewertung der Risiken der GVO-Ausbringung: Die Wirkungspfade, das Risikomodell, die Wissensgenerierung, die Verteilung der Beibringungslasten und die Risikobewertung sind sämtlich auf die Risiken für Mensch und Umwelt fokussiert. Deshalb fehlt in den Vorschriften über die vorzulegenden Unterlagen und die Risikobewertungsmethodik eine Verpflichtung, Informationen zum sozioökonomischen Nutzen und zu politischen und kulturellen Werten vorzulegen.

II. Auswirkungspfade

Die ausgebrachten GVO können die geschützten Endpunkte auf unterschiedlichen Wegen erreichen und schädigen. Sie sollen als Auswirkungspfade bezeichnet werden. Auch im Hinblick auf diese Pfade muss die Risikobewertung Komplexität durch Unterscheidungen abarbeiten.

Bedeutsam ist zunächst die Unterscheidung zwischen Freisetzen und Inverkehrbringen. Erstere geschieht an identifizierbaren Orten, im letzteren Fall erfolgt die Ausbringung an beliebigen Orten. Zur Freisetzung haben sich weitere Unterscheidungen ergeben: Die klassische Freisetzung ist eine experimentelle, d.h. sie ist auf Datengewinnung über Wirksamkeit und Risiken von GVOs gerichtet und dementsprechend nach Ort und Fallzahl begrenzt. Wenn genügend Risikowissen vorliegt, kann eine Genehmigung im sog. vereinfachten Verfahren für mehrere Versuche am selben oder an mehreren Orten erteilt werden. ³⁵ Ein dritter Typus der Freisetzung besteht in dem Anbau von GVO auf großen, aber identifizierten Flächen. Ein erstes Beispiel dafür war die gentechnisch modifizierte Kartoffel Amflora. Die ersten Ausbringungen dienten nicht nur der Erprobung der Kartoffel, sondern auch der Gewinnung von Saatgut und Stärke in beachtlichem Umfang. ³⁶ Das zuständige Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) hat für die Amflora der Antragstellerin BASF in der

Tat eine Freisetzungsgenehmigung erteilt. ³⁷ Dies ist nicht ohne Probleme: Zwar kann die Umweltrisikoprüfung wohl auf die neue Größendimension eingestellt werden, aber die strengeren Monitoringvorschriften für IVB könnten nicht angewendet werden, weil sie nicht für Freisetzungen gelten. ³⁸

Kommt es irgendwo zur Ausbringung, verzweigen sich die Auswirkungspfade weiter. Art. 4 Abs. 3 RL 2001/18/EG schreibt hierzu Folgendes vor:

»Die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Kommission stellen sicher, dass mögliche schädliche Auswirkungen auf [...] die Umwelt, die unmittelbar oder mittelbar durch den Gentransfer von GVO auf andere Organismen auftreten können, Fall für Fall sorgfältig geprüft werden. Diese Prüfung ist gemäß Anhang III unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Umwelt je nach Art des eingeführten Organismus und der den Organismus aufnehmenden Umwelt durchzuführen.«

Die hiernach erforderliche Umweltrisikoprüfung ³⁹ besteht nach Art. 2 Nr. 8 RL 2001/18/EG aus einer

»Bewertung der direkten oder indirekten, sofortigen oder späteren Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt, die mit der absichtlichen Freisetzung oder dem Inverkehrbringen von GVO verbunden sein können, und die gemäß Anhang II durchgeführt wird.«

Zunächst ist die Unterscheidung von direkten und indirekten Auswirkungen ⁴⁰ hervorzuheben. Sie bedeutet, dass nicht nur schädliche Auswirkungen des GVO auf den mit ihm in Berührung kommenden Endpunkt (z.B. den Menschen oder eine Pflanze, der oder die den GVO aufnimmt) zu vermeiden sind, sondern auch solche schädlichen Auswirkungen, die über dazwischentretende Faktoren ausgelöst werden. Anhang II RL 2001/18/EG definiert die indirekten Auswirkungen wie folgt:

»Indirekte Auswirkungen' sind die Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit oder die Umwelt, die durch eine Kausalkette von Ereignissen, z.B. durch Wechselwirkungen mit anderen Organismen, Übertragung von genetischem Material oder Änderungen der Verwendung oder der Handhabung, ausgelöst werden.«

Diese Vorgabe systematisierend könnte man zwischen natürlichen Kausalverläufen (Verwildерung, horizontaler und vertikaler Gentransfer, Nahrungskette, etc.) und agrarökonomisch vermittelten Kausalverläufen (Änderung der Chemikalienverwendung, der Fruchtfolge, etc.) unterscheiden. ⁴¹ Dass auch die letzteren erfasst

³³ Art. 50 (1) b) VO (EG) 1107/09.

³⁴ Der hier gemeinte Risikovergleich ist nicht zu verwechseln mit dem familiarity-Test, d.h. der Prüfung eines GVO im Vergleich zu seinem gentechnisch nicht veränderten Verwandten. Hier geht es nicht um Risikovergleich, sondern um den – problematisch verkürzten – Vergleich des Risikos eines GVO mit dem (unterstellten) Nicht-Risiko des Nicht-GVO.

³⁵ Art. 7 RL 2001/18.

³⁶ *Palme/Schlee* (Fn. 2), S. 82.

³⁷ *Az.* 6786-01-0183, zugänglich über www.bvl.bund.de. Befürwortend *Ronellenfitsch*, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch, *Gentechnikrecht, Biomedizinrecht*, § 3 GenTG Rnr. 158; skeptisch *Palme/Schlee* (Fn. 2), S. 82.

³⁸ Dazu unten Kap. III.6. S. auch Reh binder e. a. *Pharming*, Berlin / Heidelberg 2009, S. 270 f. Für die Amflora hat sich das Problem der Dimensionierung von Freisetzungen allerdings inzwischen erledigt, weil ihr IVB genehmigt worden ist, s. Kommissionsentscheidung 2010/135/EU, ABl. 2010 L 53, S. 11.

³⁹ Die englische Bezeichnung in RL 2001/18 ist environmental risk assessment. Sie wurde im deutschen Richtlinientext mit Umweltverträglichkeitsprüfung und dementsprechend auch im deutschen Gesetzestext mit Umweltverträglichkeitsprüfung übersetzt. Im Folgenden wird – auch um Verwechslungen mit der UVP im Anlagen- und Planungsrecht zu vermeiden – der Ausdruck Umweltrisikoprüfung (URP) verwendet.

⁴⁰ Das englische und französische direct/indirect wird im Deutschen uneinheitlich, aber synonym mit unmittelbar/mittelbar oder direkt/indirekt übersetzt.

⁴¹ *Brand/Winter*, *Rechtliche Maßstäbe der Risikobewertung und des Risikomanagement in der BRD*, in: Breckling/Brand/Winter, *Fortschreibung des Konzepts zur Bewertung von Risiken bei Freisetzungen und dem In-Verkehr-Bringen von GVO*, UBA-Berichte 3/04, Berlin 2004, S. 212 ff./248 f.

sind, zeigt u.a. der Hinweis auf »Änderungen der Bewirtschaftung, gegebenenfalls auch bei landwirtschaftlichen Praktiken«⁴² sowie auf die »spezifischen Techniken, die beim Anbau, der Bewirtschaftung und der Ernte der genetisch veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen, auf die Umwelt, soweit sie sich von den Techniken unterscheiden, die bei genetisch nicht veränderten höheren Pflanzen zum Einsatz kommen.«⁴³

Zweitens können die Auswirkungen sofort oder später auftreten, ohne dass aber für das »später« eine zeitliche Grenze angegeben wird. Als Beispiele für eine spätere Auswirkung nennen die Leitlinien der Kommission zu Anhang II RL 2001/18/EG:⁴⁴

- die Verkleinerung der Zielpopulation von Insekten wirkt sich auf die Population anderer Insekten aus, oder
- ein invasives Verhalten eines GVO entwickelt sich erst mehrere Generationen nach der absichtlichen Freisetzung.

Drittens zwingt der zitierte Artikel 4 Abs. 3 (und ebenso Artikel 13 Abs. 2 a) RL 2001/18/EG dazu, unterschiedliche den GVO aufnehmende Umwelten in Betracht zu ziehen. Dieser Gesichtspunkt wird durch die Leitlinien der Kommission zur UVP wie folgt konkretisiert:

»Für jede festgestellte schädliche Auswirkung sind die Folgen für andere Organismen, Populationen, Arten oder Ökosysteme zu bewerten, die mit dem GVO in Berührung kommen.«⁴⁵

»Darüber hinaus kann auch ein breites Spektrum von (standortsspezifischen oder gebietspezifischen) Umweltmerkmalen zu berücksichtigen sein. Für die Einzelfallbewertung kann es von Nutzen sein, gebietspezifische Informationen nach Habitatgruppen zu ordnen, um die für die jeweiligen GVO relevanten Aspekte des Aufnahmемilieus erfassen zu können (beispielsweise pflanzenkundliche Informationen über das Vorkommen kreuzbarer wilder verwandter Pflanzen von GVO-Pflanzen in verschiedenen landwirtschaftlichen oder natürlichen Lebensräumen in Europa).«⁴⁶

Während diese Vorgaben eindeutig für die Freisetzung und das Inverkehrbringen von GVO gelten, welche von der RL 2001/18/EG erfasst sind, ist zu beachten, dass die für Lebensmittel und Futtermittel geltende VO (EG) 1829/2003 die Pfade der direkten/indirekten, sofortigen/späteren und umweltabhängigen Auswirkungen nicht explizit benennt. Jedoch schreibt Art. 6 Abs. 4 Satz 1 bzw. Art. 18 Abs. 4 Satz 1 VO (EG) 1829/2003 vor, es seien »bei der Bewertung die in der [Freisetzungsrichtlinie] vorgesehenen umweltbezogenen Sicherheitsanforderungen einzuhalten, damit sichergestellt ist, dass alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, um schädliche Auswirkungen auf die Gesundheit von Mensch und Tier sowie die Umwelt [...] zu verhindern«. Weiterhin heißt es in Art. 7 Abs. 8 VO (EG) 1829/2003: »Bezugnahmen in den Teilen A und D der Richtlinie 2001/18/EG auf nach Teil C der Richtlinie zugelassene GVO gelten auch als Bezugnahmen auf nach dieser Verordnung zugelassene GVO.« Art. 4 RL 2001/18/EG steht in Teil A der Richtlinie und nimmt in Abs. 1 Freisetzung wie auch Inverkehrbringen in Bezug. Im Ergebnis wird damit der weite Umfang zu betrachtender Auswirkungen in die VO (EG) 1829/2003 inkorporiert.

Diese rechtliche Vorgabe wird durch die neuen Leitlinien der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) von 2010⁴⁷ akzeptiert und ausdifferenziert. Die Umweltrisikoprüfung nach Annex II der RL 2001/18/EG und Kommissionsleitlinie weiter spezifizierend, unterscheiden sie folgende sieben Auswirkungspfade:⁴⁸

- (1) Persistenz und Invasivität des GVO,
- (2) Gentransfer von Pflanze zu Mikroorganismus,
- (3) Interaktion des GVO mit Ziel-Organismen,
- (4) Interaktion des GVO mit Nicht-Ziel-Organismen,
- (5) Auswirkungen landwirtschaftlicher Praktiken auf Landwirtschaft und Umwelt,

- (6) Bio-geo-chemische Auswirkungen,
- (7) Auswirkungen auf Mensch und Tier.

Hinzu kommt eine Typologie der verschiedenartigen empfangenden Umwelten.

Auf der Ebene der materiellen Zulassungsmaßstäbe sind somit Auswirkungen von GVO in einem sehr umfassenden Sinn zu prüfen. Auf der Ebene der vom Antragsteller vorzulegenden Unterlagen wird dieser Anspruch allerdings nicht vollständig eingelöst. Insbesondere sind indirekte Auswirkungen, die sich über die landwirtschaftliche Praxis vermitteln, in der Annex III-Liste gar nicht angesprochen, wie etwa Veränderungen im Chemieeinsatz (Düngung, Herbizide, Pestizide) und damit einhergehende Veränderungen in Populationen der Ziel- und Nichtzielorganismen und Veränderungen im Nahrungsangebot für Organismengesellschaften, die von den pflanzlichen und tierischen »Feinden« der Kulturpflanze leben. So kann es nicht verwundern, dass solche Prüfungen auch in der Bewertungspraxis nicht erfolgen.⁴⁹

III. Organismus- und Verhaltensmodell

Die Faktoren, die das Verhalten des GVO beeinflussen und zu nachteiligen Auswirkungen führen können, sind höchst mannigfaltig. Um sie gesamthaft zu erfassen, ist ein geeignetes Modell der Eigenschaften und Interaktionen des Organismus zu Grunde zu legen.

1. Mehrebenenmodell

Von den Naturwissenschaften wird ein Mehrebenenmodell des Organismus und seines Verhaltens vorgeschlagen. Es umfasst die Ebenen der Moleküle, der Zellen, des einzelnen Organismus, der Organismengesellschaften und der Ökosysteme.⁵⁰ Dieses Mehrebenenmodell findet in den Rechtsgrundlagen kaum Ausdruck. Wie gezeigt, begnügen diese sich mit der Benennung des Endpunkts Umwelt, d.h. mit den Ebenen der Organismengesellschaften und Ökosysteme. Damit wird aber selbstverständlich nicht ausgeschlossen, sondern im Gegenteil impliziert, dass auch alle anderen Ebenen Aufmerksamkeit verdienen, wenn sie zu den Auswirkungen beitragen. Hinzu kommt, dass Wirkungen auf die Umwelt nur dann analytisch nachvollzogen werden können und prognostisch zugänglich werden, wenn Aussagen über Umweltwirkungen auf einer Kenntnis von Wirkungszusammenhängen auf den weniger komplexen Ebenen basieren. Insofern impliziert die Anforderung, Aussagen über die Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge zu erfassen, die Notwendigkeit, Einwirkungen auf einzelne Teile dieses Gefüges zu kennen, um anhand der bestehenden Verknüpfungen Erwartungen über Wirkungen im Gesamtrahmen ableiten zu können.⁵¹

Deutlicher wird die Mehrebenenbetrachtung dagegen in den Listen von Unterlagen, die die Vorschriften aufzählen. Für die Ge-

42 Anhang II RL 2001/18/EG C. II. 1. a.E.

43 Anhang II RL 2001/18/EG D. II. 2. Nr. 5. und 9.

44 Entscheidung 2002/623/EG der Kommission über Leitlinien betreffend Ziel, Faktoren, Grundprinzipien und Methodik der UVP gemäß Anhang II der RL 2001/18/EG vom 24.7.2002, Abl. L 200, S. 22, unter Kap. 2.

45 Leitlinien (Fn. 44), Abschn. 4.2.2 Absatz 3.

46 Leitlinien (Fn. 44), Kap. 3. Spiegelstrich 3 Absatz 4.

47 EFSA Panel on Genetically Modified Organisms (GMO), Guidance on the environmental risk assessment of genetically modified plants. EFSA Journal 2010;8(11):1879. Zugänglich unter www.efsa.europa.eu/efsajournal.htm.

48 Jeder dieser Pfade muss in den sechs Schritten der Umweltrisikoprüfung abgearbeitet werden. S. zu diesen unten C III. 3.

49 S. die empirische Auswertung von Genehmigungsverfahren für IVB durch Dolezel/Miklau/Eckerstorfer/Hilbeck/Heissenberger/Gaugitsch, Standardising the Environmental Risk Assessment of Genetically Modified Plants in the EU, BfN-Skripten 259/2009, S. 27 f.

50 S. StepKo-Projekt, Draft Final Report.

51 Die im vorstehenden Absatz ausgeführten Gedanken verdanken wir Broder Breckling.

nehmung von Freisetzungsvorhaben werden als Informationen über die veränderte Pflanze folgende Angaben verlangt:⁵²

Molekulare und zelluläre Ebene:⁵³

1. Beschreibung der eingeführten oder veränderten Merkmale und Eigenschaften,
2. Informationen über die tatsächlich eingeführten/deletierten Sequenzen:
 - a) Größe und Struktur des eingeführten Genabschnitts (Insert) und Verfahren zu seiner Charakterisierung, einschließlich Informationen über Teile des in die GVP eingeführten Vektors oder jeden in der GVP verbleibenden Träger oder Fremd-DNA,
 - b) bei einer Deletion Größe und Funktion der deletierten Region(en),
 - c) Kopienzahl des Inserts,
 - d) Lage des/der Inserts in den Pflanzenzellen (integriert in das Chromosom, die Chloroplasten oder die Mitochondrien bzw. in einer nichtintegrierten Form) und Verfahren zu seiner/ihrer Bestimmung,
3. Informationen über die Expression des Inserts:
 - a) Informationen über die Expression des Inserts im Verlauf des Lebenszyklus' der Pflanze und Verfahren für seine Charakterisierung,
 - b) Pflanzenteile, in denen das eingeführte Insert exprimiert wird (z.B. Wurzeln, Stiel, Pollen usw.),

Organismische Ebene und Ebene der Population:

4. Informationen über Unterschiede zwischen der genetisch veränderten Pflanze und der Empfängerpflanze im Hinblick auf:
 - a) Form(en) und/oder Rate der Fortpflanzung,
 - b) Verbreitung,
 - c) Überlebensfähigkeit,
5. genetische Stabilität des Inserts und phänotypische Stabilität der genetisch veränderten Pflanze,
6. jede Veränderung der Fähigkeit von genetisch veränderten Pflanzen, genetisches Material auf andere Organismen zu transferieren,
7. Informationen über toxische, allergieauslösende und andere schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit, die durch die genetische Veränderung hervorgerufen werden,
8. Informationen über die Sicherheit der genetisch veränderten Pflanze in Bezug auf die Tiergesundheit, insbesondere in Bezug auf toxische, allergieauslösende und andere schädliche Auswirkungen, die durch die genetische Veränderung hervorgerufen werden (falls eine Verwendung der genetisch veränderten Pflanze in Futtermitteln beabsichtigt ist),

Ökosystemare Ebene:

9. Mechanismus der Wechselwirkung zwischen der genetisch veränderten Pflanze und den Zielorganismen (falls zutreffend),
10. mögliche Änderungen bei den Wechselwirkungen der genetisch veränderten Pflanzen mit Nichtzielorganismen, die durch die genetische Veränderung hervorgerufen werden,
11. mögliche Wechselwirkungen mit der abiotischen Umwelt,

Technische Informationen:

12. Beschreibung der Nachweis- und Identifizierungsverfahren für die genetisch veränderte Pflanze,
13. Informationen über frühere Freisetzungen der genetisch veränderten Pflanze, falls vorhanden.

Eine genauere Betrachtung der geforderten Unterlagen am Maßstab des Mehrebenenmodells würde vermutlich Lücken aufdecken, so insbesondere hinsichtlich der zellulären Ebene und der Ebene der Ökosysteme.

2. Additive oder originäre Betrachtung

Normalerweise sollte man erwarten, dass das Mehrebenenmodell umfassend untersucht werden muss, damit nachteilige Auswirkungen prognostiziert werden können. Dem steht jedoch das Konzept gegenüber, dass nur solche Eigenschaften relevant sind, die wegen der genetischen Veränderung zu den Eigenschaften des unveränderten Organismus hinzukommen oder sonst von ihnen abweichen. Wenn der Organismus bereits ohne genetische Veränderung nachteilige Auswirkungen hat und diese durch die genetische Veränderung nicht verschlimmert werden, so soll dies nach der additiven Konzeption die Genehmigung nicht behindern.

Diese reduzierte Betrachtung ist in den Formulierungen des materiellen Maßstabs des Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18 an sich nicht zum Ausdruck gebracht. Dort heißt es vielmehr umfassend, dass die Freisetzung oder das Inverkehrbringen des GVO keine nachteiligen Auswirkungen haben dürfen. Die Vorgaben zur URP machen jedoch deutlich, dass es um die Auswirkungen der spezifischen Veränderung geht:⁵⁴

»Alle Merkmale der GVO, die mit der genetischen Veränderung in Verbindung stehen und schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit oder die Umwelt haben könnten, sind zu ermitteln. Der Vergleich der Merkmale der GVO mit denen des unveränderten Organismus unter gleichen Bedingungen für die Freisetzung oder Nutzung erleichtern die Ermittlung spezifischer schädlicher Auswirkungen, die aufgrund der genetischen Veränderung auftreten können.« (Hervorhebung der Autoren)

Diese additive Betrachtung bedeutet jedoch nicht, dass das Transgen nur isoliert zu betrachten ist. Effekte und Wechselwirkungen der Position des Transgens im Genom auf allen organismischen Ebenen sind vielmehr Folgen der genetischen Veränderung und müssen in vollem Umfang berücksichtigt werden.⁵⁵ Zudem weist das Wort „erleichtern“ darauf hin, dass der Vergleich mit dem Ausgangsorganismus nur heuristischen Zweck hat. Das verkennen die neuen EFSA-Leitlinien (oben Fn. 47) insofern, als sie Abweichungen vom Ausgangsorganismus zum zentralen Kriterium machen.

C. Schritte der Untersuchung und Bewertung

Nicht nur das Objekt der Risikobewertung, sondern auch diese selbst als ein Prozess lässt sich nur durch sinnvolle Strukturierung bewältigen. Diese betrifft die Wissensgenerierung, die Wissensübermittlung (Beibringungslasten) und die Wissensbewertung (Umweltrisikoprüfung).

I. Wissensgenerierung in Stufen (das step-by-step-Prinzip)

1. Einleitung

Als Ende der 1980er Jahre die Ausbringung von GVO in die Umwelt anstand, war das Wissen um die Risiken noch unentwickelt. Auch heute noch bestehen insoweit große Wissenslücken. Um dennoch Ausbringungen zu ermöglichen, wurde das step-by-step-Prinzip eingeführt: sukzessive Wissenserzeugung parallel zu abnehmendem Einschluss der Versuche als einer Risikokontrolle. Das Prinzip ist in den Erwägungsgründen (24) und (25) der RL 2001/18 wie folgt charakterisiert:

»Die Einbringung von GVO in die Umwelt sollte nach dem »Stufenprinzip« erfolgen, d.h., die Einschließung der GVO wird nach und nach stufenweise gelockert und ihre Freisetzung in der glei-

⁵² Annex III RL 2001/18.

⁵³ Diese und die folgenden Überschriften über den Informationsblöcken finden sich nicht im Original, sondern sind von den Autoren hinzugefügt.

⁵⁴ Anhang II RL 2001/18, Kap. C. II. 1.

⁵⁵ Dem wird die Bewertungspraxis nicht gerecht. Ein Beispiel: Bei insektiziden Pflanzen werden z.B. die insektiziden Effekte untersucht, kaum aber Effekte sonstiger biochemischer Substanzen, deren Produktion auf die gentechnische Veränderung zurückgehen. Vgl. *Dolezel e.a.* (Fn. 49).

chen Weise ausgeweitet, jedoch nur dann, wenn die Bewertung der vorherigen Stufen in bezug auf den Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt ergibt, dass die nächste Stufe eingeleitet werden kann.

GVO als Produkte oder in Produkten, die für die absichtliche Freisetzung bestimmt sind, dürfen für eine Marktfreigabe nur dann in Betracht kommen, wenn sie zuvor im Forschungs- und Entwicklungsstadium in Feldversuchen in Ökosystemen, die von seiner Anwendung betroffen sein könnten, ausreichend praktisch erprobt wurden.«

Diese Vorgaben waren wörtlich bereits in der Vorläuferrichtlinie RL 90/220, genauer in ihren Erwägungsgründen 11 und 12 enthalten. Sie bedeuten, dass die jeweils nächste Stufe erst beschritten werden soll, wenn das auf der vorherigen Stufe gewonnene Wissen ausreicht zu beurteilen, dass das Risiko auf der anstehenden Stufe eingegangen werden kann.⁵⁶

Zu klären ist, welche Verbindlichkeit und welchen Inhalt das Stufenprinzip im Einzelnen besitzt.

2. Verbindlichkeit des Stufenprinzips

Vom Verbindlichkeitsgrad her fällt auf, dass Erwägungsgrund (24) das Prinzip selbst lediglich als Sollvorschrift formuliert. Weiterhin ist bemerkenswert, dass das Prinzip – anders als das case-by-case-Prinzip – weder in der RL 2001/18/EG noch der VO (EG) 1829/2003 als materieller Maßstab genannt wird. Erwähnt wird es lediglich im Zusammenhang mit der Datenbeibringung, insofern als der Antragsteller »Informationen über frühere Freisetzungen der genetisch veränderten Pflanze, falls vorhanden«, vorlegen muss.⁵⁷ Gewisse Anklänge gibt es hinsichtlich der Risikobewertung insofern, als frühere Ausbringungen als Material für die Prognose kumulativer langfristiger Auswirkungen berücksichtigt werden sollen.⁵⁸

Obwohl das Stufenprinzip nicht explizit als materieller Maßstab genannt wird und deshalb nicht als Genehmigungsvoraussetzung angesehen werden kann,⁵⁹ hat es doch materielle Bedeutung als Auslegungsleitlinie.⁶⁰ Wenn es (wie bereits zitiert) in Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18 heißt:

»Die Mitgliedstaaten tragen im Einklang mit dem Vorsorgeprinzip dafür Sorge, dass alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, damit die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GVO keine schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt hat«,

so bedeutet dies bei Einbeziehung des Erwägungsgrundes (24), dass nicht »alle geeigneten Maßnahmen« getroffen worden sind, wenn ein Risiko eingegangen werden soll, das auf einer Vorstufe hätte aufgeklärt werden können. Allerdings ist, wie erwähnt, der Erwägungsgrund nur als Sollvorschrift gefasst. Dies bedeutet, dass *in der Regel* so verfahren werden muss und begründete Ausnahmen möglich sind. Auch ist zu beachten, dass ein Verweis auf eine Vorstufe nur dann zulässig ist, wenn ein Risiko identifizierbar ist, m.a.W. wenn eine Schädlichkeitshypothese besteht. Rückverweise auf Vorstufen zur Ausforschung rein spekulativer Risiken sind nicht zulässig.

Dieser materielle Gehalt der Richtlinie, der wegen des Querverweises auch für die VO (EG) 1829/2003 gilt, ist im deutschen Recht nicht umgesetzt. Das Stufenprinzip wird im Gentechnikgesetz nicht erwähnt. Die Gentechnikverfahrensordnung enthält jedoch Anklänge daran, insofern als bei Freisetzungen das Risiko »auf Grund von Erfahrungen zu beurteilen [ist], die bei gentechnischen Arbeiten im geschlossenen System gesammelt worden sind«. Bei IVB gilt Ähnliches im Hinblick auf Erfahrungen, die bei der Freisetzung gesammelt worden sind.⁶¹ Für IVB hat das Stufenprinzip zugleich eine befreiende Wirkung: Der Antragsteller kann von der Beibringung von Unterlagen befreit werden,

»wenn auf Grund der Ergebnisse einer genehmigten Freisetzung oder wissenschaftlicher Untersuchungen anzunehmen ist, dass mit dem Inverkehrbringen und der Verwendung eines [...] Produkts kein Risiko für eines der [...] genannten Rechtsgüter verbunden ist.«⁶²

Diese mangelhafte Umsetzung befreit jedoch die deutschen Behörden nicht davon, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu beachten.

Auswertungen der Dossiers bei Anträgen auf IVB⁶³ haben ergeben, dass für viele erforderliche Daten keine vorstufigen Untersuchungen durchgeführt waren oder eine Stufe übersprungen wurde. Nicht selten wurde auf Literatur oder Versuche anderer Anmelder verwiesen, ohne dass ausreichend belegt wird, dass die Ergebnisse vergleichbar sind.⁶⁴ Dies führt im Ergebnis dazu, dass manche Angaben nicht verlässlich sind, oder dass, wenn ihre Erhebung auf einer späteren Stufe ermöglicht wird, ein zusätzliches und unnötiges Umweltrisiko entsteht.

3. Inhalt des Stufenprinzips

Für die Stufen selbst und ihr Verhältnis zueinander stellen sich einige Teilfragen, die im Folgenden erörtert werden sollen. Dabei wird in der Praxis folgende Sequenz zu Grunde gelegt:

- Labor
- Gewächshaus
- Freisetzung in kleinem Ausmaß mit starker Ausbreitungskontrolle
- Freisetzung in größerem Umfang mit gelockerter Ausbreitungskontrolle
- Inverkehrbringen⁶⁵
- Nachgeschaltete Ausbringungsregelung, die von der IVB-Genehmigung zugelassen bleibt
- Nachgeschaltete Beschränkungen in Wahrnehmung der Schutzklausel

a) Wissensgenerierung auf frühen Stufen

Die Kommission hat das Stufenprinzip in ihren Leitlinien zur URP wie folgt konkretisiert:

»Ein schrittweiser Ansatz (d.h. sämtliche Schritte, angefangen von den Versuchen in dem abgeschlossenen System über die absichtliche Freisetzung bis hin zum Inverkehrbringen) kann nützlich sein. In jedem Schritt sollten möglichst früh Daten

⁵⁶ Vgl. *Errass*, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006, S. 170 f.

⁵⁷ Anhang III B der RL 2001/18/EG, Punkt D 13; ähnlich Anhang III, A. II. C. 2. h und III. A. 11.

⁵⁸ S. Leitlinien (Fn. 44), Kap. 3 am Ende: »Bei der Behandlung der möglichen kumulativen langfristigen Auswirkungen sollten in der UVP u.a. folgende Aspekte berücksichtigt werden:

– [...]

– die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GVO zu einem früheren Zeitpunkt.«

⁵⁹ So schon amtliche Begründung zu § 16 GenTG, BR-Drs. 387/89, S. 29, abgedruckt in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch (Hrsg.) GenTR/BioMedR, Band I, Kommentar zu § 16 GenTG, Rn. 2; ebenso *VG Berlin*, Beschluss v. 18.7.1995, in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch (Hrsg.), Gentechnikrecht, Biomedizinrecht, Teil II, Entscheidungssammlung, Nr. 7 zu § 16 GenTG.

⁶⁰ *DiFabio/Kreiner*, Bio- und Gentechnik, Rn. 79, in: Rengeling, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II, Teilbd. I, Besonderes Umweltrecht, Köln, 2. Auflage 2003; *Dederer*, Kommentar zu § 16, Rn. 67, in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch (Hrsg.) GenTR/BioMedR, Teil I, Loseblattkommentar, Stand Dezember 2009; *Hirsch/Schmidt-Didczuhn*, Kommentar zum Gentechnikgesetz, § 16 GenTG, Rn. 7; *Ladeur*, NuR 1992, 254 ff., 257.

⁶¹ § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 Gentechnikverfahrensverordnung (GenTVfV).

⁶² § 6 Abs. 3 GenTVfV.

⁶³ S. StepKo-Projekt, Draft Final Report, Abschnitt 2. Ebenso *Dolezel e.a.* (Fn. 49), S. 125 f.

⁶⁴ *Dolezel e.a.* (Fn. 49), S. 110–114.

⁶⁵ Das Inverkehrbringen sollte noch in eine Stufe mit strengen Anwendungsbegrenzungen und in eine Stufe mit gelockerten Anwendungsbegrenzungen gestuft werden.

erfasst werden. Simulierte Umweltbedingungen in einem abgeschlossenen System könnten Ergebnisse erbringen, die für die absichtliche Freisetzung relevant sind (so kann in gewissem Maß das Verhalten von Mikroorganismen in Mikrokosmen oder das Verhalten von Pflanzen in Treibhäusern simuliert werden).⁶⁶

b) Schlüsse von einer Vorstufe auf die nachfolgende Stufe

Ein Stufenproblem besteht darin, ob Daten einer Stufe möglicherweise Anschlussprüfungen auf der nächsten Stufe überflüssig machen. Im Verfahren zum Mais 1507 X 503 trug der Antragsteller zum Beispiel vor:⁶⁷

»The specificity of the biological activity and the absence of toxicity to non-target organisms of the proteins CRY1F, PAT and CP4 EPSPS confirm that there will be no adverse effects on non-target organisms arising from 1507xNK603 maize.«

Es wurde also von der organismischen Ebene (nämlich der behaupteten Eigenschaft des GVO, nur auf spezifische Organismen zu wirken und anderen gegenüber nicht toxisch zu sein) auf die Ebene der Organismengesellschaften geschlossen und behauptet, eigene Versuche auf dieser Ebene seien überflüssig. Hiergegen gab es im Verfahren der Kommentierung durch andere Mitgliedstaaten erhebliche Einwände, die eigene Versuche über die Interaktion des GVO mit mehreren Nicht-Ziel-Organismen forderten, wie z.B. aus einem Einwand des deutschen Bundesamts für Naturschutz hervorgeht:⁶⁸

»According to Schmitz et al. (2003) seven percent of the German macrolepidopteran species mainly occur in arable land and are potentially exposed by Bt-maize pollen. The study showed that over 39 % of these 97 species are rare or endangered. Cultivation of 1507xNK603 maize may especially pose a risk in richly structured landscapes such as parts of Europe where agricultural land is in close proximity of or part of nature conservation sites or ecologically sensitive areas (Lang 2004). Sensitivity and exposure to other non-target arthropods Data on the sensitivity or exposure of other non-target organisms to 1507xNK603 maize were not presented. Effects on parasitoids carried out by the notifier (Hoxter et al. 1999, Annex 28, C/ES/01/01) should be further investigated. Because of the test set up and the high variability between repetitions the study presented in Annex 28 does not provide any substantiated information to be derived about the null hypothesis.«

Ein belgischer Kommentar im selben Verfahren unterstützt diese Sicht, konstatiert aber auch dass die notwendigen Untersuchungen enorm aufwendig wären:

»This implies that we still do not have a reliable long-term forecast of the possible indirect effects of GMHT maize cultivation on non-target organisms in and around the fields. We do recognize, however, that it would be a huge endeavour to perform such a long-term assessment and an almost impossible task to do so based on small to medium scale field trials.«

Da in der Tat nicht mit jedem einzelnen potentiell betroffenen Nicht-Ziel-Organismus Versuche durchgeführt werden können, hält eine niederländische Stellungnahme eine gewisse Standardisierung, die repräsentative Organismen auswählt, für wünschenswert:

»In general, the Dutch CA under Directive 2001/18/EC wants to point out the importance of EU-wide, standardized criteria for studies on non-target organisms.«

c) Tolerierbare Risiken bei mangelnder Versuchseignung der Vorstufe

Es kann vorkommen, dass bestimmte Daten nicht im geschlossenen System, sondern nur im Freiland gewonnen werden können und dass der entsprechende Versuch selbst Umweltrisiken verursacht. Zugespitzt kann das Dilemma auftreten, dass für die Zulassung eines Versuchs teilweise dessen Ergebnisse vorausgesetzt

werden müssen. Damit daraus kein *circulus vitiosus* wird, der jede Ausbringung von GVO unmöglich macht, ist ein pragmatisches Vorgehen nötig, das die Risiken minimiert und zugleich Risikowissen generiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Aspekt des Stufenprinzips in seinem Urteil vom 25.11.2010 hervorgehoben:

»Insbesondere die Sicherheits- und Entwicklungsforschung vor der Marktzulassung eines gentechnisch veränderten Organismus' kann ein hohes Risikopotential bergen, da noch unklar sein kann, wie dieser Organismus funktioniert und welche Schäden er für Menschen, Pflanzen, Tiere und Biodiversität verursacht. Der Erprobungsanbau von verkehrszugelassenen gentechnisch veränderten Organismen kann das verträgliche Nebeneinander der verschiedenen landwirtschaftlichen Produktionsformen einerseits durch die Erlangung von Daten zur Koexistenz fördern, andererseits durch Auskreuzungen oder andere Einträge dieser Organismen auf benachbarte Flächen die kollidierenden Belange (insbesondere Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 20a GG) beeinträchtigen.«⁶⁹

Das Gericht hat solche Risiken als unvermeidlichen Bestandteil der Risikoforschung und damit der Wissenschaftsfreiheit angesehen. Sie müssten von kollidierenden Rechtsgütern (dem Umweltschutz, den Rechten gentechnikmeidender Landwirte) hingenommen werden. Andererseits gehöre aber zu einem ausgewogenen Interessenausgleich auch, dass die Wissenschaft für von ihr verursachte Schäden haften muss.⁷⁰

d) Anordnung von Tests auf Vorstufen

Ein wesentliches Element des step-by-step-Prinzips ist es, wie erwähnt, dass Betreiber Tests auf einer niedrigen Stufe (z.B. geschlossenes System oder Freisetzung; nennen wir sie Stufe A) vornehmen müssen, um Daten für eine höhere Stufe zu generieren (z.B. Freisetzung oder Inverkehrbringen; nennen wir sie Stufe B), dass die Behörden jedoch auf Stufe A nicht bestimmte Testreihen anordnen dürfen, die für die Sicherheit von Stufe A bedeutungslos sind, aber auf Stufe B und höheren Stufen relevant werden. Die Behörde kann auf Stufe A nur überprüfen, ob die eingereichten Informationen die Risiken der Stufe A ausreichend berücksichtigen.⁷¹

Im chinesischen Gentechnikrecht zum Beispiel besteht dagegen durchaus die Befugnis der zuständigen Behörden, auch auf Stufe A Tests anzuordnen, die erst für Stufe B notwendig sind.⁷² Das EU-Recht sieht diese Befugnis nicht vor. Die Behörden könnten immerhin aber frühzeitig transparent machen, welche Daten auf Stufe B gefordert werden, die schon auf Stufe A hätten generiert werden können. Weitsichtige Unternehmer würden unter diesen Umständen ihr Testspektrum auf unteren Stufen freiwillig erweitern.

Ein Beispiel: Auf Stufe A (Freisetzung) besteht ein Risiko weiten Pollenflugs, welches jedoch – dies sei unterstellt – durch eine Mantelsaat praktisch ausgeschlossen werden kann. Wenn die Behörde dem Antragsteller nun zur Auflage macht, eine Mantelsaat durchzuführen, um die Sicherheit auf Stufe A zu gewährleisten, darf sie nicht gleichzeitig anordnen, dass der Antragsteller das Flugverhalten des Pollen umfassend wissenschaftlich untersucht. Dafür gibt es keine rechtliche Grundlage. Für Stufe B allerdings (Inverkehrbringen) sind Informationen über den Pollenflug unerlässlich, da die Behörde die Genehmigung für das Inverkehrbringen kaum mit

66 Leitlinien (Fn. 44) Kap. 3.

67 Eigene Auswertung der Verfahrensunterlagen der EFSA.

68 Eigene Auswertung der Verfahrensunterlagen der EFSA.

69 BVerfG, Urteil v. 25.11.2010, 1 BvF 2/10, Rdnr. 312.

70 BVerfG (Fn. 69), Rdnr. 310, 313.

71 Gill/Bizer/Roller, Riskante Forschung. Zum Umgang mit Ungewissheit, am Beispiel der Genforschung in Deutschland. Eine sozial- und rechtswissenschaftliche Untersuchung, Berlin 1998, S. 267.

72 Haigen Xu, Analysis of Chinese law on genetically modified organisms. Unpublished contribution to the StepKo-project, Bremen 2009.

der Auflage verbinden kann, bei jedem Anbau eine Mantelsaat auszubringen. Sie kann also lediglich auf Ebene B verlangen, dass Daten über Pollenflug vorgelegt werden.⁷³

Es wäre also nur fair, wenn der Antragsteller frühzeitig in der Lage wäre, die Abfolge seiner Studien und Untersuchungen auf die Reihenfolge der vorzulegenden Daten abzustimmen. Denkbar wären deshalb die Ausarbeitung zweier Arten von Leitlinien: (1) eine (verbindliche) Leitlinie, die Auskunft darüber gibt, was auf einer bestimmten Stufe vorgelegt werden muss, um die Sicherheit auf dieser Stufe zu gewährleisten, und (2) eine (unverbindliche) Leitlinie über die auf Stufe A tunlichst zu generierenden Daten, wenn ein Antrag auf Stufe B erfolgreich sein soll.

Stünden dem Antragsteller die vorgeschlagenen Leitlinien zur Verfügung, könnte er zukünftig seine Anträge besser vorbereiten. So könnte vermieden werden, dass Daten, die im Gewächshaus hätten erhoben werden können, z.B. solche über die Morphologie und Physiologie der Pflanze, auf den Freisetzungsvorversuch verschoben werden, oder dass Daten, die in Freisetzungsvorversuchen gewonnen werden können, im Stadium der Stellung von IVB-Anträgen nicht vorliegen.

Eine Spielart der Frage nach behördlichen Testvorgaben besteht darin, ob dem Betreiber schon im Rahmen seiner Produktentwicklung aufgegeben werden kann, neben den Leistungen des Produkts auch dessen ökologische (und weitergehend auch gesundheitliche) Nebenfolgen mit zu untersuchen. Im naturwissenschaftlichen Teil des StepKo-Projekts wurde dies vorgeschlagen. Da die Containment-Stufen auch bei der Produktentwicklung durchlaufen werden, liege es nahe, sozusagen zwei Fliegen mit einer Klappe zu treffen und ein paralleles Prüfprogramm für die Produktleistungen und Produktrisiken zu entwickeln.⁷⁴

So sehr dies von der Sache her sinnvoll erscheint, eine behördliche Anordnung müsste, da sie einen Grundrechtseingriff darstellt, eine gesetzliche Grundlage haben. Im europäischen und deutschen Recht ist dies jedoch nicht geschehen.

e) *Monitoring als Stufe der Wissensgenerierung*

Step-by-step und case-by-case sind Instrumente gesellschaftlichen Lernens über die Risiken der Gentechnik und ihrer Beherrschung. Sie standen in den Anfangszeiten des europäischen Gentechnikrechts im Vordergrund der öffentlichen Debatten und haben sich im Recht wie oben dargelegt niedergeschlagen. Mit der Novellierung durch die RL 2001/18 ist das Monitoring als ein weiteres Instrument hinzugekommen. Teils um die Sicherheit zu verstärken, teils aber auch, um Freisetzungen und Inverkehrbringen zu erleichtern, wurde darauf gesetzt, dass solche Fragen, die langzeit- oder skalenbedingt auf einer Vorstufe nicht geklärt werden können, auf einer späteren Stufe durch Monitoring aufgeklärt werden können. Monitoring kann deshalb als jeweils an die Freisetzungen und das IVB angeschlossene Stufen des Lernprozesses angesprochen werden. Es richtet sich auf die Aufklärung solcher Auswirkungen, die sich nicht oder nicht abschließend in experimentellem Rahmen untersuchen lassen. Insbesondere betrifft dies komplexere Wirkungszusammenhänge auf Populations- und Ökosystemebene, kumulative und langfristige Effekte sowie Auswirkungen auf Landschafts- und Regionalebene, zumal auf diesen Ebenen aus politischen und ethischen Gründen nicht experimentiert werden kann.

Für das Monitoring sind zwei Formen der Beobachtung vorgesehen: die allgemeine Überwachung (general surveillance) und die fallspezifische Überwachung (case-specific monitoring). Die fallspezifische Überwachung soll die in der Risikoanalyse getroffenen Annahmen im Hinblick auf die Auswirkungen des GVO auf die Schutzgüter überprüfen. Die allgemeine Überwachung soll dagegen schädliche Auswirkungen aufdecken, die im Rahmen der

Risikoanalyse nicht erfasst wurden. Dabei handelt es sich insbesondere um indirekte, kumulative und langfristige Effekte,⁷⁵ die naturgemäß schwer vorhersagbar sind. Mit der Pflicht zum Monitoring ist verbunden, dass der Träger der Überwachung die zuständige Behörde über die Ergebnisse unterrichtet.⁷⁶

Es ist hier nicht der Ort, die Ausgestaltung, Trägerschaft und Kostentragung des Monitoring auszuführen.⁷⁷ Unter dem Gesichtspunkt des Stufenprinzips ist lediglich festzuhalten, dass die Ergebnisse des fallspezifischen wie auch des allgemeinen Monitoring verschiedene weitere Schritte (»Stufen«) einleiten können: Bei Feststellung von Risiken die Anordnung von Managementmaßnahmen, der Widerruf der Zulassung und die Zurückweisung von Erneuerungsanträgen; bei entwarnenden Ergebnissen die Zulassung oder Wiedezulassung des GVO.

4. *Rechtsvergleich*

Angesichts des unklaren Inhalts und rechtlichen Status' des Stufenprinzips mag interessieren, wie andere Staaten mit ihm umgehen. Einige gentechnikskeptische Staaten – Österreich und die Schweiz – sollen den drei großen Gentechnikutzern China, Brasilien und USA gegenüber gestellt werden.

a) *Österreich*

Nach § 3 Nr. 3 des österreichischen Gentechnikgesetzes (GTG) gehört es zu den allgemeinen Grundsätzen für die Vollziehung des Gesetzes, dass eine Freisetzung von GVO nur stufenweise erfolgen darf. Die Einschließung der GVO soll stufenweise gelockert und die Freisetzung von GVO nur zugelassen werden, wenn die Bewertung der vorhergegangenen Stufe ergibt, dass die nachfolgende Stufe mit dem Vorsorgeprinzip vereinbar erscheint. Das Vorsorgeprinzip (§ 3 Nr. 1 GTG) wiederum verlangt, Arbeiten mit GVO, Freisetzungen und In-Verkehr-Bringen von GVO nur zuzulassen, wenn dadurch nach dem Stand von Wissenschaft und Technik keine nachteiligen Folgen für die Sicherheit für die Gesundheit des Menschen und die Umwelt zu erwarten sind.

Welche Stufen durchlaufen werden müssen, schreibt § 36 Abs. 1 GTG vor. Ein Freisetzungsvorversuch ist zunächst in einem kleinen Ausmaß durchzuführen, das es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zulässt, eine unbegrenzte Verbreitung und Vermehrung von GVO außerhalb des Versuchsbereiches stark herabzusetzen; auf der zweiten Stufe erfolgt der Versuch in einem großen Ausmaß, das es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zulässt, eine Verbreitung und Vermehrung von GVO außerhalb des Versuchsbereiches zu überwachen. Nur ausnahmsweise muss eine Stufe dann nicht durchlaufen werden, wenn ein Risiko für die Sicherheit nach dem Stand von Wissenschaft und Technik ausgeschlossen werden kann.

b) *Schweiz*

Das schweizerische Gentechnikgesetz schreibt als Voraussetzung für Freisetzungsvorversuche ausdrücklich vor, dass die zu gewinnenden Erkenntnisse nicht »in geschlossenen Systemen« getestet wer-

⁷³ Natürlich wäre es auch nicht etwa zulässig, die Genehmigung zu erteilen und die Pollenproblematik in das Monitoring zu verlagern.

⁷⁴ Vgl. StepKo-Projekt, Draft Final Report, Abschnitt 2.

⁷⁵ Vgl. auch *ACRE*, Guidance-Dokument zum Post-market monitoring, S. 7 f., in dem erwartete und unerwartete Effekte in drei unterschiedliche Kategorien eingeteilt und jeweils dem case-specific monitoring und dem general surveillance zugeordnet werden.

⁷⁶ Art. 20 RL 2001/18/EG.

⁷⁷ S. dazu Anhang VII der RL 2001/18 und die dazu ergangenen Leitlinien der Kommission (Fn. 44). Konkretisierende Vorschläge bei *Züghart/Breckling*, Konzeptionelle Entwicklung eines Monitorings von Umweltwirkungen transgener Kulturpflanzen, hrsg. v. Umweltbundesamt, Texte 50/03, Berlin 2003.

den konnten (Art. 6 Abs. 2 lit. a GTG). Es besteht also eine Pflicht für den Anmelder nachzuweisen, dass mögliche Gefahren für Mensch und Umwelt nicht durch Tests auf einer Vorstufe ausgeschlossen werden können.⁷⁸

Noch deutlicher wird diese Anforderung in den Zulassungsvoraussetzungen für das Inverkehrbringen. Danach muss der Anmelder auf Grund von Versuchen im geschlossenen System und von Freisetzungsversuchen belegen, dass die Population geschützt oder für das betroffene Ökosystem wichtiger Organismen nicht beeinträchtigt wird, das IVB nicht zum unbeabsichtigten Aussterben einer Art von Organismen führt, der Stoffhaushalt der Umwelt nicht schwerwiegend oder dauerhaft beeinträchtigt wird, keine wichtigen Funktionen des betroffenen Ökosystems, insbesondere die Fruchtbarkeit des Bodens, schwerwiegend oder dauerhaft beeinträchtigt werden, die Organismen sich oder ihre Eigenschaften nicht in unerwünschter Weise verbreiten, und nicht in anderer Weise die Grundsätze von Absatz 1 (keine Gefährdung von Mensch, Tier und Umwelt; keine Beeinträchtigung der biologischen Vielfalt und deren nachhaltiger Nutzung) verletzt werden.

Die schweizerische Freisetzungsvorschrift (FrSV) regelt die Einzelheiten der Beibringungsunterlagen für das Bewilligungsgesuch. Für die Bewilligung einer Freisetzung (Art. 9 FrSV) werden Nachweise über Versuche in geschlossenen Systemen allerdings merkwürdigerweise nicht, jedenfalls nicht explizit, verlangt. Allerdings ist es erforderlich, »alle die für die Beurteilung des möglichen Risikos für den Menschen und die Umwelt erforderlichen Angaben« vorzulegen, insbesondere auch Daten, Ergebnisse und Beurteilungen anderer vergleichbarer Freisetzungsversuche mit den gleichen Organismen.

Die schweizerische Verwaltungspraxis nimmt nach einer Auslegungsnotiz für die Anwendung des Stufenprinzips einen Beurteilungsspielraum in Anspruch:⁷⁹

»Die Tragweite des Step-by-step- oder Stufenprinzips kann nicht in messerscharfer Weise wiedergegeben werden. Das Prinzip ist Ausdruck des Vorsorgeprinzips und dient der Sicherstellung im Einzelfall, dass bei der Forschung mit GVO Schritt für Schritt vorgegangen wird und damit der Mensch und seine Umwelt nicht gefährdet oder beeinträchtigt werden. In diesem Rahmen dient das Stufenprinzip der Risikobewertung. Auf welcher Stufe geforscht werden darf und wie lange dort bis zum Übergang auf die nächste Stufe geforscht werden muss, muss im Einzelfall anhand der Vertrautheit mit dem zu verändernden Organismus, dem einzufügenden genetischen Material, der betroffenen Umwelt, den Wechselwirkungen und der beabsichtigten Anwendung entschieden werden. Bei der Beurteilung, ob die gesetzlichen Anforderungen im Einzelfall erfüllt sind, kommt der Bewilligungsbehörde ein erhebliches Ermessen zu. In absoluter Weise steht aufgrund von Art. 6 Abs. 2 Bst. a GTG jedoch fest, dass kein Freisetzungsversuch zur Beschaffung bestimmter Erkenntnisse durchgeführt werden darf, wenn diese ebenso im geschlossenen System gewonnen werden können.«

c) USA

Die USA besitzen kein allgemeines Gentechnikgesetz, sondern behandeln gentechnische Risiken im Zusammenhang mit den jeweiligen Fachgesetzen zu den Produkten, die gentechnisch modifiziert werden.⁸⁰ Wie dies zu geschehen hat, legt das sog. Coordinated Framework fest, in dem auch Grundsätze der gentechnischen Risikobewertung aufgeführt sind. Zu diesen Grundsätzen rechnet der Abschnitt über »Recommendations Specific for Environmental and Agricultural Applications« das Stufenprinzip:⁸¹

»Development of organisms for agricultural or environmental applications should be conducted in a stepwise fashion, moving, where appropriate, from the laboratory to the growth

chamber and greenhouse, to limited field testing and finally, to large-scale field testing.«

Der Grundsatz bezieht sich auf den Gesamtprozess der Entwicklung der Gentechnik. Er dürfte aber kaum dazu verwendet werden, einzelne Vorhaben darauf zu prüfen, ob Risiken auf einer Vorstufe hätten untersucht werden können.

d) China

In China gibt es eine umfassende Rechtsverordnung von 2001, die alle Sicherheitsaspekte zum Umgang mit Agrar-GVO regelt. Das Stufenprinzip und die Testverfahren sind detailliert beschrieben.⁸²

Die relevanten Bestimmungen sind Art. 13 und 14 der Verordnung:

Artikel 13 The testing of agricultural GMOs shall generally go through three stages, i.e. restricted field-testing, enlarged field-testing and productive testing.

The 'restricted field-testing' means a small-scale test conducted within a contained system or under controlled conditions.

The 'enlarged field-testing' means a medium-scale test conducted under natural conditions with appropriate safety control measures.

The 'productive testing' means a large-scale test prior to commercial production and application.

Artikel 14 When an agricultural GMO needs to move on to the stage of restricted field-testing after the completion of research in laboratory, the organization conducting the test shall report to the competent agricultural administrative department of the State Council.

Weitere Artikel verpflichten den Antragsteller dazu, die Ergebnisse von Studien aus Vorstufen vorzulegen, wenn eine Genehmigung auf einer höheren Stufe beantragt wird. Die Genehmigungsbehörde hat hier umfangreiche Möglichkeiten, Testreihen nachzufordern bzw. einen Antrag abzulehnen, falls etwas nicht geprüft wurde, was auf einer vorherigen Stufe hätte geprüft werden können.

Während das Stufenprinzip also formell recht streng beschrieben ist, ist der materiell-rechtliche Maßstab für Genehmigungen jedoch in eher vagen Termini ausformuliert. Hierzu besagt Art. 1 der Verordnung:

»These Regulations are formulated for the purposes of strengthening safety administration of agricultural genetically modified organisms (hereafter referred to as agricultural GMOs), safeguarding human health and safety of animals, plants and microorganisms, protecting the environment, and promoting research on agricultural GMOs.«

e) Brasilien

Das brasilianische Gentechnikgesetz – Gesetz No. 11.105 vom 24.3.2005 – enthält kein step-by-step-Prinzip. Auch die zuständige Behörde – CTNBio –, die das Gesetz zu untergesetzlicher Normung ermächtigt, hat ein solches Prinzip nicht eingeführt. Die Genehmigungsbehörde ist zwar befugt, den Antragsteller im Genehmigungsverfahren zur Beibringung zusätzlicher Informationen zu verpflichten,⁸³ sie kann einen Antrag aber vermutlich nicht allein

⁷⁸ Vgl. Errass (Fn. 56), S. 171.

⁷⁹ Aktennotiz »Step-by-Step-Prinzip« des Bundesamts für Umweltschutz v. 9.11.2007, Az. G443-0602.

⁸⁰ Zum US-amerikanischen Gentechnikrecht s. Grossman, Genetically modified crops and food in the United States: The federal regulatory framework, state measures, and liability in tort, in: Bodiguel/Caedwell (Hrsg.) The regulation of genetically modified organisms: comparative approaches, Oxford 2010.

⁸¹ Executive Office of the President, Office of Science and Technology Policy, Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology, 51 FR 23302 June 26, 1986. (<http://usbiochreg.nbio.gov/CoordinatedFrameworkForRegulationOfBiotechnology1986.pdf>)

⁸² Haigen Xu (Fn. 72).

⁸³ CTNBio, Normative Resolution No. 06, of November 06, 2008, Art. 12.

deshalb ablehnen, weil bestimmte Informationen auf einer vorherigen Stufe hätten generiert werden müssen. Damit verzichtet das brasilianische Recht auf ein ernst zu nehmendes Stufenprinzip. In der Fachliteratur wird das Prinzip dagegen durchaus propagiert.⁸⁴

f) Zusammenfassung

Insgesamt ergibt der Rechtsvergleich, dass das Stufenprinzip in den gentechnikskeptischen Staaten (Österreich und Schweiz) präziser und verbindlicher ausformuliert worden ist als in den der Gentechnik aufgeschlossen gegenüber stehenden Staaten (USA, Brasilien). China als Gentechnik fördernder Staat scheint eine Ausnahme darzustellen; bei näherem Besehen wird das an sich streng formulierte Prinzip aber durch das Fehlen präziser materieller Kriterien, insbesondere des Vorsorgeprinzips, stark relativiert.

II. Lastenverteilung bei der Datenbeibringung

Wie oben bereits ausgeführt, ist eine Risikoprognose nur möglich, wenn hinreichende Daten vorliegen. In der Regel sind in den Verwaltungsverfahren die Behörden mit der Beibringung der Daten belastet (Untersuchungsmaxime).⁸⁵ Dies fußt letztlich auf der grundrechtlichen Freiheit der Einzelnen, die impliziert, dass die rechtlich vorgesehenen Voraussetzungen für Eingriffe tatsächlich gegeben sein und von der Behörde nachgewiesen werden müssen.

1. Datenbeibringung durch den Antragsteller

Die Beibringungslast kann durch spezielle Gesetzgebung jedoch den Einzelnen auferlegt werden. Dies geschieht normalerweise, wenn eine Tätigkeit der Genehmigungsbefähigung unterliegt, weil angenommen wird, dass die Tätigkeit problematisch ist und deshalb nur nach genauerer Prüfung zugelassen werden soll. Ein solcher Fall ist auch die Ausbringung von GVO in die Umwelt. Sie ist in ihren beiden Varianten der Freisetzung und des Inverkehrbringens prinzipiell risikobehaftet. Die europäischen und nationalen Rechtsgrundlagen verschieben deshalb die Last der Datenvorlage auf die Antragsteller.

Die genannten Rechtsgrundlagen spezifizieren, welche Daten vorgelegt werden müssen. Grundrechtlich betrachtet, muss der Umfang der Daten durch den materiellen Schutzmaßstab – die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen – getragen sein. Darüber Hinausgehendes – zum Beispiel Daten zur gesellschaftlichen Nützlichkeit der Ausbringung⁸⁶ oder Daten, die mit dem konkreten Versuch nichts zu tun haben – kann nicht gefordert werden.⁸⁷

Reichen die vorgelegten Daten nicht aus, um der Behörde das prognostische Urteil zu ermöglichen, kann diese weitere Daten nachfordern. Dies ist im Gentechnikrecht – anders als im Chemikalienrecht⁸⁸ – zwar nicht ausdrücklich formuliert,⁸⁹ folgt aber aus der Befugnis der Behörde, den Antrag zurückzuweisen, wenn nicht gesichert ist, dass keine nachteiligen Auswirkungen auftreten werden. Fehlt es an ausreichendem Wissen, dies zu beurteilen, trägt der Antragsteller die Last, das Wissen zu generieren, widrigenfalls der Antrag zurückzuweisen ist.

Da die Entscheidungen über Freisetzungen und Inverkehrbringen grenzüberschreitende Bedeutung haben – denn freigesetzte GVO können Auswirkungen im Nachbarland haben und das Inverkehrbringen kann im Nachbarland stattfinden – wird im Genehmigungsverfahren den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedsstaaten Gelegenheit gegeben, zu dem Antrag Stellung zu nehmen. Die Auswertung von zwei Beispielfällen ergab, dass dies besonders in den Verfahren zum Inverkehrbringen von GVO zur Kultivierung recht intensiv geschieht.⁹⁰ Die Haupteinwände richten sich dabei auf die Ebene der Organismengesellschaften und Ökosysteme.

2. Verweis auf vorhandenes Wissen

Neben dem Antragsteller darf und muss auch die Behörde an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken. Es wäre unverhältnismäßig, wenn sie über Wissen verfügt und dieses dennoch vom Antragsteller neu generieren lässt.

Dabei ist zu beachten, dass aus Gründen des Erstanmelderschutzes solches Wissen nicht verwendet werden darf, welches vom Erstanmelder beigebracht worden ist. In diesem Fall muss die Zustimmung des Erstanmelders eingeholt werden.⁹¹ Wenn dieser sie verweigert, muss der Antragsteller die Daten selbst vorlegen.

Sind Informationen bereits veröffentlicht und bringt der Antragsteller sie bei, so ist dies zulässig. Eine erneute Generierung zu verlangen, wäre unverhältnismäßig. Die vorgelegten Informationen müssen allerdings aus Untersuchungen gewonnen worden sein, die hinsichtlich des GVO und der Versuchsbedingungen dem gleichen, was im vorliegenden Verfahren eigentlich genuin hätte untersucht werden müssen. Maßgeblich ist dabei die rechtliche Vorgabe, dass nach dem case-by-case-Prinzip vorzugehen ist,⁹² d.h., dass jede GVO-Ausbringung grundsätzlich ein Unikat ist.

Eine Auswertung der Verfahrenspraxis⁹³ ergab, dass diese Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Tests häufig nicht eingehalten wurden. Obwohl fast alle ausgewerteten Dossiers Studienergebnisse aus Feldversuchen mit Nichtzielorganismen enthielten, wurde teilweise nur zitiert, ohne dass die Studie beigelegt war. Manchmal fehlten Testergebnisse aus Untersuchungen mit dem angemeldeten Organismus; stattdessen wurde dann auf Studien mit einer, wie suggeriert wurde, vergleichbaren Pflanze zurückgegriffen (Tabelle 28, Spalte 5). Weiterhin wurde häufig gar nicht angezeigt, an welchem Ort und in welchem Land die Versuche durchgeführt wurden und welches der Prüfaufbau und die angewandte Methode waren.

3. Standardisierung

Eine Hilfestellung für den Antragsteller, der vor einem grundsätzlich unendlichen Informationsbedarf steht, bestünde in einer stärkeren Standardisierung der vorzulegenden Informationen. Anders als im Chemikalienrecht gibt es im Gentechnikrecht weder normierte Gefährlichkeitsmerkmale noch normierte Untersuchungsmethoden über die Eigenschaften und Interaktionen der GVO. Es ist lediglich gefordert, dass der Antragsteller die angewendeten Methoden bekannt gibt.⁹⁴ Allerdings ist angesichts der Neuheit der Gentechnologie jedenfalls im Bereich der »grünen«

84 Vgl. Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 18th ed., Sao Paulo: Malheiros Editores 2010, S. 1073.

85 § 24 VwVfG.

86 Die ackerbaulichen Vorteile sind u.E. dagegen als Bestandteil eines komplexen Umweltbegriffs, der den Acker mitumfasst, im Spektrum der erforderlichen Daten mit enthalten. S. dazu Winter, NuR 2007, 571 (577).

87 Vgl. auch einen der Eingangssätze des Annex II RL 2001/18: »Nicht alle angeführten Punkte werden für jeden Fall zutreffen. Es wird erwartet, dass in den einzelnen Anmeldungen nur diejenigen Untergruppen von Überlegungen behandelt werden, die auf den jeweiligen Fall zutreffen. Der für die Antworten auf die einzelnen Untergruppen von Erwägungen notwendige Ausführlichkeitsgrad dürfte ebenfalls je nach Art und Umfang der geplanten Freisetzung variieren.«

88 Vgl. Art. 46 und Art. 64 Abs. 5 VO (EG) 1907/06.

89 Vgl. § 16 Abs. 3 Satz 2 GenTG; Art. 6 Abs. 7 und 18 Abs. 1 UA 2 Satz 2 RL 2001/18/EG.

90 Ausgewertet wurden die Verfahren zur Zulassung einer Kartoffelsorte mit gesteigertem Stärkegehalt und einer herbizidresistenten und zugleich insektiziden Maissorte (Mais 1507 X NK603).

91 Art. 6 Abs. 3 RL 2001/18/EG.

92 Art. 4 Abs. 3 RL 2001/18/EG.

93 Zwischenbericht für das Forschungsvorhaben FKZ 806 64 007 im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz.

94 S. die Vorgabe in der Einleitung zu Anhang III RL 2001/18: »Das Dossier muss neben der Bezeichnung der für die Durchführung der Untersuchungen verantwortlichen Stelle(n) auch eine Beschreibung der verwendeten Methoden oder eine Bezugnahme auf normierte oder international anerkannte Methoden enthalten.«

Gentechnik der Wissensstand wohl noch nicht ausreichend, um die notwendigen Tests und Bewertungen zu standardisieren. In jedem Fall wäre bei Standardisierungen eine Mitte zwischen dem prinzipiell unbegrenzten wissenschaftlichen Aufklärungsprozess und den wirtschaftlich zumutbaren Kosten zu finden.⁹⁵

Eine Orientierungshilfe für die Entwicklung einer entsprechenden Regelung bietet die neue EU-Pestizidverordnung VO (EG) 1107/2010.⁹⁶ Darin wird von jedem Antragsteller verlangt, genaue Angaben über durchgeführte Studien, die für die Risikobewertung erforderlich sind, zu machen. Er muss einen vorgegebenen Katalog von Nachweisen (u.a. zum Verhalten und Verbleib in der Umwelt, zur toxikologischen Signifikanz, zur Auswirkung auf die menschliche Gesundheit und Umwelt) erbringen, und die Analysemethoden müssen anerkannten Richtlinien entsprechen:

»Sie sind gegebenenfalls gemäß den in diesem Anhang genannten oder beschriebenen Prüfrichtlinien in der jeweils neuesten Fassung gewonnen worden. Bei Untersuchungen, die vor Inkrafttreten der Änderung dieses Anhangs begonnen wurden, müssen die Angaben gemäß geeigneter Prüfrichtlinien erarbeitet werden, die auf internationaler oder nationaler Ebene validiert wurden, oder sie müssen in deren Ermangelung gemäß den von der zuständigen Behörde akzeptierten Prüfrichtlinien erarbeitet werden.«⁹⁷

Darüber hinaus hat der Antragsteller die Behörde über den Literaturstand zu informieren:

»Der Antragsteller fügt entsprechend den Vorgaben der Behörde dem Dossier ein Verzeichnis mit den in den letzten zehn Jahren vor dem Datum der Vorlage des Dokuments veröffentlichten wissenschaftlichen und von Fachleuten überprüften frei verfügbaren Literatur über den Wirkstoff und seine Metaboliten bei, in der die Nebenwirkungen auf die Gesundheit, die Umwelt und Nichtzielarten behandelt werden.«⁹⁸

Eine entsprechende Entwicklung von Standards für den Antrag von GVO-Versuchen könnte der Verbesserung einer einheitlichen Antragstellung und damit der Gleichbehandlung der Antragsteller und der verlässlichen Überprüfbarkeit der Daten und damit einer ernsthaften Risikobewertung durch die Behörden dienen. Das Genehmigungsverfahren wäre insgesamt besser nachzuvollziehen und Fehlerquellen wären leichter zu identifizieren.

III. Prüfschritte in der Risikoanalyse und -bewertung

Aus den vom Antragsteller vorgelegten Daten können nicht unmittelbar Rechtsfolgen abgeleitet werden. Der schlichte juristische Syllogismus (»Wenn A, dann X. A ist gegeben. Also folgt X.«) würde der Tatsache nicht gerecht, dass die vorgelegten Daten bewertet werden müssen, bevor der Schluss gezogen werden kann, dass nachteilige Auswirkungen zu erwarten sind oder nicht. Dieser Zwischenschritt besteht aus der Risikobewertung, die in Form einer Umweltrisikoprüfung (URP, in der deutschen Richtlinienfassung fälschlich mit UVP übersetzt) schriftlich zu erarbeiten ist.

Die URP über die Zulassung des GVO muss das Vorsorgeprinzip beachten.⁹⁹ Dieses ermöglicht, die Untersuchung auch auf solche Sachverhalte zu erstrecken, bei denen noch keine wissenschaftliche Gewissheit schädlicher Auswirkungen besteht.¹⁰⁰ Allerdings ist erforderlich, dass Anhaltspunkte für Risiken vorliegen; »bloß hypothetische Betrachtungen des Risikos« genügen nicht.¹⁰¹ Liegen solche Anhaltspunkte vor, besteht nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18/EG nicht nur eine Befugnis, sondern sogar eine Pflicht zur Beachtung, also auch zur Untersuchung.

Kennzeichnend für die Risikobewertung in Gestalt der URP ist das sukzessive Abarbeiten des Datenmaterials in vorgezeichneten Schritten. An die schrittweise Risikobewertung in der URP schließt sich das Risikomanagement an, das die naturwissenschaftlich gestützte Risikobewertung in Maßnahmen übersetzt, und zwar die

Genehmigung, Auflagen zur Genehmigung und ggf. die Ablehnung der Genehmigung.

Bemerkenswert ist, dass die URP sich auf diejenigen Risikopfade konzentriert, die die menschliche Gesundheit und die Umwelt zum Endpunkt haben. Endpunkte wie die Koexistenz mit nicht-gentechnischen Wirtschaftsweisen, der ökonomische Nutzen sowie politische und kulturelle Werte werden nicht einbezogen. Wenn diese Gesichtspunkte jedoch in die Risikobewertung oder das Risikomanagement einfließen sollen, müssen insoweit auch methodisch ausgewiesene und thematisch ergiebige Informationen vorgelegt werden.¹⁰²

Im Folgenden werden die Schritte der Risikobewertung und des Risikomanagements nach europäischem Recht vorgestellt. Nach Vorgabe des Anhangs II der RL 2001/18 sowie der dazu erlassenen Kommissionsleitlinie besteht die URP aus sechs Schritten.

In Schritt 1 sollen die dem GVO inhärenten Eigenschaften identifiziert werden. Sie stellen Risikofaktoren dar, die je nach den Umweltbedingungen und Verwendungsweisen zu Risiken führen können. Als Risikofaktoren gelten z.B. die Potentiale,

- Krankheiten zu verursachen,
- die Populationsdynamik und die genetische Vielfalt von Arten im Aufnahmemilieu zu beeinflussen,
- die Biogeochemie zu stören, insbesondere den Abbau von Kohlenstoff und Stickstoff im Boden zu verschlechtern, und
- landwirtschaftliche Praktiken nachteilig zu verändern.

In Schritt 2 sind für jede festgestellte schädliche Auswirkung die Folgen für andere Organismen, Populationen, Arten oder Ökosysteme zu bewerten, die mit dem GVO in Berührung kommen. Dabei wird auf die zu erwartende Schadenshöhe (Ausmaß der Auswirkungen) abgestellt. Diese kann von der genetischen Konstruktion, den ermittelten schädlichen Auswirkungen, der Anzahl der freigesetzten GVO, der aufnehmenden Umwelt, den Freisetzungsbedingungen und den Kontrollmaßnahmen sowie der Kombination aller Faktoren abhängen.

Die Bewertung der schädlichen Auswirkungen soll in die vier Kategorien »schwerwiegend«, »mäßig«, »geringfügig« und »zu vernachlässigen« gestuft werden:

- Als »schwerwiegend« wird z.B. angesehen »eine erhebliche Veränderung des Vorkommens einer oder mehrerer Arten anderer Organismen, einschließlich bedrohter und nützlicher Arten, auf kurze oder lange Sicht« wie eine »zahlenmäßige Verringerung oder eine komplette Ausrottung einer Art mit negativen Auswirkungen auf das Funktionieren des Ökosystems«, die »wahrscheinlich nicht ohne Weiteres rückgängig zu machen« ist.
- Als »mäßige Auswirkungen« werden für möglich gehalten z.B. »erhebliche Veränderungen der Populationsdichte anderer Organismen, die jedoch nicht die völlige Ausrottung einer Art oder

95 Zu solchen Abwägungen hinsichtlich der Tests im Chemikalienrecht s. die Beiträge in *Winter* (Hrsg.) Grenzwerte, Düsseldorf 1986.

96 S. oben II. 5.

97 Anhang II zu RL 414/91/EWG Nr. 2.1.

98 Art. 8 Abs. 5 VO (EG) 1107/2010.

99 § 1 Nr. 1 GenTG, Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18/EG. Aus der Literatur s. dazu *Calliess/Korte*, Das neue Recht der Grünen Gentechnik im europäischen Verwaltungsbund, DÖV 2006, 10 ff./11 f.

100 *EuGH v. 5.5.1998* – C-180/96 (BSE), Slg. 1998, I-2265, Rdnr. 99; *EuG v. 11.9.2002* – T-13/99 (Pfizer), Slg. 2002, II-3305 Rdnr. 139.

101 *EuG v. 11.9.2002* – T-13/99, Rdnr. 143. Das Gericht verlangt, dass das Risiko »auf der Grundlage der [...] verfügbaren wissenschaftlichen Daten gleichwohl hinreichend dokumentiert erscheint« (Rdnr. 144). Der im deutschen Recht gebräuchliche Ausdruck »Anhaltspunkte« (vgl. § 11 Abs. 1 a.F. ChemG; dazu *BVerwG*, NVwZ 1992, 985) erscheint hier etwas präziser.

102 Man denke etwa an die sozioökonomische Analyse, die nach Art. 62 Abs. 5 VO (EG) 1907/06 vorzulegen ist. S. auch die Vorschläge zu einer Erweiterung der UVP auf sozioökonomische Aspekte bei: *Breckling/Brand/Winter*, Fortschreibung des Konzepts zur Bewertung von Risiken bei Freisetzungen und dem In-Verkehr-Bringen von GVO, UBA-Berichte 3/04, Berlin 2004.

eine erhebliche Beeinträchtigung einer bedrohten oder nützlichen Art zur Folge hat.«

- Als »geringfügige Auswirkungen« werden für möglich gehalten z.B. »unerhebliche Veränderungen der Populationsdichte anderer Organismen [...], die nicht zu einer völligen Ausrottung einer Population oder Art anderer Organismen führen und das Funktionieren des Ökosystems nicht beeinträchtigen. Dabei dürfen ausschließlich Organismen, die kurz- oder langfristig nicht bedroht und nicht nützlich sind, betroffen sein.«
- Als »zu vernachlässigend« werden solche Auswirkungen für möglich gehalten, »bei denen keine erheblichen Veränderungen in den Populationen in der Umwelt oder in Ökosystemen auftreten.«¹⁰³

Die möglichen Auswirkungen sollen dann anhand sämtlicher betroffener ökologischer Größen und unterschiedlicher Grade von Unsicherheit aufgelistet werden.

In Schritt 3 soll die Wahrscheinlichkeit des Auftretens der schädlichen Auswirkungen bewertet werden, wobei jede Auswirkung einzeln betrachtet wird. Zu berücksichtigen sind dabei die Risikofaktoren, die Anzahl der ausgebrachten GVO, die Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit des Gentransfers, das Aufnahmemilieu und die Freisetzungsbedingungen.

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts soll für jede Auswirkung als »groß«, »mäßig«, »geringfügig« oder »zu vernachlässigend« eingestuft werden, wobei aber keine genaue Quantifizierung angestrebt wird.

In Schritt 4 soll für jeden Risikofaktor zusammengestellt werden, wie die unterschiedlichen Schadenskategorien (groß, mäßig, geringfügig und zu vernachlässigen) den unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsstufen (groß, mäßig, gering, zu vernachlässigend) zugeordnet sind. Zusätzlich soll das Ausmaß an Ungewissheit bestimmt werden, und zwar unter Einbezug von Annahmen und Extrapolationen der vorangegangenen Bewertungsschritte, unterschiedlicher wissenschaftlicher Meinungen und Bewertungen und der bei einer Prognose vorhandenen Erkenntnisunsicherheiten.

In Schritt 5 sollen Strategien für das Management der Risiken einer absichtlichen Freisetzung (oder des Inverkehrbringens) erarbeitet werden. Das Risikomanagement soll so konzipiert sein, dass entdeckte Risiken kontrolliert und Ungewissheiten einbezogen werden. Bei allem müssen die Vorsichtsmaßnahmen (Mantelsaat, Sicherheitsabstand, etc.) im Verhältnis zum Risiko und der Ungewissheit angemessen sein. Weiterhin soll das Risikomanagement flexibel sein und sich dem Stand der Wissenschaft anpassen. Unterschiedliche Maßnahmen sind denkbar, unter anderem Möglichkeiten, physische oder biologische Schranken zu errichten oder spezielle Einschlussmaßnahmen festzulegen.

In Schritt 6 wird das Gesamtrisiko bestimmt. Darunter ist eine Zusammenfassung aller genannten Risiken und Ungewissheiten des zu bewertenden Antrags samt Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit zu verstehen, wobei die vorherige Ausbringung anderer GVO beachtet werden muss. Die durch Managementmaßnahmen erzielbare Risikominderung ist dabei in Rechnung zu stellen.

Auf der Grundlage der UVP sollen für die Genehmigung bzw. Ablehnung Schlussfolgerungen gezogen werden.

Kritisch ist anzumerken, dass das Prüfkonzept der UVP dem klassischen Schema der Risikoabschätzung bei Chemikalien angelehnt ist, ohne dass aber deutlich wird, ob eine solche Übernahme der Unterschiedlichkeit der chemischen und gentechnischen Risiken Rechnung trägt. Zu diskutieren wäre, ob die für Chemikalienbewertungen zentrale Unterscheidung zwischen den intrinsischen Eigenschaften der Stoffe (hazard assessment) und den Expositionsbedingungen (exposure assessment)¹⁰⁴ auf GVO passt, oder ob es sich empfiehlt, in Anlehnung an Konzepte der Technikfol-

genabschätzung eher in Fehler- und Ereignisbäumen zu denken, in denen jeweils Eigenschaften, Ausbringungsbedingungen, Auswirkungspfade und Einwirkungsweisen in komplexen Ketten zusammengefügt werden.¹⁰⁵

Vor allem aber korrespondiert das Konzept der Bewertungsschritte schlecht mit dem oben erörterten Mehrebenenmodell. Grob gesehen, werden die molekulare, zelluläre und organismische Ebene im ersten Schritt abgearbeitet, während die Ebenen der Organismengesellschaften und Ökosysteme Gegenstand des zweiten und dritten Schrittes sind. Im Einzelnen gibt es jedoch Überschneidungen, die aufgeklärt werden müssten. Fachsystematisch gesehen wären zunächst auf jeder der Ebenen, d.h. vom Molekül bis zur Landschaft, die inhärenten Risiken zu bestimmen. Diese wären sodann über die Ebenen hinweg von unten nach oben zu verknüpfen.¹⁰⁶

Soweit es die Bewertung der schädlichen Auswirkungen (als schwerwiegend/mäßig/geringfügig/zu vernachlässigen oder mit anderer Begrifflichkeit) angeht, ist aus fachlicher Sicht eine differenzierte Methodik vorgeschlagen worden, die die Wertigkeit des Schutzgutes mit der Intensität der Beeinträchtigung kombiniert und beides durch Expertenbefragung skalieren will.¹⁰⁷ Aus der Praxis der Risikobewertung erscheint berichtenswert, dass vor allem die Kategorie »zu vernachlässigendes Risiko« (»negligible risk«) oder tolerables Risiko (»tolerable risk«) häufig verwendet wird.¹⁰⁸

Aus rechtlicher Sicht muss dagegen darauf bestanden werden, dass das Ergebnis der URP an rechtlichen Maßstäben zu messen ist. Wenn also die fachliche Risikobewertung zu dem Urteil kommt, dass ein Risiko »schwerwiegend«, »mäßig«, »geringfügig« oder »zu vernachlässigen« ist, bedeutet dies nicht bereits im Rechtssinne, dass die Genehmigung der Ausbringung zu verweigern oder zu erteilen ist. Vielmehr müssen die fachlichen Urteile unter den Rechtsbegriff »schädliche Umweltauswirkungen« subsumiert werden. Dieser wird im Lichte des Vorsorgeprinzips so interpretiert, dass die Risiken minimiert werden müssen, dass aber ein Restrisiko hinzunehmen ist. Dieses begründet sich einerseits aus der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens und andererseits aus dem Umstand, dass die einseitige Maximierung der Risikominderung auf Kosten anderer Güter gehen kann.¹⁰⁹ Im Hinblick auf diesen letzteren Gesichtspunkt sind die Autoren der Auffassung, dass bestehende Restrisiken nur dann tolerabel sind, wenn sie durch einen Nutzen aufgewogen werden. Dieser bestände im Stadium der experimentellen Freisetzungen im wissenschaftlichen Fortschritt und auf der Stufe des Inverkehrbringens darin, dass durch den Einsatz der Gentechnik ein agrarökologischer Nutzen entsteht.¹¹⁰

103 Die Beispiele werden im Text der Kommissionsleitlinie überwiegend im Potentialis (»könnten ... sein«) angeführt. Das zeigt, dass die Kommission selbst noch auf der Suche ist und den Mitgliedstaaten Spielraum lässt, aus der Praxis heraus eigene Kriterien zu bilden.

104 Vgl. dazu grundlegend Ad hoc-Kommission, »Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland« (genannt Risikokommission), Abschlussbericht, veröff. durch Bundesamt für Strahlenschutz, 2003.

105 So die Vorschläge des Berichts des National Research Council, Risk assessment models: Environmental effects of transgenic plants – The scope and adequacy of regulation, Washington, S. 93–100. Aufgegriffen von Meier/Hilbeck, Faunistische Indikatoren für das Monitoring der Umweltwirkungen gentechnisch veränderter Organismen, Bonn (BfN) 2005, S. 50 ff. S. auch Hill, Conceptualizing risk assessment methodology for genetically modified organisms, Environ. Biosafety Res. 4 (2005), 67–70.

106 Diese Anregung verdanken wir Broder Breckling.

107 Kowarik/Bartz/Heink, Bewertung »ökologischer Schäden« infolge des Anbaus gentechnisch veränderter Organismen (GVO) in der Landwirtschaft, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg 2008.

108 Eigene Auswertung von Entscheidungsverfahren auf europäischer Ebene, s. oben Fn. 67.

109 BVerfGE 49, 89, 143.

110 S. dazu oben Fn. 24.

D. Zusammenfassung

Die Ausbringung von gentechnisch modifizierten Organismen in das Freiland löst komplexe biologische Vorgänge aus, die verstanden und bewertet werden müssen, damit eine sachlich begründete Entscheidung über die Zulassung getroffen werden kann. Diese komplexen Vorgänge lassen sich nicht spontan als Ganzes erfassen. Sie müssen in einzelne Dimensionen zerlegt werden, die in geordneten Schritten zu untersuchen und zu bewerten sind. Die Teile müssen dann wieder zusammengesetzt und in einem gesamtartigen Urteil erfasst werden.

Der Beitrag hat gezeigt, dass diese inhaltliche und prozedurale Aufteilung und Rekonstruktion auch vom einschlägigen Recht verfolgt wird. Inhaltlich gesehen unterscheidet es zwischen geschützten Rechtsgütern, Auswirkungspfaden und Verhaltensebenen des GVO; prozedural unterscheidet es zwischen Stufen der Wissensgenerierung, Verteilung der Beibringungslasten und Schritten der Risikobewertung. Die Teilansichten des Gegenstands fließen in dem überwölbenden Maßstab zusammen, dass die Ausbringung des GVO als Ganzes – in seinen Facetten der endpoints, Auswirkungspfade und Verhaltensebenen – keine schädlichen Auswirkungen auf Gesundheit und Umwelt haben darf. Die Teilschritte der Untersuchung und Bewertung münden, am Ende einer stufenweisen Akkumulierung von Risikowissen und einer geordneten Verteilung der Beibringungslasten, in das zusammenfassende Urteil über die

resultierenden Risiken. Primär überträgt das Gesetz diese Aufgaben der naturwissenschaftlichen Sachkunde, die von den zuständigen Behörden abzufragen ist, doch zieht das Gesetz Grenzen genau dadurch, dass es eine vernünftige Aufteilung und Wiederzusammenfügung vorschreibt.

Caroline von Kries, LL.M. (Lund)

Rechtsanwältin in Freiburg i.Br.

Aktuelle Veröffentlichung: (mit Gerd Winter) *Legal Implications of the Step-by-Step Principle on Risk Assessment of GMOs*, in: Broder Breckling, Richard Verhoeven (Hrsg.), *Large-area Effects of GM-Crop Cultivation*, Frankfurt/Main (Peter Lang) 2010, S. 125 - 128

Gerd Winter, Dr. iur, Lic. rer. soc.,

Forschungsprofessor am Sonderforschungsbereich 597 »Staatlichkeit im Wandel« und Mitdirektor der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht (FEU) der Universität Bremen.

Aktuelle Veröffentlichungen: *Lob des Flaschenhalses. Über Verkehrsbeschränkung durch Straßenplanungsrecht*, in: Dolde/Paetow/Hansmann/Schmidt-Assmann (Hrsg.) *Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, FS für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag*, München (Beck) 2010, 193-206; *Alternativenprüfung und Natura 2000. Das Beispiel Elbevertiefung*, NuR 2010, 601-606.

Matthias Wieser

Energiespeicher als zentrale Elemente eines intelligenten Energieversorgungsnetzes – Rechtliche Einordnung

Mit dem Ausbau der Erneuerbaren Energien steigt der Anteil der volatil erzeugten elektrischen Energie weiter an. Zur Kompensation der Schwankungen ist der großflächige Aufbau von Speicherinfrastrukturen notwendig. Die Abhandlung befasst sich mit den sich grundsätzlich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen.

A. Einleitung

Die Erneuerbaren Energien spielen schon heute eine große Rolle für die Energieversorgung in Deutschland, und deren Anteil wird auch in Zukunft weiter zunehmen.¹ Dieser massive Ausbau ist politisch gewollt und wird durch das EEG 2009 weiter forciert,² exemplarisch für die zukünftige Entwicklung steht dabei § 1 Abs. 2 EEG 2009, welcher das gesetzliche Ziel formuliert, den Anteil der Erneuerbaren Energien an der Stromversorgung bis zum Jahr 2020 auf mindestens 30 % zu erhöhen. Dieser beständige Ausbau der Erneuerbaren Energien stellt – trotz seiner unbestrittenen Vorteile für den Klimaschutz – die Elektrizitätsversorgungsnetze³ wegen des zunehmenden Anteils der volatilen und Prognoseschwierigkeiten unterworfenen Stromerzeugung aus Wind und Sonne vor große Probleme.⁴ Um diese Probleme in der Zukunft zu lösen, sollen die heutigen Elektrizitätsversorgungsnetze zu intelligenten Netzen, sog. *Smart Grids* weiterentwickelt werden. *Smart Grids* sollen dabei unter Verwendung von modernster Informati-

ons- und Kommunikationstechnologie dazu beitragen, Erzeuger, Verbraucher, Netztechnik und Speicher intelligent zu vernetzen.⁵ Dabei bildet die intelligente Einbindung von Speichern ein besonders wichtiges und in Zukunft an Bedeutung zunehmendes Element eines solchen (intelligenten) Energieversorgungsnetzes,⁶

1 Der Anteil der Erneuerbaren Energien am gesamten Stromverbrauch erhöhte sich im Zeitraum von 1998 bis 2009 von 4,7 % auf 16,4 %, vgl. *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU)*, Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland im Jahr 2009, http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/ee_in_deutschland_graf_tab_2009.pdf (zuletzt abgerufen am 24.11.2010). Zu den langfristigen Szenarien siehe *Nitsch/Wenzel*, Langfristszenarien und Strategien für den Ausbau erneuerbarer Energien in Deutschland, Leitszenario 2009, hrsg. vom BMU, http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/leitszenario2009_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 25.11.2010).

2 BT-Drs. 16/8148, S. 26 ff.

3 Zum Begriff vgl. § 3 Nr. 16 EnWG.

4 *Pehnt/Höpfner*, Kurzgutachten Wasserstoff- und Stromspeicher in einem Energiesystem mit hohen Anteilen erneuerbarer Energien: Analyse der kurz- und mittelfristigen Perspektive, 2009, S. 4; http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/ifeu_kurzstudie_elektromobilitaet_wasserstoff.pdf (zuletzt abgerufen am 24.11.2010).

5 *Deutsche Kommission Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik (DKE)*, Die Deutsche Normungsroadmap E-Energy und Smart Grid, S. 13, http://www.e-energy.de/documents/DKE_Roadmap_Smart_Grid_230410_Deutsch.pdf (zuletzt abgerufen am 24.11.2010).

6 *Veldmann/Geldtmeijer/Knigge/Slootweg*, CRNI 2010, Vol. 11 No 3, 287 (300). Zur Bedeutung der Speicher siehe auch *Becker*, ZNER 2010, 531 (534 f.).

denn die Energiespeicher helfen, die volatile Stromerzeugung durch Wind und Sonne auszugleichen.⁷ Die folgende Abhandlung beschäftigt sich mit der Frage, ob und wie das geltende Recht, insbesondere das der Erneuerbaren Energien, Energiespeicher fördert und wo Nachbesserungsbedarf besteht.

B. Technik

Grundsätzlich bestehen verschiedene Möglichkeiten, Energie zu speichern. Die Möglichkeiten gehen von der mechanischen Speicherung u.a. mittels Druckluftspeichern und Pumpspeichern über die thermische Speicherung durch kapazitive Wärmespeicher zu chemischen Energiespeichern – zum Beispiel auf Wasserstoffbasis oder durch Akkumulatoren – und elektrischen bzw. elektromagnetischen Speichern.⁸ Im Folgenden sollen jedoch nur die Technologien vorgestellt werden, die auch für den Einsatz als Großspeicher im Netz geeignet sind: Pumpspeicherkraftwerke, Druckluftspeicherkraftwerke, Akkumulatoren und Wasserstoffspeicher.⁹

I. Pumpspeicherkraftwerke

Bei Pumpspeicherkraftwerken handelt es sich um Wasserkraftwerke. Dabei wird mit Hilfe von Pumpen Wasser aus einem niedergelegenen Becken in ein höhergelegenes Becken gepumpt. Im Falle des Bedarfs wird das Wasser aus dem höhergelegenen Becken abgelassen und strömt durch eine Turbine, welche einen Generator antreibt.¹⁰ Der Wirkungsgrad eines solchen Lade- und Entladevorgangs liegt bei durchschnittlich 75 %.¹¹ Zwar handelt es sich bei den Pumpspeicherkraftwerken um die einzige Großspeichertechnologie, die technisch ausgereift ist, jedoch sind die Ausbaumöglichkeiten dieser Technologie in Deutschland wegen des Fehlens geeigneter Standorte mit ausreichender Höhendifferenz sehr begrenzt.¹² Als interessante Variante für die Zukunft wäre in Deutschland daher allein an eine unterirdische Anlage zu denken, bei der das höhergelegene Becken an der Erdoberfläche liegt und das Niedrigere als unterirdischer See angelegt wird.¹³ Ob sich eine solche Technik umsetzen lässt, bleibt jedoch abzuwarten.

II. Druckluftspeicherkraftwerke

In einem Druckluftspeicherkraftwerk wird zur Speicherung von Strom Luft in unterirdischen Kavernen komprimiert und dort als Druckenergie gespeichert.¹⁴ Die bei der Kompression entstehende Wärme muss abgeführt werden.¹⁵ Im Falle des Strombedarfs strömt die komprimierte Luft, die durch eine Zufeuerung auf die nötige Turbineneintrittstemperatur wieder erhitzt wird, durch eine Turbine mit angeschlossenem Generator und erzeugt so elektrische Energie.¹⁶ Dieses Prinzip wird bereits seit 1978 im bis heute einzigen deutschen Druckluftspeicherkraftwerk im niedersächsischen Huntorf erfolgreich angewandt.¹⁷ Der Wirkungsgrad eines solchen konventionellen Druckluftspeicherkraftwerks liegt bei ca. 50%.¹⁸

Er kann aber bei einer Weiterentwicklung zu einem sogenannten adiabaten Druckluftspeicherkraftwerk auf bis zu 70% – und damit in den Wirkungsgradbereich der Pumpspeicherkraftwerke – gesteigert werden.¹⁹ Ein adiabates Druckluftspeicherkraftwerk speichert die Wärme, die während des Kompressionsprozesses entsteht, in einem speziellen Wärmespeicher und nutzt sie zur Wiedererwärmung der Luft im Rahmen der Rückverstromung.²⁰

III. Akkumulatoren

Bei Akkumulatoren handelt es sich um wiederaufladbare Batterien. Diese wandeln im Rahmen des Ladevorgangs elektrische Energie in chemische um. Der Entladevorgang verläuft genau entgegengesetzt.²¹ Die Vorteile der Akkumulatoren liegen in ihrem

grundsätzlich arbiträren Speichervermögen.²² Nachteilig zu beurteilen sind die hohen Investitionskosten, der Platzbedarf und die limitierte Anzahl der Lade- und Entladezyklen.²³

IV. Wasserstoffspeicher

Daneben kann elektrische Energie mit Hilfe der Elektrolyse als komprimierter oder verflüssigter Wasserstoff gespeichert werden.²⁴ Die Rückverstromung erfolgt dann mittels einer Brennstoffzelle.²⁵ Bezüglich der Wirkungsgrade schneidet diese Technologie jedoch wesentlich schlechter ab als Pumpspeicherkraftwerke.²⁶ Der Vorteil dieser Technik ist in der wesentlich höheren Energiedichte – im Vergleich zur Druckluft kann die Energiedichte bei der Wasserstoffspeicherung um das 64fache höher liegen – zu sehen.²⁷

C. Energiespeicher im Energierecht

I. Erneuerbare-Energien-Gesetz

1. Alte Rechtslage

Im EEG 2004 fanden Rechtsfragen zu Energiespeichern keine große Beachtung. Lediglich § 6 Abs. 5 EEG 2004 schloss die Anwendung der Vergütungsregeln für Wasserkraft in Bezug auf aus Speicherkraftwerken gewonnenen Strom aus und § 20 Abs. 1 S. 2 EEG 2004 bestimmte, dass Gegenstand des Erfahrungsberichtes auch Speichertechnologien seien sollten. Rechtlich umstritten war unter der Geltung des EEG 2004, ob Energie, die in Druckluftspeicherkraftwerken gespeichert und anschließend wieder ins Netz eingespeist wurde, von der Vergütungspflicht des EEG umfasst war.²⁸ Die Problematik bestand darin, dass § 5 Abs. 1 EEG 2004 die Netzbetreiber nur bezüglich des Stroms, der in Anlagen gewonnen wird, die ausschließlich Erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, zur Vergütung verpflichtete. Die bis heute eingesetzte Technik bei Druckluftspeicherkraftwerken benötigt aber eine Zusatzfeuerung, so dass das Merkmal der Ausschließlichkeit nicht ohne

7 Oertel, Energiespeicher – Stand und Perspektiven 2008, S. 97 (103), <http://www.itas.fzk.de/deu/lit/2008/oert08a.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.11.2010); Niehörster, et 2010 (Heft 3), 20 f.

8 Siehe zu den einzelnen Techniken im Detail Oertel (Fn. 7), S. 31 ff.; eine neue innovative Methode, die unter Verwendung von Strom aus Erneuerbaren Energien über einen speziellen Verfahrensweg aus CO₂ und H₂ ein Erdgassubstitut, welches im Gasnetz gespeichert werden kann, herstellt, befindet sich in der Testphase, siehe dazu Specht et al., Erdöl Erdgas Kohle, 2010 (Heft 10), 342.

9 Pehnt/Höpfner (Fn. 4), S. 5 f.

10 Oertel (o. Fn. 7), S. 35.

11 BMU, EEG-Erfahrungsbericht 2007, S. 132. Möglich sind aber auch Wirkungsgrade bis zu 80%; Crotagino/Hübner, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 2), 74 (74).

12 Pehnt/Höpfner (o. Fn. 4), S. 8, 12.

13 Mit guter Illustrierung Oertel (o. Fn. 7), S. 36; das Potential dieser Technologie bejahend auch BMU (o. Fn. 11), S. 133.

14 Zunft et al., et 2005 (Heft 7), 451.

15 Zunft et al., et 2005 (Heft 7), 451.

16 BMU (o. Fn. 11), S. 133.

17 Deutsche Energie Agentur GmbH (dena), <http://www.thema-energie.de/energie-im-ueberblick/technik/speicher-netze/stromspeicher/druckluftspeicherkraftwerk.html> (zuletzt abgerufen am 25.11.2010).

18 Oertel (o. Fn. 7), S. 32.

19 Crotagino/Hübner, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 2), 74.

20 Zunft et al., et 2005 (Heft 7), 451 (453); Crotagino/Hübner, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 2), 74 (75); Crotagino, Kali und Salz, 2006 (Heft 1), 14 (18).

21 Zu den technischen Details siehe Oertel (o. Fn. 7), S. 54.

22 Pehnt/Höpfner (o. Fn. 4), S. 6.

23 Pehnt/Höpfner (o. Fn. 4), S. 6.

24 BMU (o. Fn. 11), S. 134.

25 Pehnt/Höpfner (o. Fn. 4), S. 6.

26 Crotagino/Hübner, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 2), 74 (76).

27 Crotagino/Hübner, (o. Fn. 26).

28 Dietrich/Brück von Oertzen, et 2008 (Heft 4), 85 (87).

weiteres bejaht werden konnte.²⁹ Abgestellt wurde bezüglich der Vergütungspflicht nach EEG deshalb auf den Einzelfall.³⁰

2. Neue Rechtslage

a) Der Anlagenbegriff

Im neuen EEG 2009 haben die Speichertechnologien einen größeren Einzug erhalten. Schon im Rahmen der Begriffsbestimmungen stehen sie an prominenter Stelle. Nach § 3 Nr. 1 S. 2 EEG 2009 gelten als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas auch solche Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln. Davon erfasst sind gemäß der Gesetzesbegründung »[...] beispielsweise Druckluftspeicherkraftwerke, die Speicherung der Energie als Wasserstoff oder als chemische Energie.«³¹ Aus der expliziten Erwähnung der Druckluftspeicherkraftwerke in der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass sich das Ausschließlichkeitsprinzip nur auf die Erzeugung des Stromes aus Erneuerbaren Energien bezieht. Der Wiederverstromungsprozess muss somit nicht ausschließlich auf Erneuerbaren Energien beruhen. Dafür streitet auch der Wortlaut der Vorschrift, welcher im Rahmen der Ausschließlichkeit nur auf die zwischengespeicherte Energie rekurriert, nicht aber auf den Wiederverstromungsprozess.³² Die Fiktion des § 3 Nr. 1 S. 2 EEG 2009 führt mithin dazu, dass an dem Erzeugungs-, Speicherungs- und Wiedereinspeiseprozess in toto zwei EEG-Anlagen beteiligt sind: Die EEG-Anlage, die den Strom erzeugt und die Anlage, die die Energie speichert und als elektrische Energie zu einem späteren Zeitpunkt wieder in das Netz einspeist.³³ Somit ist klargestellt, dass auch Energie, die nicht direkt, sondern über den Umweg des Speichers in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird, grundsätzlich durch das EEG förderfähig ist.³⁴ Zur Förderfähigkeit gehört neben der Vergütungspflicht insbesondere auch die Abnahme-, Übertragungs- und Verteilungspflicht gem. § 8 Abs. 1 EEG 2009.

Die Regelung weist Parallelen zu § 8 Abs. 2 EEG 2009 auf,³⁵ welcher bestimmt, dass die Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers auch dann besteht, wenn die Anlage an ein Netz einer Person, welche nicht die Eigenschaften des § 3 Nr. 8 EEG 2009 aufweist, angeschlossen ist und erst von da mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG 2009 angeboten wird. Dies hat zur Folge, dass auch Strom, der erst in ein Objektnetz³⁶ eingespeist wird und von da quasi mittelbar in ein Netz der allgemeinen Versorgung gelangt, dem Förderregime des EEG unterfällt.³⁷

b) Die Vergütung

Nachdem bereits der auf Energiespeicher erweiterte Anlagenbegriff verdeutlicht, dass Energie, die zwischengespeichert worden ist, dem Förderregime des EEG unterliegt, wird dies durch § 16 Abs. 3 EEG 2009 noch bekräftigt, nach dem die Vergütungspflicht gem. Abs. 1 auch dann besteht, wenn der Strom zwischengespeichert worden ist. Die Gefahr der Doppelförderung – zum einen Förderung des aus Erneuerbaren Energien produzierten elektrischen Stroms und zum anderen Förderung desselben Stroms nach der Rückspeisung aus dem Speicher in das Netz der allgemeinen Versorgung – besteht nicht, da nur der Strom nach EEG 2009 gefördert wird, der aus dem Speicher in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird.³⁸ Die Frage der konkreten Vergütungshöhe jedoch muss differenziert betrachtet und in mehrere Szenarien aufgeteilt werden.

aa) Vergütung des in den Speicher eingespeisten Stroms

Im Regelfall wird der Betreiber der Erneuerbaren Energien-Anlage die Energie direkt in den dafür vorgesehenen Speicher einspeisen,³⁹ da sich der Speicher zweckmäßigerweise in direkter

räumlicher Nähe zur Erzeugungsanlage befindet. Für diesen Fall der Einspeisung in den Speicher sind aus Sicht des Anlagenbetreibers theoretisch zwei Anspruchsgegner für seinen Vergütungsanspruch denkbar: Der Netzbetreiber und der Speicherbetreiber. Ein Anspruch gegen den Netzbetreiber könnte sich aus den §§ 16 Abs. 1, 21 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1, 2 EEG 2009 ergeben. Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch gegen den Netzbetreiber aus §§ 16 Abs. 1, 21 Abs. 1 EEG 2009 ist, dass der Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung gelangt. Diese Voraussetzung wird bei der direkten Einspeisung in einen Speicher jedoch nicht erfüllt.⁴⁰ Weder erfolgt eine unmittelbare Einspeisung nach § 8 Abs. 1 EEG 2009 noch wird der Strom mittelbar nach § 8 Abs. 2 EEG 2009 mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz der allgemeinen Versorgung angeboten. Folglich kann sich ein gesetzlicher Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber nicht aus dem EEG 2009 ergeben. Erst recht folgt aus dem Gesetz kein Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Speicherbetreiber, denn das Grundmodell des EEG beruht auf dem Gedanken, dass der Netzbetreiber jeweils zur Vergütung des abgenommenen Stroms verpflichtet ist.

Fraglich bleibt, auf welche Weise die Vergütung alternativ bestimmt werden kann. Zum einen könnte vorliegend an eine analoge Anwendung des EEG auf das Verhältnis Betreiber der Erzeugungsanlage-Betreiber des Speichers angedacht werden. Zwar ist eine Regelungslücke gegeben, doch daneben müsste es sich bei dieser auch um eine planwidrige handeln. Der Gesetzgeber hat jedoch die Vergütungspflicht ganz bewusst erst zu dem Zeitpunkt beginnen lassen, in dem der Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung gelangt. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist deshalb abzulehnen. Hinzu kommt, dass ansonsten das Verbot der Doppelförderung untergraben würde.

Zum anderen besteht die Möglichkeit einer individualvertraglichen Vereinbarung zwischen Speicherbetreiber und Betreiber der Anlage zur Erzeugung von Energie. In dieser muss vor allem geregelt werden, wann die Vergütungspflicht beginnt und in welcher Höhe die Vergütung zu zahlen ist.⁴¹ Ein solcher Vertrag kann gem. §§ 311, 241 BGB geschlossen werden. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang – insbesondere mit Blick auf die Investitionssicherheit – eine gesetzliche Regelung, nach welcher dem Anlagenbetreiber ein gesetzlich garantierter Vergütungsanspruch zustünde.

bb) Vergütung des aus dem Speicher ausgespeisten Stroms

Etwas anders stellt sich die Problematik bei der Ausspeisung aus dem Speicher in das Netz der allgemeinen Versorgung dar. Aus § 16 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EEG 2009 ergibt sich ein Anspruch des Speicherbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber auf Vergütung des in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Stroms.⁴² Damit besteht ein gesetzlicher Anspruch dem Grunde nach.

²⁹ Dietrich/Brück von Oertzen, et 2008 (Heft 4), 87.

³⁰ Altrick/Oschmann/Theobald, EEG, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 119.

³¹ BT-Drs. 16/8148, S. 38.

³² Somit hat sich die Anwendungsfrage des EEG bzgl. Druckluftspeicherkraftwerken erledigt.

³³ Salje, EEG, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 81.

³⁴ Salje (o. Fn. 33).

³⁵ Ekhardt, in: Frenz/Müggenborg, EEG, Kommentar, 1. Aufl. 2010, § 3 Rn. 9.

³⁶ Vgl. § 110 EnWG.

³⁷ Dietrich/Ahmsehl, et 2010 (Heft 3), 14 (16).

³⁸ Ekhardt (o. Fn. 35), § 16 Rn. 19; BT-Drs. 16/8148, S. 49, wobei hier noch auf die insoweit während der Gesetzgebung geltende Fassung des § 16 Abs. 2 Bezug genommen wird.

³⁹ Dietrich/Ahmsehl, et 2010 (Heft 3), 14.

⁴⁰ So auch Dietrich/Ahmsehl, et 2010 (Heft 3), 14.

⁴¹ Dietrich/Ahmsehl, et 2010 (Heft 3), 14.

⁴² Gem. der Fiktion aus § 3 Nr. 1 S. 2 EEG 2009 gelten auch Einrichtungen, die Energie zwischenspeichern, als Anlagen im Sinne des EEG.

Die Berechnung der konkreten Vergütungssätze und der Vergütungshöhe kann sich jedoch als Problem darstellen. Zur Illustration mag folgendes Szenario zu Grunde gelegt werden: Eine Windkraftanlage, eine Repowering-Anlage⁴³ und eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie speisen alle in denselben Stromspeicher ein und dieser speist den Strom dann in das Netz der allgemeinen Versorgung aus. Da alle drei Anlagenbetreiber verschiedenartige Anlagen betreiben, stehen ihnen jeweils Vergütungen in spezieller Höhe zu. So berechnet sich die Vergütung für die erste Anlage nach § 29 EEG 2009, für die zweite nach § 30 EEG 2009 und für die dritte nach §§ 32 bzw. 33 EEG 2009.⁴⁴ Der Strom aber vermischt sich im Speicher technisch und rechtlich betrachtet, so dass bei der Ausspeisung aus dem Speicher in das Netz der allgemeinen Versorgung nicht bestimmt werden kann, welcher Strom aus welcher Erzeugungsanlage gerade ausgespeist wird.⁴⁵ Mithin greift keiner der speziellen Vergütungssätze. Dasselbe Problem ergibt sich, wenn zwar Energie – gewonnen aus gleichartigen Erneuerbaren Energien – gespeichert wird, die Anlagen aber unterschiedliche Zeitpunkte der Inbetriebnahme⁴⁶ oder unterschiedliche Leistungsgrade aufweisen.⁴⁷ Das Problem stellt sich allein dann nicht, wenn nur Strom aus einer einzigen Anlage zwischengespeichert wird.

Die Frage aber bleibt, wie der Strom, den der Speicherbetreiber in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeist, in einem Szenario wie oben dargestellt, vergütet werden kann. Eine Möglichkeit, die auch die gesetzlichen Vorgaben mit einschließen könnte, wäre die Zusammenfassung mehrerer Anlagen im Rahmen einer Anlagenfiktion, wie sie § 19 EEG 2009 bietet.⁴⁸ Dies würde aber kumulativ voraussetzen, dass sich die Anlagen auf einem Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden, sie Strom aus gleichartigen Erneuerbaren Energien erzeugen, der in ihnen erzeugte Strom nach den Regelungen des Gesetzes in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird und sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.⁴⁹ Insbesondere die Voraussetzungen eins, zwei und vier werden jedoch selten kumulativ vorliegen. Mithin kann eine Lösung des Vergütungsproblems nicht über § 19 EEG 2009 erfolgen.

Alternativ könnte man dem Problem folgendermaßen begegnen: Für jede Anlage, die in den Speicher einspeist, wird der gesetzliche Vergütungssatz ermittelt.⁵⁰ Im Anschluss daran ist der prozentuale Anteil des Stroms aus der jeweiligen Anlage an der gesamten Energie im Speicher zu messen und zu berechnen.⁵¹ Dies erfordert präzise Messeinrichtungen, die die von jeder Anlage in den Speicher eingespeiste Energie erfassen.⁵² Im Ergebnis berechnet sich die Endvergütungshöhe für die Gesamtstrommenge, die im Speicher gespeichert ist, dann aus der Summe der jeweiligen prozentualen Anteile an der Gesamtstrommenge multipliziert mit dem jeweiligen Vergütungssatz.⁵³ Aus dieser Summe kann die Vergütungshöhe für jeden beliebigen Anteil berechnet werden. Insgesamt betrachtet folgt aus dieser Lösungsoption ein – möglicherweise zu – hoher Mess- und Berechnungsaufwand für alle Beteiligten. Des Weiteren sind weitreichende vertragliche Regelungen, die die rechtlichen Beziehungen im Detail regeln, von Nöten.

3. Anpassungsbedarf

Der Gesetzgeber hat für die Integration von Energiespeichern in Elektrizitätsversorgungsnetze erste Schritte in die richtige Richtung gemacht: Zum einen hat er den Anlagenbegriff mit der Fiktion in § 3 Nr. 1 S. 2 EEG 2009 auf Energiespeicher erweitert. Zum anderen hat er durch § 16 Abs. 3 EEG 2009 einen grundsätzlichen Vergütungsanspruch normiert. Die genaue Ausgestaltung des Vergütungsanspruchs ist, wie gezeigt, jedoch nicht befriedigend gelöst. An dieser Stelle ist der Gesetzgeber auf halber Strecke stehen geblieben. Weiterreichende und detailliertere Vorgaben seitens des

Gesetzgebers sind notwendig, damit die für die gewünschten und auch erforderlichen Investitionen in Energiespeicher benötigte Rechtssicherheit für Investoren gegeben ist.

II. Energiewirtschaftsgesetz

1. Alte Rechtslage

Bis zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)⁵⁴ durch das Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG)⁵⁵ im August 2009 findet die Speicherung von elektrischer Energie im EnWG keinen Raum. Investitionen in Energiespeicher wurden darüber hinaus durch die Auslegung der Entgeltregelungen durch die Rechtsprechung erschwert.⁵⁶ So handelte es sich nach Meinung des Bundesgerichtshofes und der Vorinstanz OLG Düsseldorf bei einem Betreiber eines Pumpstromeispeicherkraftwerks um einen Letztverbraucher i.S.v. § 3 Nr. 25 EnWG, der Energie aus einem Elektrizitätsversorgungsnetz bezieht.⁵⁷ Mithin war dieser gem. § 14 Abs. 1 S. 1 StromNEV⁵⁸ für die Netznutzung einer Entgeltspflicht unterworfen.⁵⁹ Weiterhin vertraten beide Gerichte die Ansicht, die Tatsache, dass der Strom durch das Hochpumpen des Wassers nur zwischengespeichert und die durch das Ablassen des Wassers zurückgewonnene Energie wieder in das Elektrizitätsversorgungsnetz zurückgespeist werde, spiele keine Rolle.⁶⁰ Diese Rechtsprechung war auf alle Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie anwendbar und führte mithin nicht dazu, das Klima für Investitionen in Energiespeicher zu verbessern.

2. Neue Rechtslage

Mit Inkrafttreten des EnLAG vom August 2009 erfuhren Energiespeicher zwar keine über alle Maßen große Aufwertung im EnWG, aber der Gesetzgeber hat an einer – nicht unerheblichen – Stellschraube gedreht und somit die Anreize für Investitionen in Anlagen zur Speicherung von elektrischer Energie erhöht. Durch die Einfügung von § 118 Abs. 7 EnWG hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung⁶¹ des OLG Düsseldorf reagiert und bestimmt, dass »nach dem 31.12.2008 errichtete [...] Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, die bis zum 31.12.2019 in Betrieb gehen, für einen Zeitraum von zehn Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Ent-

43 Zum Begriff siehe § 30 EEG 2009.

44 Aus Vereinfachungsgründen wird die Degressivität der Vergütungssätze gem. § 20 EEG 2009 vernachlässigt.

45 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14.

46 Vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. § 29 EEG 2009.

47 Vgl. § 33 EEG 2009.

48 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14 (17).

49 Vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1–4 EEG 2009.

50 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14 (17).

51 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14 (17).

52 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14 (17).

53 *Dietrich/Ahnsehl*, et 2010 (Heft 3), 14 (17).

54 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970 (3621), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4.11.2010, BGBl. I S. 1483.

55 Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21.8.2009, BGBl. I 2009, S. 2870 (2874).

56 Vgl. *BGH*, NVwZ-RR 2010, 431; so auch die Vorinstanz *OLG Düsseldorf*, ZNER 2008, 380.

57 Aus § 15 Abs. 1 S. 3 StromNEV ergibt sich, dass für die Einspeisung von elektrischer Energie in das Netz keine Netznutzungsentgelte gezahlt werden müssen. Somit war im vorliegenden Fall nur die Netzentgeltlichkeit des Energiebezuges streitig und Gegenstand des Verfahrens.

58 Verordnung über die Entgelte über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 25.7.2005, BGBl. I S. 2225, zuletzt geändert durch Artikel 6 der Verordnung vom 3.9.2010, BGBl. I S. 1261.

59 *BGH*, NVwZ-RR 2010, 431 (432); *OLG Düsseldorf*, ZNER 2008, 380 (381).

60 *BGH*, NVwZ-RR 2010, 431 (432); *OLG Düsseldorf*, ZNER 2008, 380 (381).

61 *OLG Düsseldorf*, ZNER 2008, 380. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes datiert erst vom 17.11.2009 und erging damit nach Inkrafttreten des Energieleitungsausbaugesetzes.

gelten für den Netzzugang freigestellt [sind]«. ⁶² Durch die Begrenzung der Freistellung auf Neuanlagen wird deutlich, dass der Gesetzgeber nur einen schnellen Zu- und Ausbau der Speicherung für förderungswürdig erachtet. Altanlagen bleiben dagegen weiterhin netzentgeltspflichtig. Ob diese Modifikation des EnWG allein genügt, die erforderlichen Investitionen in Energiespeicher zu generieren, bleibt abzuwarten. ⁶³

Um weitere Anreize – gerade für Netzbetreiber – zu setzen, in Energiespeicher zu investieren, könnte darüber hinaus überlegt werden, Investitionen in Energiespeicher im Rahmen von Investitionsbudgets gem. § 23 ARegV⁶⁴ anzuerkennen. Dies bedürfte jedoch einer Änderung der Anreizregulierungsverordnung.

III. Bundesberggesetz

In Bezug auf unterirdische Druckluftspeicher müssen auch die Vorschriften des Bundesberggesetzes (BBergG) eingehalten werden, denn dessen Anwendungsbereich ist gem. § 2 Abs. 2 BBergG eröffnet. Dieser bestimmt, dass das Bundesberggesetz auch »für das Untersuchen des Untergrundes auf seine Eignung zur Errichtung von Untergrundspeichern (Nr. 1) und das Errichten und Betreiben von Untergrundspeichern sowie der Einrichtungen, die überwiegend dem Betrieb eines Untergrundspeichers dienen oder zu dienen bestimmt sind [gilt], (Nr. 2) soweit« – hierbei handelt es sich um eine entscheidende Einschränkung – »dies ausdrücklich bestimmt ist«. Auf diese Regelung rekurrierend erklärt § 126 Abs. 1 S. 1 BBergG die §§ 39, 40, 48, 50 bis 74, 77 bis 104, 106 und 136 des BBergG auf Untersuchungen des Untergrundes auf seine Eignung zur Errichtung von Untergrundspeichern und auf Untergrundspeicher für entsprechend anwendbar.

Was unter einem Untergrundspeicher i.S.d. Bundesberggesetzes zu verstehen ist, definiert § 4 Abs. 9. Danach ist ein Untergrundspeicher eine Anlage zur unterirdischen behälterlosen Speicherung von Gasen, Flüssigkeiten und festen Stoffen mit Ausnahme von Wasser. Damit steht fest, dass das Bundesberggesetz auch auf Druckluftspeicherkraftwerke, die Luft in unterirdischen Kavernen speichern, Anwendung findet. ⁶⁵ Somit erfordert sowohl die Untersuchung des Untergrundes, zwecks Klärung der Frage, ob es sich um einen geeigneten Standort handelt, als auch der Bau inklusive des Betriebs eines Untergrundspeichers eine Zulassung durch einen bergrechtlichen Betriebsplan. ⁶⁶ Die Anwendbarkeit der bestehenden und lang erprobten Instrumente des Bundesberggesetzes bietet mithin potentiellen Investoren grundsätzlich Investitionssicherheit.

IV. Rechtliche Behandlung auftretender untertägiger Nutzungskonflikte

Als der Investitionssicherheit abträglich können sich jedoch ungelöste Rechtsfragen hinsichtlich untertägiger Nutzungskonflikte herauskristallisieren. Mit Druckluftspeichern konkurrieren dabei insbesondere die untertägige Erdgasspeicherung, ⁶⁷ die zunehmende Nutzung der Erdwärme⁶⁸ und die zukünftig geplante unterirdische Speicherung von CO₂.

1. Rechtliche Behandlung

a) Bundesberggesetz

Zuerst ist festzustellen, dass die untertägigen Nutzungen unterschiedliche rechtliche Anknüpfungspunkte besitzen: Für die Geothermie, die Erdgasspeicherung und die Druckluftspeicherung findet das Bundesberggesetz Anwendung. Für die CO₂-Speicherung gilt jedoch, dass das Bundesberggesetz nicht zum Tragen kommt, da unter den Begriff der Speicherung i.S.d. Bundesberggesetzes nur eine zeitlich begrenzte Verbringung in unterirdische geologische Formationen subsumiert werden kann, ⁶⁹ der Sinn und Zweck der

Speicherung von CO₂ aber in der dauerhaften Verbringung in unterirdische Speicher besteht.

aa) Bergbauberechtigungen

Im Bundesberggesetz wird bereits auf der Ebene der Bergbauberechtigungen versucht, Nutzungskonflikte möglichst frühzeitig zu lösen. ⁷⁰ So hat die Bergbehörde im Rahmen der Prüfung der Frage, ob eine Erlaubnis zu erteilen ist, insbesondere zu prüfen, ob eine sinnvolle und planmäßige Aufsuchung und Gewinnung von bergfreien oder grundeigenen Bodenschätzen gefährdet würde, vgl. § 11 Nr. 8 BBergG. Diese Prüfung soll insbesondere klären, ob durch die Erlaubnis die Aufsuchung bzw. Gewinnung anderer Bodenschätze behindert wird. ⁷¹ Gem. § 12 Abs. 1 BBergG gilt dies auch für eine Bewilligung. Es wird somit schon in einem sehr frühen Stadium auf bestehende Nutzungskonflikte eingegangen. Auch die Nrn. 9 und 10 aus § 11 BBergG widmen sich der Frage von Nutzungskonflikten unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses. Mit dem Prioritätsprinzip verfolgt § 14 BBergG einen weiteren Ansatz zur Lösung von Nutzungskonflikten. ⁷² Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zwar für den konkreten Einzelfall Vorrangregelungen bestehen, ⁷³ die genannten Vorschriften es aber nicht erlauben, einer bestimmten Nutzungsart den generellen Vorrang zu geben bzw. eine besondere Stellung einzuräumen.

Das vorgestellte System eignet sich zwar grundsätzlich, Nutzungskonflikten zu begegnen, es führt aber speziell in Bezug auf Untergrundspeicher zu keiner Lösung. Die genannten Vorschriften finden auf Untergrundspeicher keine Anwendung, da eine Berechtigung i.S.v. §§ 6 ff. BBergG für einen Untergrundspeicher nicht erforderlich ist. ⁷⁴ Um den Anwendungsbereich der §§ 7 ff. BBergG und damit insbesondere der §§ 11 f. auf Untergrundspeicher zu erweitern, müsste folglich das Bundesberggesetz geändert werden. Dies hätte den Vorteil, dass Untergrundspeicher in das bergrechtliche System zur Lösung von Nutzungskonflikten integriert würden. Das Problem, dass nach der hier dargestellten Meinung unterirdische Energiespeicher einer besonderen Berücksichtigung bedürfen, würde durch diese Maßnahme allerdings nicht gelöst.

bb) Betriebsplanverfahren

Nach § 126 Abs. 1 S. 1 BBergG finden – neben anderen Vorschriften – vor allem die Regelungen betreffend des Betriebsplanverfahrens gem. §§ 50 ff. BBergG auf Untersuchungen des Untergrundes auf seine Eignung zur Errichtung von Untergrundspeichern und auf Untergrundspeicher Anwendung. ⁷⁵ Damit sind sowohl für

⁶² Vgl. § 118 Abs. 7 EnWG; siehe dazu auch *Britz*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 118 Rn. 5.

⁶³ Für den Fall einer großflächigen Etablierung von Speichern müsste außerdem überlegt werden, die Speicher – entsprechend der Regelungen zum Gasbereich – auch dem Entflechtungsregime zu unterwerfen.

⁶⁴ Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (Anreizregulierungsverordnung) vom 29.10.2007, BGBl. I S. 2529, zuletzt geändert durch Artikel 7 der Verordnung vom 3.9.2010, BGBl. I S. 1261.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, 1984, § 2 Rn. 28.

⁶⁶ *Dietrich/Brück von Oertzen*, et 2008 (Heft 4), 85 (86).

⁶⁷ Zur Erdgasspeicherung siehe *Sedlacek*, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 11), 412 (414); *Sustmann/Robles y Zepf*, RdE 2011, 52.

⁶⁸ Gem. § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BBergG gilt Erdwärme als bergfreier Bodenschatz.

⁶⁹ *Schulze/Herrmann/Barth*, DVBl. 2008, 1417 (1419); *Boldt/Weller* (o. Fn. 65), § 2 Rn. 29.

⁷⁰ *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 1983, § 11 Rn. 23.

⁷¹ *Pienschulte/Graf Vitzthum* (o. Fn. 70), § 11 Rn. 15; *Dietrich/Schäperklau*, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 1), 20 (22); *Dietrich*, Nutzungskonflikte unter Tage, in: *Kühne/Ehrlicke* (Hrsg.), *Bergrecht zwischen Tradition und Moderne*, 2010, S. 139 (149 ff.).

⁷² Aus der Rechtsprechung zu § 14 BBergG *OVG Bautzen*, ZfB 1995, 204; *VG Leipzig*, SächsVBl. 1995, 209.

⁷³ *Dietrich* (o. Fn. 71), S. 150.

⁷⁴ *Kühne*, RdE 2009, 14 (17, 19); *Schulze/Reese*, RdE 2011, 8 (10); *Boldt/Weller* (o. Fn. 65), § 8 Rn. 9, § 126 Rn. 8 ff., 15; *Baur*, ZHR 1986, 507 (516); *BT-Drs.* 8/1315, S. 150.

⁷⁵ Detailliert zu Betriebsplänen siehe beispielsweise *Kühne*, DVBl. 2006, 662; zu Fragen des Betriebsplanverfahrens beim Betrieb von Erdgasspeichern vgl. v. *Hammerstein/v. Hoff*, ZfB 2009, 193 (195 ff.).

Voruntersuchungen als auch für den Betrieb des Untergrundspeichers Betriebspläne erforderlich. Die Prüfungspunkte der Behörde für die Zulassung des Betriebsplans ergeben sich aus § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–9 BbergG.⁷⁶ Wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 BbergG vorliegen, hat der Antragsteller einen Anspruch auf die Zulassung des Betriebsplans. Neben dem Prüfungsprogramm des § 55 Abs. 1 hat die zuständige Behörde aber auch die Anforderungen des § 48 Abs. 2 S. 1 BbergG⁷⁷ zu beachten.⁷⁸ Dieser erweitert das Prüfungsprogramm der zuständigen Behörde.⁷⁹ Danach kann die zuständige Behörde die Aufsuchung oder Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Fraglich ist, ob sich aus dem Prüfungsprogramm der Behörde zur Zulassung des Betriebsplans spezifische Aussagen zur Lösung von Nutzungskonflikten ableiten lassen. Dies ist zu verneinen,⁸⁰ da allein § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BbergG einen Nutzungskonflikt unter Tage andeutet. Zwar kann die Bergbehörde im Einzelfall der Nutzung durch einen Untergrundspeicher den Vorrang vor anderen Nutzungen einräumen. Dabei handelt es sich jedoch um eine Einzelfallentscheidung. Eine grundsätzliche besondere Berücksichtigung der Untergrundspeicherung, die von den Bergbehörden im Rahmen des Zulassungsverfahrens beachtet werden müsste, erfordert ein Tätigwerden des Gesetzgebers.

b) Der (neue) Entwurf eines CCS-Gesetzes

Der Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über den Transport und die dauerhafte Speicherung von Kohlendioxid (KSpG-E) vom November 2010 äußert sich an mehreren Stellen zu möglichen Nutzungskonflikten. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 7 KSpG-E müssen bei der Erarbeitung der geologischen Grundlagen durch die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe mögliche Nutzungskonflikte durch Exploration, Rohstoffgewinnung, Geothermienutzung, Speicherung oder Lagerung anderer gasförmiger, flüssiger oder fester Stoffe oder wissenschaftliche Bohrungen im Bereich der für die dauerhafte Speicherung geeigneten Gesteinsschichten untersucht werden. Dabei handelt es sich zwar nur um geologische Grundlagenforschung, trotzdem wird aber bereits in diesem frühen Stadium auf mögliche Nutzungskonflikte eingegangen. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für Untersuchungen des Untergrundes auf seine Eignung zur Errichtung und zum Betrieb von Kohlendioxid-speichern darf nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KSpG-E die Genehmigung nur erteilt werden, wenn Beeinträchtigungen von Bodenschätzen oder anderen Nutzungen des Untergrundes, deren Schutz jeweils im öffentlichen Interesse liegt, sowie Beeinträchtigungen bestehender Bergbauberechtigungen ausgeschlossen sind.⁸¹ Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 KSpG-E dürfen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften oder überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Nach der Gesetzesbegründung sollen unter Nr. 3 auch Druckluftspeicherkraftwerke gefasst werden.⁸² Eine sonstige Nutzung ist aber nur dann zu schützen, wenn ihre Bedeutung für das Allgemeinwohl höher einzuschätzen ist als die dauerhafte Speicherung von Kohlendioxid.⁸³ Unter sonstigen Nutzungen mit hoher Bedeutung sind laut Gesetzesbegründung solche zu verstehen, die auch dem Klimaschutz dienen, wie z.B. die Geothermie. Unter Nr. 8 sollen laut Gesetzesbegründung andere unterirdische Nutzungen gefasst werden, die nicht bereits unter Nr. 3 subsumiert werden, so zum Beispiel erneut die Druckluftspeicherkraftwerke. Ob nun subsumierbar unter Nr. 3 oder Nr. 8, jedenfalls werden Druckluftspeicherkraftwerke als konkurrierende Nutzungsarten berücksichtigt. Inwiefern jedoch die Nutzung einer geologischen Formation als Druckluftspeicherkraftwerk in seiner Bedeutung für das Allgemeinwohl höher einzuschätzen ist als die Nutzung zur dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid, bleibt unklar. Zwar haben die Druckluftspeicherkraftwerke in Zukunft einen hohen Anteil an der Energieversorgungssicherheit, diese große Bedeutung

bedürfte aber außerhalb des KSpG-E einer deutlicheren Betonung durch den Gesetzgeber, als er es mit der Einfügung von § 118 Abs. 7 EnWG getan hat.⁸⁴ Schließlich werden die Druckluftspeicherkraftwerke zwar im Rahmen des KSpG-E in Bezug zur konkurrierenden Nutzungsart der Kohlendioxidspeicherung gesetzt, Nutzungskonflikte und deren potentielle Lösungen mit anderen Nutzungsarten werden aber nicht thematisiert.

2. Anpassungsbedarf

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das geltende Recht grundsätzlich Lösungen für untätigige Nutzungskonflikte bereithält. Diese stellen aber entweder nur einzelfallbezogene Lösungen bereit, wie das Berechtigungssystem und das Betriebsplanverfahren oder berücksichtigen zwar Druckluftspeicher, wie der KSpG-E, aber nur in der Form, dass diese Nutzungsart auch in die Planung mit einbezogen werden muss. Im Rahmen untätigiger Nutzungskonflikte fehlt ein klares gesetzgeberisches Signal, welches Druckluftspeichern zum Durchbruch verhelfen könnte.

D. Fazit

Zwar wird allerorten häufig die wachsende Bedeutung der Speicherung elektrischer Energie in Zeiten des Ausbaus der Erneuerbaren Energien betont und auch die Politik erkennt in dem Energiekonzept der Bundesregierung die Dringlichkeit, Speicherinfrastrukturen auf- und auszubauen, an. Der Gesetzgeber hat daraufhin mit Änderungen des EEG und des EnWG erste Schritte zur Förderung von Speichertechnologien gemacht, diese reichen aber bei weitem nicht aus. Der Anpassungsbedarf bleibt hoch.

Matthias Wieser

Diplom-Jurist, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum (Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Joh.-Christian Pielow), Universitätsstr. 150, 44801 Bochum, Gebäude NA 02/299, Telefon: 0234/32 26947, Fax: 0234/32 14212.

Tätigkeitsschwerpunkte:

Energiewirtschaftsrecht, Recht der Erneuerbaren Energien, Bergrecht

Aktuelle Veröffentlichungen:

Perspektiven nach dem 3. Legislativpaket zum Energiebinnenmarkt, NVwZ 2010, 756; Smart Metering als Fundament und Basis für den Aufbau eines intelligenten Netzes (Smart Grid), (gemeinsam mit Güneysu/Vetter), download unter: <http://www.bremer-energie-institut.de/irin/de/results/public>.

Der Aufsatz entstand im Rahmen des Forschungsprojekts »Innovative Regulierung für Intelligente Netze (IRIN)«, gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages.

⁷⁶ Die Nummern 10–13 beziehen sich auf die Sonderfälle des Betriebs im Bereich des Festlandssockels oder der Küstengewässer.

⁷⁷ Detailliert zu § 48 Abs. 2 BbergG vgl. Kühne, Entwicklungslinien der bergrechtlichen Rechtsprechung zur Zulassung bergbaulicher (Groß-)Vorhaben, in: ders./Ehricke, Entwicklungslinien des Bergrechts, 2008, S. 51 (55 ff.).

⁷⁸ BVerwG, NVwZ 2006, 1173.

⁷⁹ BVerwG, NVwZ 2006, 1173.

⁸⁰ So auch Dietrich/Schäperklaus, Erdöl Erdgas Kohle, 2009 (Heft 1), 20 (22); Dietrich (o. Fn. 71), S. 151.

⁸¹ Gem. § 13 Abs. 1 S. 2 gelten im Rahmen der Planfeststellung die sich aus § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3–7 ergebenden Voraussetzungen entsprechend. Da § 7 Abs. 1 S. 2 keine Nummern enthält, ist hier von einem redaktionellen Versehen auszugehen und ein Verweis auf Satz 1 anzunehmen. Daneben ähnelt im Planfeststellungsverfahren § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 dem § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 8.

⁸² Gesetzesbegründung zu § 7, S. 56.

⁸³ Gesetzesbegründung zu § 7, S. 56.

⁸⁴ Vgl. dazu C. II. 2.

Moritz Hartmann

Zuteilung, Auktionierung und Transfer von Emissionszertifikaten

Entwicklungsperspektiven des EU-Emissionshandels in Phase III (2013–2020)

Mit der Novellierung der EU-Emissionshandelsrichtlinie (2003/87/EG) durch die Richtlinie 2009/29/EG reagierte die Europäische Kommission auf die strukturellen und institutionellen Funktionsdefizite des Emissionshandels (EU-EHS) in den ersten beiden Handelsphasen.

Hierbei wurden in besonderer Weise die rechtlichen Mechanismen zur Festlegung der Emissionsobergrenzen, die Regeln über die Zuteilung und Auktionierung von Emissionszertifikaten sowie der Umfang der beteiligten Sektoren und Anlagen modifiziert. Gleichzeitig wirft der Transfer von Gutschriften aus Emissionszertifikaten in nachfolgende Phasen besondere Rechtsfragen auf.

Mit Blick auf die Strukturentwicklung des EU-Emissionshandels nach der Kyoto-Verpflichtungsphase (ab 2013) soll in dem vorliegenden Beitrag deshalb anhand der EU-EHS-Novelle und neuester Beschlüsse der Kommission auf verschiedene rechtliche Parameter eingegangen werden, die für die funktionale Ausgestaltung des Zertifikatehandels von Bedeutung waren und zukünftig sein werden.

A. Einleitung

Durch die Emissionshandelsrichtlinie (2003/87/EG)¹ hat die Europäische Union Anfang 2005 in den Mitgliedstaaten das erste supranationale System für den Zertifikatehandel mit bindenden Emissionsreduktionen (EU-EHS) eingerichtet, das sich mittlerweile zu einem zentralen Regelungsinstrument der europäischen Klimaschutzpolitik entwickelt hat.²

Gleichzeitig waren die erste Handelsphase (2005–2007) und die ersten Jahre der zweiten Phase (2008–2012) von einem erheblichen strukturellen und institutionellen Funktionsdefizit des Emissionshandels geprägt, das sich auch in der geringfügigen CO₂-Reduktionswirkung zeigte.

Mit der Novellierung der Emissionshandelsrichtlinie durch die Richtlinie 2009/29³ reagierte die Europäische Kommission deshalb auf die fehlerhaften Strukturbedingungen und modifizierte die rechtlichen Mechanismen zur Festlegung der Emissionsobergrenzen, die Regeln über die Zuteilung und Auktionierung von Emissionszertifikaten sowie den Umfang der beteiligten Sektoren und Anlagen.

Hierdurch sollte in besonderer Weise auf die asymmetrische Vergabe der Emissionszertifikate an die über 11.000 beteiligten Industrieanlagen in den Mitgliedstaaten reagiert und die Allokation auf mitgliedstaatlicher Ebene objektivierbaren Maßstäben zugeführt werden.

Die strukturelle Umkehr vom dezentralisierten zum zentralisierten Handelssystem wirft jedoch weitreichende Rechtsfragen hinsichtlich der Kompatibilität zwischen verschiedenen Phasen und des Transfers von Emissionszertifikaten in nachfolgende Handelsphasen auf.

Nachfolgend sollen deshalb zunächst kurz Rechtsstruktur und Funktionsdefizit des EU-EHS dargestellt werden, um in einem nächsten Schritt die wesentlichen Merkmale der Richtlinien-Novelle in Erinnerung zu rufen (B.). Hiernach lassen sich schließlich – mit Blick auf die Struktur der Novellierung – die neuen Regelungen bei der Vergabe und der Auktionierung von Emissionszertifika-

ten in Phase III des EU-EHS beleuchten (C.). Anschließend werden zentrale Rechtsprobleme des Transfers von Gutschriften für Emissionsberechtigungen zwischen verschiedenen EHS-Handelsphasen aufgezeigt (D.). Zuletzt wird in einem Ausblick auf die Bedeutung eines Kyoto-Nachfolgeprotokolls für die strukturelle Entwicklung des EU-EHS eingegangen (E.).

B. Rechtsstruktur, Funktionsdefizit und Novellierung des EU-Emissionshandels

Einführend soll zunächst auf die dezentrale Funktionsstruktur des EU-EHS eingegangen werden, um in einem zweiten Schritt bedeutende Konzeptionsschwächen während der ersten beiden EHS-Handelsphasen zu skizzieren.

I. Dezentrale Implementationsstruktur in Phase I und II

Die konstruierten Emissionshandelsmärkte zeigen nicht nur die funktionale Veränderung (klima-)politischer Entscheidungsprozesse im europäischen Mehrebenensystem, sondern auch die Aushöhung hierarchischer Steuerungsprinzipien souveräner Staatlichkeit im Interesse effektiver Marktintegration.⁴

Besonders vor diesem Hintergrund erklärt sich die politische Entscheidung der Mitgliedstaaten zur (ursprünglich) dezentralisierten Strukturgebung des EU-EHS: Mit Blick auf die Komplexität der Zuteilungsverfahren von Emissionsberechtigungen in verschiedenen Industriesektoren wurde den Mitgliedstaaten im Rahmen des EU-internen Lastenausgleichs die Festlegung der nationalen Höchstgrenze für die jährlich auszustoßenden Emissionsvolumina überlassen. Auf diese Weise sollte den Mitgliedstaaten ermöglicht werden, die eigenen Emissionsobergrenzen im Rahmen der Nationalen Allokationspläne (NAPs) an regionale Verwaltungs-, Umwelt- und Industriestrukturen anzupassen.⁵ Die dezentrale rechtliche Ausgestaltung des EU-EHS hatte jedoch zur Folge, dass

1 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. EG L 275 vom 25.10.2003, S. 32 ff.; zur Einbeziehung der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls geändert durch Richtlinie 2004/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.10.2004, ABl. EG L 338 vom 13.11.2004, S. 18 ff.

2 Vgl. zur Etablierung des EU-EHS *Epiney*, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236.

3 Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. L 140/63 vom 5.6.2009; für einen kohärenten Überblick zur Novellierung des EU-EHS vgl. *Epiney*, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236–244.

4 Vgl. zur parallelen Ergänzung von ordnungsrechtlichen Instrumenten und Emissionshandel *SRU*, Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten, 2011, Rz. 452; *Lee*, EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-Making, 2005, S. 186.

5 Vgl. *EU-Kommission*, The EU Emissions Trading Scheme: How to develop a National Allocation Plan, Non-Paper, April 2003; siehe auch *Zapfel*, A brief but lively chapter in EU climate policy: the Commission's perspective, in: *Ellerman et al.* (Hrsg.), Allocation in the European Emissions Trading Scheme: Rights, Rents and Fairness, 2007, S. 21.

die Allokation der Zertifikate und der Vollzug des Emissionshandelsystems in den Mitgliedstaaten ausgesprochen unterschiedlich durchgeführt wurde.

II. (Dys-)Funktionalität und Reduktionswirkung des EU-Emissionshandels

Nicht zuletzt die mitgliedstaatliche Implementation der EHS-Richtlinie sowie die Entscheidung für eine dezentralisierte Allokation der Zertifikate haben damit gezeigt, dass der Querschnittscharakter des Klimaschutzrechts die Herstellung eines Equilibriums zwischen den unterschiedlichen Regulierungsansätzen der Mitgliedstaaten vor große Herausforderungen stellt: Während die unilaterale Festlegung der Emissionsobergrenzen durch die mitgliedstaatlichen NAPs die Bedeutung symmetrischer Allokation herausstellt,⁶ begründet sie gleichzeitig den negativen Reduktionseffekt der ersten Handelsperiode, in der die absolute Menge der CO₂-Emissionen emissionshandelspflichtiger Anlagen insgesamt zugenommen hat und zudem die Gesamtmenge der zugeteilten Emissionsberechtigungen in den meisten EU-Mitgliedstaaten höher lag als der tatsächliche Bedarf.⁷

Angesichts der komplexen rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen, des Ausmaßes der Marktintegration, der unterschiedlichen Rolle des Marktes, des Staates und der Effizienz von Verwaltungsstrukturen in den Mitgliedsländern hat die rechtliche Transplantation der EHS-Systemschablone, deren grundsätzliches Marktprinzip bis zu dieser Zeit nur in regionalen Systemen – wie bspw. dem Handel mit Schwefeloxid-Rechten in den USA – eingesetzt wurde, für erhebliche Implementationsasymmetrien zwischen den Mitgliedstaaten gesorgt.⁸

Mit Blick auf die Integration des EU-EHS in mitgliedstaatliche Rechtsumwelten hat die Wirkungsstruktur von Emissionshandel und deutschen Staatsbeihilfen für Erneuerbare Energien überdies dazu geführt, dass die Substitution fossiler Energieträger durch Erneuerbare Energien die Nachfrage konventioneller Energieversorger nach Emissionsberechtigungen verringerte; nachdem aufgrund der dezentralen Struktur des EHS die Quantität der Emissionsberechtigungen nicht gleichermaßen reduziert werden konnte, fielen die Preise für die Berechtigungen, wodurch die klimaintensive fossile Energieproduktion wiederum bedeutend günstiger wurde – entgegen dem eigentlich beabsichtigten Wirkungsverhältnis zwischen Emissionshandel und Erneuerbaren Energien.⁹

Neben der Einpreisung von Opportunitätskosten (insbesondere durch Energieunternehmen) trotz kostenloser Zuteilung der Emissionsberechtigungen und der erheblichen Überallokation an Zertifikaten haben auch die verifizierten Emissionsreduktionen der Phase I kein positives Bild zeichnen können: Hiernach sind die Emissionen der beteiligten Industrieanlagen – unter Berücksichtigung von Neuzugängen und jeweils im Vergleich zum Vorjahr – um 0,3 % im Jahr 2006 und in 2007 um 0,68 % angestiegen.¹⁰ Und auch die geprüften Emissionen der ersten beiden Handelsjahre der Phase II, 2008 und 2009, haben die relative Wirksamkeit des EU-EHS für die Minderung von Treibhausgasen fortgeschrieben. Obgleich sich die Emissionen der teilnehmenden Anlagen im ersten Jahr der Kyoto-Verpflichtungsperiode um 3,06 % im Vergleich zum Vorjahr verringerten und in 2009 sogar um 11,6 % unter das Niveau von 2008 fielen, werden die Einsparungen doch in erster Linie der globalen Rezession und dem Rückgang des weltwirtschaftlichen Produktionsniveaus durch die Finanzkrise zugeschrieben.¹¹

Darüber hinaus zeichnet die strukturelle Beschaffenheit des Kyoto-Protokolls und des EU-EHS in der zweiten Handelsphase dafür verantwortlich, den Erwerb zusätzlicher Emissionszertifikate durch die projektbasierten Kyoto-Mechanismen der Joint Implementation (JI) und des Clean Development Mechanism (CDM) zu erschweren und deren funktionelle Integration zu verlangsamen.¹²

III. Novellierung der Emissionshandelsrichtlinie und Umsetzung der Richtlinie in Deutschland

Mit der Novellierung der Emissionshandelsrichtlinie durch die Richtlinie 2009/29/EG wurden nicht nur die strukturellen Lernerfahrungen bei der EHS-Implementation aufgegriffen, sondern in besonderem Maße auch institutionelle Schwächen des Handelssystems modifiziert, die sich auf die Funktionalität des europäischen Binnenmarktes auswirkten.¹³ Zu den systemischen Anpassungsnotwendigkeiten des EU-EHS führt die Richtlinie 2009/29/EG deshalb aus

»(...) dass ein stärker harmonisiertes Emissionshandelssystem unerlässlich ist, wenn die Vorteile des Emissionshandels besser genutzt, Verzerrungen auf dem Binnenmarkt vermieden und die Verknüpfung mit anderen Emissionshandelssystemen erleichtert werden sollen. Darüber hinaus sollte mehr Berechenbarkeit gewährleistet und der Anwendungsbereich des Systems um neue Sektoren und Gase erweitert werden, um einerseits ein stärkeres CO₂-Preissignal zu senden, das als Anreiz für die erforderlichen Investitionen notwendig ist, und andererseits neue Minderungsmöglichkeiten zu eröffnen, die zu niedrigeren allgemeinen Minderungskosten und einer besseren Effizienz des Systems führen.«¹⁴

Mit Blick auf die ersten beiden Handelsphasen stellt die Novellierung demnach eine wegweisende konzeptionelle Neuausrichtung des Zuteilungsverfahrens dar, die durch Verkürzungen mitgliedstaatlicher Entscheidungsspielräume bedeutend zur Systemkohärenz des EU-EHS beitragen könnte.¹⁵ Unter Verweis auf bereits

6 Vgl. zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für das vertikale *institutional design* bei der Implementation des Umweltrechts *Heinzerling*, *The Environment*, in: Cane/Tushnet (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford 2003, S. 701–724 (702); zum Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip grundlegend zudem *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Auflage 1999.

7 Siehe grundlegend *Mehling*, *Emission Trading and National Allocation in the Member States: An Achilles Heel of European Climate Policy?*, *Yearbook of European Environmental Law* 5 (2005), S.113 ff.; *Pohlmann*, *The European Emissions Trading Scheme*, in: Freestone/Streck (Hrsg.), *Legal Aspects of Carbon Trading*, 2009, S. 343; *Lee* (Fn. 4), S. 201.

8 Siehe *Bogojevic*, *Ending the Honeymoon: Deconstructing Emissions Trading Discourses*, *Journal of Environmental Law* 21:3 (2009), 445, 449; zur Rolle der Marktintegration für die Umsetzungseffektivität klimapolitischer Instrumente auch *Knill/Liefferink*, *Environmental politics in the European Union*, 2007, S. 103.

9 Vgl. eingehend zu dieser Regelkollision *Pfromm*, *Emissionshandel und Beihilfenrecht: Eine Analyse der EG-beihilfenrechtlichen Zulässigkeit einer entgeltfreien Zuteilung von Emissionszertifikaten durch die Mitgliedstaaten in Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG*, 2010.

10 Vgl. die Dokumente IP/07/776 (7.6.2007) und IP/08/787 (23.5.2008) der EU-Kommission.

11 Vgl. wiederum die Dokumente der EU-Kommission IP/09/794 (15.5.2009) und IP/10/576 (18.5.2010).

12 Siehe für eine kritische Nachzeichnung des CDM-Mechanismus' *Campbell et al.*, *After Copenhagen: The Impossibility of Carbon Trading*, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2010, S. 3 ff.

13 'Implementation' verweist auf die Übersetzung von Politiken in einen mehrdimensionalen Handlungsrahmen aus Gesetzen oder Regulierungsinstrumenten, Ausbildungen, Verwaltungsakte oder Vollstreckungs- und Monitoringmaßnahmen, vgl. überblicksweise *Bodansky*, *The Art and Craft of International Environmental Law*, 2010, S. 105, 206; zum Verhältnis nationaler Implementation und Europäisierung siehe zudem *Falkner et al.*, *Complying with Europe. EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, 2005, S. 14 ff.

14 Siehe Erwägungsgrund (8) der Richtlinie 2009/29/EG.

15 Vgl. *Eritja*, *Reviewing the challenging task faced by Member States in implementing the Emissions Trading Directive: Issues of Member State liability*, in: Deketelaere/Peeters (Hrsg.), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, 2006, S. 70; auch *Glachant*, *The implementation of environmental policy in the European Union context*, in: ders. (Hrsg.), *Implementing European Environmental Policy. The Impacts of Directives in the Member States*, 2001, S. 12; *Ellerman et al.*, *The EU ETS allocation process: an overview*, in: ders. et al. (Hrsg.), *Allocation in the European Emissions Trading Scheme: Rights, Rents and Fairness*, 2007, S. 3.

geleistete Vorarbeiten¹⁶ sollen die wesentlichen Strukturveränderungen nachfolgend deshalb nur cursorisch beleuchtet werden:

Harmonisierung mitgliedstaatlicher Emissionsbudgets. Von struktureller Bedeutung für die systematische Beschaffenheit des EU-Emissionshandels ist zunächst die harmonisierte Festlegung der Emissionsobergrenzen (caps) für die Handelsphase von 2012–2020, die sich ab 2013 nach einer zentralisierten EU-Zuteilungsmenge richtet.¹⁷

Erfasste Treibhausgase und beteiligte Industrieanlagen. Überdies führt die Modifikation der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG zu einer veränderten Struktur der erfassten Treibhausgase und Industrieanlagen.¹⁸

Zuteilungsparameter für Emissionszertifikate. Auch wenn eine vollständige Versteigerung der EHS-Zertifikate erst im Jahre 2027 erreicht wird, stellt die Versteigerung von Emissionsberechtigungen in Zukunft das zentrale Zuteilungsprinzip dar. Allerdings sieht die novellierte Richtlinie sektorspezifische Unterschiede vor und begrenzt sich zunächst vor allem auf den Energie-Sektor.¹⁹ Überdies wird die vollständig kostenlose Zuteilung für jene Sektoren beibehalten, die im internationalen Wettbewerb stehen und für die bei einer Versteigerungslösung ein erheblicher Verlust von Marktanteilen an Wettbewerber außerhalb der EU zu befürchten wäre (Carbon Leakage).²⁰

Integration des Luftfahrtsektors in den Emissionshandel. Zwar ist die Integration der ausgestoßenen Emissionen des europäischen Luftverkehrssektors in den Emissionshandel nicht auf die Novelle 2009/29/EG zurückzuführen. Gleichwohl beschreibt die Ausweitung des Emissionshandels auf den grenzüberschreitenden Transportverkehr ab 2012 eine neue Entwicklungskategorie des EU-EHS.²¹

Mit der Novellierung der Emissionshandelsrichtlinie mussten natürlich auch die Vorgaben des deutschen Emissionshandelsrechts angepasst werden. Zugleich machte die Ausweitung des Emissionshandels auf den Luftverkehr bereits ab 2012 eine Fortentwicklung des deutschen Emissionshandelsrechts erforderlich.

Deshalb hat die Bundesregierung am 16.2.2011 einen Entwurf für eine Novelle des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG-Novelle) verabschiedet.²² Durch die harmonisierte Ausgestaltung des europäischen Emissionshandels und den hiermit einhergehenden Wegfall der Allokationspläne auf nationaler Ebene wird sich ab 2013 der Bedarf an nationalen Regelungen in erheblichem Maße verringern.

Vor diesem Hintergrund macht sich die Novellierung des TEHG besonders in Abschnitt 3 (Berechtigungen und Zuteilung) bemerkbar: Von zentraler Bedeutung als Rechtsgrundlage für die Zuteilung der Emissionszertifikate nach deutschem Recht ist hiernach § 10 TEHG-Novelle, der die Bundesregierung ermächtigt, »nach Maßgabe der Richtlinie 2003/87/EG und der auf Art. 10a Abs. 1 oder 7 dieser Richtlinie basierenden Rechtsakte der Europäischen Kommission die Einzelheiten der Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen an Anlagenbetreiber durch Rechtsverordnung zu bestimmen.«²³ Die Ermächtigung zum Erlass der Zuteilungsverordnung ist erforderlich, nachdem die harmonisierten europäischen Zuteilungsregeln als Kommissionsbeschluss erlassen werden, der eine gesonderte Umsetzung durch die Mitgliedstaaten mit Zustimmung durch den Bundestag notwendig macht: Während in den Handelsperioden 2005 bis 2007 und 2008 bis 2012 die nationale Zuteilung noch durch Zuteilungsgesetze geregelt wurde, ist die Zuteilung für die Handelsperiode 2013 bis 2020 jedoch so stark durch EU-weite Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Art. 10a der Richtlinie 2003/87/EG vorgezeichnet, dass auf nationaler Ebene nur ein geringer Umsetzungsspielraum verbleibt.²⁴

Gleichzeitig werden die Vollzugszuständigkeiten von Bund und Ländern eindeutiger als bisher zugeordnet, um beispielsweise zukünftig die Emissionsüberwachung ausschließlich von der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) beim Umweltbundesamt durchführen zu lassen.²⁵

Die Erarbeitung eines Referentenentwurfs und die Abstimmung innerhalb der Bundesregierung hatten mehr Zeit in Anspruch genommen, als ursprünglich vorgesehen; zugleich konnten aber hier nach noch Regelungen für Kleinanlagen mit Jahresemissionen von weniger als 25.000 Tonnen in die TEHG-Novelle integriert werden. Nachdem die Zuteilung kostenloser Emissionszertifikate bereits in diesem Jahr begonnen werden muss (vgl. beispielsweise den Zutei-

16 Vgl. die ausführliche Kommentierung der Richtliniennovelle nach Wegener, Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 285 ff. m.w.N.; auch Erling/Waggershaus, Novellierung der EU-Emissionshandels-Richtlinie, UPR 2008, 175 ff.; zudem Winter, Das Klima ist keine Ware. Eine Zwischenbilanz des Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 295 ff.; überdies Convery/Elleman/de Perthuis, The European Carbon Market in Action: Lessons from the First Trading Period, JEEPL 2008, 215 ff.; Rodi, Immissionsschutz durch Emissionshandel – internationale, europäische und nationale Entwicklungen, in: Oldiges (Hrsg.), Immissionsschutz durch Emissionshandel – eine Zwischenbilanz, 2007, S. 15 ff.

17 Vgl. Art. 9 der novellierten Richtlinie 2003/87/EG; von besonderer Bedeutung ist hierbei zudem der Beschluss KOM(2010) 4658 der Europäischen Kommission vom 9. Juli 2010 über die gemeinschaftsweite Menge der im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems für 2013 zu vergebenden Zertifikate: Während sich die durchschnittliche jährliche Gesamtmenge der Zertifikate, die durch die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Nationalen Allokationspläne für den Zeitraum 2008–2012 vergeben wurden, auf 2.032.998.912 beläuft, reduziert der Kommissionsbeschluss die jährliche Menge ab dem Jahre 2013 auf durchschnittlich 1.926.876.368 Emissionshandelszertifikate.

18 Während nach Anhang I der novellierten Richtlinie zu einem Klein- und Kleinstemittenten aus dem Anwendungsbereich herausfallen, deren Emissionen einen Schwellenwert von 25.000 tCO₂e nicht überschreiten und gleichwertige Maßnahmen außerhalb des EHS vorweisen können, werden hingegen andere Industrieanlagen neu in den EHS-Anwendungsbereich einbezogen; siehe zudem Erwägungsgrund (11) der Richtlinie 2009/29/EG und Art. 27 der novellierten Richtlinie 2003/87/EG; hiernach werden Verbrennungsanlagen mit einer Erzeugungskapazität von weniger als 35 MW thermal als klein definiert und vom EHS ausgeschlossen. In Deutschland werden davon ungefähr 950 Anlagen betroffen sein, die zwar 58 % aller Anlagen ausmachen, jedoch nur 3 % der Gesamtemissionen.

19 Vgl. Erwägungsgrund (15) der Richtlinie 2009/29/EG; instruktiv zum institutionellen Wandel der Allokationsmechanismen und zugrundeliegenden Interessenvielfalt Crew, Two Directives, Two Politics – Prospects for the EU ETS, LSE Law, Society and Economy Working Papers 11/2010; auch Skjærseth/Wettestad, The EU Emissions Trading System Revised, in: Oberthür/Pallemaerts (Hrsg.), The New Climate Policies of the European Union, 2010, S. 83 f.

20 Vgl. Art. 10a Abs. 8 und 9 der Richtlinie 2009/29/EG; sowie hierzu auch Wegener, Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 287; zur Definition von carbon leakage nach dem Verständnis der Emissionshandelsdirektive siehe Art. 10a Abs. 15–16.

21 Siehe Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, ABl. L 8/3 vom 13.1.2009; eingehend Erling, Der Emissionshandel im Luftverkehr, Zeitschrift für Luft- und Weltrecht 2009, 337 ff.; auch Czybulka, Ausweitung des Emissionshandels und Lastenteilung: Das europäische Paket zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, EurUP 2009, 26 ff.

22 Vgl. den Entwurf für ein Gesetz zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Emissionshandels vom 16.2.2011, abrufbar unter: http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/tehg_novelle_bf.pdf; siehe zudem das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz – TEHG) vom 8. Juli 2004 (BGBl. I S. 1578), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 11. August 2010 (BGBl. I S. 1163).

23 Vgl. die rechtliche Begründung zur gesetzlichen Fassung von § 10 der TEHG-Novelle, S. 90.

24 Vgl. zur Rolle des Bundestags wiederum die Ausführungen zur Gesetzesbegründung von § 10 der TEHG-Novelle, S. 90, wonach dem deutschen Normgeber durch die harmonisierte Zuteilung zwar eher technische Entscheidungen bleiben, die üblicherweise durch das Instrument der Rechtsverordnung getroffen werden, der Bundestag jedoch aufgrund seiner bisherigen thematischen Einbindung weiterhin beteiligt sein sollte.

25 Vgl. die Pressemitteilung Nr. 028/11 des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) vom 16.2.2011 zum Beschluss des Bundeskabinetts über den Gesetzentwurf zur Neuregelung des Emissionshandels, abrufbar unter: http://www.bmu.de/pressemitteilungen/aktuelle_pressemitteilungen/pm/47025.php.

lungsmechanismus gemäß Art. 10c Abs. 5 der novellierten Richtlinie 2003/87/EG), bedarf es zur Einhaltung des Zeitplans nunmehr eines schnellen Gesetzgebungsverfahrens im Bundestag.²⁶

C. Vergabe und Auktionierung von Emissionszertifikaten in Phase III (2013–2020)

Mit der Harmonisierung der Zuteilungs- und Vergabemechanismen durch eine zentralisierte Funktionsweise ab 2013 wird die rechtliche Ausgestaltung des EU-EHS in den Mitgliedstaaten in erheblichem Maße umstrukturiert. Besonders die angepassten Ordnungsbedingungen für Vergabe und Auktionierung von Emissionszertifikaten werden hierbei von besonderer Bedeutung für die Stabilität und Funktionalität des Emissionshandels in der dritten Handelsphase sein, auch wenn der mitgliedstaatliche Entscheidungsspielraum damit abnehmen wird.

I. Mechanismen für die Zuteilung von Emissionszertifikaten in Phase III

Mit einem Beschluss von Oktober 2010 (zur Aufhebung einer ersten Entscheidung von Juli 2010) hat die EU-Kommission die gemeinschaftsweite Menge der für 2013 zu vergebenden Zertifikate festgesetzt, die von strukturellem Einfluss auf die Allokation der Emissionsberechtigungen ist.²⁷ Hierin hat die Europäische Kommission bestimmt, dass sich gemäß Art. 1 des Beschlusses die absolute Gesamtmenge für das Jahr 2013 auf 2.039.152.882 Zertifikate/CO₂e belaufen wird.

Obgleich die Zusammensetzung der Gesamtmenge nach wie vor Gegenstand minimaler Änderungen sein kann, setzt sich die jährliche Gesamtmenge gemäß Art. 9 der Richtlinie 2003/87/EG zusammen aus dem Durchschnittswert der Allokationspläne von 2008–2012 (1.930.883.949 Zertifikate), den nach Art. 24 der Richtlinie hinzugekommenen Anlagen (opt-ins) in der Phase II (1.328.218) sowie den Berechtigungen für Anlagen, die erst ab 2013 dem Handelssystem beitreten werden (106.940.715). Die Emissionsberechtigungen für den Luftfahrtsektor sind in den angegebenen Emissionsmengen noch nicht enthalten.

Gleichzeitig hat die Kommission festgelegt, dass sich die absolute Gesamtmenge weiterhin jährlich linear um 1,74 % bzw. 37.435.387 Berechtigungen reduzieren wird. Mit Blick auf die festgesetzte Gesamtmenge geht die Kommission sonach von einem Rückgang aus, mit der die politisch festgelegte Reduzierung des EU-Emissionsbudgets von 20 % bis zum Jahre 2020 erreicht werden kann.

Die eigentliche Zuteilung der einzelnen Emissionsberechtigungen auf Sektoren- und Anlagenebene findet unter dem zentralisierten cap-2013 hingegen nicht mehr auf mitgliedstaatlicher Verwaltungsebene statt: Die Nationalen Allokationspläne werden auf diese Weise ab 2013 hinfällig und die Versteigerung hierdurch ab Phase III zum Grundprinzip der EHS-Zuteilung aufgewertet. In einer Übergangsphase bis 2027 erfolgt die Allokation der Berechtigungen jedoch parallel durch kostenfreie Zuteilung und Auktionierung. Während die kostenlose Zuteilung in 2013 noch 80 % und in 2020 nur mehr bereits 30 % betragen soll, sinkt der Anteil der freien Allokation bis 2027 auf 0 %; gleichzeitig steigt der Anteil der zu ersteigenden Zertifikate entsprechend.

Mit Blick auf die freie Zuteilung von Emissionszertifikaten hat die EU-Kommission am 15.12.2010 kurz vor Ablauf der Frist einen ersten Entscheidungsentwurf auf der Grundlage von Art. 10a an Parlament und Rat vorgelegt, der detaillierte Regeln für die Festsetzung der spezifischen Benchmarks aufweist.²⁸ Unter Verweis auf die historischen Emissionswerte in den Jahren 2007 und 2008 hat die Kommission in dem Entwurf die Bezugspunkte für die kostenlosen Zuteilungsverfahren festgelegt. Die sogenannten Benchmarks stel-

len jedoch keine Emissionsgrenzwerte oder Reduktionsziele dar, sondern beschreiben lediglich einen Schwellenwert für die Höhe der kostenlos zugeteilten Zertifikate einer einzelnen Anlage. Die Werte beziehen sich hierbei auf einzelne Produkte und basieren auf den durchschnittlichen Emissionen von 10 % der effizientesten Anlagen eines Sektors oder Teilsektors.²⁹

Zugleich sind nach Art. 10a und 10c Richtlinie 2003/87/EG für die sektorale, kostenlose Zuteilung in Phase III verschiedene Konstellationen vorgesehen: Zunächst erhalten beteiligte Anlagen außerhalb des Stromsektors, die gemäß Art. 10a Abs. 1 grundsätzlich ab 2013 nicht mehr Gegenstand der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten sind, Zertifikate auf der Basis von ex-ante durch die Kommission festgelegten Benchmarks. Ausnahmen wird es hiervon nur im Bereich des produzierenden Gewerbes sowie für bestimmte Anlagen des Stromproduktionssektors geben, jedoch auch nur bis zu einem Grenzwert von bis zu 70 % der durchschnittlichen jährlichen Emissionen aus Phase I, die bis 2020 stufenweise auf 0 % verringert werden müssen.³⁰ Zudem werden jene Sektoren bis 2020 weiterhin kostenlose Emissionszertifikate erhalten, die ein »erhebliches Risiko« einer kostenbegründeten Abwanderung in nicht-europäische Staaten (Carbon Leakage) aufweisen (Art. 10 Abs. 12). Überdies werden gemäß Art. 10a auch Anlagen zur Fernheizung und Fernkühlung, hocheffiziente Anlagen zur Kraft-Wärme-Kopplung nach 2013 mit kostenlosen Zuteilungen bedacht. Gleichzeitig haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, aus den nationalen Versteigerungserlösen die Modernisierung des europäischen Kraftwerksparks von 2013 bis 2016 durch Zuschüsse für Investitionen in neue hocheffiziente (Kohle-)Kraftwerke bis maximal 15 % der gesamten Investitionsausgaben zu fördern, sofern die Verwendung effizienter Technologien und die nachträgliche Integration von CO₂-Abscheidungstechniken (Carbon Capture and Storage) sichergestellt werden kann.³¹ Zuletzt werden nach Art. 10a bis zu zwölf kommerzielle Projekte zur weiteren Erprobung der CCS-Technologie durch freie Zuteilungen gefördert, um strukturelle Anreize für die nachhaltige Reduzierung von CO₂-Emissionen zu setzen.

II. Allokation von Emissionszertifikaten im Auktionierungsverfahren

Unter Verweis auf die kostenerhebliche Einpreisung von Opportunitätskosten in den ersten beiden Handelsphasen – insbesondere durch Energieunternehmen – wurde die Auktionierung der Emissionszertifikate durch die Kommission als prinzipieller Allokationsmechanismus von 2013 an aufgewertet.

26 Vgl. die Ausführungen zur Erstellung des Referentenentwurfs in Deutscher Bundestag, Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 7. Februar 2011 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, Drucks. 17/4740 vom 11.2.2011, S. 84.

27 Vgl. den Beschluss der Kommission zur Anpassung der gemeinschaftsweiten Menge der im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems für 2013 zu vergebenden Zertifikate und zur Aufhebung des Beschlusses 2010/384/EU, Aktenzeichen 2010/634/EU vom 22.10.2010, ABl. L 279/34 vom 23.10.2010; besonders Entwicklungen der NAPs, die Anzahl neu hinzugekommener Anlagen in Phase II (opt-ins) und die allgemeine Strukturentwicklung des EU-EHS haben zur Nachjustierung der cap-Festsetzung geführt.

28 Siehe Entscheidungsentwurf der Kommission vom 15.12.2010, »determining transitional Union-wide rules for the harmonised free allocation of emission allowances pursuant to Article 10a of Directive 2003/87/EC«, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/clima/documentation/ets/docs/decision_benchmarking_15_dec_en.pdf.

29 Vgl. Erwägungsgrund (8) des Entscheidungsentwurfs; zur Bestimmung der verschiedenen benchmarks einzelner Produktgruppen siehe Anhänge I–VI.

30 Für sektorspezifische Ausnahmen innerhalb des Energiesektors siehe Art. 10c der novellierten Richtlinie 2003/87/EG.

31 Vgl. hierzu die Informationen des BMU zu den Kernelementen der neuen EHS-Richtlinie, abrufbar unter: http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hintergrund_ets_richtlinie.pdf.

Während die Versteigerung und der marktbasierter Verkauf von Emissionsberechtigungen in Phase I und II nur zwischen 5–10% der Gesamtmenge an Zertifikaten betragen hat und nur Ungarn, Irland und Litauen (in Phase I) sowie Österreich, Deutschland, die Niederlande und Großbritannien (in Phase II) von der Auktionsmöglichkeit überhaupt Gebrauch gemacht hatten, wird hingegen die Zuteilung von Berechtigungen durch Versteigerung von 2013 bis 2020 auf bis zu 70% anwachsen. Nachdem jedoch seit 2005 nur bestimmte ortsfeste Anlagen zur Strom-, Wärme- und Metallerzeugung sowie Papier- und Chemieverarbeitung von den geringen Versteigerungsquoten erfasst wurden, werden ab 2012 alle Emissionszertifikate des Luftverkehrs und ab 2013 alle Berechtigungen für Anlagen, die nicht kostenlos zugeteilt werden, versteigert (Art. 3d Abs. 1–3, Art. 10 Abs. 1 der novellierten Richtlinie 2003/87/EG).

Die Gesamtmenge der von jedem Mitgliedstaat zu versteigern den Zertifikate wird nach Art. 10 Abs. 2 in einem Dreischritt mit Blick auf die geprüften Emissionswerte aus Phase I, im Interesse eines solidarischen Wachstums in der Gemeinschaft und bereits erzielter Emissionsrückgänge im Bezugsjahr 2005 ermittelt.

Gemäß Art. 10 Abs. 4 war die Kommission verpflichtet, bis Ende Juli 2010 den Entwurf einer Verordnung über die rechtliche Ausgestaltung des Auktionierungsverfahrens vorzulegen (Auktionierungs-VO), die schließlich nach Modifikationen im Anschluss an ein Komitologieverfahren am 12.11.2010 in Kraft getreten ist.³² Die Festlegung der Verfahren durch die Auktionierungs-VO begründet sich in erster Linie durch die frühzeitigen Versteigerungen der für 2013 und 2014 bestimmten Zertifikatmengen, die bereits in den Jahren 2011 und 2012 versteigert werden (Erwägungsgrund 20 Auktionierungs-VO).

Die Auktionierungs-VO regelt insbesondere das Verfahren und den zeitlichen Ablauf der Versteigerungen, um wiederum gemäß Art. 10 Abs. 4 ein »offenes, transparentes, harmonisiertes und nicht diskriminierendes« Auktionierungsverfahren sicherzustellen, das auch für kleine und mittlere Unternehmen einen »uneingeschränkten, fairen und gleichberechtigten Zugang« zu den Versteigerungen gewährleistet.

Obleich die Kommission zunächst eine einzige Versteigerungsplattform vorgezogen hatte, konnten sich die Mitgliedstaaten schließlich mit der Kommission auf einen Kompromiss einigen, nach dem auch nationale Auktionsplattformen errichtet werden können (vgl. sogenannte opt-out-Option gemäß Art. 30), sofern die Funktionalität der Versteigerungs- und Zuteilungsverfahren gewährleistet wird.³³

Auf diese Weise müssen die Mitgliedstaaten gemeinsam mit der EU-Kommission nach Art. 26 eine EU-weite Auktionsplattform einrichten oder aber für die Errichtung mitgliedstaatlicher Plattformen sorgen. Mit Ablauf der Frist im Februar 2011 haben die Mitgliedstaaten Großbritannien, Polen und Deutschland für die Errichtung eigener, nationaler Versteigerungsplattformen votiert und entziehen sich damit der zentralisierten Plattform.³⁴

Hierbei haben die Auktionsplattformen gemäß Art. 27 Abs. 1, Art. 31 Abs. 1 und 3 in besonderer Weise den Zugang zu den Versteigerungen über das Internet zu ermöglichen, die eigentlichen Versteigerungen durchzuführen, den Auktionskalender zu verwalten sowie ein »Clearing- oder Abrechnungssystem« bereitzustellen, mit dem Auktionserlöse an den Auktionator ausgezahlt (Art. 44 f.) und die versteigerten Zertifikate an die erfolgreichen Bieter geliefert werden können (Art. 46–48).

Die auf den Auktionsplattformen in Gestalt eines elektronischen Vertrages zum Kauf angebotenen Emissionszertifikate werden durch Auktionatoren zur Versteigerung gebracht. Nach Art. 3 Nr. 20 ist Auktionator jegliche öffentliche oder private Stelle, die von einem Mitgliedstaat bestellt wird, um Zertifikate in seinem

Namen zu versteigern; zudem kann von mehreren Mitgliedstaaten auch derselbe Auktionator bestellt werden, Art. 22 Abs. 1.

»Auktionsobjekte« der Plattformen sind nach Umsetzung der rechtlichen und technischen Maßnahmen zur Lieferung der Lizenzen entweder sogenannte »2-Tages-Spots«, bei denen die versteigerten Zertifikate spätestens am zweiten Handelstag nach dem Auktionstag zu liefern (Art. 4 Nr. 3 in Verbindung Art. 38 Abs. 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006³⁵) und sogenannte »Five-day-Futures«, bei denen die versteigerten Berechtigungen spätestens am fünften Handelstag nach der Auktion abzugeben sind (Art. 4 Nr. 4 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 3 VO Nr. 1287/2006). Vor der rechtlichen Umsetzung haben die Auktionen gemäß Art. 4 Abs. 2 sogenannte »Futures« (Art. 3 Nr. 1) und »Forwards« (Art. 3 Nr. 2) zum Gegenstand.

Die Preisbildung der Zertifikate innerhalb der Auktionen erfolgt ausschließlich durch die Abgabe von Geboten über die Plattformen, die sich immerzu auf mindestens 500 Zertifikate (»Los«) oder ein Vielfaches hiervon beziehen müssen, siehe Art. 5 f.

Die Auktionierungs-VO sieht gemäß Art. 24 Abs. 1 überdies eine Überwachung der prozeduralen Gestaltung der Versteigerungen auf sämtlichen Auktionsplattformen durch eine EU-einheitliche Auktionsaufsicht vor. Zudem ist die zuständige Auktionsaufsicht verpflichtet, der Kommission monatlich über den fairen und offenen Zugang, die Transparenz, die Preisbildung und technische und verfahrenstechnische Aspekte der durchgeführten Versteigerungen sowie jährlich insbesondere über etwaige Verstöße, wettbewerbsschädigendes Verhalten oder Marktmissbrauch im Rahmen der Auktionen zu berichten, Art. 25 Abs. 1–2.

Durch die rechtliche Gestalt der Auktionierungs-VO wird innerhalb des deutschen Emissionshandelsrechts zudem lediglich das TEHG angepasst werden müssen, dessen Novelle bereits auf die Vorgaben der Auktionierungs-VO verweist, vgl. § 8 Abs. 1 des Entwurfs einer Novelle des TEHG.

Gemäß Art. 10 Abs. 1 sollte die geschätzte Menge der ab dem Jahre 2013 zu versteigern den Zertifikate von der Europäischen Kommission bis zum 31.12.2010 bestimmt und veröffentlicht werden. Bislang hat die Kommission jedoch die Mengenschätzung der zu versteigern den Emissionsberechtigungen noch nicht veröffentlicht. Nur die Auktionierungs-VO führt hierzu in Art. 10 Abs. 2 aus, dass sich die Anzahl der in den Jahren 2013 und 2014 versteigerten Zertifikate aus der gemäß den Art. 9 und 9a der EU-EHS-Richtlinie für das betreffende Kalenderjahr festgelegten Zertifikatmenge er-

32 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1031/10 der Kommission »über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft«, ABl. L 302/1 vom 18.11.2010; zur rechtlichen Grundlage der Durchführung des Komitologieverfahrens siehe Art. 10 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 3 der novellierten Richtlinie 2003/87/EG, bezugnehmend auf Beschluss Nr. 1999/468/EG des Rates vom 28.6.1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. L 184/23 vom 17.7.1999; durch die Neuregelungen in Art. 290 und Art. 291 AEUV ist das Komitologieverfahren in Bezug auf künftige Rechtsakte überholt, bleibt jedoch für bereits bestehende Rechtsakte, die auf den Komitologiebeschluss verweisen, in seiner bisherigen Form bis zur Anpassung der Basisrechtsakte an die neue Rechtslage anwendbar, vgl. König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage 2010, § 2 Rn. 100, 106; siehe zudem Wichard, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 202 EGV Rn. 12 ff.

33 Siehe hierzu das Dokument IP/10/948 (14.7.2010) der EU-Kommission.

34 Vgl. die Ankündigung der EU-Kommission vom 21.2.2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/clima/news/news_2011_02_en.htm.

35 Siehe Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 der Kommission vom 10.8.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufzeichnungspflichten für Wertpapierfirmen, die Meldung von Geschäften, die Markttransparenz, die Zulassung von Finanzinstrumenten zum Handel und bestimmte Begriffe im Sinne dieser Richtlinie, ABl. L 241/1 vom 2.9.2006.

mittelt, abzüglich der nach Art. 10a Abs. 7 und Art. 11 Abs. 2 der genannten Richtlinie kostenlos zugeteilten Zertifikate und abzüglich der Hälfte der Gesamtmenge der 2011 und 2012 versteigerten Zertifikate. Eine detaillierte Bestimmung der zu versteigernden Zertifikate steht damit hingegen noch aus.

D. Transfer von Emissionszertifikaten zwischen EHS-Handelsphasen

Mit der Novellierung der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG wurde nicht nur die Struktur für die Zuteilung der Emissionszertifikate geändert. Auch Nutzung und insbesondere Transfer von bereits bewilligten, aber noch nicht eingelösten Emissionszertifikaten aus projektbasierten Reduktionsmechanismen (CDM und JI) in nachfolgende Handelsphasen wurden für Phase III angepasst.

Besonders die Überführung von Projektgutschriften in neue Zertifikate stellt hierbei einen regulatorischen Problembereich dar, der gegenwärtig ein ausgesprochen niedriges Niveau an Rechtssicherheit aufweist, an dem aber gleichzeitig ein hohes praktisches Interesse beteiligter Unternehmen und Anlagenbetreiber besteht.

Mit Blick auf die unterschiedliche Ausgestaltung (siehe Abschnitt zu »(Dys-)Funktionalität und Reduktionswirkung des EU-Emissionshandels«) von CERs (Certified Emission Reductions) und ERUs (Emission Reduction Units), die auf der Grundlage von Art. 6 des Kyoto-Protokolls generiert werden, erweist sich der Transfer von alten CDM/JI-Gutschriften in neue European Union Allowances (EUA)³⁶ als kompliziert, auch wenn die novellierte Emissionshandelsrichtlinie vorsieht, neue projektbasierte Mechanismen zu beginnen und bereits laufende Projekte fortzusetzen.³⁷

Die rechtlichen Voraussetzungen zum Transfer von Reduktionsgutschriften und zur weiteren Nutzung bereits bewilligter Projekte finden sich in Art. 11a der novellierten Richtlinie 2003/87/EG. Erste Bedingung für eine Übertragung von CER/ERU in EUA ist jedoch zunächst, dass die Nutzung der Gutschriften überhaupt bereits nach Art. 11a Abs. 8 bewilligt oder das Nutzungskontingent des EHS-Teilnehmers nicht vollständig ausgeschöpft wurde. Hiernach dürfen CER/ERU-Gutschriften nach 2013 im Rahmen des EHS – ohne Abschluss eines Kyoto-Nachfolgeabkommens – durch Umtausch in zusätzliche EUAs nur in solchen Fällen genutzt werden, sofern

- die tatsächliche Emissionsminderung bereits vor 2013 erzielt worden ist und die Gutschriften bis zum 31.3.2015 getauscht wurden (Art. 11a Abs. 2),
- die Emissionsminderungen erst nach 2013 eintreten, das Projekt jedoch bereits vor 2013 genehmigt wurde (Art. 11a Abs. 3), oder
- die CER-Emissionsverringerungen zwar erst in der Zeit nach 2013 eintreten, hingegen nach 2013 in den am wenigsten entwickelten Ländern begonnen werden (Art. 11a Abs. 4 i.V.m. Erwägungsgrund (31) der Richtlinie 2009/29/EG).³⁸

Überdies können nach 2013 auch solche Gutschriften aus Projekten oder anderen emissionsreduzierenden Tätigkeiten sowie Projektmaßnahmen innerhalb des Gemeinschaftssystems genutzt werden, die im Rahmen von Abkommen mit Drittländern durchgeführt werden, nachdem bis zum 31.12.2009 kein Kyoto-Folgeabkommen verabschiedet wurde. Wird jedoch der Abschluss eines internationalen Abkommens über den Klimawandel erzielt, werden ab 1.1.2013 im Rahmen des Gemeinschaftssystems nur Gutschriften für Projekte in Drittländern zugelassen, die das Folgeabkommen ratifiziert haben (Art. 11a Abs. 7).

Das eigentliche Umtausch-Verfahren nach Art. 11a wird eingeleitet mit einem Antrag auf Übertragung der Gutschriften durch den »Betreiber« (vgl. beispielsweise Art. 11a Abs. 2). Hiernach ist davon auszugehen, dass eine Übertragung der Rechte nur an sol-

che Betreiber möglich ist, die selbst über freie Nutzungskapazitäten verfügen, nachdem der Umtauschmechanismus von Gutschriften selbst keinen Zertifikatehandel sui generis zur Folge haben soll. Nach dem Wortlaut der Absätze 2–4 des Art. 11a ist zudem anzunehmen, dass die zuständigen Behörden beim Umtausch von Gutschriften über keinen Ermessensspielraum verfügen, sondern einer gebundenen Entscheidung unterliegen. Anders ließe sich allenfalls nach dem Wortlaut argumentieren, sofern auf die ermessenseinräumende Bedeutung eingegangen würde, dass die Betreiber »die zuständige Behörde darum ersuchen« können, einen Umtausch vorzunehmen.³⁹

Die eigentliche Nutzung der CER/ERU-Gutschriften in Phase III wiederum wird durch die nach Art. 11a Abs. 8 vorskizzierten (Mindestnutzungs-)Quoten bestimmt: Für bestehende Anlagen besteht hiernach die Möglichkeit, im Zeitraum zwischen 2008 und 2020 entweder vollständig die Gutschriften zu nutzen, die für die Jahre von 2008 bis 2012 gestattet wurden, oder aber mindestens 11 % der ihnen zugeteilten Emissionsberechtigungen des Zeitraums 2008–2012, je nachdem, welche die höhere ist. Neue Marktteilnehmer hingegen sind befugt, CER/ERU-Gutschriften im Umfang von mindestens 4,5 % ihrer geprüften Emissionen in der dritten Handelsphase zu nutzen.⁴⁰ Ferner können Luftfahrzeugbetreiber Gutschriften von mindestens 1,5 % ihrer geprüften Emissionen im Zeitraum zwischen 2013 und 2020 gebrauchen. Um jedoch sicherzustellen, dass die zugelassene Höchstnutzung von Gutschriften insgesamt 50 % der gemeinschaftsweiten Reduktionen aus dem Zeitraum von 2008 bis 2020 (Basisjahr 2005) und 50 % der gemeinschaftsweiten Reduktionen neuer Sektoren und der Luftfahrt vom Zeitpunkt ihrer Einbeziehung in das Gemeinschaftssystem bis 2020 nicht überschreitet, kann die Kommission Maßnahmen erlassen, die jeweils angepasste Quoten vorsehen würden (Art. 11a Abs. 8 Unterabsätze 4–5). Gleichzeitig werden diese Regelungen durch den Wortlaut von Art. 11a Abs. 9 untergraben, wonach ebensolche Maßnahmen ab dem 1.1.2013 auf sektorale Verwendungsbeschränkungen von Gutschriften aus bestimmten Projekttypen angewandt werden können. Mit Blick auf Memo/08/796 der EU-Kommission vom 17.12.2008 zur Beschreibung und Erklärung der EHS-Änderungen kann deshalb angenommen werden, dass vornehmlich Zertifikate aus Senkenprojekten, aus Projekten der Flächennutzung und der Forstwirtschaft (Reducing Emissions from Deforestation and Degradation – REDD) Beschränkungen unterliegen werden, nachdem die Kommission die Position darlegt, dass diese Sektoren durch andere Regelungsinstrumente effektiver geschützt würden. Neben der rechtlichen Auslegung und der unbestimmten Tragweite von Art. 11a Abs. 9 zeigen sich jedoch weitere Umsetzungsfragen im Zusammenhang mit der Nutzung von CER/ERU-Gutschriften, auf die – zur Perpetuierung der funktionalen Stabilität des EHS in Pha-

36 EUA stellt die Handelseinheit nach dem EHS dar und berechtigt zur Emission von 1 Tonne CO₂.

37 Vgl. die Ausführungen im Jahresbericht der Unterarbeitsgruppe 3 »Rechtliche und institutionelle Fragen«, Arbeitsgruppe Emissionshandel zur Bekämpfung des Treibhauseffektes, S. 19 f. abrufbar unter: http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/jahresbericht_2009_uag3_bf.pdf.

38 Besonders die letzte Konstellation zielt darauf ab, die Einlösung jener Gutschriften aus Projekten sicherzustellen, die erst in den Jahren nach 2012 realisiert werden, um auf diese Weise die Anzahl von CDM-Projekten in den am wenigsten entwickelten Ländern immerhin zu stabilisieren, vgl. Erwägungsgrund (31) der Richtlinie 2009/29/EG.

39 Siehe hierzu den Jahresbericht der Unterarbeitsgruppe 3 »Rechtliche und institutionelle Fragen«, Arbeitsgruppe Emissionshandel zur Bekämpfung des Treibhauseffektes, S. 20.

40 Neue Marktteilnehmer sind Betreiber solcher Anlagen, die Emissionsgenehmigungen erstmals nach dem 30.6.2011 erhalten oder die weder kostenlose Zuteilungen noch Anspruch auf Nutzung von CER und ERU im Zeitraum von 2008 bis 2012 kommen haben, vgl. Art. 11a Abs. 8 UAbs. 3.

se III und der Integrationsfähigkeit der projektbasierten Mechanismen – baldige Antworten gefunden werden sollten.

E. Ausblick

Die Novellierung der EHS-Richtlinie zur Anpassung der Zuteilungsmechanismen und zur Integration zentralisierter CO₂-Emissionskapazitäten hat eine veränderte Ordnungsstruktur des EU-Emissionshandels zur Folge, die von besonderer Bedeutung für die Einhaltung der ambitionierten Reduktionsverpflichtungen Europas in der dritten Handelsphase sein wird. Besonders die Abkehr von der dezentralisierten cap-Struktur hin zu einer EU-einheitlichen Emissionsobergrenze weist den Weg für eine relevante, policy-induzierte Reduktion von Treibhausgasen und für eine perspektivische Integration regionaler und überregionaler Handelssysteme in das EU-EHS.

Gleichzeitig steht die Kapazitäts- und Reduktionsentwicklung des Emissionshandels in der EU – neben der internen Strukturreform – in enger Abhängigkeit zum Ausgang der Verhandlungen der internationalen Gemeinschaft über ein Nachfolgeabkommen des Kyoto-Protokolls. Angesichts der rechtlichen Unverbindlichkeit des Copenhagen Accords⁴¹ und der Cancún Agreements,⁴² die aus den internationalen Klimakonferenzen im Dezember 2009 in Kopenhagen (Dänemark) und im Dezember 2010 in Cancún (Mexiko) hervorgegangen waren, hat die Verhandlungsrunde bis zur nächs-

ten Conference of the Parties XVII in Durban (Südafrika) Ende 2011 wesentlichen Einfluss auf die zukünftige Ausgestaltung des EHS – nicht zuletzt mit Blick auf die skizzierten Maßnahmen nach Art. 11a Abs. 8–9 Richtlinie 2003/87/EG bei der Integration von JI- und CDM-Mechanismen.

Moritz Hartmann, LL.M.

Doktorand am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europäische Integration (Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M.), Fachbereich Rechtswissenschaften, Freie Universität Berlin, E-Mail: mhartmann@rewis.fu-berlin.de

Aktuelle Veröffentlichungen: »Lost In Disordered Clouds: Transnational Legal Pluralism and the Regulation of Global Asymmetries« – Mireille Delmas-Marty's Ordering Pluralism, German Law Journal 2010, S. 1025-1037; Globaler Klimawandel und Europäischer Rechtspluralismus, EuR 2011 (im Erscheinen)

41 Vgl. Decision 2/CP.15 (Copenhagen Accord) der *Conference of the Parties* vom 18.12.2009, abrufbar unter: <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11a01.pdf#page=4>.

42 Vgl. die verabschiedeten Entscheidungen und Vereinbarungen der *Conference of the Parties* XVI in Cancún unter: http://unfccc.int/files/meetings/cop_16/application/pdf/cop16_lca.pdf.

RECHTSPRECHUNG

»Gen-Milch« ist zulässige Meinungsäußerung

BVerfG, Beschluss vom 8. September 2010 – 1 BvR 1890/08

Leitsätze:

1. Der Begriff »Gen-Milch« kann als eine in tatsächlicher Hinsicht substanzarme zusammenfassende Bewertung des Geschäftsgebarens der Beschwerdeführerin bewertet werden.
2. Der Bundesgerichtshof durfte daher bei der Abwägung zwischen den beiderseits betroffenen rechtlich geschützten Interessen maßgeblich darauf abstellen, dass die Kritik nicht jeglichen zutreffenden tatsächlichen Anknüpfungspunkten entbehrt, weil die Unternehmen der Beschwerdeführerin nicht im gesamten Produktionsprozess auf gentechnische Verfahren verzichten.

Aus den Gründen:

[1] Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Abweisung einer auf die Unterlassung geschäftsschädigender Äußerungen gerichteten Zivilklage.

[2] I.1. a) Die Beschwerdeführerin ist die Konzernobergesellschaft einer international tätigen Unternehmensgruppe für Milch- und Molkereiprodukte. Die zu ihrem Konzern gehörenden Unternehmen verarbeiten in ihren Produkten Milch von Kühen, die auch gentechnisch veränderte Futtermittel, insbesondere gentechnisch

veränderten Mais erhalten haben. [3] Der Beklagte des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Beklagter) ist ein eingetragener Verein, der sich neben dem Umwelt- und Tierschutz die Aufklärung der Verbraucher über seiner Ansicht nach bestehende Risiken von Produkten, insbesondere infolge des Einsatzes gentechnisch veränderter Organismen bei der Lebensmittelerzeugung, zum Ziel gesetzt hat. Er hält die gesetzlichen Bestimmungen über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung derartiger Lebensmittel für unzureichend. Deshalb forderte er die Beschwerdeführerin auf, ihren Milchlieferanten zur Auflage zu machen, auf gentechnisch veränderte Futtermittel zu verzichten. Nachdem die Beschwerdeführerin dieser Forderung nicht nachgekommen war, wies der Beklagte auf sein Anliegen in Publikationen und durch verschiedene öffentliche Aktionen unter Verwendung des Begriffs »Gen-Milch« hin. Wegen der Einzelheiten wird verwiesen auf die Gründe des hier angegriffenen Urteils des Bundesgerichtshofs vom 11. März 2008 – VI ZR 7/07 – (veröffentlicht in NJW 2008, S. 2110).

[4] Die Beschwerdeführerin sieht in der Formulierung »Gen-Milch« in Bezug auf ihre Erzeugnisse die unwahre Tatsachenbehauptung, dass die von ihren Unternehmen verarbeitete Milch ihrerseits gentechnisch behandelt sei. Sie nahm den Beklagten daher zunächst im einstweiligen Verfügungsverfahren und sodann mit einer Hauptsacheklage bei dem Landgericht Köln auf Unterlassung in Anspruch. (...)

[5] b) Die Beschwerdeführerin wandte sich hiergegen [d.h.: das klagabweisende Urteil des OLG Köln, die Red.] mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision. Mit dem hier angegriffenen Urteil vom 11. März 2008 wies der Bundesgerichtshof das Rechts-

mittel zurück. Zu Recht habe das Berufungsurteil einen Unterlassungsanspruch der Beschwerdeführerin entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1, § 824 BGB verneint. Zwar sei durch die Verwendung des Begriffs »Gen-Milch« für Produkte der Beschwerdeführerin sowohl deren Persönlichkeitsrecht als auch deren Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen (...). [6] Der Gebrauch des Begriffs »Gen-Milch« durch den Beklagten genieße aber den Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit. Diesem komme bei der gebotenen Abwägung gegen die ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen der Beschwerdeführerin der Vorrang zu. Zutreffend habe das Berufungsgericht insoweit maßgeblich darauf abgestellt, dass der beanstandeten Formulierung keine unwahre Tatsachenbehauptung zu entnehmen sei, weil der Begriff »Gen-Milch« substanzarm sei und keinen greifbaren Bedeutungsgehalt aufweise. Zwar könne auch eine schlagwortartig verkürzte Wiedergabe, selbst wenn sie sich wertender Begriffe bediene, eine unrichtige Tatsachenbehauptung darstellen, dies gelte jedoch dann nicht, wenn der benutzte Begriff selbst so substanzarm sei, dass sein Charakter als Tatsachenbehauptung gegenüber der subjektiven Wertung ganz zurücktrete. (...)

[19] II. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg, denn sie ist jedenfalls unbegründet. [20] Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Bundesgerichtshof die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs der Klägerin aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1, § 824 BGB verneint hat. Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften des bürgerlichen Rechts sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte, die hierbei allerdings die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen haben, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; 85, 1 <13>; 99, 185 <196>; 114, 339 <348>; stRSpr). Die Beachtung dieses Erfordernisses unterliegt der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht. (...)

[21] Auch nach diesem Maßstab begegnet das angegriffene Urteil indes keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere durfte der Bundesgerichtshof den auf die Produkte der Beschwerdeführerin bezogenen Begriff »Gen-Milch« als substanzarme Äußerung ansehen und seine Verwendung hiervon ausgehend als zulässig beurteilen. Entgegen der Auffassung der Verfassungsbeschwerde steht dies nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu mehrdeutigen Tatsachenbehauptungen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass einer auf die künftige Unterlassung einer Behauptung gerichteten Klage bereits dann stattzugeben ist, wenn die fragliche Tatsachenbehauptung einen mehrdeutigen Gehalt aufweist und in einer der nicht fern liegenden Deutungsvarianten das allgemeine Persönlichkeitsrecht des von ihr Betroffenen verletzt, weil dieses die Meinungsfreiheit des Äußernden im konkreten Fall überwiegt (vgl. BVerfGE 114, 339 <350> – Stolpe –). [22] Dies ändert aber nichts daran, dass es den Fachgerichten obliegt, zunächst zu ermitteln, ob ein derartiger Fall der Mehrdeutigkeit im zu entscheidenden Fall gegeben ist oder ob der Äußerung durch die gebotenen Auslegungsbemühungen ein eindeutiger Aussagegehalt beigemessen werden kann, weil theoretisch mögliche Deutungsalternativen sich am Maßstab des unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittsrezipienten als fern liegend erweisen. Hinsichtlich der Deutung der Aussage lassen sich der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts keine von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden Maßgaben entnehmen. Von daher besteht insbesondere auch kein Anlass, in größerem Umfang als bisher zu der Annahme eines im Rechtssinne mehrdeutigen Aussagegehalts zu gelangen.

[23] Angesichts dessen ist die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Deutung des Begriffs »Gen-Milch« verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar ist – wie das angegriffene Urteil auch nicht verkennt – die Formulierung für sich genommen nicht eindeutig, sondern lässt eine Vielzahl von Verständnismöglichkeiten zu. Zu Recht hat der Bundesgerichtshof hieraus aber nicht die von der Verfassungsbeschwerde geforderte Konsequenz gezogen, der weiteren rechtlichen Prüfung diejenige Deutungsvariante zugrunde zu legen, die die intensivste Beeinträchtigung der Rechte der Beschwerdeführerin darstellen würde. Dieses Vorgehen ist nämlich nur bei solchen Äußerungen verfassungsrechtlich geboten, die von dem maßgeblichen Durchschnittspublikum überhaupt als eine geschlossene, aus sich heraus aussagekräftige Tatsachenbehauptung wahrgenommen werden (und insoweit dann aber mehrdeutig sind). Anders liegt es hingegen bei Äußerungen, die in einem Maße vieldeutig erscheinen, dass sie gar nicht als eigenständige Behauptung eines bestimmten Sachverhalts verstanden, sondern ohne Weiteres als in tatsächlicher Hinsicht unvollständig und ergänzungsbedürftig erkannt werden, wie dies häufig bei Slogans und schlagwortartigen Äußerungen der Fall sein wird (vgl. BVerfGE 61, 1 <9 f.>), die lediglich die Aufmerksamkeit des Publikums erregen und Anreiz zu Nachfragen oder zu der Rezeption weiterer Informationsquellen bieten sollen. In einem solchen Fall fehlt es an einer konkreten Tatsachenbehauptung, die geeignet wäre, zu auf falsche Sachaussagen gestützten Fehlvorstellungen der Rezipienten beizutragen. Die Meinungsfreiheit, die auch das Recht aufmerksamkeitserregender Zuspitzungen und polemischer Pointierungen umfasst, steht hier einer Untersagung der Äußerung wegen ihrer Mehrdeutigkeit vielmehr entgegen.

[24] Dass der Bundesgerichtshof den hier Streitgegenständlichen Begriff »Gen-Milch« in diesem Sinn als erkennbar ergänzungsbedürftige, schlagwortartige Äußerung, die ihren genauen Sinn erst im Rahmen einer Gesamtkampagne erhält, beurteilt hat, überschreitet den fachgerichtlichen Wertungsrahmen nicht. Insbesondere stehen dieser Beurteilung die Ergebnisse der im Auftrag der Beschwerdeführerin durchgeführten Verbraucherbefragung nicht entgegen. Dass diese sehr unterschiedliche Vorstellungen über die Begriffsbedeutung offenbart hat, bestätigt vielmehr – wie der Bundesgerichtshof zutreffend ausgeführt hat – gerade die Substanzarmut der Äußerung. (...)

[26] Infolge der Einstufung des Begriffs »Gen-Milch« als in tatsächlicher Hinsicht substanzarme zusammenfassende Bewertung des Geschäftsgebarens der Beschwerdeführerin durfte der Bundesgerichtshof bei der Abwägung zwischen den beiderseits betroffenen rechtlich geschützten Interessen maßgeblich darauf abstellen, dass die Kritik immerhin nicht jeglichen zutreffenden tatsächlichen Anknüpfungspunkt entbehrt, weil die Unternehmen der Beschwerdeführerin nicht im gesamten Produktionsprozess auf gentechnische Verfahren verzichten. Hinzu kommt, dass nach den von der Beschwerdeführerin nicht angegriffenen Feststellungen der Fachgerichte in sämtlichen Fällen der Verwendung des Begriffs »Gen-Milch« durch den Beklagten dieser Bezug aus dem Äußerungskontext deutlich wurde. [27] Auch gegen die übrigen vom Bundesgerichtshof herangezogenen Abwägungsgesichtspunkte bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt namentlich für die Annahme, dass es sich bei der Frage nach möglichen Risiken der Anwendung gentechnischer Verfahren im Zuge der Lebensmittelherstellung um ein Thema von hohem öffentlichen Interesse handelt, sowie für die Erwägungen, aufgrund deren der Bundesgerichtshof eine unzulässige Anprangerung der Beschwerdeführerin abgelehnt hat (vgl. hierzu nur BVerfGK 8, 107 <115>). (...)

Gewässereigenschaft bei »verrohrter« Wasserführung

BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 7 C 3.10

Leitsatz:

Die Gewässereigenschaft entfällt für den Bereich einer unterirdischen Wasserführung nicht ohne Weiteres dann, wenn diese das Wasser von einem Gewässer in das nächste leitet; auch in diesem Fall ist nach materiellen Kriterien zu beurteilen, ob durch die Verrohrung eine Absonderung des Wassers aus dem unmittelbaren Zusammenhang des natürlichen Wasserhaushalts bewirkt wird (Abweichung vom Urteil vom 31. Oktober 1975 – BVerwG 4 C 43.73 – BVerwGE 49, 293).

Aus den Gründen:

[1] I Der Kläger wendet sich gegen die Pflicht zur Unterhaltung eines verrohrten Teilstücks der Alten Saale.

[2] Dem Kläger, einem Wasser- und Bodenverband nach § 105 Abs. 1 des Wassergesetzes für das Land Sachsen-Anhalt – WG LSA –, obliegt nach § 104 Abs. 1 WG LSA die Unterhaltung der in seinem Gebiet vorhandenen Gewässer zweiter Ordnung i.S.v. § 68 Abs. 1, § 70 WG LSA. Das Verbandsgebiet des Klägers wird unter anderem von der Alten Saale durchflossen. Ab der Kreuzung mit einem Altdeich ist sie bis zu ihrer Mündung in die Saale unterhalb der Schleuse Calbe auf einer Länge von 524 m in ein Rohr gefasst. Die Rohrleitung verläuft zunächst über eine Strecke von etwa 400 m landseitig parallel zum rechten Saale-Hauptdeich, bis sie diesen nach einem Schachtbauwerk auf der Höhe des unteren Schleusentors kreuzt. Nachdem eine Kamerabefahrung ergeben hatte, dass das Rohr schadhaft ist und der Instandsetzung bedarf, der Kläger eine Verantwortlichkeit allerdings verneint hatte, stellte der Rechtsvorgänger des Beklagten mit Bescheid vom 23. August 2004 fest, dass es sich bei der Alten Saale um ein Gewässer zweiter Ordnung handele, die Unterhaltung dem Kläger obliege und die Unterhaltungspflicht auch die Verrohrung der Alten Saale umfasse. Des Weiteren wurde dem Kläger aufgegeben, die beschädigte Rohrleitung einschließlich der dazugehörigen Bauwerke und Armaturen unverzüglich instand zu setzen bzw. zu erneuern sowie einen Terminplan für die Arbeiten vorzulegen. [...]

[3] Den Widerspruch des Klägers wies das Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit Widerspruchsbescheid vom 27. Juli 2005 zurück. [...]

[4] Die hiergegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht ab. [...]

[5] Auf Antrag des Klägers hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung gegen das Urteil nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen. [...]

[6] Durch Urteil ohne mündliche Verhandlung hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Alte Saale habe ihre Eigenschaft als oberirdisches Gewässer im Bereich der Verrohrung nicht verloren. Auch in der vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 31. Oktober 1975 – BVerwG 4 C 43.73 – (BVerwGE 49, 293 = Buchholz 445.4 § 1 WHG Nr. 4) entschiedenen Fallkonstellation sei eine wertende Beurteilung geboten. Danach sei die Verbindung zum natürlichen Wasserhaushalt hier nicht unterbrochen. Zwar verhindere die Verrohrung natürliche Prozesse wie Verdunstung, Versickerung, Auffangen von Regenwasser und Auffangen von aufsteigendem Grundwasser. Das sei aber bei jeder Verrohrung der Fall. Besonderes Gewicht sei dem Umstand beizumessen, dass das Wasser auch im verrohrten Bereich im natürlichen Gefälle fließe und dort weder einer technischen Behandlung oder Nutzung zu-

geführt noch durch sonstige Einflussnahme in seiner Zusammensetzung verändert werde. Zudem diene die Verrohrung lediglich wasserwirtschaftlichen Zwecken, weil sie nur dazu bestimmt sei, das Wasser der Alten Saale durch den Saaledeich zu leiten und in Deichnähe kontrolliert abfließen zu lassen. Letztlich sei die Länge der Verrohrung zwar nicht als geringfügig anzusehen, andererseits werde aber nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der Alten Saale im streitgegenständlichen Bereich umfasst.

[7] Zur Begründung seiner vom Senat mit Beschluss vom 8. März 2010 – BVerwG 7 B 31.09 – wegen Divergenz und wegen eines Verfahrensmangels zugelassenen Revision macht der Kläger geltend, dass das Oberverwaltungsgericht gegen das Gebot rechtlichen Gehörs und den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen habe. Es habe ihn im Verlauf des Verfahrens und insbesondere in der Anfrage zum Verzicht auf mündliche Verhandlung nicht darauf hingewiesen, dass es an der anfänglich im Beschluss über die Berufungszulassung geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr festhalten wolle. In der Sache bezieht er sich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach der es in der vorliegenden Fallkonstellation auf eine wertende Beurteilung, ob die Verbindung zum natürlichen Wasserhaushalt unterbrochen werde, nicht mehr ankomme. Dies gelte ausnahmslos.

[8] Der Beklagte verteidigt das angefochtene Berufungsurteil.

[9] II Die zulässige Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verletzt zwar revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1, § 138 Nr. 3 VwGO), es erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). [...]

[13] 2. [...] Denn auf der Grundlage der für den Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO bindenden Tatsachenfeststellungen hat das Oberverwaltungsgericht die Abweisung der Klage in der Sache ohne Verstoß gegen Bundesrecht bestätigt.

[14] a) Das Oberverwaltungsgericht hat über die Frage nach der rechtlichen Einordnung des verrohrten Abschnitts der Wasserführung als oberirdisches Gewässer und der daraus gemäß § 104 Abs. 1 WG LSA folgenden Unterhaltungslast des Klägers auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a WG LSA entschieden. Die Auslegung dieser landesrechtlichen Vorschrift unterliegt revisionsgerichtlicher Überprüfung. Das folgt aus dem Regelungszusammenhang, in dem die Norm im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung stand und auch jetzt noch steht.

[15] Der Landesgesetzgeber hat den Begriff des oberirdischen Gewässers in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a WG LSA wörtlich aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG a.F. übernommen. Das auf der Grundlage der Vorschrift des Art. 75 Nr. 4 GG a.F. als Rahmenrecht erlassene und gemäß Art. 125b Abs. 1 Satz 1 GG als solches zunächst fortgeltende Wasserhaushaltsgesetz enthielt insoweit eine partielle Vollregelung. Mittlerweile hat der Bundesgesetzgeber durch den Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009 (BGBl I S. 2585) mit Wirkung vom 1. März 2010 von der ihm in Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG zugewiesenen konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für das Wasserrecht Gebrauch gemacht und dabei in § 3 Nr. 1 WHG den Begriff des oberirdischen Gewässers gleichlautend mit dem bisherigen Recht definiert. Fragen, die in Anwendung dieses Begriffs im Berufungsurteil aufgeworfen werden, sind daher weiterhin Fragen, die in Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Regelung des Wasserhaushaltsgesetzes zu entscheiden sind (vgl. Beschluss vom 13. Mai 1987 – BVerwG 7 B 72.87 – Buchholz 402.43 § 12 MRRG Nr. 1).

[16] b) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG a.F., § 3 Nr. 1 WHG n.F. ist unter einem oberirdischen Gewässer das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser zu verstehen. Das Oberverwaltungsgericht hat auch die verrohrte Wasserführung der Untergruppe der in einem Bett fließenden Gewässer zugeordnet. Es hat dabei nicht nur auf die örtliche Lage der

Verrohrung – hier als letztes Teilstück bis zur Einleitung in die Saale – abgestellt, sondern unter Bezugnahme insbesondere auf das Urteil des 9. Senats vom 15. Juni 2005 – BVerwG 9 C 8.04 – (Buchholz 401.64 § 2 AbwAG Nr. 2) eine wertende Betrachtung angestellt. Damit ist es, wie der Senat im Zulassungsbeschluss dargelegt hat, von der Rechtsprechung des 4. Senats (Urteil vom 31. Oktober 1975 – BVerwG 4 C 43.73 – BVerwGE 49, 293 <298 f.>) abgewichen, für die es in dieser Fallkonstellation auf eine wertende Betrachtung nicht mehr ankommen kann. An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest.

[17] aa) Kennzeichnend für ein oberirdisches Gewässer ist die nicht nur gelegentliche Wasseransammlung in einem Gewässerbett (vgl. Beschluss vom 16. Juli 2003 – BVerwG 7 B 61.03 – Buchholz 445.4 § 1 WHG Nr. 6). Dabei meint ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff des Gewässerbettes eine äußerlich erkennbare natürliche oder künstliche Begrenzung des Wassers in einer Eintiefung an der Erdoberfläche. Befindet sich das Wasser an einem solchen Ort, ist es in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden und hat Anteil an den Gewässerfunktionen. In dieser Eigenschaft soll es der wasserrechtlichen Benutzungsordnung unterliegen und nach Menge und Güte durch deren Instrumentarium gesteuert werden (vgl. Urteil vom 15. Juni 2005 – BVerwG 9 C 8.04 – Buchholz 401.64 § 2 AbwAG Nr. 2). Allgemein anerkannt ist jedoch, dass das Vorliegen eines Gewässerbettes als Ansatzpunkt des wasserrechtlichen Regelungsprogramms nicht in dem Sinne zwingende Voraussetzung der Einordnung als oberirdisches Gewässer ist, dass jegliche Unterbrechung im oberirdischen Wasserlauf durch unterirdische Teilstrecken – etwa in Felsdurchlässen oder -höhlungen, in Rohren, Tunneln oder Düchern – zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führt (siehe Urteil vom 31. Oktober 1975 – BVerwG 4 C 43.73 – a.a.O. S. 298; Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 3 Rn. 13; Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme, WHG, § 1 WHG a.F. Rn. 9 f.; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 121 m.w.N.).

[18] bb) Diese Erkenntnis findet allerdings nicht im Begriff »zeitweilig« ihren normativen Ansatzpunkt (so aber Guckelberger, in: BeckOK Umweltrecht, § 3 WHG Rn. 4; OVG Weimar, Beschluss vom 28. Mai 2009 – 4 EO 347/08 – juris Rn. 20). Denn dieser Begriff bezieht sich nicht auf das abschnittsweise Fehlen eines Gewässerbettes, sondern darauf, dass das Wasser bei (regelmäßig oder unregelmäßig) wiederkehrenden Verhältnissen, also nicht nur gelegentlich, am betreffenden Ort steht oder fließt (vgl. Czychowski/Reinhardt, a.a.O. § 3 Rn. 14; Knopp, a.a.O. Rn. 7; OVG Schleswig, Urteil vom 15. Dezember 1999 – 2 L 3/98 – NuR 2000, 294 = juris Rn. 25). Sie folgt indessen aus dem am Regelungszweck des Wasserrechts orientierten Gebot, eine Wasserführung erst dann aus dem wasserrechtlichen Regelungsregime zu entlassen, wenn mit dem Wegfall des Gewässerbettes eine Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt einhergeht.

[19] cc) Der 4. Senat hat in seinem Urteil vom 31. Oktober 1975 – BVerwG 4 C 43.73 – (a.a.O. S. 298 f.) das Vorliegen einer für die Gewässereigenschaft unschädlichen unterirdischen Teilstrecke (nur) dann als möglich erachtet, wenn diese in den Verlauf eines oberirdischen Gewässers fällt. Die Frage, ob insoweit der Verlauf des Gewässers durch die Teilstrecke ohne Gewässerbett unterbrochen wird, beantwortet die Entscheidung nach einem formalen, auf das jeweilige Gewässer bezogenen Verständnis, nicht aber im Wege einer materiellen Betrachtungsweise bezogen auf die Teilhabe am natürlichen Wasserkreislauf, der sich nicht auf das einzelne Gewässer beschränkt. Dieser formale Ansatz ermöglicht zwar eine klare Abgrenzung, wenn das Gewässer auf dem letzten Teilstück verrohrt ist. Für die unterschiedliche wasserrechtliche Einordnung je nach Lage der unterirdisch geführten Teilstrecke als Zwischen- oder als Endstück eines Gewässers fehlt es aber an einem angesichts

des Regelungszwecks des Wasserhaushaltsgesetzes überzeugenden Grund.

[20] Der Maßstab für den Verlust der Gewässereigenschaft ist letztlich die Absonderung vom natürlichen Gewässerhaushalt, die sich insbesondere in der Beeinträchtigung der Gewässerfunktionen zeigt. Ob diese bei einer Unterbrechung der offenen Wasserführung von einem solchen Gewicht ist, dass der Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt gelöst erscheint, muss sich daran messen lassen, ob das Wasser weiterhin in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden ist. Hierfür ist unbeachtlich, ob das Gewässer vor und nach der unterirdischen Wasserführung rechtlich identisch ist. Vielmehr kann die Einbindung in den natürlichen Wasserkreislauf bei einer funktionsbezogenen, an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierten Betrachtungsweise auch dann zu bejahen sein, wenn die unterirdische Wasserführung das Wasser von einem Gewässer in das nächste leitet (so auch Breuer, a.a.O. Rn. 130 S. 103). Demgegenüber endet die Gewässereigenschaft, wenn der Wasserlauf vollständig in eine Abwasseranlage einbezogen wird (vgl. Czychowski/Reinhardt, a.a.O. § 2 Rn. 8, § 3 Rn. 25; Queitsch, in: Queitsch/Koll-Sarfeld/Wallbaum, Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, § 1 Rn. 5 f.).

[21] c) Hiernach hat das Oberverwaltungsgericht im angefochtenen Urteil bei der rechtlichen Einordnung des verrohrten Abschnitts der Alten Saale zu Recht eine wertende Betrachtung vorgenommen und mit diesem rechtlichen Maßstab Bundesrecht nicht verletzt.

Zumutbarkeit von Erschütterungen und Lärm im Schienenverkehr

BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 2010 – 7 A 14.09

Leitsätze:

1. Bei der Bewertung der Zumutbarkeit der vom Schienenverkehr ausgehenden Erschütterungen ist die Festsetzung einer auf die Beurteilungsschwingstärke nach der DIN 4150 Teil 2 bezogenen Wahrnehmungsschwelle von 25 % beim derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis in der Regel nicht zu beanstanden. [Rn. 31-38]
2. Bei der Bewertung der Zumutbarkeit des von oberirdischen Eisenbahnstrecken hervorgerufenen sekundären Luftschalls können die Innenraumpegel der 24. BImSchV herangezogen werden; dabei ist auch der so genannte Schienenbonus zu berücksichtigen. [nur LS]
3. Der Ordnungsgeber ist gehalten, die weitere Rechtfertigung des so genannten Schienenbonus auf der Grundlage der vorliegenden Studien der Lärmwirkungsforschung zu überprüfen. [Rn. 52-54]

Aus den Gründen:

[1] I Die Kläger sind (Mit-)Eigentümer von mit Wohnhäusern bebauten Grundstücken, die an der Eisenbahnlinie Lüneburg-Stelle liegen. Sie begehren einen besseren Schutz gegen Erschütterungen und sekundären Luftschall, die nach dem geplanten Ausbau von der Strecke ausgehen.

(...)

[25] II. Die Klage ist nicht begründet.

[26] 1. Die Kläger haben keinen Anspruch auf Erschütterungsschutz nach einem strengeren Maßstab als dem, der in der Nebenbestimmung A.4.6.2.2 festgesetzt worden ist.

[27] a) Die von den Klägern – nach Maßgabe der nach Beendigung der Baumaßnahmen im jeweiligen Einzelfall feststellbaren

tatsächlichen Auswirkungen – geltend zu machenden Ansprüche auf Schutzvorkehrungen des aktiven oder passiven Erschütterungsschutzes bzw. auf Geldausgleich beurteilen sich in Ermangelung spezialgesetzlicher Vorschriften nach § 74 Abs. 2 Satz 2 und 3 VwVfG (Beschlüsse vom 25. Januar 2005 – BVerwG 9 B 38.04 – Buchholz 406.25 § 43 BImSchG Nr. 22 und vom 13. November 2001 – BVerwG 9 B 57.01 – Buchholz 406.25 § 43 BImSchG Nr. 17). Danach sind Schutzvorkehrungen unter anderem dann anzuordnen, wenn dies zur Vermeidung nachteiliger Wirkungen auf Rechte anderer erforderlich ist. Wann das der Fall ist, wird in der genannten Vorschrift nicht weiter ausgeführt. Deswegen ist auf allgemeine Grundsätze des Immissionsschutzrechts zurückzugreifen. Erschütterungsimmissionen können je nach Ausmaß eine schädliche Umwelteinwirkung darstellen (§ 3 Abs. 1 und 2 BImSchG), indem sie das rechtlich geschützte Interesse an einer ungestörten Wohnnutzung beeinträchtigen. Diese Einwirkungen sind dann zu vermeiden und gegebenenfalls auszugleichen, wenn sie dem Betroffenen nicht mehr zugemutet werden können. Fehlt es an einer normativen Festlegung, ist die Zumutbarkeitsschwelle im Einzelfall zu bestimmen. Eventuell vorhandene individuelle Befindlichkeiten und Empfindlichkeiten der Betroffenen sind dabei allerdings nach dem differenziert-objektiven Maßstab des Immissionsschutzrechts, das sich am durchschnittlich empfindlichen Menschen einschließlich der Angehörigen überdurchschnittlich empfindlicher Gruppen orientiert, unbeachtlich (vgl. Urteile vom 7. Oktober 1983 – BVerwG 7 C 44.81 – BVerwGE 68, 62 <67> = Buchholz 11 Art. 140 GG Nr. 32 und vom 7. Mai 1996 – BVerwG 1 C 10.95 – BVerwGE 101, 157 <162> = Buchholz 451.41 § 18 GastG Nr. 10). Vielmehr kommt es maßgeblich auf die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der betroffenen Nutzung am jeweiligen Immissionsort an; diese richtet sich nach der Art des Gebietes, in dem das Grundstück liegt, und den weiteren konkreten tatsächlichen Verhältnissen. Bei dieser Bewertung ist der vorhandene technisch-wissenschaftliche Sachverstand, der insbesondere in technischen Regelwerken zum Ausdruck kommt, heranzuziehen.

[28] Die hier einschlägige DIN 4150 Teil 2 (Erschütterungen im Bauwesen; Teil 2: Einwirkungen auf Menschen in Gebäuden – Juni 1999) gibt in Tabelle 1 für den Neubau von Eisenbahnstrecken nach Baugebieten und für Tag und Nacht unterschiedliche Anhaltswerte vor (Ziff. 6.5.3.4 a). Diese Werte sind bezogen sowohl auf die nach dem Taktmaximalverfahren gemessene maximale bewertete Schwingstärke KBF_{max} als auch auf die Beurteilungs-Schwingstärke KBF_{Tr} , diese kennzeichnet nach Ziff. 3.8 die in der Beurteilungszeit auftretenden Erschütterungsimmissionen durch einen zeitbezogenen Mittelwert im Sinne einer energetischen Addition über die Beurteilungszeit, der die Zughäufigkeit und die mittlere Dauer einer Zugvorbeifahrt entsprechend berücksichtigt. Die korrelierenden Anhaltswerte A_o und A_r bezeichnen dabei nicht die Schwelle des enteignungsrechtlich nicht Zumutbaren, sondern liegen, da sie auf das billigerweise nicht Zumutbare bezogen sind, deutlich darunter. Auf Ausbaumaßnahmen sind diese Anhaltswerte aber nicht unmittelbar anwendbar (Ziff. 6.5.3.4 c). Denn hier ist die immissionsschutzrechtliche Situation entscheidend durch den vorhandenen Bestand geprägt. Aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme folgen besondere Duldungspflichten, sodass Erschütterungen, die sich im Rahmen einer plangegebenen oder tatsächlichen Vorbelastung halten, deswegen – jedenfalls in aller Regel – zumutbar sind, auch wenn sie die Anhaltswerte übersteigen. Ein Anspruch auf eine Verbesserung der Erschütterungssituation im Sinne einer Erschütterungssanierung besteht folglich nicht. Ein Erschütterungsschutz kann vielmehr nur dann verlangt werden, wenn die Erschütterungsbelastung sich durch den Ausbau in beachtlicher Weise erhöht und gerade in dieser Erhöhung eine zusätzliche, dem Betroffenen billigerweise nicht mehr zumutbare Be-

lastung liegt (vgl. Urteil vom 15. März 2000 – BVerwG 11 A 42.97 – BVerwGE 110, 370 <392> = Buchholz 406.25 § 41 BImSchG Nr. 33). Bei dieser Beurteilung kann eine Rolle spielen, dass der Betroffene, der bereits einer beträchtlichen Vorbelastung ausgesetzt ist, gegenüber auch einer nur geringen Erschütterungszunahme besonders empfindlich sein kann (vgl. Urteil vom 31. Januar 2001 – BVerwG 11 A 6.00 – Buchholz 316 § 74 VwVfG Nr. 56 m.w.N.).

[29] b) Die angefochtene Nebenbestimmung entspricht diesen rechtlichen Vorgaben.

[30] aa) Sie knüpft die Bewertung der Zumutbarkeit der zu erwartenden Erschütterungen in zulässiger Weise an die Vorbelastung. Diesem Ausgangspunkt widerspricht nicht, dass erst eine Erhöhung der Vorbelastung um 25 % für erheblich erklärt wird. Denn die Zumutbarkeit einer Erschütterungsbelastung kann sich nicht allein nach technisch messbaren Unterschieden in der Erschütterungsintensität bestimmen. Das gilt jedenfalls für die hier in Rede stehenden Erschütterungswerte, bei denen Substanzschäden an Gebäuden noch nicht zu befürchten sind (siehe Keil/Koch/Garburg, a.a.O. S. 800). Vielmehr kommt es darauf an, ob die neue Belastung von dem Betroffenen auch als Verschlechterung der Situation empfunden wird. Der Verweis der Kläger auf eine »absolute« und auf isolierte Erschütterungen bezogene Fühlschwelle von 0,1 bis 0,2 Körperschall-Bewertungsziffer KB (siehe DIN 4150 Teil 2, Anhang D zu Abschnitt 6 b) trägt zur Beantwortung dieser Frage nichts bei. Entscheidend ist vielmehr, ob die Verstärkung der Erschütterung spürbar ist und insoweit den Aufenthalt von Menschen in den betroffenen Räumen zusätzlich beeinträchtigt. Die Festlegung einer vergleichenden Wahrnehmungsschwelle, die auch bei der Bewertung einer Lärmzunahme anerkannt und dort bei einer Veränderung des Schalldruckpegels um 3 dB(A) angenommen wird (vgl. Wettschureck/Hauck/Diehl/Willenbrink, a.a.O. S. 526; Urteil vom 22. Mai 1987 – BVerwG 4 C 33-35.83 – BVerwGE 77, 285 <293> = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 66; siehe auch Urteil vom 7. März 2007 – BVerwG 9 C 2.06 – BVerwGE 128, 177 <186 f.> = Buchholz 316 § 75 VwVfG Nr. 27), ist folglich unbedenklich.

[31] bb) Der im Planfeststellungsbeschluss als Wahrnehmungsschwelle festgesetzte Wert von 25 % ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

[32] Dieser Wert findet sich nicht bereits in der DIN 4150 Teil 2; denn der Normenausschuss hatte sich auf die genaue Höhe der vom Grundsatz her unstrittigen Unterschiedsschwelle nicht einigen können (siehe Krampitz, Erschütterungen – ein Überblick zum derzeitigen Erkenntnisstand, in: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts V, 2000 S. 153 <158>).

[33] Die Festsetzung kann sich indessen auf empirisch hinreichend abgesicherte Erkenntnisse stützen. Die Ergebnisse einer Laborstudie (Said/Fleischer/Kilcher/Fastl/Grütz, Zur Bewertung von Erschütterungsimmissionen aus dem Schienenverkehr, Zeitschrift für Lärmbekämpfung 48 <2001> 191 ff.) können hier herangezogen werden; deren Übertragung auf die zu entscheidende Frage ist sachlich vertretbar.

[34] Die von den Klägern hiergegen im Einzelnen vorgebrachten Einwände sind allerdings nicht schon deswegen unbeachtlich, weil sie erst wenige Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung vorgebracht worden sind. Nach § 18e Abs. 5 AEG hat der Kläger innerhalb einer Frist von 6 Wochen die zur Begründung seiner Klage dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben. § 87b Abs. 3 VwGO gilt entsprechend. Danach muss der Kläger binnen 6 Wochen nach Erhebung der Klage die ihn beschwerenden Tatsachen so konkret angeben, dass der Lebenssachverhalt, aus dem er den mit der Klage verfolgten Anspruch ableitet, unverwechselbar feststeht (Urteil vom 18. Februar 1998 – BVerwG 11 A 6.97 – Buchholz 310 § 87b VwGO Nr. 3). Die rechtliche Bewältigung des Streitstof-

fes fällt hingegen allein in die Verantwortung des Gerichts (Urteil vom 15. September 1999 – BVerwG 11 A 22.98 – Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr. 17). Hiernach haben die Kläger schon mit ihrer Klagebegründung ihrer Vortragslast genügt. Sie haben sich gegen die festgesetzte Wahrnehmungsschwelle gewandt; deren Zulässigkeit ist eine Rechtsfrage. Auf neue tatsächliche Erkenntnisse, die auf die rechtliche Bewertung Einfluss haben könnten, haben die Kläger in ihrem späteren Vortrag nicht verwiesen.

[35] Die Studie hat in einem ersten Schritt die psychophysikalische Untersuchungsmethode SDT (Signal Detection Theory) angewandt. Diese Vorgehensweise erscheint plausibel; sie wird als solche auch von den Klägern nicht in Zweifel gezogen. Danach sollten die Versuchspersonen jeweils zwei in kurzem zeitlichem Abstand ausgelöste Erschütterungssignale nach ihrer Stärke bewerten. Die Feststellung einer Intensitätsdifferenz im Sinne einer spürbaren Erhöhung war hinreichend verlässlich in Gestalt einer mittleren Unterschiedsschwelle erst bei einer Energieerhöhung des Signals um (mindestens) 25% möglich. Es spricht nichts dafür, dass eine Orientierung an dem so ermittelten Wert sich für die Betroffenen nachteilig auswirkt. Der pauschale Einwand, dass eine Laborstudie von nur eingeschränktem Aussagewert sei, verfängt nicht. Denn in einer weiteren Versuchsreihe wurden diese Ergebnisse auch unter realitätsnäheren Bedingungen, insbesondere einer anderen Pausenstruktur mit größeren Intervallen zwischen den Erschütterungssignalen, bestätigt. Letztlich belegt auch der Vergleich mit Regelungen in anderen Ländern, dass die festgesetzte Schwelle eher vorsichtig angesetzt wird. So legt das Schweizer Bundesamt für Umwelt, Wald und Landwirtschaft – BUWAL – in der Weisung für die Beurteilung von Erschütterungen und Körperschall bei Schienenverkehrsanlagen in Ziff. 1 a. sogar eine Schwelle von 40% fest (siehe Keil/Koch/Garburg, a.a.O. S. 804 f.).

[36] Die Übertragung der so gefundenen Wahrnehmungsschwelle auf den für die Frage der Zumutbarkeit von Erschütterungen entscheidenden Anhaltswert Ar ist unbedenklich. Die Untersuchung bezieht sich zwar nur auf die Bewertung der maximalen Schwingstärke KBFmax, während die Beurteilungs-Schwingstärke KBFTr, die mit dem genannten Anhaltswert korreliert, nicht unmittelbar Gegenstand der Versuchsreihe war. Beide Werte sind aber eng miteinander verknüpft, da die Beurteilungs-Schwingstärke KBFTr aus einem gewichteten Mittelwert der in der Beurteilungszeit auftretenden Erschütterungsimmissionen gebildet wird. Wie dieser Zusammenhang sich im Einzelnen darstellt, bedarf nach der von den Autoren der Studie an anderer Stelle geäußerten Ansicht zwar noch weiterer Untersuchungen. Vorbehalte gegen eine Übertragbarkeit des Untersuchungsergebnisses im Sinne einer unmittelbaren Korrelation melden sie insbesondere für den Fall an, dass sich die Anzahl der Erschütterungsereignisse verändert. Die Anzahl der Zugvorbeifahrten erhöht sich jedoch insgesamt nur geringfügig, so im Prognosehorizont 2015 um 8%, im Prognosehorizont 2025 um 10%. Allerdings wächst im Prognosehorizont 2025 die Anzahl der Züge in der Nachtzeit um ein Viertel. Die insoweit gegebene Unsicherheit gebietet es aber jedenfalls bei der hier in Rede stehenden prozentualen Änderung der Anzahl der Erschütterungsereignisse nicht, von der Übertragung Abstand zu nehmen und etwa einen – gegriffenen – Abschlag einzurechnen. Angesichts des gegebenen fachwissenschaftlichen Erkenntnisstandes darf die Beklagte sich an diesen Werten orientieren.

[37] Das ohne weitere Differenzierung anzuwendende und insoweit starre Signifikanzkriterium steht schließlich nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung, wonach bei einer beträchtlichen Vorbelastung eine besondere Empfindlichkeit gegenüber weiteren Erhöhungen bestehen kann (vgl. Urteil vom 14. Dezember 1979 – BVerwG 4 C 10.77 – BVerwGE 59, 253 <268>). Auch damit wird vorausgesetzt, dass die Wahrnehmungsschwelle überschritten ist;

erst dann, wenn die Erhöhung der Immissionen wahrnehmbar ist, kann sich die Frage stellen, ob eine zu vermeidende bzw. ausgleichsbedürftige Belastung vorliegt. Bei einer hohen Vorbelastung bedarf es allerdings der Prüfung, ob die Wahrnehmungsschwelle anzupassen ist. So kann gegebenenfalls Anlass bestehen, bei besonders hohen Vorbelastungen die in einem Prozentwert ausgedrückte Wahrnehmungsschwelle – insoweit einzelfallbezogen – herabzusetzen, um so dem absoluten Anstieg der dem Erschütterungssignal zugrunde liegenden Schwingungsenergie Rechnung zu tragen. Eine solche Situation ist hier jedoch nicht gegeben. Denn die der Festlegung auf 25% zugrunde liegende Versuchsreihe erstreckt sich auf maximale Schwingstärken in einer Größenordnung (KB bis 1,6), wie sie auch in den Häusern der Kläger zu erwarten sind. In diesen Größenbereichen war indessen ein Einfluss der Erschütterungsintensität auf die ermittelte Unterschiedsschwelle (Diskriminationsindex) nicht erkennbar (siehe Said/Fleischer/Kilcher/Fastl/Grütz, a.a.O. S. 195).

[38] c) Die schutzmindernde Wirkung der Vorbelastung findet nach der Rechtsprechung allerdings dort ihre Grenze, wo bereits die Vorbelastung die Schwelle zur Eigentums- bzw. Gesundheitsverletzung überschreitet. In diesem Fall sind nicht »wegen«, sondern »aus Anlass« der Ausbaumaßnahmen Schutzvorkehrungen und damit eine Erschütterungsanierung geboten (vgl. Urteil vom 31. Januar 2001 – BVerwG 11 A 6.00 – Buchholz 316 § 74 VwVfG Nr. 56). In dieser Situation kann es auf die Wahrnehmbarkeitsschwelle nicht mehr ankommen. Einen insoweit differenzierenden rechtlichen Maßstab hat die Beklagte nicht in die beanstandete Nebenbestimmung aufgenommen, obwohl diese Variante in der Begründung des Planfeststellungsbeschlusses angesprochen wird. Durch das Fehlen einer solchen Regelung sind die Kläger allerdings in ihren Rechten nicht verletzt. Denn sie sind von diesem Sonderfall – soweit ersichtlich – nicht betroffen. Bei welcher Erschütterungsbelastung die Grenze zur Eigentums- bzw. Gesundheitsverletzung überschritten ist, bedarf hier keiner abschließenden Klärung. Diese Schwelle muss aber jedenfalls noch deutlich über dem in Industriegebieten und bezogen auf den Nahverkehr geltenden Anhaltswert Ar von 0,3 tags und 0,23 nachts liegen; denn solche Belastungen werden den Betroffenen ohne Weiteres zugemutet. Ein solcher Wert wird nach den Messungen an den repräsentativen Orten mit Maximalwerten von 0,17 aber nicht annähernd erreicht. Das gilt in gleicher Weise für die maximale bewertete Schwingstärke, bei der ein Höchstwert von 0,54 ermittelt worden ist; denn insoweit werden sehr hohe Anforderungen an die Annahme der Unbewohnbarkeit einer Wohnung gestellt (vgl. hierzu Krampitz, a.a.O. S. 162 f., der wohl von Werten von deutlich über 3,5 ausgeht).

[39] 2. Die auf den **sekundären Luftschall** bezogene Nebenbestimmung A.4.6.3.2 setzt ebenfalls rechtmäßige Bewertungsmaßstäbe fest. (wird ausgeführt; die Red.)

(...)

[47] bb) Auch die **Anwendung eines Schienenbonus**, der in Höhe von 5 dB(A) vor dem Vergleich mit dem höchstzulässigen Innengeräuschpegel von den zu ermittelnden Luftschallpegeln abgesetzt wird (siehe Keil/Koch/Garburg, a.a.O. S. 804), ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

[48] (1) Entgegen dem von den Klägern fristgerecht in der Klagebegründung vorgebrachten Einwand fehlt der Berücksichtigung eines Lästigkeitsunterschieds zu Gunsten des Schienenverkehrs auch im Rahmen der Anwendung der 24. BImSchV nicht die normative Verankerung. Er ist vielmehr Teil eines in sich schlüssigen Regelungskonzepts.

[49] Nach § 43 Abs. 1 Satz 2 BImSchG ist in den nach § 43 Abs. 1 Satz 1 BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen den Besonderheiten des Schienenverkehrs Rechnung zu tragen. In der auf der Grundlage von § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG erlassenen 16. BImSchV

(Verkehrslärmschutzverordnung) hat der Ordnungsgeber diesen Regelungsauftrag in der Anlage 2 zu § 3 (Berechnung der Beurteilungspegel bei Schienenwegen) durch die Einfügung des Korrektursummanden 5 (Korrektur um minus 5 dB(A) zur Berücksichtigung der geringeren Störwirkung des Schienenverkehrslärms) umgesetzt. Auf die Regelungen über den aktiven Lärmschutz in der 16. BImSchV ist die nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BImSchG erlassene 24. BImSchV mit ihren insoweit ergänzenden Bestimmungen über den passiven Schallschutz bezogen. Folgerichtig knüpft die 24. BImSchV auch bei der Bewertung des Schienenlärms an die in der 16. BImSchV normierten Grundsätze an, indem sie in der Anlage 1 in der Gleichung zur Berechnung des erforderlichen bewerteten Schalldämm-Maßes die nach Maßgabe der Anlage 2 der 16. BImSchV ermittelten Beurteilungspegel einstellt.

[50] Die hiernach vorgesehene Anrechnung des Schienenbonus scheidet nicht etwa deswegen aus, weil die 24. BImSchV über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus zur Lückenfüllung herangezogen wird. Denn die Orientierung an der 24. BImSchV rechtfertigt sich gerade daraus, dass es sich bei dem zu bewertenden sekundären Luftschall ebenfalls um vom Schienenverkehr hervorgerufenen Lärm handelt. Er ist in gleicher Weise von den Besonderheiten wie etwa die Regelhaftigkeit der Lärmbelastung geprägt, die zur Begründung des Schienenbonus herangezogen werden.

[51] (2) Den auf die nicht durchgreifenden formellen Gründe beschränkten Einwand gegen die Anwendung des Schienenbonus haben die Kläger in ihrem letzten Schriftsatz insoweit erweitert, als sie auf die Diskussion über die materielle Rechtfertigung des Schienenbonus Bezug nehmen. Dieses Vorbringen ist zwar, da ebenfalls eine Rechtsfrage betreffend, nicht nach § 18e Abs. 5 Satz 2 AEG i. V. m. § 87b Abs. 3 VwGO zurückzuweisen. Es bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Der Senat kann nicht feststellen, dass die normative Festsetzung des Schienenbonus jedenfalls in dem für die gerichtliche Prüfung maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Planfeststellungsbeschlusses (Juli 2009) (vgl. etwa Urteile vom 23. April 1997 – BVerwG 11 A 7.97 – BVerwGE 104, 337 <347> = Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr. 16 und vom 1. April 2004 – BVerwG 4 C 2.03 – BVerwGE 120, 276 <283> = Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr. 16) rechtswidrig und damit nichtig (geworden) war, weil er von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage nicht (mehr) gedeckt war und seine Ableitung dem Gebot rationaler Abwägung nicht genüge.

[52] Bei der durch den Regelungsauftrag des § 43 Abs. 1 Satz 2 BImSchG geforderten Bewertung, ob und inwieweit der Schienenverkehrslärm Besonderheiten aufweist, die seine Privilegierung rechtfertigen, kommt dem Ordnungsgeber angesichts der fortbestehenden technisch-wissenschaftlichen Unsicherheiten insbesondere in der Lärmwirkungsforschung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. zuletzt Urteil vom 9. Juni 2010 – BVerwG 9 A 20.08 – NuR 2010, 870 = juris Rn. 103). Er geht mit der Verpflichtung einher, diese Norm unter Kontrolle zu halten und gegebenenfalls neue Erkenntnisse zu bewerten und zu gewichten (vgl. Urteil vom 18. März 1998 – BVerwG 11 A 55.96 – BVerwGE 106, 241 <249> = Buchholz 406.25 § 43 BImSchG Nr. 8; Beschluss vom 11. Februar 2003 – BVerwG 9 B 49.02 – juris Rn. 18).

[53] In Befolgung dieser Kontroll- und Überprüfungspflicht untersucht die Bundesregierung derzeit den Schienenbonus; dies geschieht auch zur Umsetzung eines politischen Handlungsauftrags aus dem Koalitionsvertrag der Regierungsparteien, den Schienenbonus schrittweise zu reduzieren mit dem Ziel, ihn ganz abzuschaffen. Danach seien »differenzierte Aspekte der Lärmcharakteristik, der konkreten schutzbedürftigen Situation und der Wirkung auf den Menschen zu betrachten und innerhalb der finanziellen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen«. Bezüglich der Beurteilungspegel sollen wegen der potenziellen Störwirkungen einzelner Zugvorbeifahrten ergänzende Spitzenpegelkriterien

weiter geprüft werden (siehe Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion – Maßnahmen zur Verbesserung des Lärmschutzes im Landverkehr – BTDrucks 17/2638 S. 13 f.). Das so umrissene Prüfprogramm nimmt ersichtlich verbreitete Kritik am Schienenbonus auf. Diese verweist auf neue Erkenntnisse der Lärmwirkungsforschung, in denen nicht in erster Linie auf die psychischen Auswirkungen des Lärms (Belästigungsforschung), sondern auf die unbewussten physiologischen Reaktionen auf den Lärm (Schlafforschung) abgestellt wird. Hierbei wird insbesondere auch auf das Problem der Aufwachselle benannt, dem der in der 16. BImSchV allerdings allgemein verwendete Mittelungspegel nicht gerecht werde (vgl. hierzu etwa Sparwasser/Rombach, NVwZ 2007, 1135 <1136 f.>).

[54] Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass ungeachtet dieser bereits eingeleiteten Überprüfung des Schienenbonus die Beibehaltung dieser Regelung derzeit völlig unvertretbar und mit dem staatlichen Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Gesundheitsbeeinträchtigungen zu unterbinden, offensichtlich nicht mehr vereinbar war. Das belegt insbesondere eine im Auftrag des Umweltbundesamts durchgeführte Untersuchung (Möhler/Liepert/Schreckenberger, Zur Anwendung des Schienenbonus bei der Beurteilung von Verkehrsgeräuschen, Lärmbekämpfung, Bd. 5 <2010> S. 47 ff.). Darin werden neben zwei Literaturuntersuchungen 17 Primäruntersuchungen (Feld- und Laborstudien) und zwei Re-Analysen zur Thematik ausgewertet, die nach Festlegung des Schienenbonus im Jahre 1990 durchgeführt wurden. Ein eindeutiges Bild, ob und inwieweit weiterhin von einem Schienenbonus ausgegangen werden kann oder vielmehr ein Schienenmalus angenommen werden muss, ergibt sich daraus nicht. Vielmehr werden weitere Untersuchungsfelder aufgezeigt, insbesondere in Bezug auf eine differenzierte Betrachtung der Lärmbelastung in Abhängigkeit von der akustischen Situation (Vorbeifahrthäufigkeit, Abstand), von der Tageszeit und von der Nutzungsart; auch das Problem der Überlagerung verschiedener Verkehrslärmquellen wird angesprochen. Auch die von den Klägern erwähnte umfangreiche Untersuchung von Mersch-Sundermann u.a. (»Macht Schienenlärm krank? – Studie des Universitätsklinikums Freiburg zur Evaluierung der gesundheitlichen Wirkungen bei Exposition gegenüber Schienenlärm unter besonderer Berücksichtigung der DB-Trasse Basel-Offenburg <und der Haltbarkeit des Schienenbonus>« <April 2010; www.uniklinik-freiburg.de>) legt trotz ihres den Schienenbonus ablehnenden Ergebnisses eine allgemein anerkannte Überzeugung der Fachwelt nicht dar, sondern zeigt ebenfalls noch weiteren Untersuchungsbedarf auf. Angesichts der so belegten fachwissenschaftlichen Unsicherheiten, die vorrangig einer Bewertung durch den Ordnungsgeber bedürfen, vermag der Senat jedenfalls derzeit – nicht zuletzt in Ermangelung eines weiteren substantiierten Tatsachenvortrags der Kläger – einen Anlass zu einer richterrechtlichen Korrektur des Schienenbonus nicht zu erkennen (vgl. auch Schulze-Fielitz, Rechtliche Defizite in der Bekämpfung des Schienenverkehrslärms, S. 9, Vortrag auf dem 2. Schienenlärnkongress am 30. April 2010, www.region-suedlicher-oberrhein.de).

(...)

Anpassungspflicht an den Flächennutzungsplan (Straßenplanung)

BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 9 A 13.09

Leitsätze:

1. Die in § 7 BauGB normierte Bindung öffentlicher Planungsträger an den Flächennutzungsplan im Fall des unterlassenen Widerspruchs gilt, wie § 38 Satz 2 BauGB ausdrücklich klarstellt, auch für die nach § 38 Satz 1 Halbs. 1

BauGB gegenüber der Ortsplanung im Übrigen privilegierten Vorhaben.[Rn. 36-40]

2. Die Anpassungspflicht des § 7 Satz 1 BauGB schützt nicht nur die Planungshoheit der Gemeinde, sondern auch den objektiven Belang einer geordneten städtebaulichen Entwicklung. Der durch die enteignende Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses Betroffene kann sich auf eine Verletzung der Anpassungspflicht durch den öffentlichen Planungsträger berufen. [Rn. 43]
3. Die Kompetenz, ein Einvernehmen mit dem öffentlichen Planungsträger über eine von dem Flächennutzungsplan abweichende Planung herzustellen, steht allein dem für Aufstellung und Änderung des Flächennutzungsplans zuständigen Gemeindeorgan zu. Das Einvernehmen über eine Abweichung vom bisherigen gemeindlichen Planungskonzept muss aus Gründen der Rechtsklarheit durch eine förmliche Änderung des Flächennutzungsplans nach außen erkennbar dokumentiert werden. [Rn. 47-50]
4. Vom Flächennutzungsplan abweichende Planungsvorstellungen und -ziele, die nur in informellen Planungen (z.B. einem »Masterplan«) zum Ausdruck gebracht werden, stellen keine Veränderung der Sachlage im Sinne von § 7 Satz 3 BauGB dar. [Rn. 58-59]

Aus den Gründen:

[1] I. Die Kläger wenden sich gegen den Planfeststellungsbeschluss der Beklagten vom 7. April 2009 für den Teilabschnitt 2/2 der Bundesautobahn A 281 zwischen Neuenlander Ring und Kattenturmer Heerstraße in Bremen.

[2] Der Neubau der A 281 soll eine Eckverbindung zwischen der nordöstlich der Stadt Bremen verlaufenden A 27 und der südwestlich der Stadt Bremen verlaufenden A 1 herstellen und insbesondere die Anbindung des südlich der Weser gelegenen Güterverkehrszentrums Bremen an das überregionale Verkehrsnetz gewährleisten. (...)

[22] II. Die Klage ist mit ihrem Hilfsantrag begründet. Der angefochtene Planfeststellungsbeschluss in der Fassung der in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Ergänzungen leidet an Rechtsfehlern, die die Kläger in ihren Rechten verletzen und die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit rechtfertigen. Der Hauptantrag, mit dem die Kläger die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses begehren, bleibt dagegen ohne Erfolg.

[23] A. Dem Planfeststellungsbeschluss kommt, da er Grundlage der nachfolgenden Enteignung ist (§ 19 Abs. 1 FStrG), enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. Daher hat der Kläger zu 1, dessen durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Grundeigentum Neuenlander Straße 131 für das Planvorhaben vollständig in Anspruch genommen werden soll, einen Anspruch darauf, von einer Entziehung seines Grundeigentums verschont zu bleiben, die nicht dem Wohl der Allgemeinheit dient, insbesondere nicht gesetzmäßig ist (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG), und auf eine dahingehende umfassende gerichtliche Überprüfung des Planfeststellungsbeschlusses.

[24] Der Anspruch des von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung Betroffenen auf gerichtliche Überprüfung des Plans auf seine objektive Rechtmäßigkeit (sog. Vollüberprüfungsanspruch) unterliegt allerdings Einschränkungen. Danach führt nicht jeder objektiv-rechtliche Fehler, der einer Planung anhaftet, zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses oder zur Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit. Diese Rechtsfolgen scheiden vielmehr aus, wenn und soweit der geltend gemachte Rechtsfehler für die Eigentumsbetroffenheit des Klägers aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erheblich, insbeson-

dere nicht kausal ist (Urteil vom 12. August 2009 – BVerwG 9 A 64.07 – BVerwGE 134, 308 Rn. 24).

[25] Die nicht durch die Inanspruchnahme ihrer Grundstücke und damit nur mittelbar betroffenen Kläger zu 2 und 3 können dagegen nur die Verletzung gerade sie schützender Normen des materiellen und Verfahrensrechts sowie eine nicht ordnungsgemäße Abwägung ihrer geschützten Privatbelange rügen, nicht aber eine insgesamt fehlerfreie Abwägung und Planung verlangen.

[26] B. Die Planfeststellung leidet nicht an Verfahrensfehlern. (wird ausgeführt; die Red.)

[32] C. Der angefochtene Planfeststellungsbeschluss leidet jedoch an materiell-rechtlichen Fehlern, die zur Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit führen.

[33] 1. Der Planfeststellungsbeschluss ist rechtswidrig, weil er gegen das Anpassungsgebot des § 7 Satz 1 BauGB verstößt.

[34] a) Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Kläger mit ihrer Rüge, das Vorhaben widerspreche dem Flächennutzungsplan, nicht präkludiert. Zwar haben sie eine Verletzung des Flächennutzungsplans durch das Vorhaben nicht in ihren Einwendungsschreiben gerügt. Sie sind mit ihren im Klageverfahren insoweit erstmals erhobenen Rügen gleichwohl nicht ausgeschlossen. Es spricht schon vieles dafür, dass ihnen als Privateinwendern nicht entgegengehalten werden kann, sie hätten Verstöße gegen rechtliche Vorgaben für die Koordinierung verschiedener Planungsträger erkennen und rügen müssen. Dies bedarf jedoch keiner Vertiefung und abschließenden Entscheidung. Denn die ausgelegten Planunterlagen, mit denen sich der von der Planung Betroffene zur Vermeidung der Präklusion auseinandersetzen muss (vgl. Urteil vom 30. Januar 2008 – BVerwG 9 A 27.06 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 195 Rn. 30 f.), entfalteten insoweit keine Anstoßwirkung.

[35] Der Erläuterungsbericht gab im Rahmen der Variantenbeschreibung keinen Hinweis darauf, dass die Vorzugsvariante von der im Flächennutzungsplan 1983 festgelegten Linienführung auf der Neuenlander Straße, die im hier interessierenden Teilabschnitt bis heute keine Änderung erfahren hat (vgl. Flächennutzungsplan Bremen, Stand 1. April 2009), abweicht. Auch die Formulierung in der allgemein verständlichen Zusammenfassung nach § 6 UVPg, die Linienführung im 2. Bauabschnitt der A 281 sei planungsrechtlich »im Zuge der Aufstellung des Flächennutzungsplans Bremen 1983 behandelt« worden, lässt dies nicht erkennen. Ebenso wenig kann dem Hinweis, die Autobahneckverbindung A 281 mit dem Teilabschnitt 2/2 sei sowohl im Bundesverkehrswegeplan als auch im Flächennutzungsplan enthalten, entnommen werden, dass der Flächennutzungsplan nicht die planfestgestellte Südvariante, sondern die Nordvariante festsetzt. Der versteckte Hinweis auf Seite 18 der allgemein verständlichen Zusammenfassung, nur die Nordvariante 1 nutze, wie im Flächennutzungsplan vorgesehen, die Neuenlander Straße zwischen Neuenlander Ring und Kattenturmer Heerstraße, genügt angesichts des Schweigens des Erläuterungsberichts ebenfalls nicht, um Anstoßwirkung zu entfalten.

[36] b) Nach § 7 Satz 1 BauGB haben öffentliche Planungsträger, die an der Aufstellung eines Flächennutzungsplans nach § 4 oder § 13 BauGB beteiligt worden sind, ihre Planungen dem Flächennutzungsplan insoweit anzupassen, als sie diesem Plan nicht widersprochen haben. Eine entsprechende Anpassungspflicht ergab sich aus dem im Zeitpunkt der Aufstellung des Flächennutzungsplans geltenden § 7 BBauG. Die Bindung der Fachplanung an den Flächennutzungsplan im Fall des unterlassenen Widerspruchs gilt – wie § 38 Satz 2 BauGB ausdrücklich klarstellt – auch für die nach § 38 Satz 1 Halbs. 1 BauGB gegenüber der Ortsplanung im Übrigen privilegierten Vorhaben. Sie bedeutet, dass der öffentliche Planungsträger sich nicht in Gegensatz zum Flächennutzungsplan setzen darf. Ihn trifft im Planfeststellungsverfahren die gleiche Bindung wie die Gemeinde nach § 8 Abs. 2 BauGB bei Aufstellung

eines Bebauungsplans; ebenso wie diese ist er aber nur an die im Flächennutzungsplan dargestellte Grundkonzeption der Gemeinde gebunden (Beschluss vom 20. Juli 1990 – BVerwG 4 N 3.88 – Buchholz 406.11 § 5 BBauG/BauGB Nr. 7 S. 15).

[37] Diesen Regelungsgehalt des § 7 BauGB verfehlt der Planfeststellungsbeschluss mit seiner Formulierung, eine Änderung des Flächennutzungsplans sei vor Durchführung des Planfeststellungsverfahrens nicht erforderlich gewesen, weil der Planfeststellungsbeschluss »eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit des Vorhabens darstellt« (Planfeststellungsbeschluss S. 96). Die Formulierung lässt schon Zweifel daran aufkommen, ob die Planfeststellungsbehörde die unabhängig von einer etwaigen Bindungswirkung nach § 7 BauGB aus dem Abwägungsgebot erwachsende und in § 38 Satz 1 Halbs. 2 BauGB betonte Verpflichtung des Fachplanungsträgers, die Belange des Städtebaus zu berücksichtigen, d.h. entsprechend dem ihnen zukommenden Gewicht in die fachplanerische Abwägung einzustellen (stRspr; vgl. Urteil vom 11. April 1986 – BVerwG 4 C 51.83 – BVerwGE 74, 124 <132 f.>; Beschluss vom 13. Dezember 2006 – BVerwG 4 B 73.06 – Buchholz 406.11 § 38 BauGB Nr. 15 Rn. 6), hinreichend beachtet hat. § 7 Satz 1 BauGB geht über diese allgemeine Berücksichtigungspflicht noch hinaus, indem er dem Flächennutzungsplan – beschränkt auf den Fall des trotz ordnungsgemäßer Beteiligung unterbliebenen Widerspruchs des öffentlichen Planungsträgers – eine ihm sonst als Plan eigener Art ohne normative Wirkung nicht zukommende rechtliche Verbindlichkeit zuspricht. Die Darstellungen des Flächennutzungsplans werden in diesem Fall zu den öffentlichen Planungsträger rechtlich bindenden Vorgaben, die es ihm untersagen, sich in Gegensatz zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans zu setzen (vgl. Gaentzsch/Philipp, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Bd. 1, Stand Oktober 2010, § 7 Rn. 5).

[38] c) Die Nichtbeachtung des § 7 Satz 1 BauGB führt zur Fehlerhaftigkeit des Plans. Die planfestgestellte Trasse kann nicht als aus dem Flächennutzungsplan entwickelt angesehen werden (aa). Das erforderliche Beteiligungsverfahren ist durchgeführt und ein Widerspruch nicht eingelegt worden (bb). Die Widerspruchseinlegung war nicht deswegen verzichtbar, weil es wegen Identität des Trägers der Fachplanung und des Trägers der Flächennutzungsplanung keiner Kollisionsregelungen zur Verhinderung gegenläufiger Planungen bedurfte (cc). Die Bindung an den Flächennutzungsplan ist nicht wegen einer veränderten Sachlage entfallen. Im Übrigen wurde weder ein Einvernehmen zwischen Gemeinde und dem öffentlichen Planungsträger erreicht noch hat Letzterer dem Flächennutzungsplan nachträglich widersprochen (dd).

[39] aa) Die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gegebene Anpassungspflicht ist nicht im Sinne einer rechtssatzmäßigen Anwendung (»Vollzug«) der einzelnen Darstellungen des Flächennutzungsplans, sondern als planerische Fortentwicklung der im Flächennutzungsplan dargestellten Grundkonzeption der Gemeinde zu verstehen (vgl. Beschlüsse vom 20. Juli 1990 a.a.O. und vom 3. Oktober 1984 – BVerwG 4 N 4.84 – BVerwGE 70, 171 <177>). Der nicht widersprechende Fachplanungsträger hat seine Planung daher – aufgrund der inhaltlichen Bindung, die sich für Bebauungspläne aus § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB ergibt – so zu gestalten, dass sie als aus dem Flächennutzungsplan entwickelt gelten kann. Mit dem Begriff des Entwickelns ist eine gewisse Gestaltungsfreiheit verbunden, soweit die Planung nicht der Grundkonzeption des Flächennutzungsplans widerspricht und sich die Abweichungen vom Flächennutzungsplan aus dem Übergang in eine stärker verdeutlichende Planstufe rechtfertigen. Für die Beurteilung, ob noch ein Entwickeln vorliegt, sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls maßgeblich (so für das Verhältnis von Flächennutzungsplan und Bebauungsplan Urteile vom 28. Februar 1975 – BVerwG 4 C

74.72 – BVerwGE 48, 70 <74 f.> und vom 26. Februar 1999 – BVerwG 4 CN 6.98 – Buchholz 406.11 § 214 BauGB Nr. 14 S. 4 f.).

[40] Nach diesen Maßstäben kann die planfestgestellte Linienführung der Trasse nicht mehr als planerische Fortentwicklung der im Flächennutzungsplan für den Teilabschnitt 2/2 festgelegten Grundkonzeption der Gemeinde angesehen werden. Der Flächennutzungsplan für das Gebiet der Stadtgemeinde Bremen sieht in seiner aktuellen Fassung, die in ihren zeichnerischen Darstellungen im Bereich des Teilabschnitts 2/2 seit 1983 unverändert geblieben ist, den Verlauf der Autobahn auf der Trasse der Neuenlander Straße sowie die Anbindung der A 281 an eine neu zu schaffende Süd-Verbindung zur A 1/AS Brinkum in Höhe des jetzigen Hornbach-Grundstücks (Neuenlander Straße 113 A) vor. Im Erläuterungsbericht zum Flächennutzungsplan 1983 wird als wesentliches neues Element des damaligen Verkehrskonzepts eine »Tunnelführung im Zuge der Neuenlander Straße« erwähnt. Der Planfeststellungsbeschluss verschiebt die Trasse über nahezu die gesamte Länge des Teilabschnitts 2/2 um bis zu 200 m nach Süden in die dort im Flächennutzungsplan ausgewiesene gewerbliche Baufläche hinein. Darüber hinaus wird die Südanbindung der Trasse zur A 1 gegenüber der Darstellung im Flächennutzungsplan um mehrere hundert Meter nach Osten um das Gelände des Flughafens herum bis zum Ende des Planungsabschnitts an der Kattenfurter Heerstraße verschoben. Diese erheblichen Änderungen sind angesichts der Eindeutigkeit der Darstellung des Trassenverlaufs im Flächennutzungsplan nicht durch den Übergang in eine stärker verdeutlichende Planungsstufe erklärbar. Sie lassen zudem die Grundkonzeption des Flächennutzungsplans in diesem Bereich nicht unangetastet. Diese besteht insbesondere darin, die vorhandene trennende Wirkung der Neuenlander Straße für Gebiete unterschiedlicher Nutzungsart aufzugreifen und gleichzeitig die nördlich der Straße gelegenen Kleingarten- und Wohngebiete durch die Führung der Autobahn in Tunnellage vor zusätzlichen Lärmbeeinträchtigungen zu schützen. Zum anderen sah die Konzeption des Flächennutzungsplans vor, den Verkehr in südlicher Richtung zur A 1 nicht über das städtische Straßennetz, sondern durch eine neu zu schaffende Anschlussstelle unter dem Flughafen zu führen.

[41] bb) Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vorhabenträger als materieller Planungsträger (vgl. Gaentzsch/Philipp a.a.O. Rn. 9) im Rahmen der Aufstellung des Flächennutzungsplans vom 28. Juni 1983 nicht entsprechend der damals geltenden Soll-Vorschrift des § 2 Abs. 5 BBauG beteiligt worden ist oder zwar beteiligt worden ist, aber der Darstellung des Trassenverlaufs widersprochen hat. Die Beteiligte selbst hat eine Nichtbeachtung der Beteiligungsvorschriften nicht gerügt und nicht behauptet, der Flächennutzungsplanung widersprochen zu haben.

[42] cc) Dass der Träger der Fachplanung keinen Widerspruch erhoben hat, kann nicht mit der Erwägung als unbeachtlich angesehen werden, dass er mit dem Träger der Flächennutzungsplanung identisch sei und es deswegen keiner Kollisionsregelung zur Verhinderung gegenläufiger Planungen bedurft habe. Es fehlt schon an einer Identität der beiden Planungsträger. Nach Art. 143 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947 (GBI S. 251 – BremVerf) bilden die Stadt Bremen und die Stadt Bremerhaven jede für sich eine Gemeinde des bremischen Staates. Die Freie Hansestadt Bremen stellt einen aus diesen beiden Gemeinden gebildeten Gemeindeverband höherer Ordnung dar. Den Gemeinden steht gemäß Art. 144 Satz 2 BremVerf das Recht der Selbstverwaltung und damit auch die kommunale Planungshoheit zu, die insbesondere das Recht der Bauleitplanung umfasst. Beschlussorgan der Stadtgemeinde Bremen ist insoweit gemäß Art. 148 Abs. 1 BremVerf die Stadtbürgerschaft der Stadtgemeinde Bremen, die aus den von den stadtbremischen Wählern bei der

Wahl zur Bürgerschaft im Wahlbereich Bremen gewählten Vertretern besteht. Träger der Fachplanung beim Autobahnbau ist dagegen nicht die Gemeinde, sondern gemäß Art. 90 Abs. 2 GG i.V.m. § 5 Abs. 1 FStrG die Straßenbauverwaltung des Landes – hier der beklagten Freien Hansestadt Bremen – im Auftrag des Bundes.

[43] Unabhängig hiervon ist die Anpassungspflicht des § 7 Satz 1 BauGB auch deswegen nicht gegenstandslos, weil sie nicht nur die Planungshoheit als subjektive Rechtsposition der Gemeinde schützt, sondern auch die gesamtplanerische Steuerungskraft des Flächennutzungsplans als objektiven öffentlichen Belang. Das ist für das Verhältnis von Flächennutzungsplan und aus ihm zu entwickelnden Bebauungsplänen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt. Gesetzgeberisches Ziel der grundsätzlichen Verpflichtung der Gemeinde zu einer derart zweistufigen Planung ist es, die Gemeinde anzuhalten, ihre städtebauliche Entwicklung auf der Grundlage einer in sich stimmigen Grundkonzeption für das gesamte Gemeindegebiet zu steuern. Diesem Anliegen dienen alle das Verhältnis zwischen Flächennutzungsplan und Bebauungsplan regelnden Vorschriften. Ohne Änderung des Flächennutzungsplans als der übergeordneten Gesamtplanung für das Gemeindegebiet darf die Gemeinde nicht im Wege der Bauleitplanung für Teilbereiche des Gemeindegebietes neue Planungskonzepte entwickeln. Der Umstand, dass die Gemeinde die Planungshoheit sowohl für die das gesamte Gemeindegebiet erfassende Flächennutzungsplanung als auch für die Aufstellung von Bebauungsplänen besitzt, ist auf diese Bindung ohne Einfluss. Nichts anderes kann im Verhältnis von Flächennutzungsplan und Fachplanung gelten. Auch insoweit dient die Bindung an den Flächennutzungsplan dem objektiven Belang einer geordneten städtebaulichen Entwicklung und ließe die Gemeinde auch dann zur Adressatin der Anpassungspflicht werden, wenn sie selbst Trägerin der Fachplanung wäre.

[44] dd) Die Bindung an die Darstellungen des Flächennutzungsplans ist nicht wegen einer abweichenden Planung erforderlich machenden Veränderung der Sachlage und eines darüber mit der Gemeinde erzielten Einvernehmens oder eines nachträglich durch den öffentlichen Planungsträger eingelegten Widerspruchs gemäß § 7 Satz 3 und 4 BauGB entfallen.

[45] (1) Es fehlt schon an der in § 7 Satz 3 und 4 BauGB geforderten Veränderung der Sachlage. Die von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung angesprochene Forderung des Bundes nach einem kostengünstigeren Anschluss der Trasse an das Trogbauwerk stellt eine solche nicht dar. Sie war nicht Ursache für die geänderte Linienführung, sondern Folge der von der Beklagten aufgrund der Verkehrsuntersuchung aus dem Jahr 2003/2004 getroffenen und von der Beklagten dem Bund – nach ihrer eigenen Einlassung in der mündlichen Verhandlung – »abgerungenen« Entscheidung für die von der Neuenlander Straße abrückende Südvariante. In informellen Planungen zum Ausdruck gebrachte abweichende Planungsvorstellungen und -ziele der Verwaltung der Beklagten stellen ebenfalls keine Veränderung der Sachlage dar. Wie schon der Wortlaut des § 7 Satz 3 BauGB belegt, sind mit einer derartigen Veränderung von der Planung des öffentlichen Planungsträgers zu unterscheidende tatsächliche Umstände gemeint; diese können deshalb nicht in veränderten planerischen Vorstellungen gesehen werden. Es muss sich vielmehr um eine Veränderung der für die Ausgestaltung der Fachplanung maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse handeln, die eine Abweichung von dem Planungskonzept des Flächennutzungsplans notwendig macht. Dass sich unabhängig von dem Verlangen des Bundes nach einem kostengünstigeren Anschluss der Trasse oder den erwähnten informellen planerischen Vorstellungen planungserhebliche tatsächliche Gegebenheiten geändert haben, wird in dem Planfest-

stellungsbeschluss nicht dargelegt und lässt sich den vorgelegten Planungsunterlagen nicht entnehmen.

[46] (2) Selbst wenn eine Veränderung der Sachlage im Sinne des § 7 Satz 3 BauGB unterstellt wird, fehlt es an der Herstellung eines Einvernehmens zwischen der für die Flächennutzungsplanung zuständigen Stadtgemeinde Bremen und dem Träger der Fachplanung. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist hierauf auch nicht wirksam verzichtet worden.

[47] Dass der Fachbereich Bau bei dem Senator für Umwelt, Bau, Verkehr und Europa im Planfeststellungsverfahren in seiner im Planfeststellungsverfahren abgegebenen Stellungnahme vom 30. März 2007 auf die Problematik der Abweichung des Fachplanungsvorhabens von dem Flächennutzungsplan nicht eingegangen ist, rechtfertigt die Annahme eines Verzichts der Gemeinde auf die Beachtung ihres Flächennutzungsplans selbst dann nicht, wenn unterstellt wird, dass er diese Stellungnahme auch als Organ der Stadtgemeinde Bremen (vgl. Art. 148 Abs. 1 BremVerf) abgegeben hat. Der Verzicht auf eine Rechtsposition erfordert eine ausdrückliche Erklärung oder muss sich aus einem sonstigen Verhalten mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lassen. Bloßes Schweigen auf nicht gestellte Fragen genügt nicht. So lag es aber hier.

[48] Eine Verzichtserklärung des Fachbereichs Bau oder einer anderen Stelle der Verwaltung der Beklagten bzw. der Stadtgemeinde Bremen hätte zudem nicht genügt, um die Bindungswirkung des Flächennutzungsplans entfallen zu lassen. Die Kompetenz, eine Entscheidung über die Aufhebung der Bindungswirkung des Flächennutzungsplans zu treffen, steht allein dem für die Aufstellung und Änderung des Flächennutzungsplans zuständigen Gemeindeorgan zu. Dieses muss das Einvernehmen über eine Abweichung vom bisherigen gemeindlichen Planungskonzept aus Gründen der Rechtsklarheit durch eine förmliche Änderung des Flächennutzungsplans nach außen erkennbar dokumentieren (vgl. Bielenberg/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Bd. 1, Stand September 2010, § 7 Rn. 19; Gierke, in: Brügelmann, BauGB, Bd. 1, Stand September 2010, § 7 Rn. 110 und 156a). Das ergibt sich aus Folgendem:

[49] Die Aufstellung von Bauleitplänen ist Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden, § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB; die Zuständigkeit der Gemeindeorgane für die Bauleitplanung oder für einzelne Verfahrensabschnitte regelt das Landesrecht (Beschluss vom 15. April 1988 – BVerwG 4 N 4.87 – BVerwGE 79, 200 <204>). Für die Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan zuständiges gesetzliches Organ in der Stadtgemeinde Bremen ist die durch die stadtbremischen Wähler unmittelbar demokratisch legitimierte Stadtbürgerschaft als Gemeindevertretung der Stadtgemeinde Bremen (Art. 148 Abs. 1 BremVerf; vgl. Urteil vom 29. April 2010 – BVerwG 4 CN 3.08 – ZfBR 2010, 575).

[50] In der Zuständigkeit der Gemeindevertretung für die Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan wird dessen maßgebende Leitfunktion in der städtebaulichen Entwicklung zum Ausdruck gebracht. Als vorbereitender Bauleitplan stellt der Flächennutzungsplan gemäß § 5 Abs. 1 BauGB vor allem ein gesamtträumliches Entwicklungskonzept dar, das die Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen festlegt. Die in § 5 Abs. 1 BauGB selbst enthaltene Programmierungsfunktion soll durch das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB im Sinne einer Determinierung den Inhalt der Festsetzungen des rechtsverbindlichen Bebauungsplans steuern (Urteil vom 21. Oktober 1999 – BVerwG 4 C 1.99 – BVerwGE 109, 371 <376>). Welches Gewicht das Gesetz der im Flächennutzungsplan enthaltenen gesamtträumlichen Entwicklungskonzeption beimisst, ergibt sich auch daraus, dass die Gemeinde nur unter den in § 8 Abs. 3 und 4 BauGB geregelten Voraussetzungen ein Parallelverfahren durchführen oder sich für einen vorgezogenen

Bebauungsplan entscheiden darf, der Flächennutzungsplan demselben öffentlichen Entscheidungsverfahren unterworfen wird wie der rechtsverbindliche Bebauungsplan (§§ 2 ff. BauGB) und die nach außen gerichtete Wirksamkeit des Flächennutzungsplans die ortsübliche Bekanntmachung seiner Genehmigung voraussetzt (§ 6 Abs. 5 BauGB). Insbesondere der Funktion, jedermann über den Stand der von der Gemeinde beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung Auskunft zu geben (vgl. Urteil vom 21. Oktober 1999 a.a.O.), wird ein Flächennutzungsplan nur gerecht, wenn sich der Bürger darauf verlassen kann, dass die Gemeinde den Flächennutzungsplan einer geänderten Planungskonzeption anpasst.

[51] (3) Ist danach zur Herstellung eines Einvernehmens zwischen Gemeinde und Fachplanungsträger über eine Abweichung vom bisherigen gemeindlichen Planungskonzept grundsätzlich die Änderung des Flächennutzungsplans erforderlich, ist es gleichwohl nicht gänzlich ausgeschlossen, in Fällen des unterbliebenen Widerspruchs den Planfeststellungsbeschluss vor einer solchen Änderung zu erlassen. Die förmliche Änderung muss nicht abgewartet werden, sofern z.B. der Abstimmungsprozess zwischen Fachplanungsträger und Gemeinde inhaltlich abgeschlossen ist und in dessen Umsetzung ein Verfahren zur Änderung des Flächennutzungsplans durch einen förmlichen Beschluss des zuständigen Gemeindeorgans eingeleitet worden ist.

[52] (4) Selbst wenn unterstellt wird, die Sachlage habe sich geändert, ist die Bindungswirkung des Flächennutzungsplans auch nicht durch einen nachträglichen Widerspruch nach § 7 Satz 4 BauGB entfallen. Der Vorhabenträger hat einen solchen Widerspruch schon gar nicht erklärt. Ob die weitere in Satz 5 aufgestellte Zulässigkeitsvoraussetzung für einen nachträglichen Widerspruch vorliegt, dass die für die abweichende Planung geltend gemachten Belange die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebenden städtebaulichen Belange nicht nur unerheblich überwiegen, bedarf daher keiner Prüfung.

[53] d) Der Kläger zu 1 kann sich als durch die enteignungsrechtliche Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses Betroffener auf den Verstoß gegen § 7 Satz 1 BauGB berufen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ihm die Berufung auf den Verstoß gegen § 7 Satz 1 BauGB nicht deswegen versagt, weil diese Norm nur die gemeindliche Planungshoheit schützen soll. Mit seiner sowohl die subjektive Rechtsposition der Gemeinde als auch die geordnete städtebauliche Entwicklung umfassenden doppelten Schutzrichtung schützt das Anpassungsgebot neben der Planungshoheit der Gemeinde das Gemeinwohl. Der Kläger zu 1 muss aber als Eigentumsbetroffener nur eine dem Gemeinwohl dienende Inanspruchnahme seines Grundstücks hinnehmen. Die Missachtung der Anpassungspflicht des § 7 Satz 1 BauGB ist dagegen für sich genommen nicht geeignet, der Klage der Kläger zu 2 und 3, deren Grundeigentum durch das Vorhaben nicht in Anspruch genommen werden soll, zum Erfolg zu verhelfen.

[54] 2. Der Verstoß gegen das Anpassungsgebot des § 7 Satz 1 BauGB infiziert allerdings materiell-rechtlich auch die dem Abwägungsgebot (§ 17 Satz 2 FStRG) unterliegende Variantenprüfung und führt zur Fehlerhaftigkeit der Entscheidung für die Südvariante. Hierauf können sich auch die nur mittelbar betroffenen Kläger zu 2 und 3 berufen, weil die Abwägungsmängel dazu geführt haben, dass die für das Vorhaben sprechenden öffentlichen Belange fehlerhaft bewertet und mit der daraus folgenden Fehlgewichtung den geschützten Privatbelangen der Kläger zu 2 und 3 gegenübergestellt worden sind.

[55] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Planfeststellungsbehörde bei der Trassenprüfung ein gestuftes Verfahren gestattet, bei dem sich die Anforderungen an den Umfang der Sachverhaltsermittlung und -bewertung jeweils

nach dem erreichten Planungsstand und den bereits im Laufe des Verfahrens gewonnenen Erkenntnissen richten.

[56] Bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials müssen alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativlösungen berücksichtigt werden und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der von den möglichen Alternativen jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange eingehen (Beschluss vom 20. Dezember 1988 – BVerwG 7 NB 2.88 – BVerwGE 81, 128 <136 f.>; Urteil vom 9. Juni 2004 – BVerwG 9 A 11.03 – Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 5 S. 41). Die Planfeststellungsbehörde braucht den Sachverhalt dabei nur so weit zu klären, wie dies für eine sachgerechte Entscheidung und eine zweckmäßige Gestaltung des Verfahrens erforderlich ist; Alternativen, die ihr aufgrund einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheinen, darf sie schon in einem frühen Verfahrensstadium ausscheiden. Ergibt sich dagegen nicht bereits bei einer Grobanalyse des Abwägungsmaterials die Vorzugswürdigkeit einer Trasse, so muss die Behörde die dann noch ernsthaft in Betracht kommenden Trassenalternativen im weiteren Planungsverfahren detaillierter untersuchen und vergleichen.

[57] Die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit bei der Trassenwahl sind erst dann überschritten, wenn eine andere als die gewählte Trassenführung sich unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere hätte aufdrängen müssen oder wenn der Planfeststellungsbehörde infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist (vgl. Urteil vom 16. März 2006 – BVerwG 4 A 1075.04 – BVerwGE 125, 116 <146 f.>). Gemessen an diesen Grundsätzen erweist sich die Abwägungsentcheidung als fehlerhaft.

[58] Bei der Variantenauswahl hat sich die Planfeststellungsbehörde nicht an die im Flächennutzungsplan zum Ausdruck kommende städtebauliche Konzeption gebunden gefühlt. Nur deswegen konnte sie sich die in der Verkehrsuntersuchung 2003/2004 ausgesprochene Variantenempfehlung zu Eigen machen. Die Einbeziehung der Südvariante in die Trassenuntersuchung wird in der Verkehrsuntersuchung damit begründet, dass in einer 1999 im Auftrag der Beklagten erstellten Entwicklungsplanung für die Bremer Neustadt wegen der mit einer Trassenführung auf der Neuenlander Straße verbundenen Nachteile ein Abrücken der Trasse von der Neuenlander Straße und ihre Führung zwischen dem AIRBUS-Gelände und dem Gewerbegebiet Neuenlander Straße vorgeschlagen worden sei. In der mündlichen Verhandlung hat der Sachbeistand der Beklagten Prof. Dr. R. hierzu ergänzt, diese »Masterplan«-Empfehlung sei ressortübergreifend abgestimmt worden.

[59] Damit hat die Beklagte informellen Planungsüberlegungen, die sich in einem so genannten Masterplan verdichtet haben, den Vorrang gegenüber dem durch den Flächennutzungsplan aufgestellten gesamträumlichen Entwicklungskonzept eingeräumt. Diese Vorgehensweise übersieht, dass »Masterplan« der Gemeinde ihr Flächennutzungsplan sein muss, der nicht nur die Gemeinde bei der weiteren städtebaulichen Entwicklung des Gemeindegebiets, sondern auch den nicht widersprechenden Träger der überörtlichen Planung bindet. Hätte die Planfeststellungsbehörde die Verbindlichkeit des Flächennutzungsplans erkannt, hätte sie sowohl die Mittelvariante als auch die als Vorzugsvariante ausgewählte Südvariante bereits bei einer Grobanalyse wegen der mit diesen Varianten unvereinbaren Trassenfestlegung im Flächennutzungsplan ausscheiden müssen.

[60] 3. Der Planfeststellungsbeschluss weist darüber hinaus weitere Abwägungsfehler im Zusammenhang mit dem nach Erstellung der Verkehrsuntersuchung 2003/2004 veränderten Anschluss der Südvariante an das Trogbauwerk in der Neuenlander Straße und der

nachträglich veränderten Anschlussoption für den 5. Bauabschnitt durch die angestrebte Untertunnelung des Flughafengeländes und den Bau der Anschlussstelle in Höhe des Hornbach-Grundstücks auf. Auch diese Abwägungsfehler können nach den oben dargelegten Maßstäben alle Kläger rügen. (wird ausgeführt; die Red.)

Naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht

OVG Lüneburg, Beschluss vom 22. Februar 2011 – 4 LA 30/10

Leitsatz:

Die Ausübung des naturschutzrechtlichen Vorkaufrechts ist im Verhältnis zu anderen Möglichkeiten eines wirksamen behördlichen Naturschutzes nicht subsidiär.

Aus den Gründen:

Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil hat keinen Erfolg. Denn die von dem Kläger geltend gemachten Berufungszulassungsgründe des § 124 Abs. 2 Nr. 1 und 5 VwGO liegen nicht vor bzw. sind nicht hinreichend dargelegt worden.

Aus dem Vorbringen des Klägers zur Begründung seines Zulassungsantrages ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Denn entgegen der Auffassung des Klägers ist die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Beklagten nach § 48 NNatG in der hier maßgeblichen, bis zum 28. Februar 2010 gültig gewesenen Fassung nicht wegen eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick darauf ermessensfehlerhaft, dass der Beklagte möglicherweise auch durch einen Vertrag mit dem Grundstückseigentümer nach § 29 Abs. 3 Satz 1 NNatG »eine den naturschutzfachlichen Erfordernissen entsprechende Bewirtschaftung der betroffenen Bergwiesen« hätte erreichen können. Die Ausübung des naturschutzrechtlichen Vorkaufrechts ist nämlich im Verhältnis zu anderen Möglichkeiten eines wirksamen behördlichen Naturschutzes nicht subsidiär (ebenso OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.12.2001 – 2 L 342/00 -; Hessischer VGH, Urteil vom 18.1.1996 – 3 UE 2544/93 -, NVwZ-RR 1996, 500). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird bei der Ausübung dieses Vorkaufrechts dadurch Rechnung getragen, dass es zum einen nach § 48 Abs. 3 Satz 2 NNatG nur dann ausgeübt werden darf, wenn das Grundstück für Naturschutz (wie im vorliegenden Fall) und Landschaftspflege oder die Erholung der Allgemeinheit in Natur und Landschaft verwendet werden soll, und dass zum anderen in dem Fall, dass das Grundstück nicht in angemessener Zeit zu diesem, nach § 48 Abs. 3 Satz 3 NNatG anzugebenden Zweck verwendet wird, der frühere Käufer nach § 48 Abs. 3 Satz 4 NNatG gegen Erstattung des Kaufpreises dessen Übereignung verlangen kann. Sind die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so kann die Behörde daher in der Regel von diesem Vorkaufsrecht ebenso Gebrauch machen wie von der Möglichkeit eines Vertragsschlusses nach § 29 Abs. 3 Satz 1 NNatG oder einer beispielsweise auf § 29 Abs. 1 Satz 2 NNatG gestützten Anordnung im Einzelfall, ohne dass sie insofern eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten hätte.

Zudem liegt es (auch ohne die von dem Kläger für notwendig gehaltene weitere Aufklärung des Sachverhalts) auf der Hand, dass die durch die Ausübung des Vorkaufsrechts erlangte Eigentümerstellung der Naturschutzbehörde umfassende Möglichkeiten für einen wirksamen Naturschutz eröffnet, die die Naturschutzbehörde in dieser Form durch den vom Kläger als alternative Handlungsmöglichkeit angeführten Vertragsschluss nach § 29 Abs. 3 Satz 1 NNatG wegen der schwächeren rechtlichen Stellung als bloßer

Vertragspartner nicht erlangen könnte. Es handelt sich deshalb insofern regelmäßig nicht um gleichermaßen geeignete Handlungsalternativen. Auch aus diesem Grunde scheidet hier daher eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus.

(...)

Nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung bei Abfallentsorgungsanlagen

OVG Münster, Beschluss vom 2. Februar 2011 – 8 B 1675/10

Leitsätze:

1. Nach § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG kann eine Sicherheitsleistung auch dann noch nachträglich angeordnet werden, wenn bereits eine Umweltbelastung und -gefährdung eingetreten ist. Dem steht nicht entgegen, dass die Behörde bereits nachträgliche Anordnungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG getroffen hat, die sie gegebenenfalls nach Maßgabe des Vollstreckungsrechts zwangsweise durchsetzen kann. [Rn. 2 – 5]
2. Die Sicherheitsleistung soll allein die voraussichtlichen Kosten der Nachsorgepflichten nach endgültiger Betriebseinstellung absichern. Werden durch Sanierungsmaßnahmen – gleich ob vor oder nach einer Betriebseinstellung – spätere Nachsorgepflichten ganz oder teilweise erfüllt, ist die Sicherheitsleistung entsprechend der Realisierung einzelner Nachsorgepflichten zu reduzieren bzw. freizugeben. [Rn. 6 – 8]
3. Die Anordnung einer Sicherheitsleistung hat sich an der voraussichtlichen Höhe der Kosten für die Erfüllung der Nachsorgepflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG zu orientieren. Ist durch eine Abfallentsorgungsanlage eine Umweltbelastung und -gefährdung schon eingetreten, so können in die Sicherheitsleistung – erst recht – auch solche Kosten einbezogen werden, die voraussichtlich für die Beseitigung der schon konkret eingetretenen Störungen entstehen werden. [Rn. 9 – 15]
4. Die der Sicherheitsleistung zugrunde liegende Prognose zu den möglichen Kosten der Erfüllung der Nachsorgepflichten ist im gerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt überprüfbar. [Rn. 16, 17]
5. Ein Sicherheitszuschlag für »Unvorhergesehenes« in Höhe von 10 % erscheint angemessen, wenn die Abschätzung der Kosten mit großen Unsicherheiten verbunden ist. [Rn. 18]

Vorinstanz:

VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 17. November 2010 – 8 L 1258/10

Aus dem Tatbestand:

Die Firma E. betreibt seit März 2004 im Hafengelände eine Abfallentsorgungsanlage zur Behandlung von PCB-haltigen und PCB-freien Abfällen. Nachdem bei Staubbodenschlammuntersuchungen im Hafengebiet seit 2006/2007 erhöhte PCB-Belastungen festgestellt worden waren und sich herausstellte, dass diese im Bereich der Firma E. besonders konzentriert waren, wurde der Betrieb Ende Mai 2010 vorläufig stillgelegt. Auch bei Blutuntersuchungen von E.-Mitarbeitern zeigte sich eine erhöhte PCB-Belastung. Das Eilverfahren betraf eine Sicherheitsleistung in Höhe von 1,8 Mio Euro, die die Bezirksregierung in Abstimmung mit dem Umweltministerium nachträglich angeordnet hat. Der Eilantrag blieb in beiden Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:

[1] 1. Die angegriffene Anordnung einer erhöhten Sicherheitsleistung durch Bescheid vom 24.9.2010 stützt sich zu Recht auf § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG.

a) Nach dieser Vorschrift soll bei Abfallentsorgungsanlagen i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG auch eine Sicherheitsleistung angeordnet werden. Die Regelung will sicherstellen, dass die Nachsorgepflichten des Betreibers einer genehmigungspflichtigen Abfallentsorgungsanlage nach Einstellung des Betriebs auf dessen Kosten – und nicht auf Staatskosten – erfüllt werden (aa). Eine Sicherheitsleistung kann auch dann nachträglich angeordnet werden, wenn – wie hier – bereits eine Umweltbelastung und -gefährdung eingetreten ist (bb). Ob nach endgültiger Einstellung des gesamten Betriebs noch die nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung zulässig ist, kann offen bleiben, da dieser Fall nicht vorliegt (cc). Die Anordnung einer Sicherheitsleistung hat sich an der voraussichtlichen Höhe der Kosten für die Erfüllung dieser Nachsorgepflichten zu orientieren (dd).

[2] aa) Nach § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG, der erst seit März 2010 in Kraft ist, »soll« bei Abfallentsorgungsanlagen i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG, zu denen auch der Betrieb der Antragstellerin gehört, zur Erfüllung der Pflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG – sog. Nachsorgepflichten oder Pflichten in der Nachbetriebsphase – auch eine Sicherheitsleistung angeordnet werden. Durch die Neuregelung wurde die frühere Fassung (»kann«) verschärft, nachdem das BVerwG klargestellt hatte, dass vom Betreiber einer Abfallentsorgungsanlage i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zur Sicherstellung der Anforderungen nach § 5 Abs. 3 BImSchG eine Sicherheitsleistung auch ohne Zweifel an dessen Liquidität gefordert werden kann (BVerwG, Urt. v. 13.3.2008 – 7 C 44.07, BVerwGE 131, 11; nachgehend BVerfG, Beschl. v. 1.11.2009 – 1 BvR 1370/08, NVwZ 2009, 1484).

Parallel zu § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG, der nachträgliche Anordnungen betrifft, wurde auch § 12 Abs. 1 Satz 2 BImSchG (Nebenbestimmungen zur Genehmigung) neu gefasst. Danach muss nunmehr im Regelfall sowohl bei Neu- als auch bei Bestandsanlagen eine Sicherheitsleistung angeordnet werden. Nur wenn atypische Umstände vorliegen, steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde (vgl. zur neuen Rechtslage Kopp-Assenmacher, Neues in Sachen Sicherheitsleistung für Abfallentsorgungsanlagen, AbfallR 2010, 150 ff., und Diekmann, Sicherheitsleistung »reloaded«, UPR 2010, 178 ff).

[3] Sinn und Zweck der Vorschriften ist es sicherzustellen, dass die öffentliche Hand bei Zahlungsunfähigkeit des Betreibers einer Abfallentsorgungsanlage nicht die zum Teil erheblichen Sicherungs-, Sanierungs- und Entsorgungskosten zu tragen hat. Gerade bei diesen Anlagenarten besteht nach Einschätzung des Gesetzgebers typischerweise die Gefahr der Annahme und Lagerung von Abfällen ohne Verwertungsabsicht oder hinreichendes Verwertungskonzept und damit die Gefahr hoher Kosten für die öffentliche Hand bei Insolvenz des Betreibers (vgl. BT-Drucks. 14/4926, S. 6).

[4] Die Nachsorgepflichten des § 5 Abs. 3 BImSchG, deren Erfüllung durch die Anordnung einer Sicherheitsleistung gewährleistet werden soll, entstehen erst nach der – gleich aus welchem Grund erfolgenden – Betriebseinstellung und damit zu einem bei Bescheiderlass nicht vorhersehbaren künftigen Zeitpunkt. Ob dann der Anlagenbetreiber noch liquide sein wird, ist im Allgemeinen nicht vorhersehbar. Etwas anderes gilt nur für Betreiber, bei denen eine Insolvenz von vornherein ausgeschlossen ist, etwa wenn die Anlage von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts betrieben wird. Der Gesetzgeber wollte zudem eine Regelung schaffen, die einen äußerst geringen, nicht quantifizierbaren zusätzlichen Ver-

waltungsaufwand verursacht (BVerwG, Urteil vom 13.3.2008 – 7 C 44.07 –, BVerwGE 131, 11 = juris, Rn. 28 ff).

[5] bb) Aus dem Vorstehenden folgt, dass eine Sicherheitsleistung – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – auch dann noch nachträglich angeordnet werden kann, wenn – wie hier – bereits eine Umweltbelastung und -gefährdung eingetreten ist, auf die die Behörde schon mit nachträglichen Anordnungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG reagiert hat, die sie gegebenenfalls nach Maßgabe des Vollstreckungsrechts zwangsweise durchsetzen und für deren voraussichtliche Ersatzvornahmekosten sie sogar – jedenfalls in Nordrhein-Westfalen, anders z. T. in anderen Bundesländern – gemäß § 59 Abs. 2 Satz 1 VwVG NRW den Betroffenen im Voraus in Anspruch nehmen kann. Durch diese landesrechtlich vorgesehenen Vollstreckungsmöglichkeiten wird die bundesrechtlich geregelte nachträgliche Anordnung der Sicherheitsleistung nicht »verdrängt«; sie wird auch keineswegs überflüssig, solange es weiterhin in Betracht kommt, dass nach endgültiger Betriebseinstellung Nachsorgepflichten in dem von der Sicherheitsleistung vorausgesetzten Umfang entstehen können.

[6] Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Sicherheitsleistung auch für solche Ersatzvornahmekosten in Anspruch genommen werden kann, die vor einer endgültigen Betriebseinstellung anfallen. Dies ist nach dem oben Ausgeführten zu verneinen. Die Sicherheitsleistung soll allein die voraussichtlichen Kosten der Nachsorgepflichten nach endgültiger Betriebseinstellung absichern.

[7] Werden durch Sanierungsmaßnahmen – gleich ob vor oder nach einer Betriebseinstellung – spätere Nachsorgepflichten ganz oder teilweise erfüllt, ist die Sicherheitsleistung entsprechend der Realisierung einzelner Nachsorgepflichten zu reduzieren bzw. freizugeben (vgl. Grete/Küster, NuR 2002, 467 (471); Jarass, BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 12 Rn. 18).

[8] cc) Offen bleiben kann, ob eine nachträgliche Sicherheitsleistung nach § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG auch noch nach einer endgültigen Betriebsstilllegung angeordnet werden kann. Das Gesetz enthält hierzu keine Regelung. Für eine solche Möglichkeit könnte sprechen, dass das immissionsschutzrechtliche Instrumentarium erst nach Ablauf eines Jahres nach Einstellung des gesamten Betriebs endet (vgl. § 17 Abs. 4a Satz 2 BImSchG, der für sämtliche Anlagen – nicht nur für Abfallentsorgungsanlagen – gilt). Der Senat muss der Frage aber nicht weiter nachgehen, da hier keine endgültige Stilllegung des gesamten Betriebes vorliegt (s. unten unter 1. b) aa).

[9] dd) Da die Sicherheitsleistung der Erfüllung der verschiedenen Nachsorgepflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG dienen soll, hat sich die Anordnung einer Sicherheitsleistung an der voraussichtlichen Höhe der Kosten für die Erfüllung dieser Pflichten zu orientieren.

Nach § 5 Abs. 3 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten, zu betreiben und stillzulegen, dass auch nach einer Betriebseinstellung von der Anlage oder dem Anlagengrundstück keine schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden können (Nr. 1), vorhandene Abfälle ordnungsgemäß und schadlos verwertet oder ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden (Nr. 2) und die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Betriebsgeländes gewährleistet ist (Nr. 3). Die genannten Pflichten beziehen sich ihrem Inhalt nach auf die Zeit nach Einstellung des Anlagenbetriebs, d.h. nach vollständiger und dauerhafter Einstellung des Betriebs. Für eine zeitweilige Betriebseinstellung gilt § 5 Abs. 3 BImSchG nur dann, wenn sie in Anlehnung an § 18 BImSchG länger als drei Jahre dauern soll oder tatsächlich drei Jahre überschreitet (Jarass, a. a. O., § 5 BImSchG

Rn. 108; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band 1, Stand: September 2010, § 5 BImSchG Rn. 214 f).

Zwar dürften bei ordnungsgemäßer Errichtung und ordnungsgemäßigem Betrieb einer Anlage unter Beachtung der genannten Grundpflichten grundsätzlich weder von der Anlage noch von dem Anlagengrundstück Gefahren ausgehen. Häufig wird aber erst nach Stilllegung offenkundig, dass die genannten Pflichten nicht oder nicht vollständig erfüllt wurden, indem Bodenverunreinigungen und/oder die Ablagerung schädlicher Stoffe in der Anlage entdeckt werden. Die Regelung dehnt deshalb die Verantwortung des Betreibers auf die Zeit nach Betriebseinstellung aus; Schutzzweck ist die Sicherung der Umweltverträglichkeit einer genehmigungsbedürftigen Anlage auch für die Zeit nach Betriebsende (Dietlein, a. a. O., § 5 BImSchG Rn. 209 und 213).

[10] Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass zu den Nachsorgepflichten des Betreibers einer Abfallentsorgungsanlage nicht nur die Entsorgung der in der Anlage zulässigerweise, sondern darüber hinaus auch der nicht genehmigungskonformen Abfälle gehört (Grete/Küster, NuR 2002, 467 (470)).

Nicht geschuldet ist die völlige Befreiung des Anlagengrundstücks, des Bodens und des Grundwassers von Verunreinigungen und Belastungen, insbesondere besteht keine Pflicht zur Wiederherstellung des Zustands, der vor der Genehmigungserteilung bestanden hat. Auch als Vorsorgemaßnahmen zu qualifizierende Vorkehrungen hat der ehemalige Betreiber nicht zu treffen. Eine Sanierung ist vielmehr nur in dem Umfang erforderlich, wie weiterhin drohende schädliche Umwelteinwirkungen, sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und Belästigungen zu beheben sind (Dietlein, a. a. O., § 5 BImSchG Rn. 225 f).

[11] b) Ausgehend von diesen Grundsätzen wird der Bescheid des Antragsgegners vom 5.8.2010 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 24.9.2010 bei summarischer Prüfung den Anforderungen des § 17 Abs. 4a BImSchG gerecht.

aa) Der Umstand, dass bereits vor Betriebseinstellung schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren von dem Betriebsgrundstück der Antragstellerin ausgehen, auf die der Antragsgegner mit Ordnungsverfügungen reagiert hat, hinderte nicht die Anordnung einer Sicherheitsleistung. Denn im vorliegenden Fall bestehen hinreichende Anhaltspunkte, dass die von der PCB-Belastung des Betriebsgrundstücks ausgehenden Gefahren möglicherweise nicht vor endgültiger Betriebseinstellung beseitigt werden, so dass Nachsorgepflichten in dem von der Sicherheitsleistung vorausgesetzten Umfang entstehen können.

Der Betrieb der Antragstellerin ist noch nicht endgültig eingestellt, so dass es auf die Frage, ob die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 17 Abs. 4a BImSchG auch noch nach endgültiger Betriebseinstellung zulässig ist, nicht ankommt. [...]

[12] Nicht zutreffend ist allerdings die Annahme im Änderungsbescheid, die bereits erbrachte Sicherheitsleistung in Höhe von 81.450,- Euro, die mit Genehmigungsbescheid vom 20.3.2009 festgesetzt worden ist, könne für die Kosten bereits durchgeführter Ersatzvornahmen sowie weiterer bereits angedrohter Ersatzvornahmen vor einer endgültigen Betriebseinstellung verwendet werden; denn die Sicherheitsleistung soll und darf allein die voraussichtlichen Kosten der Nachsorgepflichten nach endgültiger Betriebseinstellung absichern. Dies führt jedoch nicht zur (teilweisen) Rechtswidrigkeit des Bescheides, weil – angesichts der inzwischen vorliegenden neueren Erkenntnisse – davon auszugehen ist, dass die angeordnete Sicherheitsleistung in vollem Umfang für die Erfüllung späterer Nachsorgepflichten – nach endgültiger Betriebseinstellung – benötigt wird (dazu noch unten). Die Frage der späteren Verwendung der Sicherheitsleistung ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

[13] Entgegen der Auffassung der Antragstellerin führt die Anordnung der Sicherheitsleistung nicht dadurch zu einer unzulässigen Doppelbelastung, dass die Antragstellerin sowohl für die ihr aufgegebene Sanierung als auch für die Sicherheitsleistung Geld aufbringen muss. Vielmehr hat der Antragsgegner in seinem Änderungsbescheid ausdrücklich klargestellt, dass er die Sicherheitsleistung entsprechend der Umsetzung einzelner Nachsorgepflichten reduzieren bzw. freigeben wird. [...]

[13] bb) Die festgesetzte Sicherheitsleistung ist auch weder dem Grunde noch der Höhe nach zu beanstanden.

(1) Bei Abfallentsorgungsanlagen i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG geht die Verwaltungspraxis im Regelfall pauschal von den voraussichtlichen Entsorgungskosten der maximal genehmigten Abfallmenge aus. Die Sicherheitsleistung wird aus den Faktoren der maximal genehmigten Gesamtlagermenge und den durchschnittlichen Entsorgungskosten je Tonne des jeweiligen Abfalls gebildet. Zu den Entsorgungskosten kommen insbesondere Analyse- und Transportkosten hinzu (vgl. etwa Erlass Nr. 5/1/10 »Sicherheitsleistungen bei Abfallentsorgungsanlagen« des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz (Brandenburg) vom 18.10.2010, ABl. für Brandenburg 2010, S. 1778; RdErl. d. MU (Niedersachsen) »Sicherheitsleistungen bei Abfallentsorgungsanlagen im Bereich des Immissionssschutzes« (n.v.) vom 30.9.2004 – 35-40500/1/2/18 (<http://www.mu1.niedersachsen.de>); vgl. neuerdings auch Erlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes NRW »Festsetzung von Sicherheitsleistungen zur Sicherstellung der Nachsorgepflichten gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 2 BImSchG bei Abfallentsorgungsanlagen i. S. d. Bundes-Immissionschutzgesetzes« (ohne Datum und Az., Übersendungsschreiben vom 5.1.2011)).

[14] Abfälle, die einen sog. positiven Marktwert haben, sind dabei nicht zu berücksichtigen; denn es ist nicht Sinn der Sicherheitsleistung, dass der Staat zum Erhalt des Sicherungsmittels am Markt teilnimmt, um bei dem Verkauf von auf dem Betriebsgrundstück verbliebenem Abfall möglichst günstige Preise zu erzielen. Ebenso wenig kann eine etwaige Abfallbehandlung durch den von der Sicherheitsleistung betroffenen Betreiber (oder einen Dritten) mit der Folge einer Erhöhung des Marktwertes unterstellt werden. Vielmehr ist bei der Bestimmung des Marktwertes der Abfall im Augenblick der Anlieferung maßgeblich. Dies folgt aus Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung, die der präventiven Durchsetzung der Nachsorgepflichten nach endgültiger Betriebsstilllegung dient, also den Fall der faktischen Einstellung aller Handlungen – auch etwaiger Behandlungsmaßnahmen – meint (vgl. Kopp-Assenmacher, AbfallR 2010, 150 (152), Diekmann, UPR 2010, 178 (180), sowie Nds. OVG, Urteil vom 16.11.2009 – 12 LB 344/07 –, UPR 2010, 151 = juris Rn. 41 ff.; Sächs. OVG, Beschluss vom 5.7.2010 – 4 B 129/07 –, AbfallR 2010, 310 = juris Rn. 6).

Hiervon ausgehend käme man im vorliegenden Fall – bei pauschaler Betrachtung einschließlich Transportkosten – allein für die Entsorgung der maximal zugelassenen Menge an gefährlichen Abfällen bereits zu einer Sicherheitsleistung in Höhe von 1 Million Euro (bei einer unterstellten Entsorgung in der UTD Herfa Neu-rode – Rechnung: 2.500 t Gesamtkapazität x 400,- Euro/t Entsorgungskosten, vgl. hierzu Kostengutachten, S. 43) bzw. in Höhe von 3,75 Millionen Euro (bei einer unterstellten thermischen Beseitigung, Rechnung: 2.500 x 1.500,- Euro/t, S. hierzu Aktenvermerk vom 20.1.2011). Sofern der Einwand der Antragstellerin zutreffen sollte, dass eine Entsorgung in der U. nicht möglich ist, würde dies allenfalls zu dem für sie ungünstigeren Ergebnis führen, dass auf die teurere Alternative zurückgegriffen werden müsste; eine günstigere Entsorgungsmöglichkeit hat die Antragstellerin nicht substantiiert aufgezeigt. Die »Entsorgung« im Betrieb der Antragstellerin selbst

scheidet jedenfalls deshalb aus, weil für die Sicherheitsleistung lediglich die Situation nach Betriebseinstellung zu betrachten ist.

[15] (2) Der Antragsgegner hat die voraussichtlich entstehenden Nachsorgepflichten allerdings nicht nach den vorstehenden pauschalen Berechnungsfaktoren veranschlagt, sondern ein umfangreiches »Gutachten zur Kostenschätzung des voraussichtlichen Sanierungsaufwandes für das Anlagengelände der E.« des Gutachterbüros U. (im Folgenden Kostengutachten) in Auftrag gegeben, um – ausgehend von der festgestellten hohen PCB-Belastung des Betriebsgrundstücks, der darauf befindlichen Anlagen sowie des dort gelagerten Abfalls – die im konkreten Fall veranlassten Sanierungs- und Entsorgungskosten – überschlägig – zu ermitteln sowie den weiteren Untersuchungsbedarf aufzuzeigen. Dabei ging er ersichtlich von der Vorstellung aus, dass die bereits eingetretene Umweltbelastung und -gefährdung durch PCB weit über das übliche Maß hinausgehende Nachsorgepflichten zur Folge haben wird, so dass eine Pauschalbetrachtung die voraussichtlichen Kosten nicht realitätsnah abgebildet hätte. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Ist – wie hier – durch eine Abfallentsorgungsanlage eine Umweltbelastung und -gefährdung schon eingetreten, so können in die Sicherheitsleistung – erst recht – auch solche Kosten einbezogen werden, die voraussichtlich für die Beseitigung der schon konkret eingetretenen Störungen entstehen werden. Denn dann haben sich die mit dem Betrieb von Abfallentsorgungsanlagen durch private Betreiber typischerweise verbundenen Gefahren, denen der Gesetzgeber mit der verpflichtenden Anordnung einer Sicherheitsleistung gerade für die Abfallbranche begegnen wollte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 1.9.2009 – 1 BvR 1370/08 –, NVwZ 2009, 1484 = juris Rn. 26, unter Hinweis auf BR-Drucks 408/00 (Beschluss), S. 3; BT-Drucks. 14/4599, S. 128 f.; BT-Drucks. 14/4926, S. 1), sogar schon realisiert.

[16] (3) Die der Sicherheitsleistung zugrunde liegende Prognose des Antragsgegners zu den möglichen Kosten der Nachsorgepflichten ist im gerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt überprüfbar.

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung betrifft in der Zukunft liegende Nachsorgepflichten. Die Behörde muss abschätzen, ob und ggf. in welchem Umfang diese Pflichten entstehen werden. Eine solche Prognose ist schon ihrem Wesen nach stets mit Unwägbarkeiten hinsichtlich ungewisser zukünftiger Entwicklungen belastet. Hier kommt erschwerend hinzu, dass das Ausmaß der PCB-Belastung im vorliegenden Fall – soweit ersichtlich – in Deutschland beispiellos ist, so dass der Antragsgegner weder für die Bestandsaufnahme noch für die erforderliche PCB-Sanierung auf belastbare Erfahrungswerte zurückgreifen konnte.

Vor diesem Hintergrund einer nur sehr schwer abzuschätzenden Prognose ist der Prüfungsumfang des Senats beschränkt. Die Anordnung der Sicherheitsleistung ist lediglich daraufhin zu überprüfen, ob der Antragsgegner bei seiner Entscheidung den zutreffenden Maßstab zugrunde gelegt hat und ob die Prognose der Behörde über die voraussichtlichen Sanierungs- und Entsorgungskosten vertretbar ist.

[17] (4) Hiervon ausgehend ist die Prognose des Antragsgegners keinen durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Der Antragsgegner hat Grund und Höhe der Sicherheitsleistung plausibel und nachvollziehbar dargelegt.

[...]

[18] Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die festgesetzte Sicherheitsleistung auch die Umsatzsteuer, Analysekosten sowie einen Sicherheitszuschlag für »Unvorhergesehenes« von 10% umfasst (vgl. Bescheid, S. 7, sowie Kostengutachten, S. 45). Letzteres ist zwar für den »Normalfall« einer Sicherheitsleistung umstritten (vgl. Grete/Küster, NuR 2002, 467 (470)) für die Zulässigkeit eines Sicherheitszuschlags etwa VG Frankfurt, Urteil vom 26.11.2009 – 5 K 1315/05 –, juris Rn. 34).

Angesichts der bereits jetzt erkennbaren Komplexität der erforderlichen Sanierung erscheint dem Senat der Sicherheitszuschlag allerdings ohne Weiteres nachvollziehbar; denn die Abschätzung der Kosten für die Sanierung von PCB-belasteten Gegenständen und Flächen ist mit großen Unsicherheiten aufgrund unvorhersehbarer Probleme verbunden. Dies wird nicht zuletzt durch die bereits erwähnte Fortschreibung des Gutachtens belegt, der zufolge mit erheblich höheren Sanierungskosten als bislang angenommen zu rechnen ist.

[...]

[19] 2. Die Ermessensentscheidung des Antragsgegners begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

Da § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG eine Soll-Vorschrift ist, muss die Sicherheitsleistung im Regelfall angeordnet werden. Atypische Umstände, die es der Behörde ermöglichen würden, von der Anordnung der Sicherheitsleistung abzusehen oder einen niedrigeren als den prognostizierten Betrag festzusetzen, sind nicht ersichtlich.

Die Rüge, die nachträgliche Anordnung der Sicherheitsleistung sei unverhältnismäßig, ist unbegründet.

[20] a) Es kommt nicht darauf an, ob der Sicherheitsleistung im Ergebnis eine erdrosselnde Wirkung zukommt. Der Ausgang des Insolvenzverfahrens ist nach derzeitigem Stand offen. Es besteht weiterhin die im angegriffenen Bescheid näher beschriebene Möglichkeit, dass die E. die Antragstellerin bei der Erbringung der Sicherheitsleistung finanziell unterstützt (vgl. Bescheid, S. 5), etwa durch die Beibringung einer insolvenzsicheren Konzernbürgschaft, so dass eine Insolvenz noch abgewendet werden kann. Im Übrigen hat – sollte es zur Insolvenz kommen – nicht der Antragsgegner die Antragstellerin »bewusst in die Insolvenz getrieben«, wie die Antragstellerin geltend macht. Vielmehr besteht – wie oben unter 1. ausgeführt – gerade bei Abfallentsorgungsunternehmen jederzeit ein latentes Insolvenzrisiko, das sich im Falle der Antragstellerin in erster Linie durch den eingetretenen kostspieligen Sanierungsfall und nicht durch das behördliche Vorgehen realisiert hätte. Zudem weist der Antragsgegner zu Recht darauf hin, dass angesichts der seit März 2010 geltenden neuen Rechtslage betriebswirtschaftliche Rücklagen zur Erbringung der Sicherheitsleistung hätten vorgesehen werden müssen.

[21] b) Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin muss auch nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, dass »erhebliche Verursachungsbeiträge vom Vornutzer der Anlagen« (ABB) stammen und dass der Anlagenbetrieb trotz der vorhandenen Vorbelastungen genehmigt worden ist. Die genaue Vorbelastung vor Inbetriebnahme der Anlage durch die Antragstellerin, die zum 1.3.2004 erfolgte, steht – soweit ersichtlich – nach derzeitiger Aktenlage ohnehin nicht fest, so dass es für die von der Antragstellerin begehrte Berücksichtigung schon an tatsächlichen – quantifizierbaren – Anhaltspunkten fehlen dürfte. Hiervon unabhängig ist Adressat der Grundpflichten des § 5 Abs. 3 BImSchG, an die die Sicherheitsleistung anknüpft, der letzte Anlagenbetreiber, hier also die Antragstellerin. Insbesondere die Pflicht zur Wiederherstellung des Grundstücks trifft den letzten Betreiber selbst dann, wenn die schädlichen Umwelteinwirkungen von einem anderen Betreiber verursacht worden sind (Dietlein, a. a. O., § 5 Rn. 220 f.).

[...]

Import von Pflanzenschutzmitteln

VG Braunschweig, Urteil vom 23. September 2010 – 2 A 8/10

Leitsatz der Redaktion:

1. § 16g Abs. 2 S. 2 PflSchG verbietet es in einem umfassend verstandenen Sinn, während des Laufs der Zweijahresfrist eine neue Verkehrsfähigkeitsbescheinigung zu erteilen.

Zu diesem Ergebnis führt die hier gebotene teleologische Auslegung der Norm.

- 2. § 16g Abs. 2 S. 2 PflSchG dient dazu, denjenigen, der eine ihm erteilte Verkehrsfähigkeitsbescheinigung für den Import eines anderen Mittels missbraucht, zu sanktionieren, um ihn künftig vor weiteren gleichartigen Verstößen abzuhalten. Eine Sperre, die sich lediglich auf ein Referenzmittel und das damit verbundene Importmittel bezieht, kann angesichts der bestehenden Praxis des Importhandels keine abschreckende Wirkung entfalten, so dass nur das Verständnis der Norm als umfassendes Verbot, dem Zweck gerecht wird.**

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung für den Parallelimport eines Pflanzenschutzmittels.

Sie hatte beim Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (im Folgenden BVL genannt) eine Verkehrsfähigkeitsbescheinigung für das in den Niederlanden als Parallelimport zugelassene Pflanzenschutzmittel »Titus« beantragt, welches sie in Deutschland unter der Bezeichnung »R chemie Rimsulfuron 250« vertreiben will. Referenzmittel für die Parallelzulassung des Pflanzenschutzmittels »Titus« in den Niederlanden ist ein durch die Beklagte in Deutschland zugelassenes Pflanzenschutzmittel gleichen Namens.

Mit Bescheid vom 26.09.2006 lehnte das BVL die Erteilung einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung mit der Begründung ab, das niederländische Referenzmittel »Titus« verfüge über keine Vollzulassung, sondern sei seinerseits nur als Parallelimport zugelassen worden. Den dagegen eingelegten Widerspruch, in dem die Klägerin die Rechtsauffassung vertrat, eine abgeleitete Zulassung reiche für die Erteilung einer weiteren Verkehrsfähigkeitsbescheinigung aus, wies das BVL mit Widerspruchsbescheid vom 14.12.2006 als unbegründet zurück.

(...)

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig. (...)

Die Klage ist jedoch unbegründet.

Die Beklagte hat die Erteilung einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung mit Bescheid vom 07.12.2009 i. d. F. des Widerspruchsbescheides vom 25.03.2010 zu Recht abgelehnt.

Gemäß § 16g Abs. 2 Satz 2 PflSchG darf dem (früheren) Inhaber einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung, die nach § 16g Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PflSchG wegen ihres Missbrauchs für den Import eines von ihr nicht erfassten Pflanzenschutzmittels widerrufen wurde, vor Ablauf von zwei Jahren nach dem Widerruf keine neue Verkehrsfähigkeitsbescheinigung erteilt werden, soweit nicht im Einzelfall eine unbillige Härte gegeben wäre.

Diese Bestimmung verbietet es in einem umfassend verstandenen Sinn, während des Laufs der Zweijahresfrist eine neue Verkehrsfähigkeitsbescheinigung zu erteilen.

Allerdings bringt der Wortlaut der Vorschrift nicht mit hinreichender Eindeutigkeit zum Ausdruck, dass von der Formulierung »keine neue Verkehrsfähigkeitsbescheinigung« nicht nur solche Testate erfasst sind, die sich auf das gleiche Importmittel beziehen, wie die widerrufenen Verkehrsfähigkeitsbescheinigung, sondern alle beantragten Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen, über die während der Sperrfrist eine Entscheidung zu treffen ist.

Auch die Gesetzesmaterialien sind insoweit unergiebig und lassen den Willen des Normgebers nicht erkennen. § 16g Abs. 2 PflSchG wurde durch Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes vom 05.03.2008

(BGBl. I S. 284) eingefügt, das am 13.03.2008 in Kraft trat. Bis dahin enthielt § 16g PflSchG lediglich eine Regelung, wonach die Verkehrsfähigkeitsbescheinigung zurückzunehmen ist, wenn der Inhaber die Feststellung der Verkehrsfähigkeit durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat, oder vorsätzlich oder grob fahrlässig durch Angaben, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass mit der Neuregelung die Liste der Widerrufungsgründe erweitert werden soll und jetzt auch die Fälle erfasst, in denen zwar das dem Bundesamt zur Überprüfung übermittelte Pflanzenschutzmittel mit einem in Deutschland zugelassenen Mittel übereinstimmt, mit der entsprechend erteilten Verkehrsfähigkeitsbescheinigung aber ein anderes Mittel in Verkehr gebracht wird (vgl. BR-Drs 534/07 S. 24). Näheres zu der neu eingeführten Sperrfrist enthält die Begründung zum Gesetzentwurf dagegen nicht.

Die Reichweite der Sperrfrist erschließt sich jedoch durch teleologische Auslegung. Dabei ist insbesondere die Verwaltungspraxis in die Betrachtung einzubeziehen. Offensichtlich dient die Bestimmung dazu, denjenigen, der eine ihm erteilte Verkehrsfähigkeitsbescheinigung für den Import eines anderen Mittels missbraucht, zu sanktionieren, um ihn künftig vor weiteren gleichartigen Verstößen abzuhalten. Die Norm wird daher ihrem Zweck nur dann gerecht, wenn sie auch geeignet ist, das beabsichtigte Verhalten herbeizuführen, hier also von weiteren Missbräuchen abzuhalten. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass Arbitragehändler, deren Geschäftsmodell darauf beruht, Preisunterschiede für gleiche Waren auf verschiedenen Märkten auszunutzen, oftmals selbst für ein einzelnes Importmittel über mehrere Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen verfügt. Der Grund hierfür liegt darin, dass sich der Händler auf diese Weise nicht in eine Abhängigkeit eines einzelnen Lieferanten begibt. Die Klägerin z. B. besitzt für das Importmittel »Titus« sieben Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen, die sie trotz der ablehnenden Entscheidung vom 07.12.2009 und ungeachtet der laufenden Sperrfrist, die bestehende Bescheinigungen unangetastet lässt, weiter ausnutzen kann. Hieraus wird deutlich, dass eine Sperre, die sich lediglich auf ein Referenzmittel und das damit verbundene Importmittel bezieht, keine abschreckende Wirkung entfalten kann.

Hinzu kommt, dass aufgrund des europaweiten Handels mit Pflanzenschutzmitteln auf der Grundlage von Parallelimporten nur eine relativ geringe Kontrolldichte möglich ist und auch die Untersuchung von zu diesem Zweck genommenen Proben einen größeren Aufwand verursacht. Daher ist die Gefahr, mit einer Sanktion nach § 16g Abs. 2 Satz 2 PflSchG belegt zu werden, von Händlern als eher gering einzuschätzen. Würde die Sanktion angesichts des geringen Entdeckungsrisikos durch eine Beschränkung auf eine einzelne Verkehrsfähigkeitsbescheinigung noch weiter abgemildert werden, bestünde die Gefahr, dass die Vorschrift gänzlicher Missachtung anheim fiele, weil die Gewinne aus unzulässigen Parallelimporten die durch eine Sanktion drohenden finanziellen Nachteile bei weitem übersteigen. Insoweit ist die Rechtslage vergleichbar mit spürbaren Sanktionen, die im Agrarsektor bei Verstößen gegen Zuwendungsbestimmungen verhängt werden und die in einem »Massengeschäft« mit (relativ) geringer Kontrolldichte Rechtstreue der Subventionsempfänger gewährleisten sollen.

Sollte sich die Sanktion im Einzelfall als unverhältnismäßig erweisen, z. B. weil die Umstände des Missbrauchs auf ein geringes Verschulden des Inhabers der Verkehrsfähigkeitsbescheinigung schließen lassen oder weil er nur wenige Verkehrsfähigkeitsbescheinigung besitzt, und deshalb von der Maßnahme in besonderer Weise betroffen wird, enthält § 16g Abs. 2 Satz 2 HS 2 PflSchG eine Härtefallregelung um solche Sachverhalte aufzufangen. Im Fall der Klägerin ist eine derartige Härte allerdings nicht ersichtlich.

Der von der Klägerin angenommene unzulässige Eingriff in das Eigentum liegt ebenso wenig vor, wie ein rechtswidriger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit. (wird ausgeführt; die Red.)

Ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV (vormals Art. 28 EGV), wonach mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind, steht der von der Kammer vertretenen Auslegung der Norm ebenfalls nicht entgegen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Art. 36 AEUV Einschränkungen hinsichtlich der Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhr von Waren zulässt, soweit diese (u. a.) aus Gründen der Ordnung und Sicherheit und zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen gerechtfertigt sind. So liegt es hier. Zweck der Sanktionsnorm ist es, zu verhindern, dass durch den Missbrauch von Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen ungeprüfte Pflanzenschutzmittel auf den deutschen Markt gelangen, die möglicherweise mit Gefahren für Menschen, Tiere oder Pflanzen verbunden sind.

Das vorstehend dargelegte Verständnis von der Reichweite der Norm wird auch vom Verwaltungsgericht Köln geteilt. Dieses hat in seinem Beschluss vom 15.07.2010 (13 L 890/10) ausgeführt: (...; auf die Wiedergabe der Entscheidungsgründe des VG Köln wird verzichtet; die Red.)

Diesen Ausführungen schließt sich die Kammer an.

Nutzung von Holzzertifizierungslogos für Kritik

LG Braunschweig, Urteil vom 24. September 2010 – 9 O 319/10

Leitsatz der Redaktion:

Zu den Möglichkeiten eines Zertifizierungsunternehmens für Holzprodukte, nichtzertifizierten Unternehmen die Verwendung des Zertifizierungslogos für kritische vergleichende Werbung zu untersagen.

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin macht Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht aus Markenverletzung und Verstoßes gegen das UWG gegen den Beklagten geltend.

Die Klägerin ist Inhaberin der europäischen Wort/Bild-Marke 002974905 »XXX« für u. a. Produkte aus Holz, die aus einem stilisierten Baum mit Haken und den Buchstaben »XXX« besteht (siehe die graphische Wiedergabe der Marke in Anlage K 2).

Die Klägerin hat verbindliche Prinzipien und Kriterien für eine gute Forstwirtschaft unter gleichwertiger Berücksichtigung von sozialen, ökologischen und wirtschaftlichen Aspekten festgelegt. Die Marke wird als Zertifikat an Holzverarbeitende und – vertreibende Unternehmen vergeben und bestätigt die Einhaltung der festgelegten Prinzipien und Kriterien. Die zertifizierten Unternehmen dürften ihre Produkte mit der Marke der Klägerin versehen.

Der Beklagte betreibt unter der Firma XXX einen Holzfachhandel. Sein Unternehmen ist nicht entsprechend von der Klägerin zertifiziert. Der Beklagte betreibt verschiedene Webseiten (www.XXX.de, www.XXX.net, www.XXX.de und www.XXX.net), auf denen er für seine Produkte wirbt. Auf den Seiten befindet sich jeweils ein Link, der die Marke der Klägerin in einem Kreis mit einem diagonal verlaufenden Streifen (ähnlich eines beschränkten Halteverbotschildes) und dem Text »BETTER WITHOUT« zeigt, und auf die Seite www.XXX.de führt. Auf der Seite www.XXX.de wiederum befindet sich ein Link auf die Internetseiten des Beklagten.

Die Seite www.XXX.de zeigt viermal den Bildbestandteil der Marke der Klägerin nebst eines Fragezeichens in comicartigen Sprechblasen, deren Hintergründe jeweils kahlgeschlagene Wald-

landschaften zeigen (wegen der graphischen Darstellung siehe Anlage K7). Die Seite bietet die Möglichkeit einen Flyer herunterzuladen (K1 englisch, K4 deutsch). Der Flyer trägt die Überschrift »XXX: Gutes Holz aus transparenter Produktion«, den Untertitel »Warum unsere Robinienprodukte nicht XXX-zertifiziert sind« sowie das Wort-/Bildzeichen »XXX« des Beklagten und die Marke der Klägerin innerhalb eines eingeschränkten Verbotsschildes. Inhaltlich setzt sich der Flyer mit anhand von Beispielen zertifizierter Betriebe, die nicht den XXX-Richtlinien folgen, mit den Lücken des Zertifizierungssystems auseinander und wirbt für Robinienholz als Alternative.

(...)

Aus den Gründen:

A. Die Klage ist zulässig, insbesondere liegen die Prozessvoraussetzungen vor. (...)

B. I. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten bestehen nicht.

1. Die Klägerin kann die von ihr geltend gemachten Ansprüche nicht auf § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG stützen.

Die Nutzung des mit einem Verbotsschild versehenen Zeichens der Klägerin sowohl im Flyer des Beklagten als auch auf seinen Internetseiten ist als vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG anzusehen. Gleiches gilt für die Abbildung des Bildbestandteils »Baum« mit Fragezeichen vor kahl gerodeten Waldflächen. Die Regelung des § 6 UWG dient der Umsetzung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17), die durch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21) kodifiziert worden ist, und ist daher in Übereinstimmung mit der Richtlinie und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen.

Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern (Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG). Sämtliche angegriffene Nutzungsarten weisen darauf hin, dass es zur Förderung einer guten Forstwirtschaft eine bessere Alternative gibt als die von der Klägerin zertifizierten Holzprodukte zu kaufen. Die Bedeutung des weltweit bekannten Verbotsschildes erschließt sich augenblicklich. Der englische Text »BETTER WITHOUT« ist auf für die deutschen Verkehrskreise verständlich und unterstreicht den Aussagegehalt des Verbotsschildes. Der mit dem Fragezeichen versehene Bildbestandteil »Baum« der klägerischen Marke vor kahl gerodeten Waldflächen drückt die Botschaft ebenfalls klar aus. Sämtliche Nutzungsweisen stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den Erklärungen, warum die Robinienprodukte zwar ohne XXX-Zertifikat, aber trotzdem mit gutem Gewissen angeboten werden. Sie zielen darauf ab, den Absatz des von dem Beklagten vertriebenen Holzes zu fördern und sind damit Werbung im Sinne dieser Bestimmung.

Vergleichende Werbung ist nach § 6 Abs. 1 UWG jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht (Art. 2 Nr. 2a der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. c der Richtlinie 2006/114/EG). Der Begriff der vergleichenden Werbung ist in einem weiten Sinn zu verstehen, da er alle Arten der vergleichenden Werbung abdecken soll. Vergleichende Werbung liegt daher schon dann vor, wenn eine Äußerung – auch nur mittelbar – auf einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Wa-

ren oder Dienstleistungen Bezug nimmt (st. Rspr.; vgl. BGH Urt. v. 01.10.2009 – I ZR 134/07 = GRUR 2010, 161-166 – Gib mal Zeitung).

Der Beklagte benutzt in seinem Flyer und auf seinen Internetseiten ein Zeichen, das die Marke der Klägerin in einem roten Kreis mit diagonal von unten links nach oben rechts den Kreis durchschneidenden Strich ähnlich eines eingeschränkten Halteverbotsschildes entspricht. Im Flyer erwähnt er auch die Marke der Klägerin, die als XXX-Zertifikat vergeben wird, ausdrücklich. Auf der Seite www.XXX.de gibt er den Bildbestandteil »Baum« der klägerischen Marke wieder und nennt in unmittelbarem Zusammenhang den Namen »XXX«. Damit nimmt er mittelbar auf alle Mitbewerber Bezug, die XXX-zertifiziertes Holz anbieten.

Die vergleichende Werbung ist – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft (Art. 3a Abs. 1 lit. e der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 4 lit. d der Richtlinie 2006/114/EG).

Ein Vergleich im Sinne dieser Regelung liegt vor, wenn der Werbende einen für den Verkehr erkennbaren Bezug zwischen (mindestens) zwei Wettbewerbern, zwischen deren Waren oder Dienstleistungen bzw. ihren Tätigkeiten oder sonstigen Verhältnissen herstellt (vgl. BGH Urt. v. 01.10.2009 – I ZR 134/07 = GRUR 2010, 161-166 – Gib mal Zeitung). Die Nutzung des Zeichens der Klägerin vermittelt den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck, das die als Zertifikat verliehene Marke der Klägerin gerade kein Garant für ökologische und sozialverantwortliche Waldwirtschaft ist, während die Robinienprodukte des Beklagten für eine ökologische verantwortungsvolle Waldnutzung stehe. Dies wird nicht nur durch die Gestaltung als Verbotsschild und den ausdrücklichen Zusatz »BETTER WITHOUT« deutlich. Besonders ausdrucksstark ist auch die Platzierung des Bildbestandteils »Baum« nebst Fragezeichen vor kahl gerodeten Waldflächen. Im eigentlichen Sinne des Wortes wird hier die Zertifizierungspraxis der Klägerin in Frage gestellt.

Dieser Vergleich setzt die XXX-zertifizierten Unternehmen und die Klägerin nicht im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG in unlauterer Weise herab.

Eine Herabsetzung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG setzt mehr voraus als die einem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte. Maßgeblich ist, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt. Herabsetzend im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist ein Vergleich daher nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen (so wörtlich BGH Urt. v. 01.10.2009 – I ZR 134/07 = GRUR 2010, 161-166 – Gib mal Zeitung).

Für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Werbevergleichs ist auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (BGH GRUR 2002, 982, 984 – DIE »STEINZEIT IST VORBEI!).

Dabei sind die angegriffenen Aussagen in ihrem Gesamtzusammenhang zu sehen und dürfen nicht isoliert betrachtet werden (BGH WRP 2008, 666, Tz. 18 – Saugelagen). Maßgebend ist, ob die Äußerung für den legitimen Zweck des Vergleichs (Unterrichtung der Verbraucher über die Vorteile des eigenen Angebots und damit Verbesserung der Markttransparenz) erforderlich oder doch nützlich ist oder ob auch eine weniger einschneidende Äußerung ausreichend gewesen wäre. Die Behauptung von unwahren abträglichen Tatsachen ist stets unlauter; die Behauptung von wahren

Tatsachen, die für den Mitbewerber oder seine Wettbewerbschancen abträglich sind, ist dann unzulässig, wenn sie bei vollständiger Würdigung keine für die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers nützlichen Information liefern und ihn damit unangemessen sachlich beeinflussen (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamp UWG 28. Auf. 2010, § 6 Rn. 170, 171).

Dies ist hier nicht der Fall. Der Beklagte zeigt in seinem Flyer anhand von Beispielen auf, dass Unternehmen mit XXX-Zertifizierung nicht die von der Klägerin aufgestellten Voraussetzungen für eine ökologisch verantwortungsvolle Waldbewirtschaftung erfüllen. Die geschilderten Missbrauchsfälle sind von der Klägerin nicht in Abrede gestellt worden. Damit ist für diesen Rechtsstreit davon auszugehen, dass das XXX-Zertifikat in der Tat kein Garant dafür ist, dass die damit versehenen Produkte aus nachhaltiger und legaler Waldbewirtschaftung herzurühren. Hierbei handelt es sich um ein für den umweltbewussten Käufer sachliches Kriterium zur Holz Auswahl. Das Durchstreichen der als Zertifikat genutzten Marke der Klägerin dient der Information des Verbrauchers, der eher die Marke der Klägerin vor dem inneren Auge hat als den Wortbestandteil allein. Bereits die Hinzufügung des Verbotzeichens stellt eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Zertifizierungssystem der Klägerin dar. Dies gilt erst recht für die drastische Platzierung des Bildbestandteils »Baum« nebst Fragezeichen vor kahl gerodeten Waldflächen. Darin kann – auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Flyer der Beklagten eine vom Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK geschützte Meinungsäußerung enthält – keine unlautere Herabsetzung der Klägerin im Sinne vom § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG gesehen werden.

2. Die geltend gemachten Ansprüche stehen der Klägerin auch nicht aus § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu. Hiernach ist ein Vergleich unlauter, wenn er im geschäftlichen Verkehr zur Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt.

Der wettbewerbsrechtliche Begriff der Verwechslungsgefahr entspricht dem markenrechtlichen (EuGH GRUR 2008, 698 Tz 59 – O2 und O2(UK) / H3G). Die Hauptfunktion der Marke besteht darin, dem Verkehr die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Waren oder Dienstleistungen ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. Die dem Markeninhaber zustehenden Rechte sollen sicherstellen, dass die Marke ihre Funktion erfüllen kann. Sie sind daher auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktion der Marke und insbesondere deren Hauptfunktion, d.h. die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber dem Verbraucher, beeinträchtigt oder immerhin beeinträchtigen könnte (vgl. BGH WRP 2002, 987 – Festspielhaus; BGH WRP 2002, 985 – Frühstückdrink II; BGH GRUR 2005, 1045 – Dentale Abformasse).

Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 6 Nr. 3 UWG liegt demnach dann vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise sich in Bezug auf die Herkunft der Waren täuschen könnten, wenn also die angesprochenen Verkehrskreise glauben könnten, dass die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder ggf. aus wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen (ständige Rechtsprechung seit EuGH GRUR 1998, 922, Tz. 29 – Canon, Ingerl/Rohnke Markenrecht 3. Aufl. § 14 Rn. 369). Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen (st. Rspr., BGH GRUR 2009, 484 (486) – Metrobus m.w.Nachw.).

Durch das Einfügen der Marke der Klägerin in ein international bekanntes Verbotssymbol macht der Beklagte gerade deutlich, dass er kein von der Klägerin zertifiziertes Unternehmen ist und seine Produkte nicht aus XXX-zertifizierten Unternehmen stammen. Er drückt prägnant und anschaulich aus, dass seine Robinienprodukte eine andere Herkunft haben. Dies wird durch den Zusatz »BETTER WITHOUT« noch verdeutlicht. Auch das Fragezeichen drückt eine kritische, ablehnende Haltung aus.

3. Die vergleichende Werbung der Beklagten verstößt auch nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

(...)

Der Ruf eines Kennzeichens wird in unlauterer Weise ausgenutzt, wenn dessen Verwendung im Rahmen einer vergleichenden Werbung bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Assoziation zwischen dem Werbenden und dem Mitbewerber in der Weise hervorruft, dass diese den Ruf der Erzeugnisse des Mitbewerbers auf die Erzeugnisse des Werbenden übertragen (BGHZ 158, 26, 32 – Genealogie der Düfte).

Die von dem Beklagten verwendeten Zeichen grenzen die Herkunft der miteinander verglichenen Produkte ab. Zudem stellt er die Zertifizierungspraxis der Klägerin und die Holzprodukte der von ihr lizenzierten Unternehmen nicht positiv dar. Die Zeichen übertragen daher nicht den guten Ruf der Marke »XXX« auf die Produkte des Beklagten.

Die Nutzungen beeinträchtigen auch nicht in unzulässiger Weise den Ruf der Marke »XXX«. Sie setzen – wie unter I 1 ausgeführt – die von der Klägerin vergebene XXX-Zertifizierung nicht herab. Aus den gleichen Gründen liegt auch keine Beeinträchtigung des Rufs der Marke »XXX« vor.

3. Die Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auch nicht aus § 4 Nr. 1, Nr. 8 oder Nr. 10 UWG zu.

Hiernach handelt unlauter, wer die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer unter anderem durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss beeinträchtigt, nicht erweislich wahre, negative Tatsachen über die Produkte oder das Unternehmen eines Mitbewerbers verbreitet (Anschwärzung) oder Mitbewerber gezielt behindert.

Sämtliche Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Nutzung des Zeichens in der von dem Beklagten verwendeten Art dient gerade

dazu, den Verbraucher durch sachlich gehaltene Informationen in die Lage zu versetzen, eine freie und informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Sämtliche Informationen sind wahr. Das übliche, lautere Maß an Erzielung eines eigenen Wettbewerbsvorteils wird nicht überschritten.

II. Markenrechtliche Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten bestehen nicht.

Die Klägerin kann die von ihr geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 und 3 MarkenG stützen. Nach diesen Bestimmungen ist es Dritten zwar unter näher bezeichneten Voraussetzungen untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit dieser Marke identisches oder dieser Marke ähnliches Zeichen zu benutzen. Der Inhaber einer eingetragenen Marke ist jedoch nicht berechtigt, einem Dritten die Benutzung eines mit seiner Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens in einer vergleichenden Werbung zu verbieten, die – wie dies hier der Fall ist – gegen keinen der in § 6 Abs. 2 UWG genannten Verbotstatbestände verstößt (so wörtlich: BGH, Urteil vom 01.11.2009 – I ZR 134/07, GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung unter Bezugnahme auf EuGH GRUR 2008, 698 Tz. 45 und 51 – O2 Holdings/Hutchinson; GRUR 2009, 756 Tz. 54 – L'Oréal/Bellure; vgl. auch BGHZ 158, 26, 37 – Genealogie der Düfte).

Hier fehlt es per se an dem Vorliegen einer Verwechslungsgefahr auch im markenrechtlichen Sinne. Der markenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Begriff der Verwechslungsgefahr sind einheitlich auszulegen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 12.06.2008, Az.: C-533/06 – O2 und O2(UK) / H3G (GRUR 2008, 698, Tz 45 und 51) Art. 5 I und II der Richtlinie 89/104 und Art. 3a I der Richtlinie 84/450 dahin ausgelegt, dass der Inhaber einer eingetragenen Marke nicht berechtigt ist, einem Dritten die Benutzung eines mit seiner Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens in einer vergleichenden Werbung zu verbieten, die alle in Art. 3a I der Richtlinie 84/450 genannten Zulässigkeitsbedingungen erfüllt. Gleichzeitig ist es ausgeschlossen, dass wenn die in Art. 5 I lit. b der Richtlinie 89/104 verlangten Voraussetzungen für das Verbot der Benutzung eines mit einer eingetragenen Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens vorliegen, die vergleichende Werbung, in der das Zeichen benutzt wird, die in Art. 3a I lit. d der Richtlinie 84/450 in der durch die Richtlinie 97/55/EG geänderten Fassung genannte Zulässigkeitsbedingung erfüllt.

(...)

Josef Falke

Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht

A. Strategie für Abfallvermeidung und -recycling

Die Kommission hat im Januar 2011 eine Mitteilung über die thematische Strategie für Abfallvermeidung und -recycling¹ vorgelegt. Danach ist die EU trotz der in einigen Mitgliedstaaten erzielten Erfolge noch weit von dem im Jahr 2005 ausgegebenen langfristigen Ziel einer »Recycling-Gesellschaft«² entfernt, in der Abfall nicht nur vermieden, sondern auch als Rohstoff verwendet wird. Maßgebliche Prinzipien des EU-Abfallrechts sind das Lebenszyklus-konzept, nach dem die Umweltauswirkungen eines Produkts während seines gesamten Lebenszyklus von der Ressourcengewinnung bis zu seiner Entsorgung zu betrachten sind, und die Abfallhierarchie, derzufolge die Abfallvermeidung Vorrang hat, gefolgt von Wiederverwendung, Recycling und Verwertung bis schließlich zum letzten Mittel der Abfallbeseitigung. Die Kommission will im Jahr 2011 mehrere Leitlinien zur Nutzung dieses Instrumentariums in der Abfallpolitik veröffentlichen. Nach der Deponierichtlinie³ musste die deponierte Menge biologisch abbaubarer Abfälle bis zum Jahr 2006 auf 75% und bis zum Jahr 2009 auf 50% des Stands von 1995 verringert werden. Da dieses Ziel verfehlt wurde, hat die Kommission in ihrer Mitteilung zur Bewirtschaftung von Bioabfällen in der EU⁴ weitere Maßnahmen vorgeschlagen. Die Abfallrahmenrichtlinie⁵ enthält für das Jahr 2020 eine Zielvorgabe von 50% für das Recycling von Siedlungsabfällen und von 70% für das Recycling von Bau- und Abbruchabfällen. Für das Jahr 2008 wird die Gesamtrecyclingrate in der EU auf 38% geschätzt; das bedeutet gegenüber 1995 einen Anstieg um 18%. Die energetische Verwertung von Abfällen hat geringfügig zugenommen. Der Anteil der auf Deponien verbrachten Abfälle ist auf 40% gegenüber 65% im Jahr 1995 gesunken. Insgesamt sind bei der quantitativen Abfallvermeidung kaum Fortschritte erzielt worden. Im Bereich der qualitativen Abfallvermeidung hat das Verbot bestimmter Stoffe nach der RoHS-Richtlinie⁶ dazu geführt, dass die Menge potenziell gefährlicher Stoffe in elektronischen Geräten, die in der EU in

den Verkehr gebracht werden, jährlich um ca. 110.000 t verringert worden ist.

Prognosen zu künftigen Trends beim Abfallaufkommen und bei der Abfallbehandlung sind ernüchternd; ohne zusätzliche Maßnahmen zur Abfallvermeidung würde das Abfallaufkommen zwischen 2008 und 2020 voraussichtlich um 7% steigen. Die Kommission hält die Hauptziele der im Jahr 2005 vorgelegten thematischen Strategie für unverändert gültig. Sie will sich hauptsächlich auf die bessere Um- und Durchsetzung der geltenden Vorschriften, die Unterstützung der Abfallhierarchie, die Förderung der Abfallvermeidung und die Entwicklung einer ganzheitlichen Ressourcenpolitik konzentrieren. Die Abfallpolitik könne zur Entwicklung der Märkte für Sekundärrohstoffe und zur Erhöhung des Angebots von Sekundärrohstoffen in der EU beitragen und so die Ressourceneffizienz der europäischen Wirtschaft verbessern. Um anspruchsvolle Recycling- und Abfallvermeidungsziele zu erreichen, müsse die gesamte Zivilgesellschaft mitwirken.

B. Beitrag der Regionalpolitik zum nachhaltigen Wachstum

Mit 105 Mrd. EUR stehen ca. 30% der insgesamt für den Zeitraum 2007-2013 vorgesehenen regionalen Förderungsmittel für Maßnahmen zur Verfügung, die sich besonders auf das nachhaltige Wachstum auswirken. In einer Mitteilung vom Januar 2011⁷ ruft die Kommission dazu auf, den Beitrag der Regionalpolitik zum nachhaltigen Wachstum im laufenden Programmplanungszeitraum zu stärken und dazu mehr und besser in nachhaltiges Wachstum zu investieren. Dazu empfiehlt sie:

- beschleunigte Investitionen in erneuerbare Energiequellen und Energieeffizienz, insbesondere bei Gebäuden;
- Verbesserung der Ressourceneffizienz im Verkehrsbereich;
- Prävention von Naturkatastrophen und vorrangige Förderung der »grünen Infrastruktur«;
- Unterstützung von Ökoinnovationen, gerade auch durch Stärkung regionaler Cluster⁸;

- Berücksichtigung des Klimawandels in der Raumplanung;
- Verbesserung der Effizienz in den Bereichen Wasserwiederverwendung sowie Abfallvermeidung und -recycling;
- Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialaspekten im öffentlichen Beschaffungsverfahren⁹;
- Entwicklung von Synergien zwischen regionalpolitischen und anderen EU-Instrumenten wie dem EU-Forschungsrahmenprogramm, der Politik zur Entwicklung des ländlichen Raums sowie dem Programm für Wettbewerbsfähigkeit und Innovation.

¹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die thematische Strategie für Abfallvermeidung und -recycling, KOM (2011) 13 endg. v. 19.1.2011.

² Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Weiterentwicklung der nachhaltigen Ressourcennutzung: Eine thematische Strategie für Abfallvermeidung und -recycling, KOM (2005) 666 endg. v. 21.12.2005.

³ Richtlinie 1999/31/EG des Rates v. 26.4.1999 über Abfalldéponien, ABl. L 182 v. 16.7.1999, 1-19.

⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über künftige Schritte bei der Bewirtschaftung von Bioabfällen in der Europäischen Union, KOM (2010) 235 endg. v. 18.5.2010.

⁵ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. L 312 v. 22.11.2008, 3-30.

⁶ Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.1.2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten, ABl. L 37 v. 13.2.2003, 19-23.

⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Beitrag der Regionalpolitik zum nachhaltigen Wachstum im Rahmen der Strategie Europa 2020, KOM (2011) 17 endg. v. 26.11.2011.

⁸ Darunter versteht die Kommission die »geografische Konzentration miteinander zusammenhängender Gruppen von Unternehmen, Forschungseinrichtungen und anderen Innovationsakteuren«.

⁹ Näheres zum Einsatz umweltfreundlicher Vergabeverfahren unter http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm.

C. Ressourcenschonendes Europa

Im Januar 2011 hat die Kommission die siebte und letzte Leitinitiative¹⁰ der Strategie Europa 2020¹¹ vorgelegt, die insgesamt auf ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zielt. Unter dem Titel »Ressourcenschonendes Europa« geht es um Ressourceneffizienz in den Bereichen Energie, Verkehr, Klimaschutz, Industrie, Grundstoffe, Landwirtschaft, Fischerei, Biodiversität und regionale Entwicklung. Die ausgegebenen Ziele sind besonders langfristig ausgerichtet und stellen eine enge Verknüpfung ökologischer und ökonomischer Aspekte dar:

- Stärkung der Wirtschaftsleistung bei gleichzeitiger Verringerung des Ressourceneinsatzes;
- Schaffung neuer Wachstums- und Innovationsmöglichkeiten sowie Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der EU;
- Sicherung der Versorgung mit wesentlichen Ressourcen;
- Bekämpfung des Klimawandels und Eindämmung der Umweltauswirkungen der Ressourcennutzung.

Die Leitinitiative »ressourcenschonendes Europa« soll mehr Planungssicherheit für Investitionen und Innovationen gewährleisten. Dazu setzt sie auf langfristige »Fahrpläne« mit dem Zeithorizont des Jahres 2050 und auf mittelfristige Maßnahmen mit der Perspektive des Jahres 2020:

- Fahrplan für eine emissionsarme Wirtschaft bis zum Jahr 2050, um die Kohlenstoffemissionen um 80-95% zu senken;
- bis zum Jahr 2050 Umstellung auf ein Energiesystem, das kohlenstoffarm, ressourcenschonend, sicher und wettbewerbsfähig ist;
- Zukunftsvision für ein kohlenstoffarmes, ressourcenschonendes, sicheres und wettbewerbsfähiges Verkehrssystem mit dem Zeithorizont 2050;
- Abkopplung des Wirtschaftswachstums von der Ressourcennutzung und deren Umweltauswirkungen;
- Einsparung von durchschnittlich 20% des Energieeinsatzes in allen Sektoren bis 2020;
- Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik, der Gemeinsamen Fischereipolitik, der Kohäsionspolitik, der Energieinfrastruktur und der transeuropäischen Verkehrsnetze;
- neue Strategie zur Erhaltung der biologischen Vielfalt für den Zeitraum bis 2020;
- Maßnahmen zur Bewältigung der Herausforderungen auf den Grund- und Rohstoffmärkten¹²; Sicherstellung einer

nachhaltigen Versorgung mit Rohstoffen auf dem Weltmarkt;

- Umbau der EU zu einer »Recyclinggesellschaft«, in der das Abfallaufkommen verringert und Abfall als Ressource betrachtet wird;
- frühzeitige Maßnahmen zur Anpassung an den Klimawandel;
- vorrangige Ausrichtung der Wasserpolitik auf Wassersparen und eine schonendere Wasserverwendung.

Viele Maßnahmen zur Umsetzung dieser Leitinitiative sind bereits im Jahr 2011 geplant.

D. Erneuerbare Energien

Im Januar 2011 hat die Kommission eine Mitteilung über Fortschritte bei den erneuerbaren Energien in der EU vorgelegt.¹³ Bis zum Jahr 2008 waren für den Ausbau der erneuerbaren Energien nur unverbindliche Ziele vorgegeben: Die Richtlinie über die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen¹⁴ und die Biokraftstoff-Richtlinie¹⁵ legten nationale Richtziele fest, damit in der EU bis zum Jahr 2010 der Anteil erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung auf 21% und im Verkehrssektor auf 5,7% steigt. Diese Ziele werden in fast allen Mitgliedstaaten verfehlt. Die neue Richtlinie über erneuerbare Energien aus dem Jahr 2009¹⁶ erstreckt sich auf den gesamten Energiebereich und legt statt Richtzielen verbindliche nationale Ziele fest, damit die erneuerbaren Energien in der EU bis zum Jahr 2020 einen Anteil von 20% erreichen. Nach der auf die vorgelegten nationalen Aktionspläne gestützten Einschätzung der Kommission wird diese Zielmarke übertroffen werden. Auf den Stromsektor würden voraussichtlich 45% des Anstiegs, auf den Wärmesektor 37% und auf den Verkehrssektor 18% entfallen. Die jährlichen durchschnittlichen Kapitalinvestitionen in erneuerbare Energien betragen derzeit 35 Mrd. EUR; sie müssten rasch verdoppelt werden, damit die EU ihre Ziele erreiche. Der Großteil der finanziellen Förderung erfolgt auf Ebene der Mitgliedstaaten. Die Kosten müssten unbedingt von den Energieverbrauchern und nicht vom Steuerzahler getragen werden, dies nicht zuletzt, um angesichts der Engpässe in den Staatshaushalten ständige Unterbrechungen zu vermeiden. Nach Schätzungen der Kommission könnten bis zu 10 Mrd. EUR jährlich eingespart werden, wenn die Mitgliedstaaten die erneuerbaren Energien als Waren in einem Binnenmarkt statt auf nationalen Märkten behandeln würden. Die Mitgliedstaaten sollten eine größere Konvergenz der nationalen Förderprogramme zur Erleichterung des Handels und zur Entwicklung eines gesamteuropäischen

Ansatzes zum Ausbau der erneuerbaren Energien verfolgen. Zur Nutzung höherer Anteile an erneuerbaren Energien müssten zudem rasche Fortschritte beim Ausbau des Stromnetzes erzielt werden.

E. Europäischer Energieeffizienzplan

Die Kommission hat im März 2011 einen Europäischen Energieeffizienzplan¹⁷ angenommen, der auf umfassende Energieeinsparungen zielt. Die dazu vorgeschlagenen Maßnahmen sollen die Energieabhängigkeit Europas mindern, die Treibhausgasemissionen senken¹⁸ sowie privaten Haushalten, Unternehmen und öffentlichen Stellen Nutzen¹⁹ bringen. Da das größte Einsparpotential im Gebäudesektor gesehen wird, liegt der Schwerpunkt des Plans bei Instrumenten, die die Sanierung öffentlicher und privater Gebäude in Gang setzen und die Energieeffizienz der darin verwendeten Komponenten und Geräte verbessern sollen. Wegen der Vorbildfunktion des öffentlichen Sektors sollen

10 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ressourcenschonendes Europa – eine Leitinitiative innerhalb der Strategie Europa 2020, KOM (2011) 21 endg. v. 26.1.2011.

11 Mitteilung der Kommission, Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020 endg. v. 3.3.2010.

12 Vgl. dazu im Einzelnen Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Grundstoffmärkte und Rohstoffe: Herausforderungen und Lösungsansätze, KOM (2011) 25 endg. v. 2.2.2011.

13 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Erneuerbare Energien: Fortschritte auf dem Weg zum Ziel für 2020, KOM (2011) 31 endg. v. 31.1.2011.

14 Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.9.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 283 v. 27.10.2001, 33-40.

15 Richtlinie 2003/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.5.2003 zur Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen oder anderen erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor, ABl. L 123 v. 17.5.2003, 42-46.

16 Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140 v. 5.6.2009, 16-62.

17 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Energieeffizienzplan 2011, KOM (2011) 109 endg. v. 8.3.2011.

18 Um 740 Mio. Tonnen jährlich, siehe Folgenabschätzung zum Energieeffizienzplan, SEK (2011) 277 v. 8.3.2011.

19 Die Kommission spricht von Einsparungen in Höhe von 1.000 EUR pro Jahr und Haushalt, allerdings ohne im gleichen Zusammenhang die dazu aufzuwendenden Investitionen anzuführen.

Behörden dazu verpflichtet werden, jährlich mindestens 3% ihrer Gebäude zu sanieren²⁰ und im öffentlichen Auftragswesen Energieeffizienzkriterien als maßgebliche Auswahlgesichtspunkte zu nutzen.²¹ Ab dem Jahr 2019 müssen neue Gebäude des öffentlichen Sektors als Niedrigstenergiegebäude ausgelegt sein.²² Im privaten Sektor ist bei der Gebäudesanierung, bei der zwei Drittel des Einsparpotenzials bei der Raumheizung liegen, das rechtliche Hindernis der »getrennten Anreize«²³ zu überwinden. Bei der Stromerzeugung und bei industriellen Prozessen soll die Rückgewinnung von Abwärme verbessert werden. Eine stärkere Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung soll einen wichtigen Beitrag zur Energieeffizienz leisten. Eine zentrale Überlegung ist, die Gewinne von Versorgungsunternehmen an die Energieeffizienz statt an die Mengen der gelieferten Energie zu koppeln. Leider wird unter der Überschrift »Energieeffizienz als Geschäftszweig« nicht konkretisiert, wie diese Durchbrechung des üblichen Wachstums- und Gewinnerzielungsmodells erfolgen soll und wie die dabei auftretenden Zurechnungsprobleme gelöst werden können.

Das zweitgrößte Potenzial zur Energieeinsparung wird im Verkehrssektor²⁴ gesehen; darauf soll gesondert in dem angekündigten Weißbuch zum Verkehrssektor eingegangen werden.

Etwa ein Fünftel des Primärenergieverbrauchs in der EU entfällt auf die Industrie. KMU sollen bessere Informationen und finanzielle Anreize zur Energieeinsparung erhalten. Für große Unternehmen will die Kommission regelmäßige Energie-Audits vorschreiben. Die Mitgliedstaaten sollen Anreize dafür entwickeln, dass Unternehmen ein Energiemanagementsystem als systematischen Rahmen für die rationelle Nutzung von Energie einführen.

Ein weiterer Schwerpunkt des Energieeffizienzplans liegt auf der Einführung intelligenter Netze und Zähler (Stichwort »smart meters«), die den Verbrauchern die zur Optimierung ihres Energieverbrauchs und zur Berechnung der Energieeinsparungen notwendigen Informationen und Dienste liefern. Die Mitgliedstaaten müssen bis zum Jahr 2020 für mindestens 80% der Endkunden intelligente Stromzähler bereitstellen, wenn diese Maßnahme durch eine positive nationale Kosten-Nutzen-Analyse gestützt wird.²⁵ Nach Einschätzung der Kommission haben die bereits eingeführten Ökodesign-Effizienzstandards und Energieetiketten für Haushaltgeräte zu Energieeinsparungen für Verbraucher geführt und Herstellern sparsamerer Geräte verbesserte Absatzmöglichkeiten eröffnet. Die Kommission will im Rahmen des aktuellen Ökodesign-Arbeits-

plans²⁶ diesen Ansatz weiter verfolgen und strengere Verbrauchsstandards für etliche verbraucherrelevante Geräte festlegen.

Für die im Energieeffizienzplan vorgeschlagenen Maßnahmen soll neben der Überarbeitung der Energiedienstleistungsrichtlinie²⁷ und der Kraft-Wärme-Kopplungsrichtlinie²⁸ im Jahr 2011 ein Legislativvorschlag vorgelegt werden, der Folgendes umfasst: die öffentliche Beschaffung von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen, die Sanierung öffentlicher Gebäude, das Einspar-Contracting²⁹, getrennte Anreize zur Verbesserung der Energieeffizienz, Energiedienstleistungsunternehmen, die Energieeffizienz der Energieerzeugung, den Netzzugang für den KWK-Strom, Energieeinsparverpflichtungen, Energie-Audits, Informationsdienste für Energieverbraucher und Energieeffizienz bei der Netzregulierung.³⁰

F. Wettbewerbsfähige CO₂-arme Wirtschaft bis 2050

Die Kommission hat im März 2011 einen Fahrplan für die Umgestaltung der EU in eine wettbewerbsfähige CO₂-arme Wirtschaft bis zum Jahr 2050 vorgelegt.³¹ Damit der Klimawandel auf eine Erwärmung von weniger als 2°C beschränkt bleibt, hat der Europäische Rat im Februar 2011 für die EU das Ziel bestätigt, die Treibhausgasemissionen um 80% bis 95% gegenüber dem Jahr 1990 zu verringern. Das vorgelegte Konzept enthält eine Zusammenstellung der zahlreichen aufeinander abzustimmenden Schritte, die erforderlich sind, um die internen³² Emissionen bis 2050 um 80% gegenüber 1990 zu senken. Aufgeteilt nach einzelnen großen Sektoren ergeben sich nach dem Szenario der Kommission für das Jahr 2050 folgende Verringerungen von Treibhausgasen gegenüber dem Vergleichsjahr 1990:

Stromerzeugung (CO ₂)	93-99%,
Industrie (CO ₂)	83-87%,
Verkehr (ohne Seeverkehr) (CO ₂)	54-67%,
Wohnen und Dienstleistungen (CO ₂)	88-91%,
Landwirtschaft (Nicht-CO ₂)	42-49%
Andere Nicht-CO ₂ -Emissionen	70-78%,
Insgesamt	79-82%.

Nach den der Mitteilung zugrunde liegenden Modellrechnungen müssen die Emissionen bis 2030 um etwa 40% und bis 2040 um etwa 60% im Vergleich zu 1990 verringert werden, wenn das Reduzierungsziel von 80% im Jahr 2050 erreicht werden soll. Eine bloße Weiterführung der bereits ergriffenen Maßnahmen würde nur zu ei-

ner Reduzierung um 40% im Jahr 2050 führen.

Der Elektrizität wird in einer CO₂-armen Wirtschaft eine Schlüsselrolle zugewiesen, weil bei der Elektrizitätserzeugung die umfangreichsten CO₂-Reduktionen für möglich gehalten werden und weil nur eine umfassende Elektrifizierung des Verkehrs zu der erforderlichen CO₂-Reduzierung in diesem Sektor führen kann. Daraus schließt die Kommission, es seien umfangreiche Investitionen in intelligente Netze erforderlich, um die Stromversorgung jederzeit sicherzustellen und die nachfrageseitige Energieeffizienz zu stärken. Sollte die Elektrifizierung des Verkehrs nicht auf breite Nachfrage stoßen, müssten Biokraftstoffe und andere Kraftstoffalternativen eine größere Rolle spielen. Die dadurch ausgelösten negativen

20 Das entspricht einer Verdoppelung der derzeitigen Sanierungsquote.

21 Siehe im Einzelnen Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, KOM (2008) 400 endg. v. 2.7.2008.

22 Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. L 153 v. 18.6.2010, 13-35.

23 Dies beschreibt die häufig vorkommende Situation, dass weder Eigentümer noch Mieter für die Verbesserung der Energieeffizienz einer vermieteten Immobilie zahlen wollen, da die damit verbundenen Vorteile auf beide entfallen.

24 Auf ihn entfallen 32% des Endenergieverbrauchs, er weist die größte Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen auf.

25 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 211 v. 14.8.2009, 55-93.

26 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Erstellung des Arbeitsprogramms für die Jahre 2009-2011 gemäß der Ökodesign-Richtlinie, KOM (2008) 660 endg. v. 21.10.2008.

27 Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG des Rates, ABl. L 114 v. 27.4.2006, 64-85.

28 Richtlinie 2004/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.2.2004 über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 92/42/EWG, ABl. L 52 v. 21.2.2004, 50-60.

29 Monetäre Einsparungen, die auf niedrigere Rechnungen für Versorgungsleistungen und auf niedrigere Wartungskosten aufgrund von Energieeffizienzmaßnahmen zurückzuführen sind, werden dazu verwendet, die Investitionskosten für die Maßnahmen ganz oder teilweise zu decken.

30 KOM (2011) 109 endg., Fn. 63.

31 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Fahrplan für den Übergang zu einer wettbewerbsfähigen CO₂-armen Wirtschaft bis 2050, KOM (2011) 112 endg. v. 8.3.2011.

32 Das Adjektiv »intern« besagt, dass es um die effektive Verringerung der Emissionen innerhalb der EU geht, nicht einfach um einen Ausgleich über den weltweiten CO₂-Markt.

Folgen für Biodiversität, Wasserwirtschaft, Umwelt und die Nahrungsmittelproduktion werden nur knapp angedeutet. Im Übrigen wird wegen der im Verkehrssektor zu treffenden Maßnahmen auf das angekündigte Weißbuch Verkehr verwiesen. Ein besonders hohes Einsparpotential wird der Gebäudesanierung zugewiesen; ab dem Jahr 2021 sollen alle Neubauten nach Nullenergiestandard errichtet werden. Für die industrielle Produktion setzt die Kommission neben dem Einsatz von fortschrittlichen Industrieprozessen und -anlagen auf die derzeit sehr umstrittene CO₂-Abscheidung und -Speicherung in großem Maßstab und nicht nur in Demonstrationsprojekten. Wie sich die für erforderlich gehaltenen Maßnahmen auf die Wettbewerbsfähigkeit der energieintensiven Industriezweige auswirken, hängt davon ab, in welchem Maße ein abgestimmtes globales Vorgehen erreicht werden kann. Bessere land- und forstwirtschaftliche Verfahren und die Erhaltung der Tropischen Regenwälder sollen mehr Möglichkeiten bieten, Kohlenstoff in Böden und Wäldern zu binden und zu speichern.

Um die genannten sehr ehrgeizigen Ziele zu erreichen, sind umfangreiche Investitionen über einen langen Zeitraum erforderlich. Die Kommission veranschlagt den Anstieg der erforderlichen Investitionen für die kommenden 40 Jahre im Durchschnitt

auf etwa 270 Mrd. EUR pro Jahr. Das entspricht zusätzlichen Investitionen von etwa 1,5% des BIP der EU jährlich.³³ Über den gesamten Zeitraum von 40 Jahren hinweg sollen Energieeffizienz und der Übergang zu EU-intern erzeugten CO₂-armen Energieträgern die durchschnittlichen Brennstoffkosten der EU nach Angaben der Kommission um 175 bis 320 Mrd. EUR jährlich verringern. Im Jahr 2050 soll der Primärenergieverbrauch um 30% unter dem Stand von 2005 liegen, für die Einfuhr von Öl und Gas wird ein Rückgang auf die Hälfte prognostiziert. Auf der Positivseite der Bilanz werden schließlich angeführt: Schaffung neuer qualifizierter Arbeitsplätze, Verbesserung der Luftqualität und der Gesundheit, rückläufige Kosten im Gesundheitssektor.

Um die Begrenzung des Temperaturanstiegs auf höchstens 2°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu erreichen, müssen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen die globalen Treibhausgasemissionen bis 2050 um mindestens 50% gegenüber 1990 verringert werden. Die Kommission versteht den vorgelegten Fahrplan als Stimulus für die internationalen Verhandlungen im Vorfeld des nächsten Weltklimagipfels in Durban.

³³ Zum Vergleich: Im Jahr 2009 beliefen sich die Gesamtinvestitionen auf 19% des BIP.

Prof. Dr. Josef Falke

Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen; Universitätsallee, GW 1, 28359 Bremen; E-Mail: jfalke@zerp.uni-bremen.de.

Tätigkeitsschwerpunkte: Europarecht, Welthandelsrecht, Umwelt-, Arbeits- und Verbraucherrecht, Technikrecht, Rechtssoziologie.

Aktuelle Veröffentlichungen: Josef Falke, *Rechtliche Aspekte der technischen Normung in der Bundesrepublik Deutschland, Luxemburg 2000*; Josef Falke/Harm Schepel (eds.), *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and the EFTA, Country Reports, Luxemburg 2000*; Harm Schepel/Josef Falke, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and the EFTA, Comparative Report, Luxemburg 2000*; Josef Falke, *Die Aarhus-Konvention und der Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten*, in: Falke/Schlacke, *Neue Entwicklungen im Umwelt- und Verbraucherrecht*, 2004, S. 99 ff.

Sonstige Rechtsakte, programmatische Papiere und Mitteilungen

Beschluss 2011/62/EU der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der alpinen biogeografischen Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABL L 33 v. 8.2.2011, 1-51.

Beschluss 2011/63/EU der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABL L 33 v. 8.2.2011, 52-145.

Beschluss 2011/64/EU der Kommission v. 10.1.2011 gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der kontinentalen biogeografischen Region, ABL L 33 v. 8.2.2011, 146-411.

Beschluss 2011/84/EU der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten

von gemeinschaftlicher Bedeutung in der borealen biogeografischen Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABL L 40 v. 12.2.2011, 1-205.

Beschluss 2011/85/EU der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer vierten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der mediterranen biogeografischen Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABL L 40 v. 12.2.2011, 206-299.

Beschluss 2011/86/EU der Kommission v. 10.1.2011 zur Verabschiedung einer zweiten aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der pannonischen biogeografischen Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABL L 40 v. 12.2.2011, 300-324.

Verordnung (EU) Nr. 63/2011 der Kommission v. 26.1.2011 mit Durchführungsbestimmungen für die Beantragung einer Ausnahme von den Zielvorgaben für spezifische CO₂-Emissionen gemäß Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 443/2009 des Eu-

ropäischen Parlaments und des Rates, ABL L 23 v. 27.1.2011, 16-28.

Beschluss 2011/81/EU der Kommission v. 4.2.2011 zur Änderung der Entscheidungen 2002/741/EG, 2002/743/EGT, 20903/31/EG, 2003/200/EG 2005/341/EG und 2005/343/EG zwecks Verlängerung der Geltungsdauer der Umweltkriterien für die Vergabe des EU-Umweltzeichens für bestimmte Produkte, ABL L 31 v. 5.2.2001, 50 f.

Verordnung (EU) Nr. 186/2011 der Kommission v. 25.2.2011 zur Änderung von Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 689/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Aus- und Einfuhr gefährlicher Chemikalien, ABL L 53 v. 26.2.2011, 41-44.

Verordnung (EU) Nr. 252/2011 der Kommission v. 15.3.2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (RE-

ACH) hinsichtlich Anhang I, ABl. L 69 v. 16.3.2011, 3-6.

Verordnung (EU) Nr. 253/2011 der Kommission v. 15.3.2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) hinsichtlich Anhang XIII, ABl. L 69 v. 16.3.2011, 7-12.

Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Zulassung des Inverkehrbringens von Erzeugnissen, die genetisch veränderten Mais der Sorte MON 89034 x MON 88017 (MON-89Ø34-3xMON-88Ø17-3) enthalten, aus ihm bestehen oder aus ihm gewonnen werden, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates, KOM (2011) 28 endg. v. 1.2.2011.

Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Änderung des Beschlusses 2006/197/EG der Kommission zwecks Erneuerung der Zulassung des Inverkehrbringens von aus der genetisch veränderten Maissorte

1507 (DAS-Ø15Ø7-1) hergestellten bereits existierenden Futtermitteln gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates, KOM (2011) 36 endg. v. 3.2.2011.

Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Zulassung des Inverkehrbringens von Erzeugnissen, die genetisch veränderte Baumwolle der Sorte GHB614 (BCS-GHØØ2-5) enthalten, aus ihr bestehen oder aus ihr gewonnen werden, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates, KOM (2011) 40 endg. v. 7.2.2011.

Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt, KOM (2011) 49 endg. v. 11.2.2011.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat gemäß Artikel

7 des Beschlusses 2006/500/EG (Vertrag zur Gründung der Energiegemeinschaft), KOM (2011) 105 endg. v. 10.3.2011.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Umsetzung des Instruments für Zusammenarbeit im Bereich der nuklearen Sicherheit – Erster Bericht – Jahresaktionsprogramme 2007, 2008 und 2009, KOM (2011) 111 endg. v. 10.3.2011.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Qualität von Otto- und Dieseldieselkraftstoffen im Straßenverkehr der Europäischen Union: Sechster Jahresbericht (Berichtsjahr 2007), KOM (2011) 113 endg. v. 11.3.2011.

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Qualität von Otto- und Dieseldieselkraftstoffen im Straßenverkehr der Europäischen Union: Siebter Jahresbericht (Berichtsjahr 2008), KOM (2011) 116 endg. v. 11.3.2011.

TAGUNGSBERICHT

Berliner Abfallrechtstage 2010

Am 25. und 26. November 2010 fanden in den Räumlichkeiten des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg die Berliner Abfallrechtstage 2010 des Lexxion Verlages statt. Schwerpunkt der Veranstaltung war der Referentenentwurf zum neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz. Speziell wurden der Abfallbegriff und das Ende der Abfalleigenschaft, die Umsetzung der Anfallhierarchie, die duale Entsorgungsverantwortung und am zweiten Veranstaltungstag die Wertstofftonne sowie die Produktverantwortung und die Entsorgungspflichten diskutiert.

Nach der Eröffnung durch Wolfgang Andreae vom Lexxion Verlag und den Grußworten des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg hielt Ministerialrat Dr. Frank Petersen vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit einen Vortrag zu den Eckpunkten des Referentenentwurfs des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Dieser solle die Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie (RL 2008/98/EG, AbfRRL) umsetzen und die Kreislaufwirtschaft im Hinblick auf die Ressourceneffizienz und das Recycling weiter entwickeln. Die bewährten Strukturen und Elemente des KrW-/AbfG würden aber beibehalten. Derzeit befände sich der Entwurf in der Ressortabstimmung. Inhaltlich ging Dr. Petersen zunächst auf die Präzisierung des Abfallbegriffs ein. Neu seien die Definition von »Nebenprodukten« in § 4 des Entwurfs und die Regelungen zum Ende der Abfalleigenschaft in § 5 des Ent-

wurfes. Auf europäischer Ebene liefen bereits Komitologieverfahren zur Bestimmung des Endes der Abfalleigenschaft für bestimmte Materialien. Ferner werde »Verwertung« in § 3 Abs. 23 KrWG-E definiert. Im Hinblick auf die neue Abfallhierarchie hob Dr. Petersen hervor, dass das Ziel dieser Hierarchie die beste Gewährleistung des Schutzes von Mensch und Umwelt sei. Bei den gewerblichen Sammlungen werde der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bei geringer Qualität und Effizienz seiner Sammlungstätigkeit nicht geschützt. Neben der allgemeinen Getrennthaltpflicht würden bis zum 01.01.2015 auch spezielle Getrennthaltpflichten eingeführt. Siedlungsabfälle müssten bis zum Jahre 2020 zu mindestens 65 % ihres Gewichts und nicht gefährliche Bau- und Abbruchabfälle bis zu mindestens 80% ihres Gewichts recycelt werden.

Im Anschluss an die Diskussion, die sich u.a. mit der Frage der Preisstabilität beim Ende der Abfalleigenschaft, der Heizwertklausel und der Frage nach der Baustoffverordnung befasste, trug Herr Andreas Versmann von der Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission zur Präzisierung des Abfallbegriffs vor. Eine bessere Umsetzbarkeit des Abfallrechtes erfordere klare Definitionen. Die Fassung des Abfallbegriffes der AbfRRL sei um die Ausnahmen vom Anwendungsbereich v.a. im Hinblick auf Böden in situ und nicht-kontaminierte Böden, die am Ausbauplatz verwendet würden, ergänzt worden. Das Ende der Abfalleigenschaft erläu-

terte Herr Versmann am Beispiel Eisen- und Stahlschrott: Schrott habe Produktqualität, wenn der den Spezifikationen der Industrie entspräche und weniger als 2 % Störstoffe aufweise. Ferner müsse er frei von sichtbarem Öl und Radioaktivität sein und er dürfe keine gefährlichen Eigenschaften nach Anhang III der AbfRRL aufweisen. Unkontaminierter Neuschrott müsse im Input getrennt gehalten werden. Der Erzeuger müsse im Rahmen seines Qualitätsmanagements dokumentieren, dass er die Einhaltung der genannten Kriterien überwacht und qualifiziertes Personal einsetzt. Ggf. müsse eine Verifizierung durch einen akkreditierten externen Experten erfolgen. Herr Versmann erläuterte dann das Verfahren für die Aufstellung der europäischen Verordnungen zum Ende der Abfalleigenschaft. Wichtig sei, dass praktikable Kriterien für Materialströme entwickelt werden würden, da sekundäre Rohstoffe von hoher Qualität notwendig seien, um so Nachteile im Wettbewerb mit primären Rohstoffen abzubauen.

Anschließend sprach der Hauptgeschäftsführer des BDSV Dr. Rainer Cosson zu der Umsetzung der Regelungen zum Ende der Abfalleigenschaft und zu Nebenprodukten. Er wies darauf hin, dass für alle Abfallarten Abfallende-Kriterien festgesetzt werden könnten. Für Eisen-, Stahl- und Aluminiumschrott läge seit August 2010 ein ausformulierter Verordnungsentwurf vor, der voraussichtlich in der 2. Hälfte des Jahres 2011 in Kraft treten werde. Grundsätzlich entscheide der Besitzer des Schrotts, ob er diesen als Abfall oder als Produkt versenden will. Sofern er sich für den Produktstatus entscheide, sei im Hinblick auf die REACH-VO (Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe VO (EG) Nr. 1907/2006) die Übereinstimmung der Identität des zurückgewonnenen Stoffes mit einem bereits registrierten Stoff relevant, um von der Registrierungspflicht befreit zu sein. Dokumente zur Identität der zurückgewonnenen Stoffe seien bei den europäischen Dachverbänden in Vorbereitung. An dem Ziel, Schrotte grundsätzlich von der REACH-VO auszunehmen, werde aber festgehalten. Etwa 10% des Eisen- und Stahlschrottes könnten ihre Abfalleigenschaft bereits im Recyclingbetrieb verlieren. Die Stahl-, Aluminium- und Gießereindustrie würde vermutlich auf dem Produktstatus ihrer Lieferungen bestehen. Es sei daher für das Marketing wichtig festzuhalten, dass auch Schrotte, die als Abfall gelten, hohe Qualitätsanforderungen erfüllen. Als größte Herausforderungen für die Recyclingwirtschaft sieht Dr. Cosson Umsetzungsdisparitäten in den 27 EU-Mitgliedstaaten an.

Der zweite Schwerpunkt des Vormittags lag bei der Umsetzung der Abfallhierarchie. Ministerialrat Thomas Buch vom Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen führte in das Thema ein: Nach der neuen fünfstufigen Abfallhierarchie ginge die Vorbereitung zur Wiederverwendung dem Recycling vor. Das Recycling wiederum ginge der sonstigen, insbesondere der energetischen Verwertung vor. Vorrang habe allerdings die Maßnahme, die den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen unter Berücksichtigung des Vorsorge- und Nachhaltigkeitsprinzips am besten gewährleiste, wobei der gesamte Lebenszyklus des Abfalls zugrunde zu legen sei. Bei einem Gleichrang der Verwertungsarten, der bei einem Heizwert von 11.000 kJ/kg widerleglich vermutet werde, bestünde ein Wahlrecht, so dass letztlich allein der Preis der entscheidende Faktor sei. Hierdurch werde der Vorrang der stofflichen Verwertung faktisch ausgehebelt. Ähnlich äußerte sich im Anschluss Urban Windelen vom BDE, der durch die faktische Gleichrangigkeit der energetischen Verwertung aufgrund Heizwertklausel eine dauerhafte Schwächung des Recyclings sieht. Die Recyclingwirtschaft mit insgesamt über 250 000 Beschäftigten – davon 160 000 in privaten Unternehmen – sei vor allem in der Sekundärrohstoffbranche zu einer »Vorzeigebbranche« geworden, die starke Zuwächse aufweise.

Die Branche leiste für den »Recycling-Weltmeister« Deutschland einen wichtigen Beitrag zur Rohstoffversorgung: 88% des Papiers, 87% Glas, 72% Aluminium und 67% der Kunststoffstoffe stammten aus dieser Branche. Hierdurch seien 56 Mio. Tonnen CO₂ eingespart worden. Mehr Recycling bedeute daher mehr Versorgungssicherheit. Dr. Manuela Hurst vom Bundesverband Sekundärrohstoffe und Entsorgung e.V. sprach ebenfalls von der großen Bedeutung der Recyclingbranche. Insbesondere der Anstieg des Verbrauchs an natürlichen Ressourcen in Indien und China und der z.T. schwierige Zugang zu Rohstoffen stärke die Devise »Recycling von heute sind die Produkte von morgen«. Diese Prämisse müsse auch bei der Ausgestaltung der Entsorgungszuständigkeiten für Abfälle aus privaten Haushalten berücksichtigt werden. Da die Entsorgung von getrennt gesammelten Wertstoffen keine Aufgabe der Daseinsvorsorge sei, müsse die Sammlung, der Transport, die Vermarktung und die Verwertung dieser Wertstoffe unter Ausschluss der In-house-Vergabe ausgeschrieben werden. Eine Getrennthaltung sei für die saubere Erfassung unabdingbar und müsse daher so früh wie möglich ausgebaut werden. Dr. Hurst kritisierte, dass der Referentenentwurf des KrWG der europarechtlich geforderten Akzentuierung des Recyclings nicht genüge. Der Gesetzgeber und nicht der einzelne Erzeuger müsse über das Stufenverhältnis von Recycling und sonstiger (thermischer) Verwertung entscheiden. Die Gegenauffassung vertrat Carsten Spohn von der Interessengemeinschaft der Thermischen Abfallbehandlungsanlagen (ITAD). Das Heizwertkriterium sei eine Auffangregelung: Auch bei Unterschreiten des Grenzwertes von 11.000 kJ/kg sei eine energetische Verwertung nicht ausgeschlossen. Problematisch sei, dass für die hochwertige energetische Verwertung Anforderungen und Kriterien gesetzlich festgeschrieben würden, die für das Recycling vollständig fehlten. Dies berge die Gefahr, dass die Hochwertigkeit des Recyclings zu Lasten der Quotenerfüllung aufgegeben werde. Ferner sollten Geschäfts- und Gewerbeabfälle, die nicht hochwertig energetisch verwertet werden könnten, überlassungspflichtig sein. Die thermische Abfallbehandlung bzw. energetische Verwertung sei ein wichtiger Bestandteil einer funktionierenden Abfallwirtschaft, da oftmals durch Recycling kein Produkt in akzeptabler Qualität entstehen würde. Der Verfall von Sekundärrohstoffpreisen sollte daher keine Basis für die Abfallgesetzgebung sein. In der anschließenden angeregten Diskussion wurde Einigkeit darüber erreicht, dass für die Unterteilung zwischen Recycling und thermischer Verwertung vor allem im Plastikbereich eine starke gesetzliche Flankierung notwendig sei.

Der Nachmittag stand im Zeichen der Entsorgungsverantwortung. Rechtsanwältin Dr. Martin Dieckmann von der Kanzlei Esche Schönemann Commichau stellte fest, dass die bisherige »Regelungsmechanik« von Erzeugerplichten, Überlassungspflichten und Befreiungen von Überlassungspflichten grundsätzlich bestehen bleibe. Wesentliche Stellschrauben würden allerdings bewegt: Im Hinblick auf Abfälle aus privaten Haushaltungen werde die bereits in der Altpapierentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 (7 C 16.08) festgestellte nahezu vollständige Überlassungspflicht gesetzlich geregelt. Der Begriff gemeinnützige Sammlung umfasse nunmehr nur noch Sammlungen von gemeinnützigen Körperschaften und erfordere eine Beauftragung zum Selbstkostenpreis. Dagegen sei der Begriff »gewerbliche Sammlung« weit und umfasse – entgegen der Altpapierentscheidung – auch Sammlungen zur Einnahmeerzielung auf fester vertraglicher Grundlage. Bei den der gewerblichen Sammlung entgegenstehenden »überwiegenden öffentlichen Interessen« werde ein strengerer Maßstab als vom Bundesverwaltungsgericht gefordert angewendet, so dass die Europarechtskonformität der Regelung zweifelhaft sei. Für eine deutlich eingeschränktere Zulassung gewerblicher Sammlungen sprach sich Gerald Leinius von der Berliner Stadtreinigung

(BSR) aus. Die Zulässigkeit der gewerblichen Sammlung werde gegenüber der Altpapierentscheidung erheblich ausgeweitet und stünde dieser Entscheidung diametral entgegen. Insbesondere sei zu kritisieren, dass die gewerbliche Sammlung auch auf Grundlage vertraglicher Bindungen stattfinden könne und die Sammlung nicht auf getrennt zu erfassende Abfallfraktionen begrenzt sei. Der enge Sammlungsbegriff hätte nicht verändert werden müssen, da er europarechtlich zulässig sei. Daher müsse nun eine »Rosinenpickerei« der privaten Entsorger verhindert werden. Maßstab der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers dürfe nicht dessen Funktionsfähigkeit in Gänze sein. Ein Qualitätsvergleich zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und Privaten sei abzulehnen. Es sollte im Gesetz eine umfassende Entsorgungszuständigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers für Haushaltsabfälle und Geschäftsmüll als Daseinsvorsorge festgeschrieben werden.

Über den Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft aus Sicht des Bundeskartellamtes sprach Frau Silke Hossenfelder. Wettbewerbsrechtliche Anforderungen an Erfassungsausschreibungen seien die Gebietsverlosung nach Lizenzmengenanteilen und das Verbot der ausschreibungsfreien »In-house-Vergabe«. Zuschlagskriterium dürfe einzig der Preis sein und es müssten Regelungen zum Bieterschutz bestehen. Für eine wettbewerbskonforme Gestaltung der Überlassungspflichten gäbe es zwei Möglichkeiten: Zum einen, einen Wettbewerb um den Markt durch Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zur Ausschreibung aller Entsorgungsleistungen, wie dies z.B. in Estland geschehe. Zum anderen sei eine Zulassung von Wettbewerb im Markt möglich, der Haushalten die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern überlasse. Dies werde beispielsweise in Irland praktiziert. Auch Kombinationslösungen, wie die Ausschreibung aller für die Hausmüllentsorgung notwendigen Teilleistungen, seien denkbar. Kommunale Abfallbetriebe könnten an der Ausschreibung teilnehmen. Ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG läge nicht vor. Quersubventionierungen der Restmülltonne widersprächen dem Verursacherprinzip und den Abfallvermeidungs- und Recyclingzielen. Bringsysteme verursachten mehr Verkehr und ein vielfältigeres Angebot an Wertstoffsammlungen führte zu positiven Umweltwirkungen.

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Karpenstein von der Kanzlei Redecker/Sellner/Dahs, stellte zehn Thesen zur Vereinbarkeit der deutschen Überlassungspflichten mit dem europäischen Recht vor. Mit Beibehaltung der Altpapierentscheidung würde Deutschland ein EU-Vertragsverletzungsverfahren riskieren, da das europäische Recht einen austarierten Interessensausgleich zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Entsorgungsbereichen gebiete. Für gemischte Siedlungsabfälle seien nach dem Neapel-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 4. 3. 2010 (C-297/08) umfassende Überlassungspflichten mit dem Erhalt bestehender Entsorgungskapazitäten begründbar. Überlassungspflichten für getrennte Wertstoffe seien dreifach rechtfertigungsbedürftig: Nach der Abfallverbringungsverordnung ((EG) Nr. 1013/2006), nach den Vorgaben zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie zur Verhinderung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Rechtfertigung käme nur nach Art. 106 Abs. 2 AEUV in Betracht. Gewerbliche Konkurrenz bei Wertstoffen müsse hingenommen werden, wenn die Aufgängerantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen nicht beeinträchtigt werde. Insoweit seien auch die »überwiegenden öffentlichen Interessen« zu präzisieren.

Am Morgen des zweiten Tages der Veranstaltung war der erste Diskussionschwerpunkt die Zulässigkeit der Wertstofftonne. Rechtsanwalt Dr. Stefan Gesterkamp von Baumeister Rechtsanwälte sprach über die vergaberechtlichen Anforderungen bei deren Einführung. Kommunen und Zweckverbände seien – anders als

Systembetreiber – als Gebietskörperschaften öffentliche Auftraggeber. Die Einrichtung eines Erfassungssystems für Wertstoffe sei ein öffentlicher Auftrag, der ab Erreichen eines Schwellenwerts von 193.000 EUR netto ausschreibungspflichtig sei. Die Änderung eines Auftrags sei eine Neuvergabe, wenn wesentliche Merkmale des Auftrags geändert würden. Der durch die Einführung einer kommunalen Wertstofftonne entstehende Mehraufwand sei eine wesentliche Vertragsänderung. Ein vergabefreies Eigengeschäft stelle die (Neu)Vergabe an ein kommunales Unternehmen bzw. die Erweiterung des diesem Unternehmen erteilten Auftrages dar. Fremdgeschäfte sowie Umsätze, die von beliebigen Dritten erzielt wurden, könnten aber der Annahme eines vergabefreien Eigengeschäfts entgegenstehen. »In-house-feindlich« seien wohl auch Aufträge kommunaler Unternehmen, die für Systembetreiber abgewickelt würden. Analog den Vorgaben zur PPK-Fraktion sei es im Hinblick auf die kombinierte Wertstofftonne möglich, dass Systembetreiber einen »Anschlussauftrag« ohne erneute Ausschreibung erteilen, sofern die Erfassung und Sortierung durch die Kommune ausgeschrieben worden sei. Für den Fall, dass eine erforderliche Ausschreibung unterblieben sei, wäre der Vertragsschluss nur schwebend wirksam. Im Anschluss sprach Rechtsanwalt Dr. Markus W. Pauly von der Kanzlei Köhler & Klett Rechtsanwälte über die Zulässigkeit der Wertstofftonne nach europäischem und deutschem Abfallrecht. Zunächst beleuchtete Dr. Pauly die verschiedenen Umsetzungsstrategien für die Wertstofftonne. Im KrWG-E sei die Trägerschaft für eine einheitliche Wertstofftonne offen gelassen worden. Dr. Pauly machte deutlich, dass eine Wertstofftonne, die auf einer generellen Überlassungspflicht für stoffgleiche Nicht-Verpackungsabfälle beruhe, europarechtlich nicht zulässig sei. Sowohl die Verpackungsrichtlinie (RL 94/62/EG) als auch die AbfRRL erlaube eine gemeinsame Sammlung von Verpackungen mit sonstigen Abfällen und die gemeinsame Erfassung unterschiedlicher Wertstoffe. Überlassungspflichten für getrennt bereit gestellte Abfälle aus Haushaltungen griffen in die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV ein. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs sei nur möglich, wenn es keine abschließende sekundärrechtliche Regelung gäbe. Diese wären vorliegend die AbfRRL und die Abfallverbringungsverordnung, da sie eine abschließende Abwägung zwischen dem Umweltschutz bzw. der Daseinsvorsorge und der Warenverkehrsfreiheit darstellten. Die dort getroffenen Regelungen seien auf separat gesammelte Wertstoffe nicht anwendbar. Auch verstärkte Schutzmaßnahmen nach Art. 193 AEUV seien nicht geboten. Nach dem derzeitigen nationalen Abfallrecht bestehe eine unterschiedliche Entsorgungsverantwortung für die Abfälle, die von der Wertstofftonne erfasst würden. Der Hersteller/ Verreiber bzw. das duale System sei für die Entsorgung der Verpackungsabfälle verantwortlich. Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger habe die Verantwortung für die stoffgleichen Nichtverpackungen und die sonstigen Wertstoffe, so dass eine einvernehmliche Abstimmung notwendig sei. Eine einheitliche Wertstofftonne ließe sich daher nur auf freiwilliger, konsensualer Basis verwirklichen. Rechtsanwalt Gregor Franßen, EMLE (Madrid) von der Rechtsanwaltskanzlei Heinemann & Partner analysierte die Einführung der Wertstofftonne aus Sicht der Kommunen. Er stellte sieben Varianten der Wertstofftonne vor und bewertete deren Zulässigkeit nach europarechtlichen und nationalen Vorgaben. Unzulässig sei die faktische Einführung einer Wertstofftonne durch die Kommune sowie das faktische Einsammeln der stoffgleichen Nicht-Verpackungsabfälle und Nicht-Verpackungsabfälle durch den Systembetreiber. Zulässig seien dagegen die in § 6 Abs. 4 der Verpackungsverordnung (VerpackV) vorgesehenen Wege. In der anschließenden Diskussion wurde zwischen der Zulässigkeit der Wertstofftonne *de lege lata* und *de lege ferenda* differenziert und der Rechtsstreit in Berlin um die »Gelbe Tonne +« und die »Orange

Box« diskutiert. Ferner wurde erörtert, warum die Altpapierentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf die Wertstofftonne übertragen werden könne.

Im letzten Block der Veranstaltung sprach Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen von der Kanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. über Rechtsprobleme beim Vollzug des ElektroG. Eine kostenlose Abgabe von Altgeräten sei Endnutzern aus privaten Haushalten gestattet. Ein Verreiber könne dagegen die Altgeräte nur anstelle des jeweiligen Endnutzers kostenlos abliefern. Private Haushalte seien private Haushaltungen i.S.d. KrW-/AbfG sowie sonstige Herkunftsbereiche, soweit die Beschaffenheit und Menge der dort anfallenden Altgeräte mit der aus privaten Haushaltungen vergleichbar seien. Für die Bestimmung was »haushaltsübliche Mengen« seien, müsse am Anfallort der Altgeräte eine Vergleichbarkeitsprüfung stattfinden. Als Beispiel stellte Dr. Thärichen einen Fall aus dem Jahre 2007 vor: Die Bundeswehr wollte 57 Altgeräte abliefern. Im Hinblick auf die Eigenvermarktung könne der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die gesamten Altgeräte einer Gruppe von der Bereitstellung zur Abholung durch die Hersteller für mindestens ein Jahr herausnehmen. Dann habe er die Pflicht zur Wiederverwendung, Behandlung und Entsorgung. Seien die Altgeräte wieder zu einem Produkt gewidmet, könne der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger einzelne noch gebrauchsfähige Geräte zur Weiterverwendung an Dritte abgeben.

Als vorletzter Beitrag der Veranstaltung bewertete Bernhard Gerstmayr vom bifa Umweltinstitut die veränderten Rahmenbedingungen für die VerpackV. Von 2003 bis 2008 habe sich der Mengentrend zulasten der dualen Systeme und zugunsten der Selbstentsorger verändert. Nach der Novelle sei im Jahr 2009 eine deutliche Steigerung der Mengenentwicklung in den dualen Systemen festgestellt worden. Herr Gerstmayr kritisierte, dass ein Wettbewerb zwischen den dualen Systemen um Kunden im Wesentlichen nur über Preis- und Lizenzmengendumping möglich sei und »kreative Köpfe« Definitionsunschärfen ausnutzen könnten. Der

KrWG-E fordere den Ausbau der getrennten Wertstofffassung. Materialbezogene Abgaben oder Verwertungszertifikate seien im Moment »nicht auch noch bewältigbar« und zukünftig eventuell gar nicht mehr notwendig, da es einen immer stärker werdenden Markt für Sekundärrohstoffe geben werde. Beim Bürger mache sich Ärger über organisatorische Defizite der Entsorgung bemerkbar, was zum Wunsch nach Rekommunalisierung führe.

Zum Abschluss der Veranstaltung sprach Rechtsanwältin Prof. Dr. Andrea Versteyl von der Kanzlei Redecker/Sellner/Dahs über obligatorische Sicherheitsleistungen für Abfallentsorgungsanlagen. Sie erläuterte, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung lange Zeit eine Kann-Vorschrift war. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.06.2009, dass eine Sicherheitsleistung auch ohne ein nachgewiesenes Liquiditätsrisiko angeordnet werden könne, sei zum 01.03.2010 das BImSchG dahingehend verschärft worden, dass Sicherheitsleistung außer in Ausnahmefällen immer angeordnet werden solle. Diese Verschärfung sei nicht notwendig gewesen und stelle keine »Rechtsbereinigung« dar. Wichtig sei daher ein »Vollzug mit Augenmaß«. Als Möglichkeiten, eine Sicherheit zu erbringen, gäbe es neben der Bankbürgschaft auch Konzernbürgschaften, Patronatserklärungen und Versicherungslösungen. Der Vollzug der Sicherheitsleistung unterscheide sich beispielsweise in Bayern, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt wesentlich. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung erginge bei Neugenehmigungen und wesentlichen Änderungen in der Regel als aufschiebende Bedingung. Daher gefährdeten Rechtsbehelfe gegen diese Nebenbestimmung die sofortige Vollziehung der Genehmigung. Dementsprechend sollten Betreiber die verbleibenden Spielräume beim »Wie« der Sicherheitsleistung nutzen, um finanzielle Belastungen zu reduzieren. Insbesondere bei Zweifeln über die Abfalleigenschaft des jeweiligen Materials sei ein positiver Marktwert des Materials zu berücksichtigen.

Dr. Christian Glass

ZEITSCHRIFTENSCHAU

Die nachfolgende Übersicht erfasst die umweltrechtliche Aufsatzliteratur des Erscheinungszeitraumes 10. Januar 2011 bis 9. März 2011. Sie schließt unmittelbar an die Zeitschriften-schau in ZUR 3/2011 an. Einzelne Abweichungen sind durch die Erscheinungsweise und Erreichbarkeit der Zeitschriften bedingt.

In den folgenden Rubriken wurden keine Veröffentlichungen im Berichtszeitraum nachgewiesen: Verfahrens- und Verfassungsrecht, Umweltprivatrecht

EG- und Internationales Umweltrecht

De Smedt, Kristel/ Faure, Michael: The implementation of the Environmental Liability Directive. A law and economics analysis of the transposition of the ELD in Belgium, the Netherlands and Germany, ZEUP 4/2010, 783-808

Diehl, Andrea: Stärkung des europäischen Konzepts der »besten verfügbaren Techniken« durch die Richtlinie über Industrieemissionen? Kritik der Neufassung der IVU-Richtlinie, ZUR 2/2011, 59-65

Frenz, Walter: Umwelt- und Tierschutzklausel im AEUV, NUR 2/2010, 103-107

Hossain, Kamrul: EU Energy Policy and the Arctic Region: A Balancing Interest between Environmental Responsibility and Resource, EEELR 6/2010, 295-305

Kaufmann, Sven G.: L'océan arctique et la coopération intergouvernementale non contraignante, un défi pour la protection internationale de l'environnement, RJW 4/2010, 627-642

Kingston, Suzanne: Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special, ELR 6/2010, 780-805

Makuch, Zen/Oraee-Mirzamani, Nikzad: Corporate Environmental Disclosure Law, Fiduciary Duties and the Aarhus Convention, EEELR 1/2011, 18-29

Melissas, Dimitris K.: Die Umsetzung der Strategischen Umweltprüfung für Flächennutzungspläne in Griechenland. Zugleich ein Beitrag zur europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung, ZfBR 2/2011, 120-125

Allgemeines Umweltrecht

Buder, Alexander/Kunert, Franz-Josef: Die Deutsch-Polnische UVP-Vereinbarung als Grundlage der Zusammenarbeit bei der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung mit dem Nachbarland Polen, SächsVBl. 1/2011, 1-7

Kohler, Jürgen: Duldungspflichtabhängige Aufopferungshaftung als Grenze der Umweltgefährdungshaftung, NUR 1/2011, 7-18

Krautzberger, Michael: Umwelt- und Naturschutz bei Bebauungsplänen nach dem vereinfachten und beschleunigten Verfahren (§§ 13, 13a BauGB), UPR 2/2011, 62-64

Kühling, Wilfried: Einführung in das Schwerpunktthema »Umweltprüfung neuer Technologien«, UVP-Report 3/2010, 98

Mossoux, Youri: Causation in the Polluter Pays Principle, EEELR 6/2010, 279-294

Schomerus, Thomas: Nachhaltigkeit braucht Institutionen – zur Institutionalisierung von Nachhaltigkeitsräten, NUR 1/2011, 1-7

Zschiesche, Michael/Sperfeld, Franziska: Zur Praxis des neuen Umweltinformationsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, ZUR 2/2011, 71-78

Umweltstrafrecht

Faure, Michael G.: Effective, Proportional and Dissuasive Penalties in the Implementation of the Environmental Crime and Ship-source Pollution Directives: Questions and Challenges, EEELR 6/2010, 256-278

Immissionsschutzrecht

Grüner, Johannes: Die Einschränkung der planerischen Gestaltungsfreiheit durch Optimierungsgebote und Abwägungsdirektiven. Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirkung von § 50 S. 1 BImSchG auf die Abwägung, UPR 2/2011, 50-56

Köck, Wolfgang: Immissionsschutzrechtliche Störfallvorsorge vor den Herausforderungen der Anpassung an den Klimawandel, ZUR 1/2011, 15-22

Rebler, Adolf/Scheidler, Alfred: Die typisierende Betrachtungsweise bei der Genehmigung von Betrieben nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, UPR 1/2011, 9-14

Richers, Dominik: Übungshausarbeit ÖR: Immissionsschutz in der Nachbarschaft, JURA 2/2011, 139-146

Röckinghausen, Marc: Die neue Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV), ZUR 2/2011, 65-71

Rojahn, Ondolf: Kinderlärm zwischen Immissionsschutz und Sozialadäquanz, ZfBR 8/2010, 752-757

Scheidler, Alfred: Das Neunte Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, NVwZ 1/2011, 1-4

Scheidler, Alfred: Immissionsschutzrechtliche Messungen aus besonderem Anlass. Anwendungsfragen zu § 26 BImSchG in der

seit 18.08.2010 geltenden Fassung, AuUR 12/2010, 353-357

Schink, Alexander: Immissionsschutz in der Bauleitplanung, UPR 2/2011, 41-50

Vollmer, Miriam: Kraftwerke vor Gericht – Nachbar- und Verbandsklagen gegen Immissionsschutzgenehmigungen, IR 2/2011, 2-4

Klimaschutz- und Energierecht

Ax, Thomas/Siewert, Josephine: Fernwärme-konzession – vergabepflichtiger Vertrag oder vergabefreie Direktbeauftragung?, ZNER 6/2010, 553-558

Busch, Ralph: Ausgewählte (vertrags-)rechtliche Fragen bei der Errichtung von Offshore-Windparks, (1), NZBau 1/2011, 1-6

Busch, Ralph: Ausgewählte vertragsrechtliche Fragen bei der Instandhaltung von Offshore-Windparks, (2), NZBau 2/2011, 85-89

Derleder, Peter: Beschaffungsrisiko, Lieferungsengpass und Leistungsfrist. Vom Smartphone zum Solarmodul, NJW 3/2011, 113-117

Frenz, Walter: Wirkt die CCS-Richtlinie vor und unmittelbar?, ZNER 1/2010, 23-27

Funke, Susann/Ertl, Robert: Die EU-Versteigerungsverordnung für CO₂-Emissionsberechtigungen, N&R 1/2011, 2-6

Groß, Thomas: Die Bedeutung des Umweltschutzprinzips für die Nutzung erneuerbarer Energien, NVwZ 3/2011, 129-133

Held, Joachim/Wolf, Thomas: Mehr Energieeffizienz durch die Informationspflichten des Energiedienstleistungsgesetzes?, CUR 4/2010, 140-143

Hogommat, Benjamin: Les enjeux de la prise en compte des biocarburants au regard des orientations de la politique agricole commune, RJE 3/2010, 427-445

Holznapel, Bernd: Entschädigung von Wegerechten beim Bau von Energietransportleitungen: Sind die Entschädigungsmaßstäbe bei privatnütziger Enteignung noch zeitgemäß?, DÖV 20/2010, 847-852

Hutsch, Justine: Karoline Emissionshandel in der dritten Handelsperiode, NordÖR 1/2011, 8-14

Kahl, Wolfgang/Schmidtchen, Marcus: Nah- und Fernwärmenetze als Instrumente des Klimaschutzes, ZNER 1/2010, 35-41

Kahl, Wolfgang: Kommunale Anschluss- und Benutzungszwang an Fernwärmenetze aus Klimaschutzgründen. Die Auswirkungen von § 16 EEWärmeG auf das Landesrecht insbesondere in Baden-Württemberg, VBIBW 2/2011, 53-59

Keil, Eric/Schmelzer, Knut: Systemintegration von Elektromobilität, Herausforderung an das Energiewirtschaftsrecht, eine Standortbestimmung, (Teil 2), ZNER 6/2010, 563-567

Kobes, Stefan/Engel, Gernot-Rüdiger: Der Emissionshandel im Lichte der Rechtsprechung, (1), NVwZ 4/2011, 207-212

Kühling, Jürgen/Pisal, Ruben: Investitionspflichten beim Ausbau der Energieinfrastrukturen zwischen staatlicher Regulierung und nachfrageorientierter Netzbewirtschaftung, ZNER 1/2010, 13-23

Kühling, Wilfried: Energiesparlampen und Umweltauswirkungen: Den Teufel mit dem Beelzebub ausgetrieben?, UVP-Report 3/2010, 99-104

Lüdeke, Jens/Köppel, Johann: Welcoming the wind! – Wo stehen Umweltprüfung und Naturschutz in der Folge der deutschen Offshore-Windkraft-Strategie?, UVP-Report 3/2010, 109-117

Meyer, Melanie/Valentin, Florian: Die Neufassung der GasNZV im Hinblick auf die Einspeisung von Biogas in Erdgasnetze, ZNER 6/2010, 548-552

Neumann, Werner: Stromnetzausbau und Umweltverträglichkeit – Notwendigkeit umfassender Konzepte und Prüfungen, UVP-Report 3/2010, 118-122

Schomerus, Thomas/Scheel, Benedikt: Die Eigenverbrauchsregelung in § 33 Abs. 2 EEG nach der Photovoltaik-Novelle 2010, ZNER 6/2010, 558-563

Schümann, Kolja/Luick, Rainer/Wagner, Florian/Engel, Jan/Frank, Karin/Huth, Andreas: Biomasseanbau steuern – Konfliktminderung durch neue Anreize, NuL 3/2011, 112-119

Thomas, Henning/ Altröck, Martin: Die Systemdienstleistungsverordnung für Windenergieanlagen (SDLWindV): Ein kritischer Überblick, ZNER 1/2010, 28-34

Tscherning, Rüdiger: The EU ETS Rules on Carbon Leakage and Energy Intensive Industry in the Federal Republic of Germany, EEELR 1/2011, 2-17

Vietmeier, Hans: Solaranlagen auf Gebäuden nach der Entscheidung des OVG NRW v. 20.09.2010, (Zugleich Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 20.09.2010 – 7 B 985/10), BauR 2/2011, 210-218

Wemdzio, Marcel/Ramin, Ralf: Offshore-Windparks und Schutz von Fischereirechten Dritter, (Zugleich Anmerkung zu BVerfG, B. v. 26.04.2010 – 2 BvR 1217/04), DVP 2/2010, 58-63

Zenke, Ines: Die Strafzahlung im Emissionshandel. Eine Anmerkung zu § 18 Abs. 1 Treibhausgas-Emissionsberechtigung (TEHG), (Zugleich Anmerkung zu VG Ber-

lin, U. v. 11.06.2010 – VG 10 K 130.09), ZNER 6/2010, 545-547

Atomrecht

Burgi, Martin: Das Atomrecht, der Bundesrat und die Verwaltungsorganisation, NJW 9/2011, 561-567

Frenz, Walter/Ehlenz, Christian: Die europäische Atompolitik nach dem Vertrag von Lissabon und aktuelle Fragen des Atom-müllexports, RdE 2/2011, 41-46

Frenz, Walter/Ehlenz, Christian: Novellierung des Atomgesetzes: Zustimmungsbefähigung nach dem GG und EU-Kompetenzen zur Regelung der nuklearen Sicherheit, ZNER 6/2010, 539-545

Frenz, Walter/Ehlenz, Christian: Umweltschutz und nukleare Sicherheit in der europäischen Atompolitik, UPR 1/2011, 7-9

Kloepfer, Michael: Möglichkeiten und Grenzen paktierter Gesetzgebung am Beispiel des Atomrechts, ZG 4/2010, 346-357

Rosnagel, Alexander/Hentschel, Anja: »Weitere Vorsorge« im Atomrecht? Zur Verfassungswidrigkeit des § 7d AtG, ZNER 1/2010, 7-12

Rosnagel, Alexander/Hentschel, Anja: Ist das Gesetz zur Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken zustimmungsbefähigt?, UPR 1/2011, 1-7

Ziehm, Cornelia: Das neue Schutzniveau des Atomgesetzes, ZUR 1/2011, 3-8

Gefahrstoff- und Produktrecht

Alber, Siegbert/Frenz, Walter: Zur Neuregelung der Verpackungsbewirtschaftung in Österreich, WiVerw 4/2010, 245-281

Fischer, Kristian: The Classification and Labelling Inventory of the CLP Regulation and its Conflict with EU Law for Substances used in Research & Development, StoffR 6/2010, 244-256

Garcon, Géraldine: Towards a new EU Plant Protection Regime. Legal Problems arising out of the Transition with Regard to Regulatory Approvals and Authorisations, StoffR 1/2011, 2-12

Hildmann, Christian/Kühling, Wilfried: Nanopartikel in der Umwelt: Neuartige Wirkungen auf Ökosysteme?, UVP-Report 3/2010, 131-138

Holleben, Horst von/Scheidmann, Hartmut: (Zwangs-)Datenteilung für Phase-in-Stoffe nach Ablauf der ersten Registrierungsfrist am 30.11.2010, StoffR 1/2011, 13-22

Merenyi, Stefanie: REACH: Vom »Stoff im Stoff« oder der Mythos des Gemischs (vormals Zubereitung), (Teil 1), StoffR 6/2010, 257-260

Merenyi, Stefanie: REACH: Vom »Stoff im Stoff« oder der Mythos des Gemischs (vormals Zubereitung), (Teil 2), StoffR 1/2011, 22-25

Wefers, Heribert/ Cameron, Patricia/Vengels, Jurek: Nanosilber – immer mehr Alltagsanwendungen trotz ungeklärter Risiken, UVP-Report 3/2010, 123-130

Wiemers, Matthias: Die fünfte Novelle zur Verpackungsverordnung – systematische Umsetzung des Kreislaufwirtschaftsprinzips oder Bürokratiemonster? Eine Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittelhandwerks, WiVerw 4/2010, 282-291

Windmann, Jörg: Aufsicht und Risikosteuerung durch Generalklauseln im Technikrecht. Der Anwendungsbereich des »Standes der Technik« im Arbeitsschutz-, Umweltschutz- und Verbraucherschutzrecht, UPR 1/2011, 14-19

Gentechnikrecht

Deffigier, Clotilde: Droit à l'information et à la protection en matière d'OGM: le rôle des collectivités territoriales, RJE 3/2010, 393-408

Ekardt, Felix/Henning, Bettina: Gentechnisch veränderte Organismen im Artenschutzrecht, NUR 2/2010, 95-103

Leible, Stefan: Die Kennzeichnung von mit Hilfe gentechnischer Verfahren hergestellter Lebensmittel, ZLR 1/2011, 5-46

Luttermann, Claus: Nachbarrechtliche Haftungsverfassung für gentechnisch veränderte Organismen, (Anmerkung zu: BVerfG, U. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05), NJW 7/2011, 431-434

Abfallrecht

Baufeld, Stefan: Grenzen der Anordnung wesentlicher Änderungen von Deponien nach § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 2 Nr. 2 KrW-/AbfG bei der Sanierung von Altdeponien, AbfallR 5/2010, 235-245

Dieckmann, Martin: Entsorgungszuständigkeiten nach dem neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz, AbfallR 6/2010, 301-309

Gruneberg, Ralf/Wenzel, Frank: Überlassungspflichten und Wertstofftonne. Der Entwurf des KrWG aus kommunalwirtschaftlicher Sicht, AbfallR 4/2010, 162-170

Hossenfelder, Silke: Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft aus Sicht des Bundeskartellamtes, AbfallR 6/2010, 300-301

Hurst, Manuela: Entsorgungszuständigkeiten und Überlassungspflichten aus Sicht der privaten Entsorger, AbfallR 4/2010, 180-187

Kopp-Assenmacher/Stefan Glass, Christian: Das Ende der Abfalleigenschaft bei Gebrauchtteilen aus Altfahrzeugen, AbfallR 5/2010, 228-234

Kropp, Olaf: Neuabgrenzung von Verwertung und Beseitigung, AbfallR 4/2010, 193-200

Michalke, Regina: Neue Garantenpflichten? Oder: Haftung des Compliance-Officers. Das obiter dictum des BGH und seine Folgen. (Zugleich Anmerkung zu BGH, U. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08 -), AbfallR 6/2010, 285-290

Pauly, Markus W./Heidmann, Maren: Die Zulässigkeit der kommunalen Wertstofftonne nach dem Abfallrecht, AbfallR 4/2010, 171-179

Pauly, Markus W./Heidmann, Maren: Die Zulässigkeit einer Wertstofftonne nach Europarecht, AbfallR 6/2010, 291-300

Queitsch, Peter: Eine geordnete Abfallentsorgung muss das Ziel sein. Zum Arbeitsentwurf des KrWG (Stand 23.02.2010), AbfallR 4/2010, 188-192

Smeddinck, Ulrich/Wuttke, Joachim: Maßnahmen gegen den Export von »Elektroschrott« – auch ein Governance Problem, (Heinrich Freiherr von Lersner zum 80. Geburtstag gewidmet), AbfallR 5/2010, 218-228

Steiner, Dorothea: Zur Novellierung des Abfallrechts 2011, AKP 2/2011, 46-52

Versteyl, Ludger-Anselm/Stengler, Ella: Fußnoten, EU-Guidelines, BAT und andere Verlautbarungen – eine neue Rechtsqualität?, AbfallR 5/2010, 245-254

Webersinn, Michael: Produktverantwortung – Eine ordnungspolitische Standortbestimmung anlässlich der Umsetzung der EU-Abfallrahmenrichtlinie in deutsches Recht, AbfallR 6/2010, 266-275

Wittmann, Antje/Kümper, Boas: Der Zugang zu Grundstücksdaten auf der Grundlage des UIG, AbfallR 6/2010, 276-285

Zabel, Lorenz: Bundesgerichtshof schließt rückwirkende Verlängerung von KWKAlt-lieferverträgen aus, (Zugleich Anmerkung zu BGH, U. v. 06.10.2010 – VIII ZR 15/10 -), MuA 2/2011, 77-78

Bodenschutz- und Altlastenrecht

Attendorp, Thorsten: Haben BBodSchG und BBodSchV unmittelbar zulassungsmodifizierende Wirkung?, NUR 1/2011, 28-31

Wasserrecht

Agyenim, Joseph B./Gupta, Joyeeta: The Evolution of Ghana's Water Law and Policy, RE-CIEL 3/2010, 339-350

Übersatz, bitte kürzen

Bates, Rebecca: The Road to the Well: An Evaluation of the Customary Right to Water, RECIEL 3/2010, 282-293

Collins, Lynda: Environmental Rights on the Wrong Side of History: Revisiting Canada's Position on the Human Right to Water, RECIEL 3/2010, 351-365

Cullet, Philippe: Water Sector Reforms and Courts in India: Lessons from the Evolving Case Law, RECIEL 3/2010, 328-338

du Plessis, Anél: A Government in Deep Water? Some Thoughts on the State's Duties in Relation to Water Arising from South Africa's Bill of Rights, RECIEL 3/2010, 316-327

Elgeti, Till Lamberts/Jan Philipp: (Hoch-)Wasserrechtliches Rücksichtnahmegebot / Einforderung des Rückhaltevolumens als Nachbarschutz, (Zugleich Anmerkung zu OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 19.06.2007 - 1 B 10321/07 -), BauR 2/2011, 204-209

Guckelberger, Annette: Die diversen Facetten der Öffentlichkeitsbeteiligung bei wasserrechtlichen Planungen, NUR 12/2010, 835-842

Gupta, Joyeeta/Ahlers, Rhodante/Ahmed, Lalwal: The Human Right to Water: Moving Towards Consensus in a Fragmented World, RECIEL 3/2010, 294-305

Harnum, James: Deriving the Right to Water from the Right to Life, Liberty and Security of the Person: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and Aboriginal Communities in Canada, RECIEL 3/2010, 306-315

Kern, Katharina: Die Apotheke im Gewässer. Regulierungsmechanismen und Reformvorschläge für umweltgefährliche Arzneistoffe im Arzneimittel-, Wasser-, Chemikalien- und Agrarrecht, ZUR 1/2011, 9-15

Laskowski, Silke R.: Grundwasserschutz und kommunale Wasserwirtschaft: Was bringt die Grundwasserverordnung?, AKP 1/2011, 37-39

Reese, Moritz: Das neue Recht des Hochwasserschutzes vor den Herausforderungen des Klimawandels, NUR 1/2011, 19-28

Reinhardt, Michael: Gesetzgebungskompetenzen im Wasserrecht. Die Abweichungsgesetzgebung und das neue Wasserhaushaltsgesetz, AöR 4/2010, 459-497

Richter, Thomas: Änderungsbedarf für Entwässerungssatzungen, AKP 1/2011, 35-37

Naturschutz- und Landschaftspflegerecht

Albrecht, Juliane/Stratmann, Lars/Walz, Ulrich: Landschaftszerschneidung und Wiedervernetzung: Instrumente und Konzepte zum Schutz der Biodiversität vor zerschnei-

dungsbedingten Beeinträchtigungen durch Bundesverkehrswege, NUR 12/2010, 825-835

Bovet, Jana: Anforderungen an einen effektiven Küstenschutz unter Berücksichtigung des Klimawandels, NordÖR 1/2011, 1-8

Diederichsen, Lars: Rechtsfragen der Ökokontierung und des Ökopunktehandels unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Hessen, NUR 12/2010, 843-847

Michler, Hans-Peter/Möller, Frauke: Änderungen der Eingriffsregelung durch das BNatSchG 2010, NUR 2/2010, 81-90

Patrick, Janin: De la charte des parcs naturels régionaux en particulier et des chartes territoriales en général, RJW 4/2010, 592-604

Reiff, Peter: Geltung und Anwendungsbereich des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts nach § 66 BNatSchG, NUR 2/2010, 90-94

Romagoux, Florent: L'extension du contrôle du juge administratif sur les déboisements des forêts domaniales portant atteinte à la biodiversité, RJE 3/2010, 409-426

Schumacher, Anke/Werk, Klaus: Die Ausbringung gebietsfremder Pflanzen nach § 40 Abs. 4 BNatSchG, NUR 12/2010, 848-853

Winter, Gerd: Die Kompromisse von Nagoya, und wie es weitergeht, ZUR 2/2011, 57-58

Verkehrsrecht

Hoffmann, Jan: Die geplante Novellierung der Pkw-EnVKV - Vom Saulus zum Paulus?, UPR 2/2011, 56-62

Klinger, Remo: Zum Flugroutenstreit am Flughafen Berlin-Brandenburg International (BBI), LKV 1/2011, 8-12

Schot, Johan/Schipper, Frank: Experts and European transport integration, 1945-1958, JEPP 2/2011, 274-293

Fachplanungsrecht

Grüner, Johannes/Müller, Susanne: Planerischer Störfallschutz und Flugverfahren. Zur Anwendbarkeit von § 50 S. 1 BImSchG und Art. 12 Seveso II-RL bei der Festlegung von Flugverfahren, NUR 2/2010, 107-114

Sonstiges

Ort, Jost-Dietrich: Zur Tötung unerwünschter neonater und juveniler Tiere, NUR 12/2010, 853-861