

erfolgen. Zumindest müssen die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden, wenn die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht genannt werden kann.

## V. Primärrecht

Darüber hinaus sind bei der Vergabe von Aufträgen die Grundfreiheiten der grenzüberschreitend arbeitenden Wirtschaftsteilnehmer wie auch das Diskriminierungsverbot zu wahren. Das gilt vor allem für vergabefremde Kriterien<sup>45</sup>, da sie nicht notwendig aus dem Auftragsgegenstand folgen und daher keine innerliche Rechtfertigung aufweisen, sondern zusätzlicher Legitimation bedürfen. Offensichtlich gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstoßen Kriterien zum Schutze der nationalen Wirtschaft, wenn etwa eine Ansässigkeit im Inland oder eine hinreichende Verwendung inländischer Erzeugnisse bzw. eine Beschäftigung nahezu ausschließlich nationaler Arbeitskräfte verlangt wird<sup>46</sup>. Derart offensichtlich gemeinschaftsrechtswidrige Kriterien werden allerdings angesichts der zunehmenden Streitigkeiten in Vergabesachen kaum mehr vorkommen. Vielmehr werden eher solche Gesichtspunkte verwendet, die vordergründig auf Unternehmen aus der ganzen EU zutreffen, faktisch aber doch die einheimischen Wirtschaftsteilnehmer begünstigen. Hier ist Vorsicht angebracht bei der Vorstellung, einheimische Firmen währten am besten den Naturschutz. Im Übrigen aber bildet der Umweltschutz ein wichtiges Gemeinschaftsziel, das traditionell eine Rechtfertigung für die Beeinträchtigung von Grundfreiheiten bildet<sup>47</sup>.

## VI. Fazit

Diese Rechtsprechung zu Umweltschutzkriterien erzwingt zusammen mit Erwägungsgrund 1 der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG eine strikte Begrenzung von Zuschlagskriterien durch den Auftragsgegenstand. Insofern muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Das ist „die mar-

kanteste für die Praxis wichtigste Klarstellung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung<sup>48</sup>. Es können nicht einfach Kriterien, die nichts oder lediglich mittelbar etwas mit dem Leistungsgegenstand zu tun haben, als Zuschlagskriterien eingeführt werden. Ansonsten hätte der EuGH im Urteil *Wienstrom* auch das Kriterium zulassen müssen, dass ein Anbieter generell eine sehr hohe Erzeugung aus erneuerbaren Energieträgern vorweisen kann. Daher sind auch allgemeine Wohlverhaltenskriterien ausgeschlossen. Es kann etwa nicht verlangt werden, dass ein Unternehmen am Umweltaudit teilnimmt<sup>49</sup>, wenn nicht das Umweltmanagement für den konkreten Auftrag eine Rolle spielt. Darauf bezogene Maßnahmen sind ohnehin bei der technischen bzw. beruflichen Leistungsfähigkeit nach Art. 48 Abs. 2 lit. f) RL 2004/18/EG und damit im Rahmen der Eignungskriterien relevant. Aber auch insoweit haben naturschutzrelevante Aspekte ihren Platz, so vor allem auch bei Ausschluss von umweltstrafrechtlich oder ordnungswidrigkeitsrechtlich in Erscheinung getretenen Bietern. Am wirksamsten können Naturschutzbelange bereits über die Auftragsdefinition Eingang in die Vergabe finden. Allerdings müssen sie zum Auftragsgegenstand in sachlichem Zusammenhang stehen, wie dies etwa bei Erdarbeiten der Fall ist, zumal wenn sie in einem Naturschutzgebiet stattfinden.

45) Im Einzelnen *Burgi*, in: Grabitz/Hilf a.a.O. (Fn. 3), B 13 Rdnr. 50 ff.

46) Abl. auch *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 2002, S. 82; *Prieff*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 285, 288.

47) Vgl. bereits EuGH, C-240/83, Slg. 1985, 531/549, Rdnr. 13 – ADBHU; später etwa Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607/4630, Rdnr. 9 – Dänische Pfandflaschen; C-2/90, Slg. 1992, I-4431/4479, Rdnr. 32 – Wallonische Abfälle; C-379/98, Slg. 2001, I-2099/2185, Rdnr. 75 – Preussen-Elektra; näher *Frenz*, Handbuch Europarecht 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rdnr. 1014 ff., 2278 f.

48) *Hübner*, VergabeR 2004, 47/49.

49) *Krohn*, NZBau 2004, 92/95.

DOI: 10.1007/s10357-007-1206-1

# Zur Auslegung des Art. 95 Abs. 5 EGV

– Anmerkung zu verb. Rs. T-366/03 und T-235/04 –

Astrid Epiney

© Springer-Verlag 2007

## I. Einleitung

Durch den Amsterdamer Vertrag wurden die Voraussetzungen für einen „nationalen Alleingang“ im Rahmen des Art. 95 EGV revidiert: Neben einigen Neuerungen bzw. Klarstellungen bezüglich des Verfahrens im Vergleich zu der Rechtslage vor dem Amsterdamer Vertrag wurden insbesondere differenzierte Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung und die Neueinführung strengerer nationaler Bestimmungen aufgestellt.

In Art. 95 Abs. 4–6 EGV kommt ein gewisses Spannungsverhältnis zum Ausdruck: Im Interesse der Verwirklichung des Binnenmarktes sollen die auf der Grundlage von Art. 95 Abs. 1 EGV erlassenen Bestimmungen einheitlich angewandt und ausgelegt werden. Den Mitgliedstaaten soll damit auf jeden Fall verwehrt werden, einseitig Maßnahmen zu ergreifen, die Sinn und Zweck der erfolgten Angleichung der Vorschriften nach Art. 95 Abs. 1 EGV wieder in Frage stellen und denen letztlich ein protektionistischer Charakter zukommen könnte. Auf der anderen Seite aber soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet werden, u. a. aus umweltpolitischen Gründen Maßnahmen zu ergreifen, die über den gemeinschaftlichen Standard hinausgehen.

Astrid Epiney, Université Fribourg, Fribourg

Fraglich ist, ob die Auslegung insbesondere des Art. 95 Abs. 5 EGV durch die Rechtsprechung<sup>1</sup> diesem vor dem Hintergrund der Rolle des Anliegens des Umweltschutz im EG-Vertrag zu präzisierenden Spannungsverhältnis wirklich Rechnung trägt. Der vorliegende Beitrag will – ausgehend von einer Bewertung des Urteils des EuG in den verb. Rs. T-366/03 und T-235/04<sup>2</sup> – Perspektiven aufzeigen, auf welche Weise dem angesprochenen Spannungsverhältnis Rechnung getragen werden könnte bzw. sollte.

## II. Das Urteil des EuG

In den verb. Rs. T-366/03 und T-235/04<sup>3</sup> ging es im Zusammenhang mit einer Abweichung von der RL 2001/18<sup>4</sup> durch die Einrichtung einer GVO-freien Zone in Oberösterreich um grundlegende Fragen der Auslegung der Art. 95 Abs. 5 EGV (und teilweise auch des Art. 95 Abs. 4 EGV). Nach der Feststellung, dass auch im Rahmen von Art. 95 Abs. 5 EGV (wie bei Art. 95 Abs. 4 EGV) der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens nicht heranzuziehen sei<sup>5</sup> und der Begründungspflicht Genüge getan worden sei<sup>6</sup>, stellte das Gericht fest, dass – wie sich bereits aus dem Text des Art. 95 Abs. 4, 5 EGV ergibt – im Falle der Beibehaltung bestehender einzelstaatlicher Bestimmungen einerseits und im Falle der Neueinführung nationaler Vorschriften andererseits unterschiedliche Anforderungen zu beachten seien, wobei die Vorgaben im zuletzt genannten Fall strenger seien, da der Erlass neuer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften die Harmonisierung stärker gefährden könne. Weiter machte sich der EuGH die Argumentation der Kommission zu eigen: Die kleinbetrieblich strukturierte Landwirtschaft in Oberösterreich sowie die dortige Bedeutung der ökologischen Landwirtschaft stellten keine Besonderheiten dieser Region dar, sondern kämen in allen Mitgliedstaaten vor. Weiter seien keine Nachweise darüber vorgelegt worden, dass Oberösterreich über ein ungewöhnliches oder einzigartiges Ökosystem verfüge. Daher sei nicht nachgewiesen worden, dass die Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV erfüllt gewesen seien. Sodann stellte das EuG fest, dass die Berufung auf die Verletzung des in Art. 174 Abs. 2 EGV formulierten Vorsorgeprinzips nicht geeignet sei, die Aufhebung der Entscheidung der Kommission nach sich zu ziehen: Denn der Umstand, dass die Kommission zum Schluss gekommen war, die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV lägen nicht vor, führe zwingend dazu, dass die Kommission den Antrag jedenfalls nur ablehnen konnte.

## III. Bewertung und materielle Anwendungsvoraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV

Das Urteil des EuG stößt weniger im Hinblick auf das Ergebnis, denn in Bezug auf die Begründungen und die diesen zugrunde liegenden, nicht immer explizit formulierten Auslegungsgrundsätze der Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV auf Bedenken, wobei sich die folgenden Ausführungen auf die materiellen Vorgaben für die Heranziehung des Art. 95 Abs. 5 beschränken. Hier sind fünf kumulativ zu verstehende Voraussetzungen zu unterscheiden: Berufung auf den Schutz der Umwelt (1.), Abstützung der Maßnahme auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse (2.), Bestehen eines „spezifischen Problems“ für die Umwelt in dem betreffenden Mitgliedstaat (3.), das sich nach Erlass der gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahme ergeben hat (4.), und die Verhältnismäßigkeit (5.). In einem Exkurs sei noch auf die Rolle des Vorsorgeprinzips in diesem Zusammenhang eingegangen (6.).

### 1. Gründe des Umweltschutzes

Erstens müssen Gründe des Umweltschutzes geltend gemacht werden. Diese Voraussetzung war in dem hier be-

sprochenen Urteil nicht streitig, da es um den Schutz der Umwelt durch negative Auswirkungen von GVO ging, ein klar umweltpolitisches Ziel. Jedenfalls ist die Frage, ob ein geltend gemachter Grund als ein umweltpolitischer Grund anzusehen ist, auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, geht es doch um einen gemeinschaftlichen Begriff<sup>7</sup>. Ob und inwieweit hingegen tatsächlich eine hinreichend starke Gefährdung der Umweltqualität vorliegt, dürfte weitgehend im Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten liegen, da Art. 95 Abs. 4, 5 EGV davon ausgehen, dass in all den Fällen, in denen ein Mitgliedstaat der Ansicht ist, dass der durch die gemeinschaftliche Maßnahme gewährleistete Standard nicht ausreicht, bei Vorliegen der Voraussetzungen der Art. 95 Abs. 4, 5 EGV verstärkte Schutzmaßnahmen ergriffen werden dürfen.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass (trotz der Beschränkung des Art. 95 Abs. 5 EGV auf Maßnahmen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt) durchaus Erwägungen des Gesundheitsschutzes eine Rolle spielen und – trotz des (im Gegensatz zu Art. 95 Abs. 4 EGV) nicht erfolgten Einbezugs der in Art. 30 EGV aufgeführten Anliegen – jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden können, da die gemeinschaftliche Umweltpolitik nach Art. 174 Abs. 1 EGV u. a. zum Schutz der Gesundheit beizutragen hat und die Anliegen von Umweltschutz einerseits und Gesundheitsschutz andererseits insofern in engem Zusammenhang stehen (können)<sup>8</sup>.

### 2. Neue wissenschaftliche Erkenntnisse

Zweitens muss sich die Maßnahme auf „neue wissenschaftliche Erkenntnisse“ stützen. Diese müssen wohl nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme aufgetreten sein, soll diese Voraussetzung einen Sinn machen. In dem Urteil ging das EuG nicht auf dieses Problem ein, da es bereits die Existenz eines „spezifischen Problems“ verneinte. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass es nicht immer einfach sein wird zu bestimmen, wann eine wissenschaftliche Erkenntnis genau „entstanden“ ist, sind hier doch typischerweise Entwicklungen festzustellen, die sich erst im Laufe der Zeit von „Hypothesen“ bis zu „relativen Sicherheiten“ verdichten. Wann die Schwelle nun zu letzterem überschritten ist und damit eine „neue wissenschaftliche Erkenntnis“ vorliegt, kann daher mitunter schwierig zu bestimmen sein. Im Falle

1) Vgl. zu Art. 95 Abs. 4 EGV schon EuGH, C-3/00 (Dänemark/Kommission), Slg. 2003, I-2643; zu diesem Urteil etwa Sarah Ziane/Claire Koeniguer, C-3/00, Royaume de Danemark c. Commission (Conditions d'application de l'article 95, § 4 du Traité CE), Revue européenne de droit de la consommation 2003, 215 ff.; Bückler/Schlacke, Rechtsangleichung im Binnenmarkt – Zur Konkretisierung verfahrens- und materiell-rechtlicher Anforderungen an nationale Alleingänge durch den EuGH, NVwZ 2004, 62 ff.; s. auch EuGH, C-319/97 (Kortas), Slg. 1999, I-3143.

2) EuG, verb. T-366/03 und T-235/04, Urt. v. 5. 10. 2005 (Oberösterreich und Österreich/Kommission), NuR 2006, 98.

3) EuG, verb. T-366/03 und T-235/04 (Oberösterreich und Österreich/Kommission), NuR 2006, 98. Zur Prozessgeschichte *Palme*, Nationaler Naturschutz und Europäisches Gentechnikrecht, NuR 2006, 76/77.

4) ABl. 2001 L 106, 1. Vgl. zum Konflikt der österreichischen Regelung mit der RL 2001/18 *Palme*, NuR 2006 (Fn. 3), S. 76f.

5) Und daher die Mitgliedstaaten nicht nochmals anzuhören seien. Kritisch hierzu *Kahl*, Anmerkung zu EuG, Urt. v. 5. 10. 2005 (verb. T-366/03 und T-235/04). Nationale Schutzergänzung als Gefahr für den Binnenmarkt?, ZUR 2006, 86f.; *Palme*, NuR 2006 (Fn. 3), S. 76/77f.

6) Auf diese beiden Aspekte soll im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter eingegangen werden.

7) Zum gemeinschaftlichen Umweltbegriff m. w. N. *Epiney*, Umweltschutz in der EU, 2. Aufl., 2005, 3ff.

8) S. ähnlich *Krämer*, EC Environmental Law, 5. Aufl. 2003, 131.

von Unsicherheiten bei der Qualifizierung der „Neuheit“ der wissenschaftlichen Erkenntnisse dürfte den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen sein. Im Übrigen darf jedenfalls nicht verlangt werden, dass die Erkenntnisse unbestritten sind; ausreichend sind daher auch fundierte, also wissenschaftlich belegte Zweifel bzw. Annahmen<sup>9</sup>. Nur diese Sicht ermöglicht es, im Sinne des Vorsorgeprinzips Umweltgefahren wirksam zu begegnen, sind „Sicherheiten“ über komplexe Ursache-Wirkungs-Beziehungen von Umweltbelastungen und umweltpolitischen Maßnahmen doch eher selten<sup>10</sup>.

Jedenfalls dürften neue wissenschaftliche Erkenntnisse immer dann vorliegen, wenn neue Stellungnahmen wissenschaftlicher Gremien zu verzeichnen sind<sup>11</sup>, wobei solche neuen Erkenntnisse aber auch auf andere Weise dargelegt werden können. Insoweit wirft das Urteil Fragen auf: Es wird nämlich relativ pauschal auf die Stellungnahme der EFSA<sup>12</sup> verwiesen, die ihrerseits in Bezug auf die Frage des Vorliegens eines spezifischen Umweltproblems in Oberösterreich<sup>13</sup> recht allgemein und ohne sich im Einzelnen mit der Ökologie, dem Ökolandbau und der Biodiversität auseinanderzusetzen zum Schluss kam, dass es in Oberösterreich kein einzigartiges Ökosystem und daher auch kein spezifisches Umweltproblem gebe. Mit der Frage, ob man aufgrund der besonderen Charakteristika des Alpenraums zu einem anderen Schluss kommen könnte, setzten sich weder die EFSA noch das Gericht wirklich auseinander<sup>14</sup>, wobei aber auch zuzugeben ist, dass Österreich diesbezüglich auch zumindest zu wenig überzeugende Anhaltspunkte dargelegt hatte.

### 3. Spezifisches Umweltproblem

Weiter setzt die Anwendung des Art. 95 Abs. 5 EGV voraus, dass ein „spezifisches Problem“ für die Umwelt des betreffenden Mitgliedstaates besteht. Die diesbezügliche Argumentation des Gerichts wirft hier – neben den hohen Beweisanforderungen<sup>15</sup> – Fragen auf: Die Formulierungen des EuG in Bezug auf die auch in anderen Mitgliedstaaten bestehende kleinbetriebliche Struktur der landwirtschaftlichen Betriebe lassen darauf schließen, dass ein besonderes Problem für einen Mitgliedstaat bzw. eine mitgliedstaatliche Region nur unter der Voraussetzung bestehen soll, dass dieses Problem sozusagen „einzigartig“ ist und in keinem anderen Mitgliedstaat zu beobachten ist. Legte man diese Voraussetzung des Art. 95 Abs. 5 EGV jedoch so eng aus, so könnte diese Bestimmung fast nie zur Anwendung kommen. Im Übrigen widerspricht eine solche Sicht auch dem Anliegen des Art. 95 Abs. 5 EGV, bei Vorliegen besonderer Bedingungen ein Abweichen „nach oben“ zu erlauben, können solche besonderen Bedingungen doch auch in mehreren Mitgliedstaaten vorliegen. Abzustellen ist daher bei der Frage des Vorliegens eines „spezifischen Problems“ auf den Gemeinschaftsdurchschnitt; immerhin schließt das Urteil diese Auslegung nicht aus, und im konkreten Fall ergibt sich aus dem Vorbringen Österreichs auch nicht, dass eine solche Abweichung besteht, so dass dem Urteil im Ergebnis insoweit durchaus beizupflichten ist<sup>16</sup>.

### 4. Auftreten des spezifischen Umweltproblems nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme

Das spezifische Umweltproblem muss sich nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergeben haben. Hierbei ist auf den zu diesem (also zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme) Zeitpunkt bestehenden Kenntnisstand abzustellen. Nur wenn ein bestehendes Problem nämlich bekannt ist, kann es auch beim Erlass der gemeinschaftlichen Maßnahme berücksichtigt werden. Damit kann das Problem bereits beim Erlass der Maßnahme vorhanden gewesen sein, wobei aber sein Vorhandensein oder auch sein Ausmaß erst nachträglich bekannt geworden sind bzw. erst nachträglich

eine diesbezügliche Sicherheit erlangt werden konnte.<sup>17</sup> Im Urteil des EuG wurde diese Frage nicht problematisiert, da bereits das Vorliegen eines spezifischen Umweltproblems verneint wurde.

### 5. Verhältnismäßigkeit

Jedenfalls – und diese Voraussetzung ist auch im Rahmen des Art. 95 Abs. 4 EGV zu beachten – muss die nationale Maßnahme den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen, so dass sie insbesondere kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels darstellt. Zudem darf die nationale Maßnahme das Funktionieren des Binnenmarktes nicht behindern (Art. 95 Abs. 6 UAbs. 1 EGV)<sup>18</sup>. Da grundsätzlich jede Abweichung von einer auf der Grundlage von Art. 95 Abs. 1 EGV erlassene Maßnahme die Verwirklichung des Binnenmarktes beeinträchtigt – ist die Maßnahme doch gerade im Hinblick auf das bessere Funktionieren des Binnenmarktes erlassen worden –, kann diese Einschränkung in Art. 95 Abs. 6 EGV nur dahingehend verstanden werden, dass das Funktionieren des Binnenmarktes nicht über Gebühr beeinträchtigt werden darf, womit letztlich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwiesen wird. Insofern dürfte dieser zusätzlichen Anforderung kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen<sup>19</sup>.

Bei der Verfolgung von umweltpolitischen Zielen ist jedenfalls die Geeignetheit der ergriffenen Maßnahme auch dann zu bejahen, wenn diese nur einen Beitrag zur Bekämpfung des jeweiligen Problems leistet. Denn umweltpolitische Maßnahmen können allenfalls in Ausnahmefällen für sich allein das entsprechende Problem lösen<sup>20</sup>.

- 9) Ebenso etwa *Sevenster*, *The Environmental Guarantee After Amsterdam: Does the Emperor have New Clothes?*, YEEI 2000, 291 (304); *Thun-Hohenstein*, *Der Vertrag von Amsterdam*, 1997, 87; *Albin/Bär*, *Nationale Alleingänge nach dem Vertrag von Amsterdam*. Der neue Art. 95 EGV: Fortschritt oder Rückschritt für den Umweltschutz?, NuR 1999, 185/187f.; *de Sadeleer*, *Procedures for derogations from the principle of approximation of laws under Article 95*, CMLRev. 2003, 889/902.
- 10) Vgl. zur Problematik ausführlich *de Sadeleer*, CMLRev. 2003 (Fn. 9), S. 889/901ff., unter Berücksichtigung der verschiedenen Ausdrücke in Art. 95 Abs. 3, 5 EGV.
- 11) Die Kommission stellt denn auch regelmäßig auf solche Stellungnahmen ab, vgl. etwa Kommission, *Entscheidung 2003/1 v. 18.2.2002*, ABl. 2003 L 72, Rdnr. 79. Zur Problematik der „faktischen Bindungswirkung“ solcher Stellungnahmen aufgrund des Ansatzes der Kommission *Bücker/Schlacke*, NVwZ 2004 (Fn. 1), S. 62/65.
- 12) Europäische Lebensmittelbehörde, vgl. VO 178/2002, ABl. 2002 L 31, 1.
- 13) Zu diesem Tatbestandserfordernis noch sogleich III.3.
- 14) Vgl. auch die Kritik bei *Palme*, *Bans on the Use of Genetically Modified Organisms (GMOs) – the Case of Upper Austria*, JEEPL 2006, 22/25f.; *Palme*, NuR 2006 (Fn. 3), S. 76/78.
- 15) Vgl. hierzu *Kahl*, ZUR 2006 (Fn. 5), S. 86/87.
- 16) Zu präzisieren ist weiter, dass sich die Spezifität des Problems aus verschiedenen Gründen (z.B. solche wirtschaftlicher, sozialer, geographischer oder geologischer Natur) ergeben kann, wobei sie sich inhaltlich aber auf den Schutz der Umwelt (oder der Arbeitsumwelt) beziehen muss, vgl. *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, 3. Aufl., 2006, Art. 95, Rdnr. 56.
- 17) Ähnlich *Albin/Bär*, NuR 1999 (Fn. 9), S. 185/189.
- 18) Dieses Erfordernis wurde durch den Amsterdamer Vertrag eingeführt.
- 19) Vgl. auch die Kritik an dieser Bestimmung bei *de Sadeleer*, CMLRev. 2003 (Fn. 9), S. 889/905ff.; *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, 3. Aufl., 2006, Art. 95, Rdnr. 49.
- 20) Insofern dürfte die in eine etwas andere Richtung gehende Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf den Gesundheitsschutz, vgl. EuGH, C-3/00 (*Dänemark/Kommission*), Slg. 2003, I-2643, Ziff. 82ff., nicht auf den Umweltschutz übertragbar sein.

Insbesondere bei der Erforderlichkeit der Maßnahme ist den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen, liegt es doch grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten zu bestimmen, in welchem Umfang sie – bei Vorliegen der sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen – den Schutz der Ziele in Art. 95 Abs. 4, 5 EGV sicherstellen wollen<sup>21</sup>.

In dem Urteil ging das Gericht nicht ausdrücklich auf die Verhältnismäßigkeit ein, da es bereits das Vorliegen eines spezifischen Umweltproblems verneinte. Zu bemerken ist aber, dass die österreichische Maßnahme bereits deshalb diesbezügliche Fragen aufwirft, weil sie von einem absoluten und allgemeinen Verbot der Freisetzung von GVO ausgeht, ohne auch nur in Betracht zu ziehen, die bei den verschiedenen Pflanzen durchaus möglicherweise unterschiedlichen Auswirkungen einer Freisetzung zu berücksichtigen, so dass jedenfalls die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme fraglich ist<sup>22</sup>.

#### 6. Exkurs: Zur Rolle des Vorsorgeprinzips

Die Ausführungen des Gerichts zum Vorsorgeprinzip erstaunen: Denn der Umstand, dass das Gericht davon ausgeht, dass im Falle des Nichterfüllens der Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV der Antrag zwingend abzulehnen sei, impliziert, dass das Vorsorgeprinzip bei der Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV vorliegen, keine Rolle spielen soll. Dies dürfte aber der Bedeutung und rechtlichen Tragweite dieses Prinzips nicht Rechnung tragen: Denn die soeben erfolgte Erörterung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV dürfte gezeigt haben, dass hier teilweise auf unbestimmte Rechtsbegriffe Bezug genommen wird, die gewisse Gestaltungsspielräume für die Mitgliedstaaten eröffnen (insbesondere im Rahmen der Frage des Vorliegens neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Verhältnismäßigkeit); im Rahmen der Ausfüllung und Auslegung derselben ist das Vorsorgeprinzip aber zwingend zu beachten. Ganz allgemein ist im Übrigen daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls immer dann an das Vorsorgeprinzip gebunden sind, wenn sie im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts agieren<sup>23</sup> und sich im Übrigen auch im Rahmen des Art. 95 Abs. 4, 5 EGV auf das Vorsorgeprinzip berufen können<sup>24</sup>, findet dieses doch nach Art. 6 EGV („Querschnittsklausel“) in allen Gemeinschaftspolitiken Anwendung<sup>25</sup>. Die Ausführungen des EuG bedürfen daher insofern der Klarstellung, als das Vorsorgeprinzip zwar nicht als selbstständiger Grund für die Einführung von Maßnahmen „nationalen Alleingangs“ angeführt werden kann; hierfür sind tatsächlich die Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 5 EGV einschlägig. Allerdings ist bei der Frage nach ihrem Vorliegen das Vorsorgeprinzip zu berücksichtigen<sup>26</sup>.

#### IV. Schluss

Ganz grundsätzlich stimmt die in dem besprochenen Urteil bestätigte Tendenz der Rechtsprechung<sup>27</sup>, das Binnenmarktziel prinzipiell als vorrangig im Verhältnis zum Umweltschutz zu betrachten, jedenfalls soweit es um Abweichungen von auf Art. 95 Abs. 1 EGV gestützten sekundärrechtlichen Vorschriften geht, sehr skeptisch: Diese

Sicht trägt nämlich der sich auch und gerade aus Art. 2, 6, 95 Abs. 3 EGV ergebenden Gleichrangigkeit beider Anliegen nicht Rechnung<sup>28</sup>, bleibt doch im Dunkeln, wie umweltpolitische Handlungsprinzipien in anderen Politiken berücksichtigt werden sollen (Art. 6 EGV), wenn dem Binnenmarktziel ein relativer Vorrang – zumindest im Rahmen des Art. 95 EGV – zukommen soll. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis existiert in Bezug auf die Verwirklichung der Ziele des Binnenmarktes einerseits und des Umweltschutzes andererseits damit gerade nicht<sup>29</sup>, und angesichts der dem Umweltschutz im Vertrag beigemessenen Bedeutung erscheint es verfehlt, mitgliedstaatliche Maßnahmen im Rahmen der Art. 95 Abs. 4, 5 EGV von vornherein in erster Linie als eine Gefährdung der Verwirklichung des Binnenmarktziels anzusehen mit der Folge, die entsprechenden Möglichkeiten der Mitgliedstaaten möglichst weitgehend – über eine restriktive Auslegung der einschlägigen tatbestandlichen Voraussetzungen – zu limitieren. Es wäre daher zu begrüßen, wenn in der Rechtsprechung der Akzent vermehrt auf einen Ausgleich beider Ziele, denn auf die „Durchsetzung“ des Binnenmarktgedankens gelegt würde. Damit wäre es dann wohl auch möglich, die bei der Beurteilung der Zulässigkeit nationaler Alleingänge unter Art. 95 Abs. 4, 5 EGV letztlich entscheidenden Kriterien besser herauszuarbeiten.

21) Vgl. EuGH, C-3/00 (Dänemark/Kommission), Slg. 2003, I-2643; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2006, Art. 95, Rdnr. 46, m. w. N.

22) Vgl. auch die Bemerkungen bei *Palme*, NuR 2006 (Fn. 3), S. 76/78 ff.

23) So sind die umweltpolitischen Handlungsprinzipien etwa auch im Zusammenhang mit der Rechtfertigung nationaler Maßnahmen, die gegen den Tatbestand der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten verstoßen, nach der Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis in dem Sinn heranzuziehen, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen mit deren Vorgaben im Einklang stehen müssen, vgl. EuGH, C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431; EuGH, C-379/98 (PreussenElektra), Slg. 2001, I-2099. Ausführlich zur Bindungswirkung der umweltpolitischen Handlungsprinzipien für die Mitgliedstaaten m. w. N. *Epiney*, Zur Bindungswirkung der gemeinschaftsrechtlichen „Umweltprinzipien“ für die Mitgliedstaaten, in: FS Manfred Zuleeg, 2005, 633 ff.

24) Vgl. EuGH, Rs. C-41/02 (Kommission/Niederlande), EuZW 2005, 53, Rdnr. 42 ff.

25) Zur Tragweite der Querschnittsklausel m. w. N. *Epiney*, Umweltrecht (Fn. 7), S. 108 ff.

26) Ebenso *Kahl*, ZUR 2006 (Fn. 5), S. 86/88. Dem EuG aber wohl folgend *Palme*, JEEPL 2006 (Fn. 14), S. 22/27.

27) Vgl. auch schon EuGH, C-319/97 (Kortas), Slg. 1999, I-3143; vgl. sodann EuGH, C-3/00 (Dänemark/Kommission), Slg. 2003, I-2643.

28) Vgl. auch die Kritik bei *Kahl*, ZUR 2006 (Fn. 5), S. 86/88.

29) Vgl. ausführlich m. w. N. schon *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993. Vgl. sodann *Epiney*, Umweltrecht (Fn. 7), S. 135 f.; *Möstl*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundlegende Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers, EuR 2002, 318/335 f.; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2006, Art. 95, Rdnr. 36; a. A. etwa *Hatje*, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 683/723 ff.