



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verwaltungsstreitverfahren

1.

2.

Kläger und Berufungskläger,

bevollmächtigt: Rechtsanwalt Dr. Hartwig Stiebler,
Goltsteinstraße 31, 40211 Düsseldorf,

gegen

Beklagter und Berufungsbeklagter,

wegen Rechts der Gentechnik

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 6. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH Igstadt,
Richterin am Hess. VGH Fischer,
Richter am Hess. VGH Bodenbender,
ehrenamtlichen Richter Schneider von Lepel,
ehrenamtlichen Richter Becker

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2011 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 12. März 2009 abgeändert. Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Regierungspräsidiums Gießen vom 19. September 2007 rechtswidrig war.

Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Kläger vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leisten.

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Anordnung zur Vernichtung von ausgebrachten Pflanzen.

Die Kläger betreiben ein landwirtschaftliches Unternehmen mit Sitz in Südniedersachsen. Sie erwarben im Jahr 2007 (Winter-) Rapssaatgut des Erzeugers Deutsche Saatveredelung AG (DSV) mit der Bezeichnung Taurus und der Anerkennungsnummer D/BN 3237/318 und brachten es auf Felder auf, die teilweise in Niedersachsen, teilweise in Hessen - Gemarkung Ermschwerd - liegen. Vor der Abgabe in den Handel hatte die DSV zwei Proben aus der Partie auf zufälligen Besatz mit gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in zertifizierten Laboren untersuchen lassen. Bei beiden Proben wurden keine entsprechenden Verunreinigungen nachgewiesen. Auch in späteren von der DSV veranlassenen Untersuchungen von Proben der Saatgutpartie konnte nach den Untersuchungsberichten der jeweiligen Labore kein GVO-Besatz nachgewiesen werden.

Am 20. August 2007 übersandte die DSV eine Probe der genannten Rapssorte dem zuständigen nordrhein-westfälischen staatlichen Veterinäruntersuchungsamt Arnsberg zur Untersuchung. Das Untersuchungsamt stellte in seinen Testreihen eine Verunreinigung der Probe mit GVO fest, informierte am 27. August 2007 die Herstellerin über das positive Ergebnis der Erstanalyse und veranlasste darüber hinaus eine weitere Untersuchung durch

das Chemische- und Veterinäruntersuchungsamt Ostwestfalen-Lippe in Detmold (CVUA). Nach dessen Gutachten vom 31. August 2007 (Bl. 92 der Gerichtsakte - GA -) wurden in der Probe mittels molekularbiologischer Analyse (PCR Polymerase Chain Reaction) jeweils p35S-pat konstruktsspezifische DNA-Sequenzen nachgewiesen, die für eine gentechnisch erzeugte Resistenz gegen Glufosinat-Herbizide sprechen. Es wurden jeweils geringe Spuren der gentechnisch veränderten Rapssamen im Bereich zwischen 0,03 % und 0,1 % nachgewiesen, die jedoch nicht quantifizierbar waren. Die Analyseergebnisse wiesen jedoch nach Feststellung des CVUA auf das Vorhandensein der gentechnisch veränderten Rapslinie Falcon GS40/90 bzw. eines entsprechenden Nachkommens hin. Hierbei handelt es sich um eine Rapslinie, die von Dritten in den Jahren ab 1999 mit entsprechender Genehmigung der zuständigen Behörde in Mecklenburg-Vorpommern freigesetzt wurde.

Das Regierungspräsidium Gießen wurde am 17. September 2007 von Behörden des Landes Niedersachsen über den Befund und die Betroffenheit der Kläger als Bezieher und Verwender des Saatguts der genannten Rapssorte sowie darüber informiert, dass einige der bestellten Felder in Hessen lägen. Daraufhin setzte sich die Behörde mit den Klägern mündlich in Verbindung, um die Sachlage zu erörtern.

Mit Verfügung vom 19. September 2007 untersagte das Regierungspräsidium den Klägern den (weiteren) Anbau oder das Inverkehrbringen des Saatgutes mit der genannten Partiebezeichnung (Nr. 1 der Verfügung), ordnete die Vernichtung des bereits ausgesäten Saatgutes durch Grubbern oder Pflügen (Nr. 2), die Nachbehandlung mit einem geeigneten Herbizid, ein Verbot der Aussaat von Raps auf den betroffenen Feldern bis Juli 2008 (Nr. 3) und eine entsprechende Berichtspflicht an. Zudem ordnete das Regierungspräsidium die sofortige Vollziehbarkeit der Maßnahmen an (Nr. 5). Des Weiteren drohte es den Klägern für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Festsetzung eines Zwangsgeldes i.H.v. jeweils 1.000 Euro (Nr. 4) an. Zur Begründung führte die Behörde aus, die Untersuchungen der staatlichen Kontrollstellen hätten ergeben, dass sich in dem verwendeten Saatgut Spuren von gentechnisch veränderten Organismen befänden. Für deren Ausbringung verfügten die Kläger über keine Genehmigung. Deshalb könne die Aufsichtsbehörde gemäß § 26 Abs. 1 GenTG die Anordnungen treffen, die zur Beseitigung der Pflanzen notwendig seien. Ziel sei es, die unkontrollierte Verbreitung des verunreinigten Saatguts zu verhindern. Die

Maßnahme sei verhältnismäßig, da die Nutzung des Bodens für anderen Fruchtanbau möglich sei und die Anordnung daher nur eine mäßige Belastung der Kläger darstelle.

Die Kläger erhoben am 25. September 2007 gegen die Verfügung Anfechtungsklage bei dem Verwaltungsgericht Kassel, brachen aber am 12. Oktober 2007 ihre Felder um, nachdem ein Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit des Bescheides vom Regierungspräsidium Gießen am 26. September 2007 abgelehnt worden war.

Mit Schriftsatz vom 14. November 2007 stellten die Kläger ihre Klage auf ein Feststellungsbegehren um und trugen zur Begründung vor, ihnen stehe ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zur Seite, da sie beabsichtigten, erneut Raps der Sorte Taurus der DSV anzubauen. Aufgrund der in der Vergangenheit erfolgten legalen Feldversuche mit dem Konstrukt Falcon GS 40/90 könne es jederzeit faktisch zu Auskreuzungen kommen, die zukünftige Saaten beeinträchtigen und zu gleichartigen Auflagen führen könnten. Der Bescheid vom 19. September 2007 sei rechtswidrig. Die bislang betriebene Tatsachenermittlung ergebe lediglich einen Gefahrenverdacht, so dass die angeordneten Maßnahmen unverhältnismäßig gewesen seien. Der Hersteller des Saatgutes habe durch mehrfache Analysen nachweisen können, dass das an die Kläger verkaufte Saatgut keine gentechnisch veränderten Organismen aufgewiesen habe. Das staatliche Untersuchungsamt Arnsberg und das Labor CVUA hätten hingegen nur einen Teil der Probe untersucht und nicht, wie erforderlich, eine Kontroll- oder Zweitanalyse durchgeführt. Die bei der Untersuchung angewandten Methoden entsprächen nicht den Vorgaben der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft zur Untersuchung von Saatgut und es sei nicht auszuschließen, dass es im Verlauf der Untersuchung zu Verunreinigungen der Probe mit anderem Material gekommen sei. Ihnen, den Klägern, käme zudem ein Anspruch auf eine B-Probe zu, wenn das erste Ergebnis einen positiven Befund ergeben habe. Dieser Anspruch folge aus den betroffenen Grundrechten Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Auch müsse eine Kontrolluntersuchung bereits aus dem Grundsatz der Amtsermittlung nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO und nach europäischem Recht durchgeführt werden. Eine solche Zweitkontrolle werde von den für Nordrhein-Westfalen zuständigen obersten Landesbehörden selbst empfohlen. Eine positive Feststellung dürfe auch nicht allein durch statistische Betrachtungen bejaht werden,

sondern es müsse im konkreten Fall festgestellt werden, ob eine entsprechende Verunreinigung vorliege oder nicht.

Zur Problematik des von dem Beklagten behaupteten Merkmals der Freisetzung führten die Kläger aus, es sei dann nicht erfüllt, wenn die Einbringung der GVO in die Umwelt nicht bewusst und gewollt erfolge. Für das unbeabsichtigte Einbringen entsprechender Organismen in das Erdreich bestehe keine Regelung in den entsprechenden Gesetzen und Verordnungen; die dadurch bestehende Lücke dürfe nicht durch analoge Rechtsbetrachtung gefüllt werden. Denn europäische und nationale Vorgaben gingen davon aus, dass die Herstellung und die Verwendung von gentechnisch veränderten Organismen gerade nicht absolut ausgeschlossen würden, sondern nur einer einzelfallbezogenen Präventivkontrolle unterlägen.

Der Bescheid sei auch deshalb fehlerhaft, weil die Behörde die notwendige Ausübung des Ermessens unterlassen habe. Das Gesetz schreibe keine besondere Form des Eingreifens vor, es sei auch kein intendiertes Ermessen auf nur eine mögliche Handlungsform erkennbar, so dass der Beklagte sich die fehlende Ausübung des Ermessens zurechnen lassen müsse. So habe die Behörde bei dem Erlass der Anordnungen nicht berücksichtigt, dass selbst für den Fall der Verunreinigung des Saatgutes keine Gefahren für die menschliche Gesundheit und die Umwelt bestanden hätten. Im Übrigen müsse der Wert der bereits erfolgten Aussaat und der Schaden, der durch die Vernichtung des bestehenden Anbaus entstehe, Beachtung finden. Auch insoweit habe die Behörde die Sachlage nicht ausreichend bei ihrer Entscheidung berücksichtigt.

Die Kläger haben beantragt,

festzustellen, dass der Bescheid des Beklagten vom 19. September 2007 rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat ausgeführt, den Klägern fehle bereits das Feststellungsinteresse, da ein eventueller Schadensersatzanspruch vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden kön-

ne. Der angegriffene Bescheid sei jedenfalls formell und materiell rechtmäßig. Die Anordnungen seien auf § 26 GenTG gestützt und in sich ordnungsgemäß, da die Kläger mit dem Anbau des verunreinigten Saatgutes gentechnisch veränderte Organismen freigesetzt hätten. Die von dem Gentechnikgesetz beabsichtigte Regelung umfasse auch Gefahren, die durch ein nicht absichtliches Handeln entstünden. Eine Freisetzung liege auch dann vor, wenn der Handelnde nicht wisse, dass das Saatgut veränderte Organismen enthalte. Das Merkmal „gezielt“ in § 3 Nr. 5 GenTG beziehe sich nur auf die Aussaat an sich. Die Feststellung, dass gentechnisch veränderte Organismen in dem Saatgut enthalten gewesen seien, sei von den damit befassten Laboren nach dem Stand der Wissenschaft und nachvollziehbar getroffen worden. Ein anderes Verfahren, wie von den Klägern vorgetragen, sei vielleicht auch möglich und zulässig, aber nicht zwingend, und die entsprechenden Ergebnisse seien kein Nachweis dafür, dass in der beprobten Charge keine entsprechenden Spuren vorhanden gewesen seien. Ein Anspruch auf Durchführung einer B-Probe bestehe für die Kläger nicht. Hinsichtlich der Ausübung des Ermessens habe eine Ermessensreduzierung auf Null vorgelegen.

Das Verwaltungsgericht Kassel hat die Klage mit Urteil vom 12. März 2009 abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei zulässig, insbesondere hätten die Kläger das erforderliche Feststellungsinteresse glaubhaft gemacht. Sie sei indes unbegründet. Die von dem Beklagten verfügten Anordnungen seien rechtmäßig. Es sei durch die Untersuchungen von zwei Ämtern nachgewiesen, dass durch die Kläger - unwissentlich - ein gentechnisch veränderter Organismus freigesetzt worden sei. Die von den Klägern gegen die Untersuchungen vorgebrachten Gründe seien nicht durchgreifend. Insbesondere sei es nicht erforderlich gewesen, nach der positiven Feststellung eine erneute Überprüfung anhand der zunächst zurückgestellten Probenteile durchführen zu lassen. Dass die von dem Hersteller des Saatguts in Auftrag gegebenen Gutachten keine Verunreinigung der Kontrollgruppe nachgewiesen hätten, schließe nicht aus, dass in dem untersuchten Material gleichwohl GVO gegeben gewesen seien. Die Untersuchungen seien auch nicht erkennbar fehlerhaft gewesen. Schließlich liege kein Ermessensfehlergebrauch vor, denn das Ermessen sei in Fällen wie dem vorliegenden grundsätzlich intendiert. Zudem seien die geforderten Maßnahmen verhältnismäßig.

Auf Antrag der Kläger hat der erkennende Senat die Berufung unter Bezug auf die besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache mit Beschluss vom 23. Februar 2010 zugelassen (Az. 6 A 1111/09.Z).

Die Kläger machen zur Begründung des Rechtsmittels unter Berufung auf die erstinstanzlich vorgetragenen Gründe ergänzend geltend, das angegriffene Urteil beruhe auf einem Wahrscheinlichkeitsurteil und nicht auf einem festgestellten Sachverhalt. Die die Entscheidung tragende Annahme, das von den Laboren in Nordrhein-Westfalen gefundene Untersuchungsergebnis sei zutreffend, sei aufgrund einer Verletzung der Pflicht zur Amtsermittlung getroffen worden und verstoße gegen das Grundrecht auf ein faires Verfahren. Das Verwaltungsgericht habe den Sachverhalt nicht vollständig sachgerecht festgestellt. Es liege zwar ein positives Untersuchungsergebnis der staatlichen Labore vor, dies sei allerdings aufgrund mehrerer Umstände zweifelhaft. So bewege sich das positive Ergebnis im Bereich der Nachweisgrenze, was eine gewisse Unschärfe bei den Ergebnissen zwangsläufig mit sich bringe. Zudem seien zahlreiche andere Beprobungen und Untersuchungen derselben Charge des Saatguts in anerkannten Instituten negativ geblieben. Es seien deshalb Fehler bei der Untersuchung zu befürchten, so dass für einen eindeutigen Nachweis der Verunreinigung des Saatgutes der DSV die Untersuchung der Rückstellprobe notwendig werde, die im Amt noch verblieben sei. Schließlich müsse ein Verstoß gegen das Gentechnikgesetz durch die Behörde nachgewiesen werden. Dies sei im vorliegenden Fall aber zu verneinen. Wissenschaftliche Studien zu Ringversuchen zur Qualifizierung hätten gezeigt, dass bei der Untersuchung mittels Polymerase-Kettenreaktionen (PCR) mit dem Auftreten von falsch-positiven wie falsch-negativen Ergebnissen gerechnet werden müsse. Bei Berücksichtigung der Empfehlungen der Länder-Arbeitsgruppe hätten aus diesem Grund drei Untersuchungen stattfinden müssen. Das lediglich als Wahrscheinlichkeit einzustufende Untersuchungsergebnis verstoße daher gegen die Anforderungen, die bei einem Grundrechtseingriff an den Nachweis der Gefährlichkeit zu stellen seien. Eine Feststellung eines Verstoßes gegen das Gentechnikgesetz liege jedenfalls nicht vor, es könne höchstens von einem Versuch der Gefahrerforschung gesprochen werden. Aufgrund des verbleibenden Restes von Unsicherheit über das Vorliegen der Voraussetzungen folge aber, dass im vorliegenden Fall die Rückstellprobe zwingend hätte untersucht werden müssen, was auch ohne weiteres noch möglich sei. Jede weitere Untersuchung derselben

Menge könne das zuerst gefundene Resultat bestätigen oder in Zweifel ziehen. Das Verwaltungsgericht habe zudem die als Regeln guter wissenschaftlicher Praxis anzuerkennende Methodenentwicklung nicht ausreichend beachtet. Es stehe nicht fest, ob die prüfenden staatlichen Labore den entsprechenden Vorgaben der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft nachgekommen seien. Das konkrete Vorgehen bei den Untersuchungen in Arnsberg und Detmold sei in diesem Sinne nicht regelkonform erfolgt. Deshalb habe sich zwischenzeitlich die Praxis der Untersuchungen in den staatlichen Laboren in Nordrhein-Westfalen dahingehend geändert, dass nunmehr bei einem positiven Befund weitere Untersuchungen durchgeführt würden. Verfahrensrechtlich sei es bei dieser Komplexität unabdingbar, dass dem Betroffenen das Recht zugestanden werden müsse, eine weitere Untersuchung der Rückstellprobe zu verlangen. Weil das angegriffene Urteil dies und auch die europarechtlich vorliegenden Regelungen nicht ausreichend beachte, sei es unter Verletzung der Normen und damit des Anspruchs auf ein faires Verfahren zustande gekommen.

Die Annahme einer hinreichenden Ausübung des Ermessens durch den Beklagten sei fehlerhaft. Zu beachten sei zunächst die Intention des Gentechnikgesetzes, das Vorsorge und Schutz vor Gefahren des Einsatzes der Gentechnik bezwecke. Eine Gefahr von Mensch und Umwelt sei aber im vorliegenden Fall der Verunreinigung mit einem Konstrukt der Linie Falcon GS 40/90 gerade auszuschließen, denn Raps dieser Linie sei mit Freisetzungsgenehmigungen ausgesät worden. Die Genehmigung zur Freisetzung beinhalte aber gerade die behördliche Prüfung und Bestätigung, dass von einer Freisetzung keine unvertretbaren schädlichen Einwirkungen auf die bezeichneten Rechtsgüter zu erwarten seien. Deshalb sei bei einer Verunreinigung des von den Klägern verwandten Saatgutes nicht mit Gefahren für Mensch und Umwelt, sondern wenn überhaupt nur von Nachteilen zu reden. Dies hätte bei der Interessenabwägung zwingend Berücksichtigung finden müssen.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 12. März 2009 - 5 K 1402/07.KS - aufzuheben und festzustellen, dass die Verfügung des Regierungspräsidiums Gießen vom 19. Februar 2007 rechtswidrig war.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung führt er aus, das angegriffene Urteil sei nicht fehlerhaft, da der angegriffene Bescheid rechtmäßig sei. Das Verwaltungsverfahren sei ordnungsgemäß durchgeführt worden, insbesondere seien die Kläger vor dem Erlass der Verfügung angehört worden. Der Bescheid sei auch materiell rechtmäßig, da er einen Verstoß gegen das Gentechnikgesetz zum Gegenstand habe. Die Kläger hätten nämlich mit GVO verunreinigtes Saatgut ausgesät. Das entsprechende Ergebnis der Probenuntersuchung sei nicht ernstlich zweifelhaft. Die Labore des Landes Nordrhein-Westfalen, die die Untersuchungen vorgenommen hätten, seien akkreditiert gemäß EU-Richtlinie 93/99 EWG und hätten sich an die Empfehlungen der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Gentechnik (LAG) gehalten. Insbesondere hätten die Labore die empfohlenen Methoden beachtet und sogar erheblichen zusätzlichen Aufwand betrieben. Hierzu beruft sich der Beklagte u.a. auf eine schriftliche Stellungnahme des zuständigen Ministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen (ohne Datum, Bl. 432 - 434 der GA). Zudem könne ein weiteres - auch ein negatives - Untersuchungsergebnis nicht sicher darlegen, dass das erste Ergebnis, auf das sich die angegriffene Anordnung stütze, unrichtig sei. Den Klägern stehe auch kein Anspruch auf eine erneute Untersuchung der verbliebenen Probe zu. Die Rückstellprobe habe nicht den Zweck der Verifizierung einer Untersuchung, sondern diene entweder als Reserve oder Ersatz bei verloren gegangenen Proben oder bei der Quantifizierung von Verunreinigungen im Saatgut. Bei Saatgut gelte aber im Übrigen hinsichtlich der Verunreinigung mit GVO die Nulltoleranz. Nur bei Produktgruppen, in denen der Gesetzgeber Toleranzgrenzen festgesetzt habe, erscheine es zweckmäßig, bei Analysenergebnissen um den Grenzwert herum eine zweite Beurteilung zu ermöglichen.

Das Recht der Kläger auf ein faires Verfahren sei von dem Verwaltungsgericht nicht verletzt worden. Der Vortrag der Kläger sei zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidung bewertet worden. Ein Anspruch auf Durchführung einer B-Probe ergebe sich zudem für die Kläger weder aus EU-Recht noch der Rechtsprechung. Ein Gegengutachten sei nur dann möglich (und zu fordern), wenn es zu Befunden führen könne, die der Verteidigung der Betroffenen dienen könnten, was hier nicht der Fall sei. Schließlich sei auch die Ermessensausübung im angefochtenen Bescheid nicht zu beanstanden. Es sei absolut untersagt, GVO ohne Genehmigung freizusetzen oder in den Verkehr zu bringen. Bei einem

nichtgenehmigten Inverkehrbringen oder Freisetzen habe die Behörde dies zu unterbinden. Eine Entscheidung für eine Vernichtungsanordnung sei daher ermessensfehlerfrei, es sei denn, es lägen Anhaltspunkte für besondere Umstände des Einzelfalls vor, die ein Abweichen rechtfertigten.

Der Berichterstatter hat den Leiter der Untersuchungen im Staatlichen Veterinäruntersuchungsamt Arnsberg, Herrn Dr. Jochen Kilwinski, im Erörterungstermin am 25. August 2010 uneidlich als sachverständigen Zeugen vernommen. Hierbei hat der sachverständige Zeuge im Wesentlichen den Vorgang der Untersuchung der Probe des streitbefangenen Saatguts geschildert. Außerdem hat der sachverständige Zeuge dargelegt, dass sein Labor ausreichend qualifiziert und zertifiziert sei und die allgemein anerkannte Untersuchungsmethode zu seiner Ansicht nach sicheren Ergebnissen geführt habe, nämlich im vorliegenden Fall zu einer positiven Feststellung, dass in der Probe Saatgut mit gentechnisch veränderten Konstrukten enthalten gewesen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll des Erörterungstermins (Bl. 435 - 438 der GA) Bezug genommen.

Die Gerichts- und Behördenakten sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die vom erkennenden Gericht zugelassene Berufung ist auch im Übrigen zulässig.

B.

Die Berufung ist auch begründet. Das Verwaltungsgericht hat die auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides des Beklagten vom 19. September 2007 gerichtete Klage zu Unrecht abgewiesen.

I. Die Klage ist zulässig.

Die Kläger begehren, festzustellen, dass der angegriffene Bescheid in seinen Hauptpunkten rechtswidrig war. Es handelt sich um eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, teilweise in analoger Anwendung, da die Untersagungsverfügung in einzelnen Punkten bereits im Zeitpunkt der Anordnung nicht (mehr) befolgt werden konnte bzw. sich zumindest vollständig nach Klageerhebung erledigt hat. Der Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage ist - unabhängig von den Voraussetzungen der Klageänderung nach § 91 Abs. 1 VwGO - zulässig (BVerwG, Urteil vom 22. Januar 1998 - BVerwG 2 C 4.97 -, NVwZ 1999, 405).

Die in dem angegriffenen Bescheid vom 19. September 2007 unter Nr. 1 verfügte Untersagung des Anbaus - die sich nach der gegebenen Begründung wohl allein auf in Hessen gelegene Anbauflächen beziehen soll - oder des Inverkehrbringens des Saatguts hatte sich durch das bereits vor der Anordnung erfolgte und - nicht streitige - vollständige Ausbringen des von den Klägern erworbenen Rapssamens erledigt. Die ebenfalls unter Nr. 1 angeordnete Berichtspflicht an das Regierungspräsidium bestand nur im Fall des Vorhandenseins von Restbeständen. Die Kläger sind zudem den weiteren Auflagen, nämlich der unter Nr. 2 angeordneten Vernichtung des ausgebrachten Samens durch mechanische Bearbeitung

und den unter Nr. 3 getroffenen Bestimmungen zur Fruchtfolge und chemischen Vernichtung von Restbeständen der Rapspflanzen zu einem Zeitpunkt nach Erhebung der Klage - ebenfalls unstreitig - in vollem Umfang nachgekommen.

Den Klägern steht auch ein besonderes Feststellungsinteresse zur Seite, da sie vortragen, sie beabsichtigten in der Folgezeit wiederum Rapssamen des betroffenen Herstellers und der benannten Sorte auszubringen, so dass im Falle einer erneuten Feststellung von Verunreinigungen der hier gegenständlichen Art eine Verfügung der gleichen Art ergehen würde. Dieser Behauptung ist der Beklagte nicht entgegengetreten, sondern hat sinngemäß ausgeführt, bei Vorlage vergleichbarer Umstände in gleicher Weise handeln zu wollen (zur Bejahung der Wiederholungsgefahr in vergleichbaren Fällen vgl. VG Hannover, Urteil vom 1. Oktober 2008 - 11 A 4732/07 -, NuR 2009, 67; VG Braunschweig, Urteil vom 3. Dezember 2008 - 2 A 273/07 - ZUR 2009, 213; VG Schleswig, Urteil vom 16. Februar 2009 - 1 A 171/07 -; VG Saarland, Urteil vom 28. Januar 2009 - 5 K 8/08 -, juris).

II. Die Klage ist auch begründet. Den Klägern steht ein Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 19. September 2007 zu, da dieser im Zeitpunkt der Erledigung der verfügten Maßnahmen rechtswidrig war und die Kläger in ihren Rechten verletzt hat (§ 113 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Satz 1 VwGO).

1. Die angegriffene Verfügung ist formell rechtmäßig. Die Zuständigkeit des Regierungspräsidiums Gießen ergibt sich aus § 1 Abs. 1 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Gentechnikgesetz vom 20. Dezember 1995 (GVBl. I S. 206), betrifft jedoch nur den Anbau der Kläger auf Flächen in Hessen. Insoweit ist der angegriffene Bescheid auslegungsfähig, da die verfügten Ge- und Verbote sich, soweit erkennbar, auf die in der Gemarkung Ermschwerd liegenden Felder beziehen sollen. Ob für ein Verbot des Inverkehrbringens ebenfalls auf die Möglichkeit der Abgabe an Dritte in Hessen abzustellen ist, oder ob aufgrund des Betriebssitzes in Niedersachsen hierfür die niedersächsischen Aufsichtsbehörden zuständig gewesen wären, kann offen bleiben.

Nachdem der Beklagte von den Klägern unwidersprochen vorgetragen hat, er habe die Kläger zumindest mündlich vor dem Erlass der Anordnung gemäß § 28 Abs. 1 HVwVfG angehört, sind auch hinsichtlich des Verfahrens keine Bedenken gegeben. Zudem wurde

die Verfügung zwar nicht ausführlich, doch ausreichend im Sinne des § 39 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HVwVfG) mit Gründen versehen.

2. Indes ist die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnungen nicht gegeben.

Als Rechtsgrundlage für die Anordnungen in den Nrn. 1 bis 3 des angegriffenen Bescheides bezieht sich der Beklagte auf § 26 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Regelung der Gentechnik vom 16. Dezember 1993 (Gentechnikgesetz - GenTG -, BGBl. I S. 2066), hinsichtlich der Untersagung einer Freisetzung und der Untersagung eines Inverkehrbringens darüber hinaus auf § 26 Abs. 4 GenTG bzw. § 26 Abs. 5 GenTG, jeweils in Verbindung mit § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GenTG. Sämtliche vorgenannten Vorschriften gelten in der bei Erlass des Bescheides geltenden Fassung durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Gentechnikgesetzes vom 17. März 2006, BGBl. I S. 534, unverändert fort.

Die Anordnungen in dem Bescheid vom 19. September 2007 finden in den vorgenannten Bestimmungen keine Grundlage.

a) Zunächst kann § 26 Abs. 4 Satz 1 GenTG bezüglich der Untersagung der Freisetzung (Anbauverbot in Nr. 1 der Verfügung) keine Anwendung finden. Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine solche Untersagung waren schon zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Verfügung nicht (mehr) erfüllt. Auch unter der unterstellten Bedingung, die Voraussetzung des § 26 Abs. 4 Satz 1 GenTG, eine Freisetzung von GVO liege vor, ist die Rechtsfolge der Vorschrift auf die Untersagung der Freisetzung und nicht auf die Beseitigung des Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GenTG gerichtet. Die Vorschrift verlangt das Verbot eines zukünftigen Handelns, also die Fortsetzung einer bereits begonnenen oder die Verhinderung zukünftiger Aussaaten. Ein solches Handeln konnte den Klägern im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Verfügung aber nicht (mehr) vorgehalten bzw. damit auch nicht untersagt werden, denn nach deren vom Beklagten nicht bestrittenem Vortrag war im Zeitpunkt der Anhörung wie der Anordnung die Aussaat bereits abgeschlossen und kein Restbestand des inkriminierten Saatgutes bei ihnen mehr vorhanden. Eine Freisetzung durch Aussaat wäre den Klägern daher nicht (mehr) möglich gewesen.

b) Ebenso scheidet die Ermächtigungsgrundlage nach § 26 Abs. 5 GenTG aus, da bei den Klägern ein - nach Nr. 1 der Verfügung untersagtes - Inverkehrbringen nicht im Raum stand. § 3 Nr. 6, 1. HS GenTG definiert das Inverkehrbringen als die Abgabe von Produkten an Dritte, einschließlich der Bereitstellung für Dritte, und das Verbringen in den Geltungsbereich des Gesetzes, soweit die Produkte nicht zu gentechnischen Arbeiten in gentechnischen Anlagen oder für genehmigte Freisetzungen bestimmt sind (die Ausnahmen des 2. HS sind im vorliegenden Fall irrelevant). Nach der genannten gesetzlichen Definition kann im Fall des Erwerbs und der vollständigen Aussaat der inkriminierten Partie Rapssamen durch die Kläger ein Inverkehrbringen aber nicht gegeben sein, da eine Abgabe an Dritte seitens der Kläger weder beabsichtigt wurde noch tatsächlich erfolgt ist. Allein das Ausbringen eines GVO-verunreinigten Saatguts stellt kein Inverkehrbringen dar (vgl. Mecklenburg, Zur Störfallbewältigung im Gentechnikrecht - Aussaat von mit gentechnisch veränderten Organismen verunreinigtem Saatgut, NuR 2006, 229, 230).

c) Auch die Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm in § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG, die hinsichtlich der weiteren Anordnungen (Untersagung des weiteren Anbaus, Anordnung der Vernichtung des bereits ausgesäten Saatgutes und entsprechende Berichtspflicht) zu Grunde gelegt wurde, sind nicht erfüllt.

Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG kann die zuständige Landesbehörde im Einzelfall die Anordnungen treffen, die zur Beseitigung festgestellter oder zur Verhütung künftiger Verstöße gegen dieses Gesetz, gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen oder gegen unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes notwendig sind. Nach Satz 2 können insbesondere unter weiter genannten Voraussetzungen der Betrieb einer gentechnischen Anlage oder gentechnische Arbeiten ganz oder teilweise untersagt werden. Hierbei obliegt es aufgrund des Eingriffscharakters der Norm dem Beklagten, den Nachweis zu führen (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 7. März 2008 - 13 ME 11/08 -, NVwZ 2008, 802).

Die Regelbeispiele in Satz 2 sind im vorliegenden Verfahren nicht gegeben. Auszuschließen ist bereits, dass die Kläger eine gentechnische Anlage betrieben haben. Nach der Definition in § 3 Nr. 4 GenTG ist unter einer gentechnischen Anlage der Betrieb einer Einrichtung zu verstehen, in der gentechnische Arbeiten in einem geschlossenen System durch-

geführt werden. Ein solches System liegt bei einer Aussaat im Freiland nicht vor. Der Anbau von Raps unterfällt des Weiteren nicht den gentechnischen Arbeiten im Sinne von § 3 Nr. 2 GenTG (in Form der Vermehrung gentechnisch veränderter Organismen ohne Genehmigung im Sinne von § 3 Nr. 2 b) GenTG). Da gentechnische Arbeiten ebenfalls in geschlossenen Systemen zu erfolgen haben, was aus § 12 GenTG folgt, ist die Ausbringung von verunreinigtem Saatgut nicht darunter zu subsumieren (vgl. Mecklenburg, a.a.O., S. 230 f.; VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007 - 1 B 33/07 -, juris). Dass die Regelbeispiele des § 26 Abs. 1 Satz 2 GenTG vorlägen, wird vom Beklagten im Übrigen nicht behauptet.

Auch die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage in § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG sind nicht erfüllt. Der von der Vorschrift geforderte Verstoß gegen das Gentechnikgesetz durch Freisetzung von GVO ohne erforderliche Genehmigung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GenTG liegt nicht vor. Mit der Aussaat des von der DSV produzierten Saatguts haben die Kläger keine nach der vorgenannten Bestimmung genehmigungspflichtige Freisetzung von GVO vorgenommen.

Nach den im Berufungsverfahren durchgeführten Ermittlungen hat der Senat die Überzeugung gewonnen, dass in dem Rapssaatgut der bezeichneten Partie GVO enthalten waren (aa). Die Aussaat dieses Samens stellt indes keine Freisetzung dar (bb).

(aa) Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass das von den Klägern erworbene und ausgesäte Rapssaatgut der bezeichneten Partie tatsächlich gentechnisch veränderte Organismen enthielt.

(1) Enthält konventionell erzeugtes Saatgut eine unbestimmte Zahl gentechnisch veränderten Rapssamens oder deren Nachkommen, so ist eine Verunreinigung mit GVO zu bejahen. In § 3 Nr. 3 GenTG wird ein gentechnisch veränderter Organismus definiert als ein „Organismus, mit Ausnahme des Menschen, dessen genetisches Material in einer Weise verändert worden ist, wie sie unter natürlichen Bedingungen durch Kreuzen oder natürliche Rekombination nicht vorkommt; ein gentechnisch veränderter Organismus ist auch ein Organismus, der durch Kreuzung oder natürliche Rekombination zwischen gentechnisch veränderten Organismen oder mit einem oder mehreren gentechnisch veränderten Organis-

men oder durch andere Arten der Vermehrung eines gentechnisch veränderten Organismus entstanden ist, sofern das genetische Material des Organismus Eigenschaften aufweist, die auf gentechnische Arbeiten zurückzuführen sind". Die oben genannte Definition des „genetisch veränderter Organismus“ oder „GVO“ entspricht der in Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates (ABl. L 106, S. 1), sog. Freisetzungsrichtlinie. Verkürzt kann die Definition dahingehend erfolgen, dass damit ein Organismus erfasst wird, dessen genetisches Material so verändert worden ist, wie es auf natürliche Weise durch Kreuzen und/oder natürliche Rekombination nicht möglich ist. Das streitbefangene Rapssaatgut stellt nach § 3 Nr. 1 GenTG auch eine Mehrheit von Organismen dar. Auf die Menge oder den Anteil der GVO in dem konventionellen Saatgut kommt es nicht an.

(2) Einen naturwissenschaftlichen Beweis der Verunreinigung bzw. Kontamination des Rapssamens, den die Kläger von der Herstellerin bezogen und ausgesät haben, mit GVO hat der Beklagte allerdings nicht erbracht. Die Kläger bestreiten die Verunreinigung der von der DSV produzierten Charge des Rapssamens und damit auch eine Verunreinigung des von ihnen ausgesäten Saatguts. Ein Nachweis, dass das von den Klägern ausgebrachte Saatgut der Herstellerin DSV tatsächlich entsprechend verunreinigt war, liegt nicht vor. Aufgrund der erfolgten Aussaat und der später erfolgten Vernichtung der Saat bzw. der aufgegangenen Pflanzen lässt sich auch nicht mehr feststellen, ob das erworbene Saatgut tatsächlich kontaminiert war.

(3) Die Verunreinigung des von den Klägern erworbenen Saatguts kann indes nach den Grundsätzen der Statistik bzw. der Wahrscheinlichkeitsrechnung dann als wahrscheinlich bis sicher angenommen werden, wenn eine für die Gesamtpartie oder ihre Teilmengen repräsentative Probe gezogen wurde und eine Verunreinigung in dieser Probe festgestellt worden ist. Im vorliegenden Fall wurde eine solche repräsentative Probe der Gesamtmenge untersucht. Die Herstellerin hat die Probe von der bezeichneten Partie des Rapssaatguts selbst nach allgemeinen Regeln gezogen und an das Staatliche Untersuchungslabor gesandt. Fehler bei der Auswahl oder der Probenentnahme sind damit auszuschließen. Daraus folgt, dass ein Rückschluss von den Ergebnissen der Probenuntersuchung auf die

Gesamtmenge sowie die in den Handel gelangten Teilmengen nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeit grundsätzlich angenommen werden kann.

Das erkennende Gericht geht davon aus, dass die von der DSV an das Untersuchungsamt in Arnsberg gesandte Probe mit gentechnisch veränderten Organismen versetzt war, d.h. mit einzelnen Saatkörnern, deren genetisches Material im Sinne von § 3 Nr. 3 GenTG verändert worden ist oder die Nachkommen derartigen Materials sind, denn nach der durchgeführten Beweisaufnahme sind die Untersuchungen in den staatlichen Laboren in Arnsberg und in Detmold ordnungsgemäß erfolgt und die jeweiligen Ergebnisse hinreichend sicher.

Die Anerkennung der staatlichen Labore in Arnsberg und Detmold steht nicht mehr in Streit. Es sind zudem keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Untersuchungen in den staatlichen Laboren methodisch oder in der konkreten Umsetzung fehlerhaft erfolgt sein könnten. Aufgrund der Aussage des Leiters der Untersuchung als sachverständiger Zeuge steht vielmehr fest, dass das Labor in Arnsberg personell und sachlich in der Lage ist, die notwendigen Untersuchungen durchzuführen. Das Labor wurde nach den internationalen Standards entsprechend zertifiziert und nimmt regelmäßig an Validierungsuntersuchungen teil. Des Weiteren sind keine Fehler in der konkreten Untersuchung der von der DSV eingereichten Probe des Saatguts erkennbar geworden. Von dem sachverständigen Zeugen wurde überzeugend und nachvollziehbar dargelegt, dass die Probe für die Untersuchung quantitativ bestimmt und vorbereitet wurde. Anschließend erfolgten die Separierung des Erbguts und die eigentliche Untersuchung auf gentechnisch veränderte Konstrukte. Diese Untersuchung zeigte bereits positive Ergebnisse, jedoch noch ohne Bestimmung, um welches Konstrukt es sich handeln könne. Das ergänzend beauftragte Untersuchungslabor CVUA in Detmold konnte sodann in einer weiteren Untersuchung nicht nur bestätigen, dass ein GVO vorhanden war, sondern stellte fest, es müsse sich bei dem positiven Befund um das Konstrukt Falcon C handeln (vgl. das Gutachten vom 31. August 2007 - Bl. 92 der GA).

Die Kläger haben in der Beweisaufnahme oder später keine Tatsachen benannt, die die Korrektheit der von dem sachverständigen Zeugen geschilderten Untersuchungen ernstlich zweifelhaft erscheinen lassen. Die von ihnen vorgebrachte Kritik an einzelnen Abschnitten

der Prüfungen ist nicht geeignet, beim erkennenden Gericht Zweifel an der Richtigkeit der vorgelegten Ergebnisse zu begründen.

Der sachverständige Zeuge hat mit seinen Angaben insbesondere die Annahme der Kläger widerlegt, es komme eine Verunreinigung der Probe mit Stäuben und Fremdstoffen im Labor in Betracht. Die hierzu dargestellte Vorgehensweise der Behandlung (Reinigung und Separierung des eingesandten Probematerials) ist nachvollziehbar und Fehler sind insoweit nicht ersichtlich. Der sachverständige Zeuge schloss es darüber hinaus auch aus, dass die aufgetretenen positiven Ergebnisse der Untersuchung auf das zu Kontrollzwecken mitgeprüfte Referenzmaterial (also bekannt positives Material enthaltene Nukleinsäuren) entstanden sein könnten.

Des Weiteren haben die Kläger auch nicht nachweisen können, dass die Untersuchungsmethoden der staatlichen Labore gegen die Vorgaben der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft zur Untersuchung von Saatgut verstoßen haben. Der Verzicht auf die Untersuchung des zunächst nicht vermahlenden und untersuchten weiteren Materials der eingesandten Probe im Sinne einer „B-Probe“ durch das Labor in Arnsberg stellt für sich genommen, also in Bezug auf die Ordnungsgemäßheit der (Erst-) Untersuchung, keinen sachlichen Fehler dar. Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob die DSV als zur Einreichung von Proben verpflichtete Herstellerin des Saatguts gegenüber den Aufsichtsbehörden einen Anspruch darauf haben könnte, aus dem zunächst zurückgestellten Material eine weitere Untersuchung - sogenannte B-Probe - durchzuführen. Derartige Ansprüche sind derzeit nicht zwingend durch Angabe von entsprechenden Normen oder Verwaltungsvorschriften bzw. Vorgaben nachgewiesen oder erkennbar. Die Kläger als Betroffene der streitbefangenen Verfügung können jedenfalls einen solchen Anspruch auf Untersuchung einer weiteren Teilmenge der Rückstellprobe nicht geltend machen, da sie an dem Verfahren auf Untersuchung eines zertifizierten Saatguts nicht beteiligt waren oder sind. Ebenso können sie als Kunden des Saatgutherstellers im Rahmen der Prüfung des Vorliegens von Verunreinigungen mit gentechnisch veränderten Organismen durch die nach dem Gentechnikgesetz zuständige Aufsichtsbehörde eine derartige Beprobung des zurückgehaltenen Materials nicht verlangen, da sie nicht in direkter Rechtsbeziehung zu dem Untersuchungsamt oder den ansonsten für die Untersuchung des Saatguts zuständigen Behörden stehen.

Zweifelhaft ist des Weiteren, ob die Kläger im Rahmen des anhängigen Verwaltungsverfahrens eine derartige Zweituntersuchung von der hessischen Aufsichtsbehörde aufgrund der in §§ 24 und 26 HVwVfG vorgesehenen Ermittlungspflichten der Behörden hätten verlangen können. Das Regierungspräsidium Gießen hatte nämlich keine eigenen Untersuchungen durchgeführt oder durchführen lassen, sondern lediglich die Informationen vorliegen, die die für die Untersuchung des Saatguts (im vorliegenden Fall) zuständige Behörde des Landes Nordrhein-Westfalen mitgeteilt hatte. Die hessischen Behörden waren mithin weder im Besitz einer Probe des von den Klägern erworbenen Saatguts noch einer Probe der konkreten Charge des Herstellers. Die hessische Aufsichtsbehörde hätte zwar ggf. gemäß § 24 Abs. 1 und 2 HVwVfG zur Konkretisierung bzw. Untermauerung der Richtigkeit des berichteten Untersuchungsergebnisses eine weitere Untersuchung durch das Land Nordrhein-Westfalen anregen können. Eine Verpflichtung hierzu bestand jedoch nicht. Die Behörde konnte vielmehr davon absehen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, allerdings mit dem Risiko, die Folgen einer später sichtbar werdenden Fehlerhaftigkeit des Untersuchungsergebnisses (mit-)tragen zu müssen.

Die ergänzende Behauptung der Kläger, ihnen stehe aus Art. 12 Abs. 1 GG ein eigener Anspruch auf eine solche Untersuchung zu, führt nicht zum Erfolg, da ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Kläger durch die Verweigerung der nordrhein-westfälischen Behörden, eine zweite Probe zu untersuchen, nicht ersichtlich ist. Gleiches gilt für die Frage, ob das Recht auf Eigentum der Kläger gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (Eigentum an dem gekauften Saatgut; das Eigentum an dem Saatgut wird jedoch durch die Aussaat gemäß § 946 BGB verloren gegangen sein) durch die Nichtuntersuchung der B-Probe beeinträchtigt sein könnte. Der mögliche Eingriff für die Kläger liegt allein in der konkreten Anordnung durch den Bescheid des Beklagten vom 19. September 2007.

Im Übrigen kann anhand der von den Beteiligten vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen und Ausführungen von Dritten angenommen werden, dass ein positives Untersuchungsergebnis durch die Untersuchung weiteren Materials derselben vom Hersteller vorgelegten Probencharge letztlich nicht mit absoluter Sicherheit bestätigt oder widerlegt werden kann. Wenn das zweite Untersuchungsergebnis ebenfalls ein positives Ergebnis aufweisen würde, dürfte die Richtigkeit der Erstuntersuchung zwar wahrscheinlicher sein,

könnte aber ebenfalls auf im Ablauf der Prüfung liegenden Fehlern beruhen oder sogar richtig sein, da nunmehr (erstmals, d.h. im Gegensatz zur ersten Untersuchung) tatsächlich eine Verunreinigung vorlag. Entsprechende Abweichungen sind aufgrund der Ermittlung eines sehr geringen Besatzes nicht vollständig auszuschließen.

Auch das weitere Argument der Kläger, die von der Herstellerin des Saatguts vor und nach der staatlichen Untersuchung in Auftrag gegebenen Untersuchungen in anderen Laboren seien negativ gewesen, kann aufgrund der dargestellten Unmöglichkeit des Negativbeweises durch andere Gutachten nicht zur sicheren Feststellung führen, dass die eingereichte Probe des Saatguts frei von jeglichem GVO gewesen sei. Im Extremfall kann es zwar sein, dass nur wenige GVO-Saatkörner in der gesamten Partie enthalten waren und (nur) diese in die in Arnsberg vermahlene Teilmenge von 10.000 Körnern gelangten, so dass alle anderen Untersuchungen negativ bleiben mussten. Dies erscheint indes eher unwahrscheinlich zu sein.

Der Nachweis der GVO-Verunreinigung in der in Arnsberg untersuchten Probe ist zuletzt auch nicht wegen begründeter Hinweise auf das Vorliegen sonstiger, allgemeiner Fehlerquellen ernstlich zweifelhaft. Zwar sind bei der infrage stehenden Verunreinigung des Saatguts nahe der Nachweisgrenze sogenannte falsch-positive Untersuchungsergebnisse nicht vollständig auszuschließen. Unter Berücksichtigung der glaubhaften Angaben des sachverständigen Zeugen sind solche Fehler im Rahmen der Untersuchung indes nicht aufgetreten. Ein falsch-positives Ergebnis bei einer tatsächlich nicht verunreinigten Saatgutprobe ist auch deshalb auszuschließen, weil das Untersuchungsergebnis des Labors in Arnsberg durch das Untersuchungsergebnis des CVUA in Detmold bestätigt worden ist. Die Kläger wenden zwar zutreffend ein, es habe schon bei der Vorbereitung der Untersuchung durch Selektion der Teilmenge, dem Vorgang der Reinigung oder dem Homogenisieren der Teilmenge durch Vermahlen eine Verunreinigung - etwa durch Stäube von belastetem Material - entstehen können. Eine Verunreinigung bei der Aufbereitung der Probe im Untersuchungslabor Arnsberg ist indes deshalb nicht feststellbar, weil nach den schriftlichen Stellungnahmen bzw. den Angaben des sachverständigen Zeugen, an dessen Glaubwürdigkeit das Gericht keinen Anlass hat zu zweifeln, im Jahre 2007 keine gentechnisch veränderten Rapssamen verwendet worden sind, die zu einer Kontamination der

Saatgutprobe hätten führen können. Auch sind vor Bearbeitung der streitigen Saatgutpartie andere Saatgutproben bearbeitet worden, in denen keine Anteile gentechnisch veränderter Rapspflanzen nachgewiesen wurden. Ferner sind bei den Untersuchungen in beiden Laboren dieselben konstruktsspezifischen DNA-Sequenzen ermittelt worden, was für eine sichere Bestimmung der tatsächlich vorhandenen Spuren von GVO spricht (vgl. auch OVG Niedersachsen, Beschluss vom 7. März 2008, a.a.O., S. 803). Es dürfte zur Frage des Vorhandenseins der Verunreinigung der Saatgutprobe mit GVO zwar irrelevant sein, um welche Konstrukte es sich hierbei handelte, die von dem Untersuchungsamt in Detmold hierzu nach einer weiteren Analyse des von Arnsberg übermittelten Materials gefundenen Ergebnisse deuten indes darauf hin, dass es bei der vorangegangenen Untersuchung zu keinen Fehlern gekommen ist, da gerade nicht nur der Nachweis des Vorliegens von GVO selbst, sondern auch die Zuordnung zu bekannten Konstrukten gelang.

Ob und ggf. unter welchen näheren Voraussetzungen sich bei bestimmten Fallgestaltungen mit Rücksicht auf das Erfordernis der Reproduzierbarkeit der Ergebnisse die Notwendigkeit ergeben kann, eine oder mehrere weitere Kontrolluntersuchungen zur Absicherung eines Untersuchungsergebnisses durchzuführen (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 7. März 2008, a.a.O. S. 803), kann für den vorliegenden Fall dahinstehen.

Eine weitere Beprobung der nach Aussage des sachverständigen Zeugen Dr. Kilwinski noch vorhandenen Restmenge wird nach Lage der Dinge nicht mehr zu belastbaren Ergebnissen führen. Aufgrund der längeren Lagerung des restlichen Saatguts ist nicht gewährleistet, dass eine Untersuchung überhaupt noch zu einem sicheren Nachweis eventuell vorhandener GVO führen kann. Insoweit haben Dr. Kilwinski wie der im Erörterungstermin anwesende Sachverständige der Kläger Dr. Kleine übereinstimmend bekundet, es sei ihnen aus ihrer Praxis bzw. den wissenschaftlichen Werken heraus nicht bekannt, ob entsprechende Untersuchungen Aussicht auf Erfolg hätten.

Daher kann es zwar als nicht sicher festgestellt angesehen werden, dass die von der DSV eingereichte Probe der Rapssaat tatsächlich mit GVO verunreinigt war. Im Gesamtergebnis bestehen an dem Vorliegen der Verunreinigung allerdings keine vernünftigen Zweifel, weil die Probe positiv auf GVO untersucht wurde und das Ergebnis repräsentativ für die Gesamtmenge ist.

(4) Ausgehend von dem mithin als ausreichend erbracht anzusehenden Nachweis, dass die von der DSV eingereichte Probe als belastet anzusehen war bzw. ist, kann die Feststellung als sicher angenommen werden, dass das von den Klägern erworbene Saatgut ebenfalls in ähnlichem Umfang wie die untersuchte Probe mit GVO belastet war. Die Untersuchung einer Produktgruppe mit großer Anzahl einzelner Teile erfolgt standardisiert über die Bildung und Prüfung einzelner Teilgruppen, und zwar den der Gesamtmenge zu entnehmenden Proben. Aus dem Ergebnis der Untersuchung der Probe wird sodann im Regelfall auf die Qualität bzw. Beschaffenheit der Gesamtmenge geschlossen. Erweist sich dabei die Beschaffenheit oder die Eigenschaft der Probe als problematisch - hier mit Samen gentechnisch veränderter Pflanzen durchsetzt -, wird im Regelfall die Übertragung der Ergebnisse auf die Gesamtmenge zulässig sein (vgl. VG Braunschweig, Urteil vom 3. Dezember 2008, a.a.O.).

bb) Obwohl der Beklagte damit den Nachweis erbracht hat, dass die von den Klägern ausgebrachten Rapssaaten GVO enthielten, liegt die Voraussetzung des § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG, dass ein Verstoß gegen das Gentechnikgesetz gegeben sein muss, nicht vor. In der Verwendung des von der DSV gelieferten Saatguts durch die Kläger, d.h. dessen bestimmungsgemäßer Ausbringung auf die Felder, ist trotz der nachträglichen Feststellung, dass eine Verunreinigung des Saatguts mit GVO vorlag, keine Freisetzung im Sinne des Gentechnikgesetzes gegeben.

Nach § 3 Nr. 5 GenTG ist Freisetzung das gezielte Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt, soweit noch keine Genehmigung für das Inverkehrbringen zum Zweck des späteren Ausbringens in die Umwelt erteilt wurde. Die die Genehmigungspflicht nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GenTG auslösenden Voraussetzungen des § 3 Nr. 5 GenTG sind nicht erfüllt. Die von den Klägern ohne Kenntnis der vorhandenen Verunreinigung mit GVO vorgenommene Aussaat des erworbenen Saatguts stellt kein „gezieltes“ Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt dar.

Der von dem Beklagten vorgenommenen gegenteiligen Auslegung der Norm dahingehend, auch die ungewollte Aussaat von GVO, deren Existenz erst später festgestellt wird, stelle eine Freisetzung dar, folgt der Senat nicht. Eine Freisetzung setzt nach seiner Auffassung grundsätzlich voraus, dass der Verwender Kenntnis davon hat, dass das von ihm verwen-

men hat, bei der der objektive Bezug klar bestimmt war („Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder aus solchen bestehen“), vgl. hierzu Schröder, a.a.O.

Schließlich führt die Auffassung, bei dem Begriff „gezielt“ sei nur auf die Absicht zur Aussaat abzustellen, zu einem mit dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG schwerlich vereinbaren Wertungswiderspruch. Während in Kenntnis des Umgangs mit GVO erfolgende und womöglich auf Fahrlässigkeit beruhende „Unfälle“ mit Ausbringung von GVO in die Umwelt von den Maßnahmen des Gentechnikgesetzes unberührt bleiben, wären Anwender wie die Kläger, die von einer GVO-Belastung keine Kenntnis haben und auch nicht haben müssen, diesen Maßnahmen nach § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG ausgesetzt.

Demnach ist die gesetzliche Definition des gezielten Ausbringens allein auf die Nutzung der GVO zu beziehen und nicht auf den Aussaatvorgang als solchen. Da ein Vorsatz oder auch nur eine Fahrlässigkeit in Bezug auf das Ausbringen von GVO bei den Klägern nicht erkannt werden kann, denn sie hatten keine Kenntnis von der Verunreinigung und konnten sie nicht haben, haben sie keine gezielte Freisetzung vorgenommen.

c) Die Verfügung des Beklagten ist darüber hinaus aber auch deshalb rechtswidrig, weil es an einer ordnungsgemäßen Ausübung des Ermessens mangelt.

Nach § 26 Abs. 1 GenTG steht der zuständigen Behörde ein Ermessen zu, notwendige Maßnahmen zu treffen, den bereits eingetretenen Verstoß gegen das Gentechnikgesetz, gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen oder gegen unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich des Gentechnikgesetzes zu beseitigen oder drohende Verstöße zu verhindern. Der Beklagte beruft sich darauf, es liege ein sogenanntes intendiertes Ermessen vor, so dass seitens der Aufsichtsbehörde lediglich die verfügbaren Maßnahmen hätten in Betracht gezogen werden können. Dem kann der Senat nicht folgen.

Der Beklagte meint, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass jede Nutzung oder Ausbringung von Pflanzen mit gentechnisch verändertem Erbmateriale unzulässig und zu verhindern sei. Vorgegeben sei bei Saatgut eine Null-Prozent-Toleranz, die dazu führe, dass bei einer festgestellten Verunreinigung das öffentliche Interesse im Regelfall überwiege. Diese Rechtsansicht lässt sich auf § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG nicht stützen. Die

vereinbar, lediglich „absichtliche Tätigkeiten“ dem Gesetz zu unterwerfen, denn Gefahren oder Risiken, die durch GVO hervorgerufen würden, seien unabhängig von der Intention des Anwenders zu betrachten. Dieser tätigkeitsbezogene Anknüpfungspunkt, der maßgeblich auf die europarechtlichen Vorgaben zum Gentechnikrecht zurückzuführen sei, knüpfe nicht an die Gefährlichkeit des Objekts an, sondern schon an die Tätigkeit als solche.

Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil auch nach dieser gegenteiligen Rechtsauffassung die Fälle einer versehentlichen Abgabe von GVO-verunreinigtem Material in die Umwelt in Folge eines „Unfalls“ nicht als Freisetzung im Sinne von § 3 Nr. 5 GenTG aufgefasst und wegen der sich gegenseitig ausschließenden Merkmale für die Anwendung des Gentechnikgesetzes in § 2 GenTG (vgl. hierzu VG Schleswig, a.a.O., Rdn. 63 ff.) auch nicht durch die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes erfasst werden, so dass das Gentechnikgesetz das von dieser Auffassung in den Vordergrund gestellte lückenlose spezifische Zulassungs- und Gefahrenabwehrregime gerade nicht enthält. Für ein „Unfallgeschehen“ mit versehentlicher Ausbringung von GVO im Freiland oder aus einem geschlossenen System heraus muss auch hier auf die Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit nach dem Polizei- und Ordnungsrecht zurückgegriffen werden. Eine solche, sämtliche potentiellen Gefahrenlagen durch die Ausbringung von GVO erschöpfend normierende gentechnikrechtliche Spezialregelung hätte der Gesetzgeber nur mit dem Verzicht auf das Attribut „gezielte“ in der Begriffsbestimmung der Freisetzung in § 3 Nr. 5 GenTG erreichen können.

Auch der Hinweis darauf, dass sich der Gesetzgeber ungeachtet von Bestrebungen, von dem im Gentechnikgesetz verwendeten Produktbegriff die Fälle zufälliger oder technisch unvermeidbarer Beimengungen von GVO auszunehmen, im Zuge der Novellierung durch das Änderungsgesetz vom 1. April 2008 (BGBl. I S. 499) dazu entschlossen hat, an der objektbezogenen Fassung des Produktbegriffs festzuhalten (vgl. hierzu Schröder, NuR 2010, 770, 772), hilft nicht weiter. Wie bereits erwähnt, kommt das fehlende finale Element hier dadurch deutlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber den in der Neufassung der Definition des „Inverkehrbringens“ in § 3 Nr. 6 GenTG durch Art. 1 Nr. 4c des Gesetzes zur Neuordnung des Gentechnikrechts vom 21. Dezember 2004, BGBl. I S. 186, nicht weiter präzisierten Begriff „Produkt“ inhaltlich unverändert aus der früheren Fassung übernom-

linie geregelten Anwendungen in geschlossenen Systemen ist kennzeichnend, dass es bei ordnungsgemäßer Handhabung zu keiner „beabsichtigten“ Freisetzung von GVO in die Umwelt kommt. Folglich wird eine nicht gewollte Freisetzung von der Systemrichtlinie als „Unfall“ behandelt (VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007, a.a.O., Rdnr. 64 am Ende). Selbst wenn man der Unfalldefinition der Systemrichtlinie entsprechende Bedeutung für die Freisetzung von GVO außerhalb geschlossener Systeme beimessen wollte, könnte man den „Unfall“ im Sinne der vorgenannten Richtlinie nicht auf einen Geschehensablauf reduzieren, „der von dem geplanten abweicht“ (so Mecklenburg a.a.O., S. 230; VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007, a.a.O., Rdnr. 65). Vielmehr wäre als „Unfall“ in diesem Sinne jedwedes Vorkommnis zu betrachten, bei dem es zu einer bedeutenden und unbeabsichtigten Freisetzung genetisch veränderter Mikroorganismen außerhalb der Anwendung in geschlossenen Systemen kommt, die zu einer unmittelbaren oder späteren Gefahr für die menschliche Gesundheit oder für die Umwelt führen kann. Damit wäre dann aber auch die ohne Kenntnis der Existenz von GVO im Saatgut erfolgende Ausbringung in die Umwelt als „Unfall“ zu betrachten.

Auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften des Gentechnikgesetzes zur „Freisetzung“ rechtfertigen keine von der dargestellten Sichtweise abweichende Auslegung.

Das VG Schleswig stellt in seinem Beschluss vom 7. November 2007 (a.a.O., Rdn. 66) zur Untermauerung seiner gegenteiligen Auffassung, dass sich das finale Element in § 3 Nr. 5 GenTG nur auf die Aussaat, nicht aber auf das Vorliegen einer GVO-Verunreinigung beziehe, wesentlich darauf ab, dass sich, falls sich die Absicht der Ausbringung auch auf das Vorhandensein der GVO bezöge, das Gentechnikgesetz für die Fälle einer in Unkenntnis der Verunreinigung vorgenommenen Ausbringung GVO-haltigen Saatgutes eine Regelungslücke enthielte. Dies entspreche indessen nicht - so das VG Schleswig - dem abschließenden Charakter des Gentechnikgesetzes vor dem Hintergrund seines umfassenden Schutz- und Vorsorgezwecks, wie er in § 1 Abs. 1 GenTG zum Ausdruck komme. Es handele sich um ein abschließendes Spezialgesetz, das einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht nicht zulasse. Das Gentechnikgesetz greife wegen seines Vorsorgecharakters bereits vor Entstehen einer Gefahr ein und basiere auf einer präventiven Risikoabschätzung. Es wäre mit dem Konzept des auch nach der dritten Novellierung des Gentechnikgesetzes im Gentechnikrecht weiterhin verankerten „Basisrisikos“ nicht

Kenntnis der Existenz von GVO in dem zur Ausbringung bestimmten Material beabsichtigte Handlung angeknüpft.

Eine andere, der Sichtweise des Beklagten entsprechende Auslegung ist auch nicht mit Blick auf das hier maßgebliche Europarecht veranlasst. Dieses verwendet den Begriff „Freisetzung“ nicht isoliert, sondern ausschließlich mit dem Zusatz „absichtliche“. Mit "absichtliche Freisetzung" ist nach Art. 2 Nr. 3 der (Freisetzungs-) Richtlinie 2001/18/EG jede Art von absichtlichem Ausbringen eines GVO oder einer Kombination von GVO in die Umwelt gemeint, bei dem keine spezifischen Einschließungsmaßnahmen angewandt werden, um ihren Kontakt mit der Bevölkerung und der Umwelt zu begrenzen und ein hohes Sicherheitsniveau für die Bevölkerung und die Umwelt zu erreichen. Unabsichtliche oder versehentliche Handlungen, durch die GVO in die Umwelt abgegeben werden, sind durch die vorgenannte, das Ausbringen eindeutig an die Absicht des Verwenders knüpfende Definition der Richtlinie 2001/18/EG ebenso wenig erfasst wie das hier in Frage stehende Ausbringen von GVO ohne Kenntnis des Anwenders. Die Vermeidung und Sanktionierung solcher Verhaltensweisen, durch die ohne absichtliche Ausbringung von GVO in die Umwelt Gefährdungen für die Sicherheit der Bevölkerung oder die Umwelt herbeigeführt werden können, wird vielmehr den Mitgliedstaaten überlassen (vgl. Erwägungsgrund 61).

Eine andere Sichtweise wird auch nicht durch die Bestimmungen der Richtlinie 90/219/EWG des Rates vom 23. April 1990 über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen (ABl. L 117, S. 1 - sog. Systemrichtlinie -) nahegelegt. Diese Richtlinie regelt ausschließlich die Anwendung von GVO in geschlossenen Systemen. Die in Art. 2 lit. f der Richtlinie enthaltene Definition des „Unfalls“ (jedes Vorkommnis, das eine bedeutende und unbeabsichtigte Freisetzung genetisch veränderter Mikroorganismen während ihrer Anwendung in geschlossenen Systemen mit sich bringt, die zu einer unmittelbaren oder späteren Gefahr für die menschliche Gesundheit oder für die Umwelt führen kann) kann deshalb schon auf Grund des spezifischen Anwendungsbereichs der Richtlinie nicht auf „Unfälle“ außerhalb der Anwendung von GVO in geschlossenen Systemen entsprechend der Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. c der Richtlinie 90/219/EWG übertragen und als Merkmal zur Abgrenzung von der „absichtlichen Freisetzung“ im Sinne der Richtlinie 2001/18/EG verwendet werden. Für die von der Systemricht-

dete Saatgut GVO, sei es als Hauptsaatgut oder als - ggf. auch unerwünschter - Bestandteil, enthält und dass er das Saatgut folglich absichtlich zu dem Zweck der Ausbringung von GVO aussät. Bei einer über die eigentliche Bedeutung des Wortes „gezielt“ hinausgreifenden Auslegung kann die Regelung möglicherweise - dies bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Erörterung - auch auf Fälle Anwendung finden, in denen der Verwender von der Existenz der GVO Kenntnis hätte haben können und müssen und in denen er die Ausbringung von GVO zulässt oder in Kauf nimmt. Eine gänzlich von dem Willen des Verwenders oder seiner Kenntnis von der Existenz von GVO im Saatgut abstrahierende Auslegung des Begriffs „Freisetzung“ ist dagegen auch mit dem weitestgehenden Verständnis dieses Begriffs, wie es sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, der rechtssystematischen Stellung der Vorschrift und den entsprechenden Bestimmungen des Europarechts ergibt, nicht vereinbar.

Wesentlich für den Begriff „gezielt“ ist von der Wortbedeutung aus betrachtet das hierin enthaltene finale Moment. Dieses kennzeichnet die Eigenschaft eines Handelns, bei dem der Handelnde sein Tun auf einen bestimmten Erfolg ausrichtet. Ein unbewusstes oder versehentliches Verhalten wird hierdurch nicht erfasst (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 11/5622, S. 24). Eine Freisetzung liegt folglich unzweifelhaft dann nicht vor, wenn es schon an dem Bewusstsein oder dem Willen fehlt, eine Handlung vorzunehmen, durch die GVO in die Umwelt ausgebracht werden (z.B. Austreten von Saatgut aus einem schadhafte Behälter). Hierüber bestehen, soweit ersichtlich, keine unterschiedlichen Auffassungen. Für den hier in Frage stehenden Vorgang, bei dem mit einer absichtlich vorgenommenen Aussaat ohne Willen und Kenntnis des Anwenders GVO in die Umwelt ausgebracht werden, wird indessen das Vorliegen einer Freisetzung im Sinne von § 3 Nr. 5 GenTG mit dem Argument bejaht, das finale Element beziehe sich nur auf die Aussaat als solche, nicht aber auf das Ausbringen von GVO in die Umwelt (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 7. März 2008, a.a.O.; VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007, a.a.O., Rdnr. 65; OVG Schleswig, Beschluss vom 18. Februar 2008 - 3 MB 51/07 -, juris; Schröder, NuR 2010, 770, 774, jeweils unter Bezug auf Mecklenburg, NuR 2006, 229, 231). Dieser Rechtsauffassung kann der Senat nicht folgen. Der Begriff „gezielt“ dient nicht nur dazu, das auf unbewusstem Verhalten oder auf einem Versehen beruhende Ausbringen von GVO in die Umwelt aus dem Geltungsbereich der Vorschrift auszunehmen. Vielmehr soll

hierdurch auch zum Ausdruck gebracht werden, dass das hier in Streit stehende willentliche Ausbringen von Saatgut ohne Absicht der Verbringung von GVO in die Umwelt und Kenntnis der Existenz von GVO in dem ausgebrachten Material nicht als Freisetzung im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist.

Der Begriff „gezielt“ ist in § 3 Nr. 5 GenTG erkennbar mit der nachfolgenden Wendung „von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt“ verknüpft. Dieser sich bei Betrachtung des Wortlauts der Vorschrift aufdrängende Eindruck wird - rechtssystematisch - durch die Definition des Begriffs „Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen“ in § 3 Nr. 6a GenTG verstärkt. Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen bedeutet danach Anwendung, Vermehrung, Anbau, Lagerung, Beförderung und Beseitigung sowie Verbrauch und sonstige Verwendung und Handhabung von zum Inverkehrbringen zugelassenen Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder daraus bestehen. Hier ist durch die Gesetzesfassung klargestellt, dass der Umgang mit GVO nicht voraussetzt, dass der Betreffende Kenntnis davon hat, dass das Produkt GVO enthält. Hätte der Gesetzgeber auch bei der Freisetzung eine von dem Willen und der Kenntnis des Anwenders losgelöste Regelung schaffen wollen, hätte es nahegelegen, auch hier eine dem § 3 Nr. 6a GenTG entsprechende Formulierung zu verwenden (etwa: „das gezielte Ausbringen von Material, das gentechnisch veränderte Organismen enthält oder hieraus besteht“).

Darüber hinaus ist der erste Teil der Definition der Freisetzung in § 3 Nr. 5 GenTG ("das gezielte Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt") mit der Genehmigungspflicht in § 14 Abs. 1 Satz S. 1 Nr. 2 bis 4 GenTG für das "Inverkehrbringen zum Zweck des späteren Ausbringens in die Umwelt" verknüpft. Auch hieraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Freisetzung lediglich Verhaltensweisen erfassen wollte, die auf das gewollte Ausbringen von GVO in die Umwelt ausgerichtet sind. Der Bezug auf die Genehmigungspflicht ist bei Handlungsweisen der vorliegenden Art, bei denen der Anwender nicht einmal Kenntnis von der Existenz der GVO in dem ausgebrachten Saatgut besitzt, sinnlos. Dies erschließt sich auch aus § 26 Abs. 4 GenTG, wonach die zuständige Behörde eine Freisetzung u.a. unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 (fehlende Anzeige, Anmeldung, Genehmigung oder Zustimmung) zu untersagen hat. Mit dem Bezug auf eine fehlende Anzeige, Anmeldung, Genehmigung oder Zustimmung wird an eine in

(weitgehende) Unbeachtlichkeit der Interessen des Betroffenen bei der Entscheidung über Maßnahmen nach § 26 Abs. 1 Satz 1 GenTG lässt sich, anders als in Teilen der Rechtsprechung angenommen wird, nämlich nicht aus der Erwägung ableiten, die Vorschrift gebe die zu treffende Ermessensentscheidung in Richtung auf die sofortige und vollständige Vernichtung des erfolgten Anbaus ohne Rücksicht auf entgegenstehende Rechte des Betroffenen vor mit der Folge, dass das Ermessen auf Null reduziert (vgl. VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007, a.a.O., Rdn. 115) oder aber intendiert sei, sodass eine auf § 26 Abs. 1 GenTG gestützte Vernichtungsanordnung nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände als ermessensfehlerhaft zu betrachten wäre (so etwa VG Hannover, Urteil vom 1. Oktober 2008 - 11 A 4732/07 -, NuR 2009, 67). Für beide Annahmen fehlt es an zureichenden Anhaltspunkten.

Dem Gesetzestext selbst ist eine derartige Einschränkung des Ermessens nicht zu entnehmen. Auch der Kontext und Sinn und Zweck der Norm sprechen gegen eine Deutung der Vorschrift im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null oder eines intendierten Ermessens. So wird die Eröffnung des Ermessens in § 26 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3 GenTG wiederholt, wohingegen das Gesetz in den Abs. 4 und 5 ausdrücklich die Formulierung „hat“ verwendet. Dies spricht für ein differenziertes, abgestuftes Eingriffssystem des Gesetzes (vgl. Schröder, a.a.O., S. 776). Des Weiteren ist die offene Formulierung „im Einzelfall“ ein deutlicher Hinweis darauf, dass eine strikte Bindung der Verwaltung nicht gewollt war, sondern ihr (zumindest) ein Auswahlermessen zustehen soll.

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm folgt ebenfalls keine derartige Einengung des behördlichen Ermessens. Hierbei kann im Gegenteil insbesondere durch die Einfügung der entsprechend differenzierenden Vorschrift des § 26 Abs. 4 GenTG durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Gentechnikgesetzes vom 17. März 2006 (BGBl. I S. 534) nachvollzogen werden, dass dem Gesetzgeber die Regelungsmaterie bewusst war und er sich für ein spezifisches Konzept der Risikokontrolle bei der Freisetzung entschieden hat (vgl. Schröder, a.a.O., S. 776). Diese Abstufung zur Berücksichtigung des Einzelfalls hat der Gesetzgeber zudem bei den folgenden Änderungen des Gesetzes beibehalten.

Auch die vom Beklagten angeführten Gesichtspunkte der (allgemeinen) Gefahrenvorsorge vor bislang unbekannten, jedenfalls nicht erkennbar gewordenen Gefährdungen rechtferti-

gen seine Annahme, nur eine Entscheidung - nämlich die vollständige Vernichtung der ausgebrachten Pflanzen - komme nach den Gesamtumständen in Betracht, nicht.

Diesen - nicht grundsätzlich unberechtigten - Vorsorgegesichtspunkten ist nach der vom Gesetzgeber vorgenommenen Ausgestaltung des Rechts der Gentechnik im Rahmen der Prüfung der Genehmigung der Nutzung von GVO zu begegnen. Da sich der Gesetzgeber - wie § 1 GenTG ausdrücklich benennt - dazu entschlossen hat, zumindest in Ansätzen die Nutzung gentechnisch veränderter Organismen im Pflanzenanbau zuzulassen, hat er hierbei auch durch diese Technologie zwangsläufig entstehende Risiken in Kauf genommen.

Im Rahmen der Forschung, Erprobung und Verwendung von gentechnisch veränderten Organismen können nämlich Risiken ebenso wenig wie die Möglichkeit der unkontrollierten Ausbreitung durch natürliche Faktoren wie durch Fehler bei der Freisetzung vollständig vermieden werden (vgl. Stellungnahme Wessling/Becker vom 7. Dezember 2007, S. 12, Bl. 117 GA). So kann bei der kontrollierten Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen im Bereich der Pflanzenzucht bereits die Übertragung von Genmaterial (beispielsweise Blütenstaub) auf andere Felder und Pflanzen nicht ausgeschlossen werden. Auch wird es nicht mit absoluter Gewissheit auszuschließen sein, dass entsprechendes GVO-Saatgut bei der Ausbringung, der Ernte und dem jeweils notwendigen Transport des Produkts vollständig beisammen bleibt. Schließlich lässt - wie der Vorfall der versehentlichen, nicht genehmigten, Aussaat der Stärkekartoffel Amadea im Rahmen des Freilandversuchs der Sorte Amflora durch das Unternehmen BASF in Schweden zeigt - sich auch menschliches Fehlverhalten nicht vollständig vermeiden. Vertretbar erscheint daher die Ansicht, bei der Verwendung von GVO in der Landwirtschaft sei von einem gewissen „Basisrisiko“ auszugehen (vgl. VG Schleswig, Beschluss vom 7. November 2007, a.a.O.; vgl. VG Hannover, Urteil vom 1. Oktober 2008, a.a.O., S. 72; Mecklenburg, a.a.O. S. 232; Wahl, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht III, Vorb. GenTG, Rdnr. 17). Dieses Risiko hat der Gesetzgeber jedoch durch die Schaffung der Möglichkeit der legalen Freisetzung von GVO nach entsprechenden Prüfungen grundsätzlich zugelassen. Mit dem Erlass des Gentechnikgesetzes, das nach seinem § 1 Nr. 2 den rechtlichen Rahmen für die Erforschung, Entwicklung, Nutzung und Förderung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gentechnik schaffen will, hat er etwa eine Grundentscheidung zum be-

hördlichen Beurteilungsspielraum für die wissenschaftliche Risikoermittlung getroffen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. April 1999 - 7 B 278/98 -, NVwZ 1999, 1232), die Kosten der Beseitigung von trotz der Vorsorge entstandenen Schäden dem Verursacher auferlegt (§§ 32 bis 37 GenTG), und mit § 36a GenTG - verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, Urteil vom 24. November 2010 - 1 BvF 2/05 -, NVwZ 2011, 94 - eine Regelung zum Schadensausgleich geschaffen, die einen Eintrag von gentechnisch veränderten Organismen auf Fremdgrundstücke in bestimmten Konstellationen - bei der im Gesetz angenommenen Koexistenz verschiedener Nutzungen - als wesentliche Beeinträchtigung definiert.

Lassen das europäische und das nationale Recht angesichts dieser bekannten Risiken aber überhaupt die Freisetzung mit gentechnisch veränderten Organismen zu, so würde es eine Abwälzung des damit verbundenen - gerade nicht auf den Freisetzer bzw. den Eigentümer der an einen Freilandversuch angrenzenden Grundstücke beschränkten - allgemeinen Risikos auf Ausbreitung der oder Verunreinigung mit gentechnisch veränderten Saaten auf Dritte darstellen, wenn in jedem Fall und ohne nähere Differenzierung des Einzelfalls bei Auftreten derartiger Verunreinigungen bei einem Dritten lediglich die vollständige Vernichtung des Saatguts oder der aufgegangenen Pflanzen verfügt würde, zumal in diesen Fällen eine Ausgleichszahlung entsprechend den genannten spezielleren Normen des Gentechnikgesetzes nicht gegeben wäre.

Auch das Europarecht fordert die von dem Beklagten angenommene Ermessensbindung nicht. Vielmehr schreibt Art. 4 Abs. 5 der Freisetzungsrichtlinie den Mitgliedstaaten lediglich vor, ungenehmigte Freisetzungen zu beenden, überlässt aber die Ergreifung von Gegenmaßnahmen zur Abwehr von Gefahren, die aus dem späteren Aufwuchs erwachsen, dem Ermessen der Mitgliedstaaten (vgl. Schröder, a.a.O.).

Ebenso wenig lässt sich angesichts der ausdrücklichen Differenzierung der Vorschriften des Gentechnikgesetzes aus einem Vergleich mit anderen vergleichbaren gesetzlichen Regelungen eine Beschränkung der Ermessensausübung erkennen. Bei der Annahme von Fällen gebundenen oder intendierten Ermessens ist über die anerkannten Fallkonstellationen hinaus (vgl. hierzu Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, Rdn. 28, 29) im Interesse der Wahrung gesetzlich begründeter Handlungsspielräume der Verwaltung größte Zurückhaltung geboten (OVG Berlin, Beschluss vom 14. Febru-

ar 2000 - 2 N 20/99 -, LKV 2001, 376, 377). Gründe, die für die Einbeziehung des § 26 Abs. 1 GenTG in die Gruppe der Bestimmungen mit gebundenem oder intendiertem Ermessen sprechen könnten, liegen indessen nicht vor.

Bei der pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens hat sich der Beklagte an den von dem Gesetzgeber mit der Bestimmung verfolgten Zwecken auszurichten. Durch die gesetzliche Ermächtigung in § 26 Abs. 1 GenTG zum aufsichtsbehördlichen Vorgehen gegen verbotenen oder unerlaubten Umgang mit GVO wird dem Schutz der Menschen, der Umwelt und der natürlichen Lebensgrundlagen entsprochen. Die zuständige Behörde hat grundsätzlich dafür zu sorgen, dass ungesetzlicher Umgang mit GVO unterbleibt und bereits getätigte Verstöße möglichst schnell beendet werden. Hierbei sind die Interessen der Betroffenen im notwendigen Umfang zu berücksichtigen.

Die Behörde hat ebenfalls zu prüfen, ob unter ihrer Aufsicht und entsprechend ihren Weisungen zur Vermeidung wirtschaftlicher Einbußen für die Betroffenen eine am geringsten einschneidende Anordnung möglich ist. Diese privaten Belange hat die Behörde dem möglicherweise vorrangigen öffentlichen Interesse daran gegenüberzustellen, den festgestellten Verstoß auf schnellstem Wege zu beenden. Eine rechtmäßige Ausübung des in § 26 Abs. 1 GenTG eröffneten Ermessens setzt eine an den unterschiedlichen Belangen orientierte Abwägung der eventuell widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen und eine die jeweiligen tatsächlichen Gegebenheiten vollständig und zutreffend einbeziehende Einschätzung der geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen voraus. Diesen Anforderungen wurde hier nicht ausreichend entsprochen.

Allerdings ist die Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass die in Nrn. 2 und 3 der Verfügung angeordneten Maßnahmen des mechanischen Umbruchs und der Behandlung mit Herbiziden sowie das Verbot des erneuten Anbaus von Raps auf den konkreten Ackerflächen für den angestrebten Zweck einer Beseitigung der im Rahmen des Gesamtanbaus mit dem „normalen“ Saatgut ausgebrachten und aufgegangenen (angenommenen) gentechnisch veränderten Pflanzen geeignet und - entgegen der Ansicht der Kläger - auch erforderlich sind. Ein milderer Mittel zur Beseitigung nur der inkriminierten Teile der Aussaat ist nicht ersichtlich, wenn man von der eventuell gegebenen theoretischen Möglichkeit absieht, den Raps zunächst aufwachsen zu lassen und sodann - wenn entsprechende äu-

ßerlich wahrnehmbare Unterschiede überhaupt bestehen und feststellbar sein sollten - gezielt die unerwünschten Pflanzen zu selektieren und zu vernichten. Ein solches Vorgehen erscheint (nicht nur) im Rahmen des Anbaus von Raps jedoch nicht nur unzweckmäßig, sondern auch unsicher, den angestrebten Zweck zu erreichen, und ist folglich auszuschließen.

Im zur Entscheidung stehenden Fall ist die Angemessenheit der verfügten Maßnahmen, d.h. deren Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, jedoch zu verneinen. Die Folgen der Anordnung für die Kläger sind in der Verfügung nicht ausreichend in eine Abwägung eingestellt worden. So setzt sich der Bescheid in keiner Weise ausreichend mit dem durch die Anordnung möglicherweise einhergehenden - und von den Klägern geltend gemachten - Eingriff in das Recht auf Eigentum der Kläger bzw. das Recht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG) auseinander.

Eine Berücksichtigung dieser privaten Belange enthält der angegriffene Bescheid nur in unzureichenden Ansätzen. Insoweit führt die Behörde in dessen Begründung allein aus, die Maßnahmen seien angemessen, da den Klägern zwar der beabsichtigte Anbau von Raps nicht erlaubt werde, gleichwohl eine Nutzung der Flächen durch Anbau von anderen Pflanzen möglich sei, so dass die Einschränkung auf diesen Anbau nur eine mäßige Belastung darstelle. Diese Darstellung verkürzt die Folgen für die Betroffenen allein auf den Gesichtspunkt der späteren Nutzung der umgebrochenen Flächen und berücksichtigt nicht die Kosten der angeordneten Maßnahmen und den durch den Umbruch etc. zwangsläufig eintretenden wirtschaftlichen Verlust.

Spezifische Gefahren für die Allgemeinheit, die Gesundheit von Mensch und Tier oder die Umwelt, denen gegenüber den persönlichen Belangen der Kläger unbedingter Vorrang einzuräumen wäre, sind von dem Beklagten nicht vorgetragen worden und auch im Übrigen nicht ersichtlich. Eine bei der Abwägung durchgreifende allgemeine Gefährlichkeit von mit GVO belastetem Material kann jedenfalls dann nicht schlicht unterstellt werden, wenn - wie im vorliegenden Fall - das Inverkehrbringen von Produkten, die das fragliche Konstrukt beinhalten, oder Freisetzungen des betreffenden GVO bereits genehmigt worden sind (vgl. Schröder, a.a.O., S. 777).

Insoweit berufen sich die Kläger zu Recht für die Frage des Vorliegens einer Gefahr durch die von dem Labor in Detmold konkret bezeichnete Verunreinigung der von ihr eingereichten Probe auf die Freisetzungsgenehmigung vom 2. Juni 1999 für gentechnisch veränderten Raps mit den Konstrukten Falcon GS 40/90 und Liberator 8/92-01 (RKI, Az. 6786-01-101). Denn danach sind entsprechende Freisetzungen legal erfolgt (wobei die Kläger von dem Beklagten unwidersprochen vortragen, die Freisetzungen seien sogar ohne Isolationsabstände genehmigt worden), weil von dem konkreten Konstrukt nach Einschätzung der zuständigen Genehmigungsbehörde keine entsprechenden Gefahren ausgehen sollen (vgl. Bescheid des Robert-Koch-Instituts vom 2. Juni 1999, Bl. 185 - 201 der GA).

In diesen Fällen hat die Behörde das konkrete Gefahrenpotential des festgestellten GVO, etwa unter Berücksichtigung vorangegangener Untersuchungen der zuständigen Überwachungsbehörde - des Robert-Koch-Instituts - sowie die standortspezifischen Besonderheiten des konkreten Falles zu berücksichtigen (vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 3. November 2004 - 3 LB 88/03 -, n.v., insoweit abgedruckt bei: Schröder, a.a.O., S. 777). Hierbei kann auch das zeitliche Moment eine besondere Bedeutung erlangen, etwa wenn die Verwirklichung der angenommenen Gefahr - hier etwa die unkontrollierte Vermehrung des inkriminierten Saatguts - unmittelbar droht oder im Gegenteil noch ausreichend Zeit verbleibt, den Sachverhalt umfassend aufzuklären.

Da es an der sachgerechten Ausübung des Ermessens durch den Beklagten mangelt, sind die Anordnungen der Nrn. 2 und 3 als rechtswidrig zu erkennen.

Erweisen sich die Anordnungen der Nummern 1 bis 3 der angegriffenen Verfügung als rechtswidrig, so ist dies auch bezüglich der in Nr. 4 ausgesprochenen Androhung eines Zwangsgelds in Höhe von 1.000 Euro festzustellen. Darüber hinaus mangelt es der Androhung des Zwangsgelds bereits an der nach § 69 Abs. 1 Nr. 2 Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz notwendigen Setzung einer angemessenen Frist.

C.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der außergerichtlichen Kosten der Kläger folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegen vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu. Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung bei dem

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Brüder-Grimm-Platz 1
34117 Kassel**

schriftlich einzulegen.

Bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).

Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem

**Bundesverwaltungsgericht
Simsonplatz 1
04107 Leipzig**

schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, und muss die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Igstadt

Fischer

Bodenbender

BESCHLUSS:

Der Streitwert wird auf 25.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Festsetzung des Streitwertes orientiert sich an dem Wert der Sache für die Kläger, die sie mit dem festgesetzten Betrag angegeben haben, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 und § 68 Abs. 1 Satz 5 GKG.

Igstadt

Fischer

Bodenbender