

## Leitsätze:

1. Werden sich die Verhältnisse zwar in tatsächlicher Hinsicht in Zukunft teilweise geändert haben, lässt die zuständige Behörde aber ihre Absicht erkennen, an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festzuhalten und gleichartige Verwaltungsakte zu erlassen, kann es der Klägerseite unzumutbar sein und ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verletzen, sie auf eine erneute, ihr nachteilige Behördenentscheidung zu verweisen.
2. Vernünftige Zweifel an einer Verunreinigung von ausgesätem und nach der Aussaat vernichtetem konventionellem Maissaatgut mit gentechnisch verändertem Maissaatgut bestehen nicht schon dann, wenn sich lediglich entfernte theoretische Möglichkeiten aufzeigen lassen, dass die vorliegenden Analysenergebnisse unzutreffend sein könnten.

## Hinweis:

Dem vorliegenden Verfahren liegt eine Beseitigungsanordnung durch die Regierung von Oberbayern gegenüber einem landwirtschaftlichen Betrieb bezüglich ausgebrachtem Maissaatgut zugrunde.

Einige Rechtsfragen zur Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung wie z.B. zur richtigen Rechtsgrundlage und Auslegung der einschlägigen Vorschriften und Begrifflichkeiten im GenTG wurden im Laufe der Verwaltungsstreitsache bereits durch andere Obergerichte bzw. das BVerwG einer Klärung zugeführt, insbesondere durch das Urteil des BVerwG vom 29. Februar 2012 - Az. 7 C 8.11. Dadurch hatte sich beispielsweise der Aspekt der Ermessensausübung erledigt, nachdem von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen werden konnte (vgl. Rdnr. 37 im Urteil des VGH).

Der Senat hat sich umfangreich (Rdnr. 38 bis 54) mit der dem Beklagten obliegenden Nachweisführung des Vorliegens gentechnisch veränderter Organismen (GVO) in der Aussaat auf der klägerischen landwirtschaftlich genutzten Fläche auseinandergesetzt. Die für die Untersuchung auf GMO von der zuständigen Behörde in Niedersachsen verwendete Rückstellprobe durfte für diese Zwecke verwendet werden. Insbesondere waren die Probenahme und Probeanalyse nicht in einer Weise fehlerhaft, die sich auf das Ergebnis ausgewirkt haben könnte. Es bestanden für den Senat im

Rahmen des Regelbeweismaßes der vollen richterlichen Überzeugung keine vernünftigen Zweifel mehr daran, dass GVO auf dem klägerischen Feld ausgebracht worden waren. Die Voraussetzungen des § 26 Abs. 4 GenTG wurden daher im vorliegenden Fall vom Senat als erfüllt gesehen, so dass die Behörde gar keine Möglichkeit hatte, auf den Erlass einer Beseitigungsanordnung zu verzichten (Rdnr. 55).

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des Senats zur Wiederholungsgefahr. Hier legt der Senat ein weites Verständnis zugrunde, wenn er die vorliegende Konstellation mit der von Importware aus dem Nicht-EU-Ausland vergleicht.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat am 22. November 2013 eine Pressemitteilung zu dieser Entscheidung herausgegeben, auf die ergänzend Bezug genommen wird.

=====

22 BV 11.1307  
Au 1 K 10.937

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigefügt:

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

wegen

gentechnikrechtlicher Anordnung;

hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 29. März 2011,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 7. November 2013

**am 14. November 2013**

folgendes

**Urteil:**

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte.  
Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen werden nicht erstattet.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin und die Beigeladene dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

- 1 Die Klägerin kaufte im Frühjahr 2010 66 Einheiten Saatmais der in Ungarn hergestellten konventionellen Maissorte PR 38 H 20 mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/831 W. Dieses Saatgut war von der Beigeladenen fertig aufbereitet und in den Handel gebracht worden. Die Aussaat von 63 Einheiten dieser Partie erfolgte Anfang April 2010 auf einer Fläche von 36 ha (nach Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht vom 29.3.2011).
  
- 2 Am 9. Februar 2010 ließ die Landwirtschaftskammer Hannover bei der Beigeladenen durch einen staatlich anerkannten Probenehmer, der seinerzeit Bediensteter der Beigeladenen war, mittels eines Probenstechers eine Probe für eine Untersuchung auf Verunreinigungen mit gentechnisch veränderten Organismen (ab hier: GVO) aus dem Regal entnehmen, in dem die Beigeladene ihre Rückstellproben für die in Niedersachsen anerkannten Saatgutpartien aufbewahrt. Die von der Landwirtschaftskammer Hannover bei der Beigeladenen entnommene Probe gehörte zu den Rückstellmustern im Rahmen der Saatgutenerkennung. Gegenstand der Probenahme war Saatmais der konventionellen Sorte PR 38 H 20 mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/739. Die Partie Saatmais der Sorte PR 38 H 20 mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/831 W, die von der Klägerin im Frühjahr 2010 ausgesät worden war, war aus dem Saatmais mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/739 durch Ausbeizung, Reinigung und weitere Aufbereitung hergestellt worden. Während der Reinigung über ein weitmaschiges Schüttelsieb wird das Saatgut von Bruchkörnern, Spindelresten, Stäuben und weiteren Verunreinigungen gereinigt (S. 14 f. des Schriftsatzes der Beigeladenen vom 10.10.2011).
  
- 3 Die entnommene Saatgutprobe wurde vom Niedersächsischen Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit visuell überprüft und im Beisein von den Vorgang überwachenden Mitarbeitern in drei Teilproben (sog. Subsamples) zu je 1000 Körnern aufgeteilt. Bei der visuellen Überprüfung wurden keine Bruchstücke festgestellt (amtliche Auskunft der Wissenschaftlichen Angestellten N\*\*\*\*\* in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof). Die drei Teilproben wurden jeweils getrennt vermahlen (vgl. Schriftsatz der Beigeladenen vom 2.10.2012, S. 7).
  
- 4 Das Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit analysierte die Teilproben dem Untersuchungsbericht zu Folge am 19. Februar 2010

(vgl. Bl. 21 der Behördenakten). Während bei zwei Teilproben keine GVO nachgewiesen wurden, gelang bei einer von diesen drei Teilproben ein derartiger Nachweis. Als Nachweisgrenze wurde gemäß dem Prüfplan 0,1% angegeben. Festgestellt wurde eine Verunreinigung von weniger als 0,1% mit der gentechnisch veränderten Maislinie NK 603. Es wurden DNA-Sequenzen nachgewiesen, die spezifisch für die Maislinie NK 603 sind (vgl. Untersuchungsbericht des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 27.4.2010, Bl. 21 ff. der Behördenakten).

5 Nach Angaben der Beigeladenen (Schriftsatz v. 10.10.2011, S. 5) handelt es sich bei der gentechnisch veränderten Maislinie NK 603 um ein Produkt, das von der Firma M\*\*\*\*\* hergestellt wird. Dieses Produkt wird auch als „R\*\*\*\*\*“ bezeichnet und soll Mais gegen das Herbizid Glyphosat, Handelsname „R\*\*\*\*\*“, tolerant machen. Nach der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 3. März 2005 (2005/448/EG, ABl. EG Nr. L 158, S. 20) dürfen aus der gentechnisch veränderten Maissorte NK 603 gewonnene Futter- und Lebensmittel sowie Lebensmittelzusätze gemäß der Beschreibung und Spezifikation im Anhang dieser Entscheidung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht werden. Ein Anbau bzw. eine Aussaat dieser Maissorte ist durch die Entscheidung allerdings nicht zugelassen worden. Zwar hat die Firma M\*\*\*\*\* unter dem 5. Oktober 2005 einen Antrag auf Zulassung des Anbaus der Maissorte NK 603 gestellt. Nach Angaben der Beigeladenen hat das Gremium für GVO der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) in seinem wissenschaftlichen Gutachten festgestellt, dass Mais der Linie NK 603 auch im Anbau so sicher sei wie sein konventionelles Gegenstück. Schädliche Auswirkungen hält dieses Gremium allein infolge des Herbizideinsatzes für möglich, der bei dieser herbizidresistenten Maissorte ermöglicht wird (so die Zusammenfassung des Gutachtens im EFSA Journal 2009, 1137, S. 1 ff., vgl. S. 154 ff. der VGH-Akte). Die Europäische Kommission hat über den Antrag auf Zulassung des Anbaus der Maissorte NK 603 jedoch noch keine Entscheidung getroffen.

6 Einer Mitteilung des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 14. Mai 2010 zufolge wurde die Untersuchung der streitgegenständlichen Probe am 19. Februar 2010 begonnen und am 9. April 2010 mit der offiziellen Ergebnismitteilung an das Niedersächsische Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung abgeschlossen.

Mit E-Mail vom 27. April 2010 leitete das Niedersächsische Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung die Ergebnisse der Analysen an das Niedersächsische Ministerium für Umwelt und Klimaschutz weiter.

- 8 In E-Mails des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 7. Mai 2010 (Bl. 253 f. der VGH-Akte) wird ausgeführt: „Die Teilproben, die in die Homogenisierung und damit in die Untersuchung gehen, haben jeweils einen Umfang von 1000 Körnern. Ein einzelnes Korn in diesen 1000 bedeutet 0,1%. Bei einem Nachweis unter 0,1% ist bei der Interpretation zu hinterfragen, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass dieses positive Ergebnis gleichbedeutend mit dem Vorliegen eines lebensfähigen GVOs in der untersuchten Probe ist. Der Nachweis eines lebensfähigen GVOs ist daher aus den bisherigen Untersuchungsergebnissen nicht sicher abzuleiten... Insofern ergibt sich die ... angesprochene Sicherheit/Unsicherheit aus den statistischen Wahrscheinlichkeiten, die z.B. mit dem seed calc Programm ermittelt werden können.“
- 9 Einem Vermerk des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt und Klimaschutz vom 7. Mai 2010 zufolge (Bl. 185 der VGH-Akte) äußerte das Niedersächsische Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung am 28. April 2010 Zweifel an der Gerichtsfestigkeit der Ergebnisse der Analysen und übersandte dem Niedersächsischen Ministerium für Umwelt und Klimaschutz am 29. April 2010 eine geänderte Ergebnistabelle u.a. ohne den streitgegenständlichen positiven Befund. Am 30. April 2010 setzte das Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung das Ministerium für Umwelt und Klimaschutz davon in Kenntnis, dass nun doch die Mitteilung vom 27. April 2010 u.a. mit der streitgegenständlichen positiven Probe beachtlich sei.
- 10 Das Niedersächsische Ministerium für Umwelt und Klimaschutz führte in einem Aktenvermerk vom 7. Mai 2010 (Bl. 185 ff. der VGH-Akte) Folgendes aus: „Es ist nicht geklärt, was zwischen der ersten Eingabe der positiven Befunde am 19. Februar 2010 bis zum ersten Hinweis über vollzugsrelevante Daten für das Umweltministerium am 27. April 2010 geschehen ist. Die notwendige Kommunikation der Ergebnisse liegt allein in der Ressortzuständigkeit des Landwirtschaftsministeriums. Nach Beschluss der ACK der AMK sollen positive GVO-Befunde vor der Aussaat bekannt gegeben werden. Dies geht zurück auf eine Empfehlung der LAG-Gentechnik. Der Aussaattermin wurde in diesem Fall deutlich überschritten. Die betreffenden Proben und Protokolle entsprechen in mehrfacher Hinsicht nicht der gän-

gigen Praxis: Probenahme aus einer Partie, welche zum größten Teil bereits 2009 ausgesät worden ist; alleiniger Rückgriff auf Rückstellproben der Firma; Widersprüche in der Identität von tatsächlicher Partie und beprobter Partie; Bürofehler im Niedersächsischen Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit und nachträgliche Änderung der Protokolle. Nach Bekanntwerden der Daten am 27. April wurde das Landwirtschaftsministerium durch das Umweltministerium mehrfach um Klarstellung gebeten. Landwirtschaftsministerium und Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit bestätigten jeweils die Vollzugsrelevanz der für die Sorte PR 38 H 20 gewonnenen Daten“.

- 11 Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 übersandte das Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit dem Niedersächsischen Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung die endgültigen Prüfberichte für die Partie D/H 4629/739 mit dem bereits dargestellten positiven Befund.
  
- 12 Mit E-Mail vom 12. Mai 2010 (Bl. 37 f. der Behördenakten) nahm das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit zu den verfahrensgegenständlichen Probenahmen und Analyseergebnissen Stellung: „Wenn in der Rohware gentechnisch veränderte Bestandteile gefunden wurden, ist davon auszugehen, dass auch in der aufbereiteten und gebeizten Partie gentechnisch veränderte Samen enthalten sind... Das Konzept „Harmonisierte Saatgutüberwachung auf GVO-Anteile“ (AMK/Umwelt – Umlaufbeschluss 9/2006) sieht für die Probenahme im Rahmen der Saatenanerkennung die Entnahme von vier Proben vor. Es wird jeweils eine Probe benötigt für die Saatgutenerkennung, die Rückstellprobe Saatgutenerkennung/GVO beim probengebenden Betrieb, die GVO-Analyse und die Rückstellprobe GVO-Analyse (Labor). Nach Aussage (ergänzt: der Beigeladenen) wurde im vorliegenden Fall vermutlich für die GVO-Analytik die im Konzept mit Rückstellprobe Saatgutenerkennung/GVO beim probengebenden Betrieb bezeichnete Probe verwendet. Aus dem Konzept ergeben sich keine Unterschiede bezüglich der Probenahme der vier Proben. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso die Verwendung der Rückstellprobe Saatgutenerkennung/GVO beim probengebenden Betrieb für die GVO-Analytik einen Einfluss auf das Ergebnis haben soll. Aus den Argumenten der (ergänzt: Beigeladenen) ergeben sich unter Zugrundelegung der vorliegenden Informationen keine Anhaltspunkte, die niedersächsischen Untersuchungsergebnisse in Zweifel zu ziehen“.

Einem Aktenvermerk der Regierung von Oberbayern vom 20. Mai 2010 zufolge bestanden bei der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft Zweifel an der Belastbarkeit des Untersuchungsergebnisses. Nicht ohne Grund habe sich Baden-Württemberg entschieden, nichts zu unternehmen. Jedenfalls könne die Rohware nicht mit dem abgemischten Saatgut gleichgesetzt werden, weil z.B. durch Reinigungsprozesse noch etliches Material ausgesondert werde, so dass die Aussagekraft für das Endprodukt Saatgut nicht gegeben sei (Bl. 45 der Behördenakten).

- 14 Einem Aktenvermerk der Regierung von Oberbayern vom 28. Mai 2010 zufolge vertrat die Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft die Auffassung, die auf dem Probenahmeprotokoll angegebene Nummer 4629/739 mache deutlich, dass es sich bei der beprobten Partie schon um Saatgut, nicht etwa um Rohware vor dem Herstellungsprozess gehandelt habe. Auch sei auf dem Protokoll angegeben, dass das Saatgut ungebeizt gewesen sei. Weil es nach Angaben der Beigeladenen vor dem Verkauf noch gebeizt worden sei, habe die wieder verschlossene Verpackung danach eine neue Anerkennungsnummer mit „W“ benötigt. Das Untersuchungsergebnis sei in diesem Fall nicht zwingend auf die wieder verschlossenen Einheiten übertragbar, weil nicht sicher ausgeschlossen werden könne, dass die während des Aufschlusses erfolgten Behandlungsschritte ohne Einfluss auf den Untersuchungsbe fund gewesen seien. Wenn das Saatgut beispielsweise kalibriert werde, also Bruchstücke aussortiert würden, ändere sich zwar bei einer unterstellten homogenen Verteilung der gentechnisch veränderten Bestandteile nicht deren relativer Anteil an der Gesamtmenge; angesichts der gemessenen Spuren sei es aber nicht unbedingt unwahrscheinlich, dass genau die wenigen gefundenen Teile ausgesondert worden seien (Bl. 81 der Behördenakten).
- 15 Nach unbestrittener Mitteilung der Beigeladenen sind im Rahmen des Saatgutmonitorings in verschiedenen Bundesländern auch Schwesterpartien der Sorte PR 38 H 20 untersucht worden; in diesen Partien wurden keine GVO-Spuren festgestellt. Zudem konnte die Beigeladene Restbestände des Saatguts der Partie D/H 4629/831 W aus dem Markt zurückholen. Auch dieses Saatgut wurde untersucht; es wies keine GVO-Spuren auf (Schriftsatz v. 10.11.2011, S. 12). Dagegen konnten bei einem Landwirt in Baden-Württemberg 17 Pflanzen der gentechnisch veränderten Maissorte NK 603 nachgewiesen werden, der die konventionelle Maissorte PR 38 H 20 angebaut hatte (Bl. 410 bis 415 der VGH-Akte).

Nach Ermittlung der Vertriebswege und nach Anhörung der Klägerin ordnete die Regierung von Oberbayern mit Bescheid vom 22. Juni 2010 u.a. Folgendes an: Die Klägerin wurde verpflichtet, die Maispflanzen auf den von ihr bewirtschafteten Flächen, auf denen Saatmais der Sorte PR 38 H 20 mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/831 W ausgesät wurde, innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe des Bescheids zu beseitigen. Als Beseitigungsart wurde intensive, mischende und flache Bodenbearbeitung mit ca. 10 cm Arbeitstiefe mit zapfwellenangetriebenem Gerät oder Scheibenegge vorgeschrieben. Die Klägerin wurde darüber hinaus verpflichtet, eventuell vorhandene Restsaatgutmengen nicht auszusäen und innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe des Bescheids zu beseitigen, so dass die Keimfähigkeit der Körner sicher verhindert werde. Als Alternative komme die Rückgabe an den Verkäufer oder Saatguthersteller zum Zwecke der schadlosen Beseitigung in Betracht. Die Regierung ordnete die sofortige Vollziehbarkeit der genannten Verpflichtungen mit der Begründung an, dass die Maisblüte in Bayern bereits Mitte Juli beginne. Für den Fall der Nichterfüllung wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro für jede einzelne Verpflichtung angedroht.

- 17 Die Klägerin kam diesen Anordnungen bereits am 25. Juni 2010 fristgerecht und vollumfänglich nach. Sie brach die Maisflächen von rd. 36 ha vollständig um. Eine von der Klägerin vorgenommene Nachpflanzung war nach deren Angaben nur teilweise erfolgreich. Die Klägerin gab das Saatgut an den Hersteller zurück, welches nicht ausgesät worden war. Das zuständige Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten bestätigte den Vollzug mit Schreiben vom 9. August 2010. Die Klägerin bezifferte den ihr entstandenen Schaden mit 60.000 Euro (Schriftsatz vom 31.10.2012).
- 18 Die Klägerin erhob am 9. Juli 2010 Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg mit dem Antrag, den Bescheid der Regierung von Oberbayern vom 22. Juni 2010 aufzuheben. Am 23. Juli 2010 beantragte sie stattdessen die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverpflichtungen hinsichtlich des ausgesäten und des nicht ausgesäten Maissaatguts. Die Klägerin machte zunächst geltend, sie beabsichtige Schadensersatz oder Entschädigungsansprüche an den Beklagten zu richten. Später ging sie dazu über, die Gefahr der Wiederholung des Erlasses gleichartiger Untersagungs- und Beseitigungsbescheide geltend zu machen. Kein Saatguthersteller könne GVO-Verunreinigungen in geringster Form künftig ausschließen. Hierzu merkte die Regierung von Oberbayern in der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2011 an, dass in den letzten 15 Jahren in Bayern nur zwei-

mal der Fall aufgetreten sei, dass gentechnisch verändertes Saatgut nicht rechtzeitig vor der Aussaat habe aus dem Verkehr gezogen werden können.

- 19 Mit Urteil vom 29. März 2011 wies das Verwaltungsgericht die Klage als zulässig, aber unbegründet ab.
- 20 Die Klägerin hat die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt.
- 21 Während des Berufungsverfahrens wurde der Saatguthersteller vom Verwaltungsgerichtshof zum Verfahren beigeladen.
- 22 Während des Berufungsverfahrens erging ein Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2012 - 7 C 8/11 -, wonach eine Freisetzung von GVO begrifflich auch dann vorliegen könne, wenn der Handelnde keine Kenntnis vom Vorhandensein von GVO hat. Auch in solchen Fällen komme § 26 Abs. 4 Satz 1 GenTG als Befugnisnorm in Betracht; ein Ermessensspielraum für die zuständige Behörde sei dort nicht vorgesehen.
- 23 Die Klägerin und die Beigeladene beantragen nunmehr, unter Änderung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 29. März 2011 festzustellen, dass die Verpflichtungen in Nrn. 1 und 2 des Bescheids der Regierung von Oberbayern vom 22. Juni 2010 rechtswidrig waren.
- 24 Die Klägerin und die Beigeladene tragen nunmehr unter Berücksichtigung des genannten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts im Wesentlichen Folgendes vor: Im vorliegenden Fall könne ein Verstoß gegen das Gentechnikgesetz nicht tatsächlich festgestellt werden, insbesondere eine Freisetzung von GVO ohne erforderliche Genehmigung nicht nachgewiesen werden. Der bloße Verdacht einer Verunreinigung mit GVO reiche insofern nicht aus. Im vorliegenden Fall sei regelwidrig eine Rückstellprobe für die Saatgutenerkennung getestet worden. Zu bedenken sei, dass das getestete Saatgut vor dem Vertrieb noch gebeizt und intensiv gereinigt worden sei. Die von der Beigeladenen aufbereitete und von der Klägerin erworbene und ausgesäte Partie mit der Anerkennungs-Nr. D/H 4629/831 W sei nicht beprobt worden. Die Ergebnisse der Analyse der nicht fertig aufbereiteten Rohware mit der Anerkennungs-Nr. D/H 4629/831 W seien insofern nicht übertragbar. Es sei auch nicht sicher, dass die Probenahme und die Probeanalyse fachlich korrekt vorgenommen worden seien. Bei einem Nachweis einer Verunreinigung von weniger als 0,1% bei einer

1000 Körner umfassenden Teilprobe könne höchstens ein einzelnes Korn ein lebensfähiger GVO gewesen sein, und dies sei nicht sicher. Wenn nur transgene Genkopien gefunden worden seien, dann sage dies nichts über den Vitalitätszustand und die Vermehrungsfähigkeit dieser Genkopien aus. Im ordnungsgemäßen Laborbetrieb wäre eine Untersuchung des Saatguts auf GVO-Spuren innerhalb kurzer Zeit, jedenfalls innerhalb von sieben bis zehn Tagen ohne Weiteres möglich gewesen, so dass die Ergebnisse der Saatgutanalysen rechtzeitig vor der Mais-Aussaaf hätten verfügbar sein können. Was die Feststellungen aus Baden-Württemberg angehe, so seien von der Maissorte PR 38 H 20 im Jahr 2010 insgesamt 31 verschiedene Partien nach Baden-Württemberg geliefert worden, nicht nur die Partie D/H 4629/831 W.

- 25 Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.
- 26 Die Befugnisnormen des Gentechnikgesetzes müssten im Lichte des staatlichen Schutzauftrags ausgelegt werden, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 24. November 2010 (Rn. 133 ff., 241, 304) herausgearbeitet habe. Zur Bekämpfung der Gefahren der Gentechnik sei eine weitgehende Minimierung des Umweltkontakts von GVO im Freiland geboten.
- 27 Es sei nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen, dass die vorliegend gefundenen minimalen GVO-Spuren von unter 0,1% aus Verunreinigungen aus anderen Quellen stammten. Dies sei im ordnungsgemäßen Laborbetrieb nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen. Dass eine beim Hersteller vorhandene Rückstellprobe zur Saatguterkennung im vorliegenden Fall analysiert worden sei, sei nach der nicht zu beanstandenden fachlichen Einschätzung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit ohne Einfluss auf das Analysenergebnis. Die anschließende Säuberung und Beizung führe nicht zu einer gezielten Eliminierung der GVO-Anteile aus dem restlichen Saatgut. Daher sei es unerheblich, dass die Vorschriften über die Probenahme beim vorbereiteten Saatgut nicht eingehalten worden seien. Sei in einer Probe gentechnisch verändertes Material gefunden worden, so mache eine zweite Probe ohne einen solchen Befund das erste Ergebnis nicht ungeschehen. Dies wäre nur möglich, wenn jedes einzelne Saatkorn untersucht und damit zerstört würde. Die Verteilung der Kontamination sei eben nicht zwingend homogen; bei einer Verunreinigung von unter 0,1% könnten negative Ergebnisse von Zweitproben nicht überraschen.

Ein Landwirt in Baden-Württemberg habe Saatgut der streitgegenständlichen Maislinie PR 38 H 20 ausgesät. Nach der Anwendung des Pflanzenvernichtungsmittels Glyphosat seien 19 Pflanzen stehen geblieben. Nach elektronischer Mitteilung des baden-württembergischen Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Ernährung und Verbraucherschutz habe eine Untersuchung ergeben, dass in 17 dieser Pflanzen die Maissorte NK 603 nachweisbar gewesen sei. Ein Mitarbeiter des Amts für Landwirtschaft in S\*\*\*\*\* habe bei dem betroffenen Landwirt auf einem Anhänger Saatgut mit dem Packzettel der Partie D/H, 4629/831 W gefunden. Diese Umstände seien aussagekräftig, wenn auch nicht ganz ausgeschlossen werden könne, dass die betroffenen Landwirte anderes Saatgut in nennenswertem Umfang zugemischt hätten.

- 29 Die Regierung von Oberbayern habe sich hier von der Vorstellung leiten lassen, dass die Verbreitung nicht zugelassener GVOs zuverlässig verhindert werden müsse. Dazu sei eine schadlose Beseitigung geeignet und erforderlich gewesen. Es habe vermieden werden sollen, dass die Pflanzen mit der Blüte auskreuzen oder GVOs in Imkereiprodukte übertragen. Mais der Sorte NK 603 sei geeignet, GVOs in konventionellen Mais zu übertragen. Wären die Maispflanzen nicht beseitigt worden, hätte die Maisblüte zu einer unkontrollierten Verbreitung durch Auskreuzung und Insekten (Bienen) führen können. Dies sei auch bei Verunreinigungen im Spurenbereich zu verhindern, da bereits eine gentechnisch veränderte Pflanze diese Gefahr der unerwünschten Verbreitung in sich berge.
- 30 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 31 Die Berufung ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
- 32 1. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht entweder als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO oder als Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig angesehen. Das im Fall des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche berechnete Interesse an der begehrten Feststellung und auch das in

§ 43 Abs. 1 VwGO geforderte berechtigte Interesse an der baldigen Feststellung liegen vor.

- 33 a) Das Verwaltungsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass die Absicht der Klägerin, im Falle eines Obsiegens Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen, im vorliegenden Fall kein Feststellungsinteresse begründet. In den Fällen der Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung muss sich die Klägerin darauf verweisen lassen, dass hier unmittelbar die Anrufung der Zivilgerichte möglich ist (BVerwG, U.v. 20.1.1989 – 8 B 30.87 – BVerwGE 81, 226; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 136 m.w.N.). Bei Klageerhebung am 9. Juli 2010 war die strittige Anordnung bereits irreversibel vollzogen worden; die Klägerin hatte der strittigen Anordnung bereits am 25. Juni 2010 Folge geleistet.
- 34 b) Das Verwaltungsgericht hat zu Recht das Feststellungsinteresse mit der sog. Wiederholungsgefahr begründet. Dies setzt die hinreichend bestimmte Gefahr voraus, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehe (BayVGH, U.v. 25.2.2013 – 22 B 11.2587 – Rn. 43; BVerwG, U.v. 16.10.1989 – 7 B 108/89 – NVwZ 1990, 360). Es müssen dann also im Wesentlichen die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse vorliegen wie in dem für die Beurteilung des erledigten Verwaltungsakt maßgeblichen Zeitpunkt. Ist dies dagegen nicht hinreichend wahrscheinlich, sondern völlig ungewiss, ist keine das Feststellungsinteresse rechtfertigende Wiederholungsgefahr gegeben (Schmidt in Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 113 Rn. 86 a m.w.N.). Dabei ist nicht der Nachweis erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrundeliegen werden wie vor der Erledigung des Verwaltungsakts. Entscheidend ist die Möglichkeit der Klärung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zukünftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften (BVerwG, B.v. 21.10.1999 – 1 B 37.99 – Buchholz 310, § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 7). Werden sich die Verhältnisse zwar in tatsächlicher Hinsicht in Zukunft teilweise geändert haben, lässt die zuständige Behörde aber ihre Absicht erkennen, an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festzuhalten und gleichartige Verwaltungsakte zu erlassen, kann es der Klägerseite unzumutbar sein und ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) verletzen, sie auf eine erneute, ihr nachteilige Behördenentscheidung zu verweisen (BVerwG, B.v. 26.4.1993 – 4 B 31/93 – NVwZ 1994, 282/283). Ein solcher Fall ist hier gegeben.

35 Im vorliegenden Fall besteht die hinreichend wahrscheinliche Gefahr, dass der Beklagte gegenüber der Klägerin künftig eine gleichartige Anordnung erlässt. Die Verunreinigung von konventionellem Maissaatgut mit gentechnisch verändertem Maissaatgut ist weiterhin möglich, weil gentechnisch verändertes Maissaatgut weiterhin hergestellt wird und außerhalb Europas weit verbreitet ist. Es ist auch nicht untypisch, dass derartige Verunreinigungen als Folgen von Unachtsamkeiten welcher Art auch immer sehr geringfügig sind und sich im Bereich der Nachweisgrenze bewegen. Zwar sollen nach Nr. 3 des Handlungsleitfadens der Bund/Länder Arbeitsgemeinschaft Gentechnik (LAG) „Harmonisierte Experimentelle Saatgutüberwachung auf GVO-Anteile“ vom November 2005 die Ergebnisse der Analysen von Saatgut vor der Aussaat vorliegen, damit ein evtl. Vollzug nicht nach der Aussaat zu erfolgen braucht. Die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof hat insofern ergeben, dass Beprobungen und Analysen von im Inland hergestelltem (fertig aufbereitetem) Maissaatgut so zeitig erfolgen können, dass die Ergebnisse wiederum so zeitig vorliegen, dass behördliche Reaktionen vor der Aussaat des Maissaatguts praktisch immer möglich sind. Hieraus kann eine hinreichend wahrscheinliche Wiederholungsgefahr wohl nicht abgeleitet werden. Hinreichend wahrscheinlich ist aber, dass bei Importen von fertig aufbereitetem konventionellem Maissaatgut aus dem Ausland Beprobungen und Analysen erst bei späteren Abnehmern und damit zu nah vor dem Termin der Aussaat stattfinden können; hierauf hat die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof unwidersprochen hingewiesen. Für die Klägerin kommt der Bezug importierten Maissaatguts in gleicher Weise in Betracht, nachdem nur die Maissorte, nicht aber die (vorhandene) Kennzeichnung der Herkunft für Landwirte bedeutsam ist; hierauf hat die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof ebenfalls unwidersprochen hingewiesen. Der Umstand, dass das importierte Maissaatgut anders als das im vorliegenden Fall beprobte Maissaatgut bereits fertig aufbereitet ist, lässt den rechtlichen Dissens zwischen den Beteiligten in wesentlichen Punkten nicht entfallen. Von Verunreinigungen wie im vorliegenden Fall können mitunter zahlreiche mit importiertem konventionellem Maissaatgut belieferte Landwirte gleichzeitig betroffen sein, so dass auch die Klägerin immer wieder betroffen sein kann. Hinzu kommt, dass solche Situationen eine erhebliche Belastung für einen landwirtschaftlichen Betrieb wie den der Klägerin darstellen; die Klägerin beziffert ihren Schaden auf ca. 60.000 Euro.

36 2. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen.

- 37 a) Für die strittige gentechnikrechtliche Anordnung besteht eine geeignete Rechtsgrundlage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ermöglicht es § 26 Abs. 4 GenTG auf der Rechtsfolgenseite, die Beseitigung von Maispflanzen zu verlangen, die aus konventionellem Saatgut mit geringfügigen Verunreinigungen mit gentechnisch verändertem Saatgut hervorgegangen sind. Das Gesetz sieht keine Minimalgrenze vor, unterhalb derer die Verunreinigung vernachlässigbar gering wäre. Der Gesetzgeber bewegt sich insofern im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen. Angesichts einer hochkontroversen gesellschaftlichen Diskussion zwischen Befürwortern und Gegnern der Anwendung von Gentechnik bei Kulturpflanzen und eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstands der Wissenschaft insbesondere bei der Beurteilung von Ursachenzusammenhängen und langfristigen Folgen eines solchen Einsatzes von Gentechnik trifft den Gesetzgeber auf diesem Gebiet eine besondere Sorgfaltspflicht. Der Gesetzgeber muss hier den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag beachten, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Dieser Auftrag schließt nicht nur die Gefahrenabwehr, sondern auch die Risikovorsorge ein (BVerfG, U.v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 – NVwZ 2011, 94/98 Rn. 137). Von daher bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, die Beseitigung nur geringfügig in dieser Weise verunreinigter Anpflanzungen zu verlangen. Auch unionsrechtlich ist geklärt, dass die Schutzgüter des Gentechnikrechts es rechtfertigen können, dass Zulassungsvorbehalte ohne jegliche Toleranzschwellen gelten (vgl. EuGH, U.v. 6.9.2011 – Rs C 442/09 – NVwZ 2011, 1312/1315 Rn 103 ff.). Die Beseitigung „hat“ zu geschehen; der zuständigen Behörde steht insofern kein Ermessen zu (BVerwG, U.v. 29.2.2012 – 7 C 8.11 – Rn. 12 ff., Rn. 16). Der Verwaltungsgerichtshof sieht keinen Anlass, hiervon abzuweichen.
- 38 b) Die Eingriffsvoraussetzungen des § 26 Abs. 4 GenTG waren im vorliegenden Fall erfüllt. Auf der Tatbestandsseite muss eine Freisetzung i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 3 Nr. 5 GenTG vorliegen, d.h. ein gezieltes Ausbringen von GVO ohne entsprechende Genehmigung; es müssen also GVO im konventionellen Saatgut vorhanden sein. Die materielle Beweislast liegt beim Beklagten (BVerwG a.a.O. Rn. 33). Das Bundesverwaltungsgericht verlangt insofern in Anwendung von § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO das Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugung, die dann gegeben ist, wenn vernünftige Zweifel nicht mehr bestehen. Dabei darf aber sog. sachtypischen Beweisschwierigkeiten Rechnung getragen werden, die hier daraus folgen, dass gerade die auf den Feldern der Klägerin ausgebrachte Saat bzw. der dortige Aufwuchs bereits vernichtet sind (BVerwG a.a.O. Rn. 33). Dies bedeutet,

dass die entfernte theoretische Möglichkeit, dass die vorliegenden Analysenergebnisse unzutreffend sind und in Wirklichkeit keine Aussaat von derart verunreinigtem Maissaatgut vorlag, für vernünftige Zweifel nicht ausreicht. Die Klägerin und die Beigeladene machen im vorliegenden Fall zwar vernünftige Zweifel am Vorhandensein von GVO im von der Klägerin ausgebrachten Saatgut geltend. Dem kann indes nicht gefolgt werden.

39 aa) Entgegen der Ansicht der Klägerin und der Beigeladenen ergeben sich derartige vernünftige Zweifel nicht daraus, dass bereits die Probenahme fehlerhaft gewesen sei. Dies war nämlich nicht in einer Weise der Fall, die sich auf das Ergebnis ausgewirkt haben könnte.

40 Die Proben wurden im vorliegenden Fall zwar dem Regal entnommen, in dem die Beigeladene ihre Rückstellproben für die in Niedersachsen anerkannten Saatgutpartien aufbewahrte. Es handelte sich um Rückstellmuster im Rahmen der Saatgutankennung nach dem Saatgutverkehrsgesetz. Damit wurde die Untersuchung auf GVO zwar möglicherweise formal im Widerspruch zum Handlungsleitfaden der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Gentechnik (LAG) „Harmonisierte Experimentelle Saatgutüberwachung auf GVO-Anteile“ vom November 2005 an der für die Zwecke der Saatgutankennung gezogenen Rückstellprobe „Saatgutankennung“ durchgeführt (vgl. S. 5 dieses Konzepts; vgl. dazu auch Bayerisches Landesamt für Gesundheit und Verbraucherschutz im Schreiben vom 16.11.2012, S. 5). Eindeutig ist dies allerdings nicht, weil in der Auflistung der benötigten Proben die Rückstellprobe Saatgutankennung beim probengebenden Betrieb mit dem Zusatz („/GVO“) aufscheint. Nr. 3.1 desselben Handlungsleitfadens in der Fassung vom 26./ 27. Oktober 2010 (vgl. S. 1 FN 1), sieht insofern allerdings eine Beprobung „parallel zur Saatgutankennung“ vor, d.h. wohl: zwei parallel vorgenommene Beprobungen. Ob die hier angewandte Verfahrensweise den verwaltungsinternen Vorgaben entsprach oder nicht, kann aber dahingestellt bleiben. Vernünftige Zweifel am Ergebnis der Probenahme ergeben sich daraus jedenfalls nicht.

41 Soweit die Klägerin und die Beigeladene meinen, dass den Herstellerbetrieben gerade bei Probenahmen im Rahmen der Saatgutankennung keine Reinigung der Probenahmegerätschaften vorgeschrieben sei und diese deshalb verunreinigt sein könnten, so dass sie Fremdbesatz aus früheren Probenahmen eintragen könnten, handelt es sich nur um eine theoretische Möglichkeit. Nichts spricht dafür, dass dies bei der Probenahme am 9. Februar 2010 bei der Klägerin vorgekommen ist.

42 Nach einer von der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof bestätigten Mitteilung der Landwirtschaftskammer Niedersachsen vom 3. Mai 2013 verfügt die Beigeladene selbst über zugelassene Probenstecher, die dort von staatlich anerkannten Probenehmern eingesetzt werden. Einschleppungen von Verunreinigungen von außen sind so nicht denkbar. Eine sorgfältige Probenahme mit entsprechender Reinigung der Probenahmegeräte vor jeder Probenziehung lag im alleinigen Verantwortungsbereich der Beigeladenen und war schon dadurch gewährleistet. Die Beigeladene macht zwar geltend, nach den damaligen Gepflogenheiten in ihrem Betrieb sei die Reinigung des Probenstechers vor der Probenahme bei der Ziehung von Saatgutproben nicht Praxis gewesen. Konkrete Tatsachen kann sie insofern allerdings nicht benennen. Der Verwaltungsgerichtshof hält es für sehr unwahrscheinlich, dass im vorliegenden Fall an dem Probenstecher ausgerechnet ein ganzes GVO-Korn oder ein Bruchstück hiervon aus einem anderen beprobten Sack zunächst hängenblieb und sodann in die gezogene Probe fiel. Selbst wenn es ab und zu vorkommen sollte (und bereits dies ist bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt schon äußerst selten), dass aus Unachtsamkeit des Probenehmers (mangels Säuberung des Geräts) eine solche Übertragung stattfände, so müsste es sich bei dem Fremdeintrag gerade um ein GVO-verunreinigtes Korn bzw. Kornbruchstück handeln, was bei einem Hersteller von konventionellem Maissaatgut trotz des bestehenden Verunreinigungsrisikos wiederum ein extremer Zufall wäre (so überzeugend das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit im Schreiben vom 16.11.2012, S. 6 f.). Außerdem ist es für den Verwaltungsgerichtshof generell nicht nachvollziehbar, dass ein ganzes (womöglich gentechnisch verändertes) Maiskorn, das auch mit dem bloßen Auge deutlich sichtbar ist, nach einer Probenziehung nicht entfernt worden ist, wenn es „hängen geblieben“ sein sollte. Im Fall der Beigeladenen sind etwaige Nachlässigkeiten umso weniger wahrscheinlich, als diese seit 2005 im Einvernehmen mit den zuständigen niedersächsischen Behörden so verfährt, dass aus Rückstellproben für die Saatguterkennung Proben für die GVO-Analyse entnommen werden. Dies haben die amtlichen Auskünfte von Biologieoberrat S\*\*\*\*\* in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof ergeben. Die Beigeladene wusste also darüber Bescheid, welchen „fremden“ Zwecken Rückstellproben für die Saatguterkennung zugeführt werden konnten. Der Verwaltungsgerichtshof hat keinen Anlass, zu bezweifeln, dass sich die Beigeladene situationsangepasst verhalten hat.

Auch ist die konkrete Probenahme von 9. Februar 2010 nach allen sonst bekannt gewordenen tatsächlichen Umständen fehlerfrei vorgenommen worden. Im Protokoll über die Probenahme vom 9. Februar 2010 (Bl. 24 der Behördenakten) bestätigte ein Mitarbeiter der Landwirtschaftskammer Hannover, dass die herangezogene Rückstellprobe „unter Beachtung der Probenehmer-Richtlinie Saatgut“ erfolgt sei. Anhaltspunkte dafür, dass die Bestätigung falsch sein könnte, bestehen nicht. Dass auf dem Probenahmeprotokoll die Überschrift „Saatgutkontrolle (§ 28 SaatG)“ steht, hat keine inhaltlichen Auswirkungen. Die Art und Weise der Probenahme bei der Saatgut- anerkennung unterscheidet sich nicht von der Probenahme bei der GVO-Analyse.

- 44 Auch für etwaige Verunreinigungen durch Fremdeintrag von Stäuben bestehen keine Anhaltspunkte. Nach der nachvollziehbaren Beurteilung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit im Schreiben vom 16. November 2012 (S. 6 f.) ist auf Grund des in Niedersachsen angewendeten sog. Subsamplingverfahrens eine Staubverunreinigung ausgeschlossen. Es wurden im vorliegenden Fall drei Subsamples mit jeweils 1000 Körnern untersucht. Nur ein Subsample war positiv. Wäre eine Verunreinigung mit gentechnisch verändertem Staub die Ursache für den positiven Befund gewesen, hätten nach aller Wahrscheinlichkeit alle drei Subsamples ein positives Ergebnis liefern müssen.
- 45 bb) Entgegen der Ansicht der Klägerin und der Beigeladenen ergeben sich vernünftige Zweifel auch nicht daraus, dass die nicht fertig aufbereitete Rohware mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/739 beprobt wurde, nicht aber die aufbereitete und von der Klägerin ausgesäte Partie mit der Anerkennungsnummer D/H 4629/831 W. Die Ergebnisse der Analyse der nicht fertig aufbereiteten Rohware seien nicht übertragbar. Dem kann nicht gefolgt werden.
- 46 Es trifft zwar zu, dass nach Nr. 6.1 Abs. 2 und Nr. 6.5.1 Satz 2 der Probenehmerrichtlinie der Arbeitsgemeinschaft der Anerkennungsstellen für landwirtschaftliches Saat- und Pflanzgut vom Januar 2007 (spätere Fassungen der Probenehmerrichtlinie vom September 2010 und vom April 2013 enthalten inhaltsgleiche Regelungen) die Erstproben unmittelbar nach der Aufbereitung oder beim Einfüllen in die Packungen oder die Behälter entnommen werden (sollen), nicht schon bei der nicht fertig aufbereiteten Rohware. Die gentechnischen Fachbehörden haben aber überzeugend ausgeführt, dass die Ergebnisse der Analyse der Rohware auf das ausgelieferte Saatgut übertragbar sind. Die Aufbereitung durch Säuberung und Beizung führt nicht zu einer gezielten Eliminierung der GVO-Anteile aus dem restlichen Saatgut. Die vollständige

Aussonderung aller GVO-Anteile ist nach Angaben des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit technisch gar nicht möglich (Schreiben vom 16.11.2012, S. 9). Es ist zwar möglich, dass einzelne lebensfähige Maiskörner und damit auch solche der Linie NK 603 beim Säuberungs- und Beizvorgang zufällig ausgeschieden werden, keinesfalls aber gezielt alle Maiskörner der Linie NK 603 (a.a.O. S. 11). Nach den Angaben der Beigeladenen wird zudem bei der Aufbereitung nur 0,025% Bruchkorn bezogen auf die Gesamtmenge entfernt (Schriftsatz vom 10.10.2011, S. 15). Dies entspricht einem Verhältnis von Bruchstücken zu lebensfähigen Körnern von 1:4000. Im vorliegenden Fall ist aber bereits bei einer Beprobung von dreimal 1000 Körnern ein positives Ergebnis an GVO-Körnern erzielt worden; dies entspricht einem Gehalt von aufgerundet 0,04%. Mit Blick auf die geringe Quote von Bruchstücken in der Gesamtmenge ist es auch praktisch ausgeschlossen, dass ausschließlich nicht lebensfähige Kornbruchstücke der Linie NK 603 in der Gesamtpartie enthalten waren (Bayerisches Landesamt für Gesundheit im Schreiben vom 16.11.2012, S. 9).

- 47 cc) Entgegen der Ansicht der Klägerin und der Beigeladenen ergeben sich keine vernünftigen Zweifel schließlich daraus, dass die Probeanalysen nicht im Einklang mit den Anforderungen an eine gute fachliche Laborpraxis vorgenommen worden wären. Die von der International Seed Testing Association (ISTA) veranstalteten sog. Proficiency Tests on GNO-Testing hätten ergeben, dass z.B. drei von 44 getesteten Laboratorien mindestens eine von neun Testproben falsch getestet hätten. Zudem sei das zuständige Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit in der Zeit vom 19. Februar bis zum 10. April 2010 ununterbrochen ausgelastet und damit überlastet gewesen, was nachweislich auch zu Fehlern bei der redaktionellen Bearbeitung der Analysen geführt habe. Naheliegend sei z.B. der Fehler, dass die zeitaufwendige Reinigung der Mahlgeräte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen worden sei, oder dass ein Kontakt mit Referenzmaterial der nachzuweisenden Events im Labor stattgefunden habe. Die Tatsache, dass nur eine von drei Teilproben positiv auf gentechnisch veränderten Mais getestet worden sei, lasse darauf schließen, dass ein Eintrag von Fremd-DNA im Rahmen des getrennten Vermahlens stattgefunden haben könnte. Gerade der Mahlvorgang sei hierfür besonders anfällig, da die erforderliche gründliche Reinigung der Mahlgeräte besonders aufwendig sei. Dasselbe gelte für die Reinigung der Gefäße. Auch diese Schlussfolgerungen sind nicht überzeugend.

Es besteht kein Anlass zu Zweifeln, dass bei Durchführung der Analyse der gezogenen Proben das LAG-Konzept „Konzept zur Untersuchung von Saatgut auf Anteilsgentechnisch veränderter Pflanzen“ eingehalten wurde (Befundbericht vom 27.4.2010, Bl. 21 der Behördenakten; Schreiben des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit an das Staatliche Gewerbeaufsichtsamt Cuxhaven vom 14.5.2010, S. 4; E-Mail des o.g. Niedersächsischen Landesamts vom 7.5.2010). Fehler in der redaktionellen Bearbeitung des Testergebnisses Ende April 2010, die vom Niedersächsischen Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit eingeräumt worden sind (Schreiben an das Gewerbeaufsichtsamt Cuxhaven vom 14.5.2010, Bl. 144 der VGH-Akte), spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle, da die Analytik der Probe bereits vorher abgeschlossen war. Ein sog. Externes Audit des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamts Münsterland-Emscher-Lippe vom 27. Mai 2010 (VGH-Akte Bl. 398) bestätigt zudem, dass die Analysen vorschriftsmäßig durchgeführt worden sind und dass die festgestellten Formfehler im Prüfbericht nicht die Richtigkeit der im Labor ermittelten Ergebnisse in Frage stellen.

- 49 Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit führte in seiner Stellungnahme vom 16. November 2012 (S. 3) aus, dass bestimmte Maßnahmen zur Qualitätssicherung bei einer GVO-Analyse zu treffen seien, nämlich räumliche Trennung der Arbeitsschritte nach dem Prinzip der Einbahnstraße, geeignete Gerätschaften, geeignete Negativkontrollen, Durchführung von Doppelpräparationen, Verwendung von validierten, event-spezifischen Analysemethoden und Akkreditierung des Labors. Alle diese Maßnahmen sind nach den Informationen des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit im vorliegenden Fall von den zuständigen niedersächsischen Behörden getroffen worden. Die Klägerin und die Beigeladene haben dies nicht bestritten.
- 50 Der Klägerin und der Beigeladenen ist zwar einzuräumen, dass es theoretisch denkbar ist, dass falsche Testergebnisse zustande kommen. Die angeführten Ergebnisse der Proficiency Tests mögen als Beleg hierfür gewertet werden. Aber es fehlt an Anhaltspunkten für ein falsches Testergebnis im konkreten Fall. Vernünftige Zweifel lassen sich so nicht begründen.
- 51 dd) Entgegen der Ansicht der Klägerin und der Beigeladenen ergeben sich vernünftige Zweifel ferner nicht daraus, dass die in § 26 Abs. 4 GenTG vorausgesetzte Freisetzung sich auf GVO bezieht (§ 3 Nr. 5 GenTG) und nach § 3 Nr. 1 GenTG nur bio-

logische Einheiten hierunter fallen, die fähig sind, sich zu vermehren und genetisches Material zu übertragen. Die Klägerin bestreitet unter Berufung auf die E-mails des Niedersächsischen Landesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 7. Mai 2010 angesichts eines Anteils von NK 603 von unter 0,1% in einer Teilprobe von 1000 Körnern, dass die Analysen hier einen keimfähigen GVO nachgewiesen hätten. Die Klägerin meint, es könne so höchstens ein gentechnisch verändertes Maiskorn nachgewiesen worden sein, von dem aber gar nicht sicher sei, ob es keim- und auskreuzungsfähig gewesen wäre. Dies vermag nicht zu überzeugen.

- 52 Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof dazu ausgeführt, dass mit einem Anteil von NK 603 von unter 0,1% nicht der Gehalt an gentechnisch veränderten Körnern gemeint sei – dies wäre dann das im Subsamplingverfahren festgestellte eine Korn von den insgesamt 1000 Körnern der Teilprobe – sondern der Anteil transgener Genkopien im Verhältnis zum Referenzgen. Es handelt sich hier gleichsam um den zweiten Analyseschritt, in dem das Verhältnis der gentechnisch veränderten Gene zum für alle Maissorten charakteristischen Gen bestimmt wird. Dies ergibt sich auch aus dem Externen Audit zur Begutachtung der Untersuchung von Saatgut auf Anteile gentechnisch veränderter Pflanzen im Lebensmittelinstitut Braunschweig, das das Chemische und Veterinäruntersuchungsamt Münsterland-Emscher-Lippe unter dem 27. Mai 2010 erstellt hat. Angesichts der Vielzahl von Referenzgenen kann es sich auch bei einem Nachweis von 0,1% Transgenen noch um eine größere Zahl von Transgenen handeln, die auch von mehreren Maiskörnern stammen können. Dabei ist nach den Erläuterungen des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof zu berücksichtigen, dass auch ein gentechnisch verändertes Maiskorn zu über 99% natürlichen Ursprungs ist und dass nur wenige Gene gentechnisch verändert sind. Zwar liegt der sog. Vertrauensbereich für die gesamte Saatgutpartie nach Angaben des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit im Schreiben vom 16. November 2012 (S. 8) und in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof bei diesem Ergebnis zwischen 0,0008% und 0,2358%. Dies bedeutet, dass mit 95% Wahrscheinlichkeit der Gehalt für die gesamte Saatgutpartie zwischen 0,0008% und 0,2358% liegt. Da die gesamte Saatgutpartie aus grob geschätzt 100 Mio. Körnern besteht, ist klar, dass auch bei einem Prozentsatz von 0,0008% noch eine größere Zahl von Maiskörnern gentechnisch verändert sein kann. Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit hat das methodische Vorgehen bei Durchführung und Auswertung

der GVO-Analyse durch Hinweis auf § 28 b GenTG und die Festlegungen des internationalen Expertengremiums ISTA (International Seed Testing Association) gerechtfertigt. Die Klägerin und die Beigeladene haben dagegen keine weiteren Bedenken erhoben. Für den Verwaltungsgerichtshof sind insofern auch keine Bedenken ersichtlich.

- 53 ee) Entgegen der Ansicht der Klägerin ergeben sich vernünftige Zweifel auch nicht daraus, dass zahlreiche weitere Beprobungen des betreffenden Saatguts jeweils negative Erkenntnisse erbracht hätten. So habe die Saatgutuntersuchung, die die Beigeladene selbst vor dem Inverkehrbringen des Saatguts in ihrem eigenen Labor durchgeführt habe, ein negatives Ergebnis erbracht (Laborprüfbericht vom 5.1.2010). Ferner hätten die beiden Saatgutuntersuchungen, die die Beigeladene nach den streitgegenständlichen Beprobungen und Analysen an den verbliebenen Restbeständen D/H 4629/831 W durch unabhängige Labore habe durchführen lassen, negative Ergebnisse erbracht (Prüfberichte vom 31.5.2010 und vom 2.6.2010). Nicht zuletzt seien in diesem Zusammenhang die beiden analysierten Subsamples zu nennen, bei denen sich kein GVO-Befund ergeben habe. Der Schluss der Klägerin, dass im vorliegenden Fall mit der Anzahl der Beprobungen mit negativem Ergebnis die Wahrscheinlichkeit in nennenswertem Umfang gestiegen sei, dass das Saatgut frei von GVO sei, kann aber nicht nachvollzogen werden.
- 54 Zum Einen ist ein allgemeines Verbot, ein ohne die Durchführung von Gegenproben gewonnenes Analyseergebnis zu verwerten, im Gentechnikrecht nicht nachzuweisen (BVerwG, U.v. 29.2.2012 – 7 C 8/12 – Rn. 43). Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit hat in seiner Stellungnahme vom 16. November 2012 auf S. 10 überzeugend darauf hingewiesen, dass der Schluss, dass ein positives Ergebnis im Falle der Nichtbestätigung in einer zweiten Untersuchung an einer Rückstellprobe ein falsches Ergebnis sein müsse, nicht zulässig sei. Hinzu kommt, dass es im vorliegenden Fall auch weitere positive Befunde gibt. Im Jahr 2010 wurden von der Maissorte PR 38 H 20 nach Angaben der Beigeladenen insgesamt 31 verschiedene Partien an Betriebe in Baden-Württemberg verkauft. Darunter war auch die Partie D/H 4629/831-W. Bei einem betroffenen Landwirt wurde von einem Bediensteten des Amtes für Landwirtschaft S\*\*\*\*\* auf einem Anhänger Saatgut mit einem Packzettel gefunden, der der Saatgutpartie D/H 4629/831 W zugeordnet werden konnte (vom Beklagten mitgeteilte Information des Baden-Württembergischen Ministeriums für ländlichen Raum und Verbraucherschutz, Bl. 383 der VGH-Akte). Nach der versehentlichen Anwendung des Herbizids „R\*\*\*\* \*\*“ blieben 19 Pflanzen stehen.

Eine Untersuchung ergab, dass alle 19 Pflanzen transgen waren, wobei die Maissorte NK 603 in 17 Pflanzen nachgewiesen werden konnte (vgl. Laborprotokoll S. 412 ff. der VGH-Akte). Der Umstand, dass der betreffende Landwirt zumindest unter anderem die Partie D/H 4629/831 W ausgesät hat und es auf seinen Feldern zu einem Aufwuchs von Mais der Sorte NK 603 tatsächlich kam, stellt ein weiteres Indiz für die Verunreinigung der strittigen Partie D/H 4629/831 W mit gentechnisch verändertem Maissaatgut dar.

55 Nach alledem sind die Rechtsvoraussetzungen des § 26 Abs. 4 GenTG im vorliegenden Fall erfüllt und hatte die zuständige Behörde gar keine Möglichkeit, auf den Erlass einer Beseitigungsanordnung zu verzichten.

56 c) Die vorgeschriebene Art der Beseitigung ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung des Pflanzenbestands war im Zeitpunkt des Bescheidserlasses auch nach den Ausführungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht noch nicht möglich. Die Pflanzen waren noch zu klein und wiesen nicht die für eine Verwertung in einer Biogasanlage optimale Trockensubstanz auf. Der Verwaltungsgerichtshof hat keinen Anlass, die diesbezüglich übereinstimmenden Angaben der Beteiligten zu bezweifeln.

57 Kosten: § 154 Abs. 2, Abs. 3, § 159 Satz 1, § 162 Abs. 3 VwGO.

58 Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 Abs. 2 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

59 Nichtzulassung der Revision: § 132 Abs. 2 VwGO.

### **Rechtsmittelbelehrung**

60 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Be-

deutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

61 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen)

sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

62 Dr. Schenk Dr. Dietz Ertl

63 **Beschluss:**

64 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 36.000 Euro festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG; wie Vorinstanz).

65 Dr. Schenk Dr. Dietz Ertl