

Band 20

Hallesche Schriften zum Öffentlichen Recht

Herausgegeben von

Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Winfried Kluth

Das Gentechnik-Urteil

Eine kritische Würdigung der Grundsatzentscheidung des
Bundesverfassungsgerichts zur Grünen Gentechnik

Prof. Dr. Winfried Kluth ist seit 1998 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und seit Dezember 2000 Richter am Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnd.d-nb.de> abrufbar.

XLVIII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2012

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-047-5

Vorwort

Hermann Heller hat in seiner im Jahr 1934 posthum veröffentlichten Allgemeinen Staatslehre die Staatsrechtswissenschaft zutreffend als „Wirklichkeitswissenschaft“ charakterisiert (S. 50). Unabhängig von den damit verbundenen Kontroversen um die Einordnung der Rechtswissenschaften zwischen Geistes- und Sozialwissenschaften kommt damit der Anspruch des Rechts zum Ausdruck, sich auf die Wirklichkeit menschlichen Lebens und Tuns zu beziehen und diese zu steuern. Damit ist für den Gesetzgeber die Anforderung verbunden, vor und bei der Gesetzgebung die zugrunde liegende Wirklichkeit so weit wie möglich zutreffend zu erfassen. Das Bundesverfassungsgericht prüft deshalb regelmäßig, ob der Gesetzgeber die empirischen Grundlagen seiner normierenden Tätigkeit ausreichend gründlich erforscht hat.

In Bereichen eines noch begrenzten menschlichen Wissens, also vor allem in Feldern der Grundlagenforschung sowie der Erforschung von elementaren Zusammenhängen des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, wie sie bei der Gentechnik im Vordergrund stehen, erweist sich die Bestimmung des Wissensstandes als besonders schwierig. Gleichwohl sind auch in diesem Bereich die etablierten wissenschaftlichen Standards und die konsentierten Erkenntnisse der Fachwissenschaften weit fortgeschritten, auch wenn längst nicht alles erforscht ist und sein kann. Während im Bereich der roten Gentechnik in Wissenschaft und Gesellschaft vergleichsweise rational mit der Beurteilung von Vor- und Nachteilen der neuen Techniken umgegangen wird und auch die Gesetzgebung in diesem Bereich jenseits ethischer Grundsatzkontroversen in normalen Bahnen verläuft, ist der Bereich der Grünen Gentechnik durch ein hohes Maß an Verständigungsschwierigkeiten gekennzeichnet.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich auch das Bundesverfassungsgericht in einem im Jahr 2005 eingeleiteten Normenkontrollverfahren zu den seinerzeit verschärften Haftungsregelungen und Informationspflichten einer besonderen Herausforderung ausgesetzt sah. Dies kommt nicht nur darin zum Ausdruck, dass die Entscheidung erst im November 2010 erging, sondern spiegelt sich auch im Inhalt der Entscheidung wider. Dieser ist durch eine Reihe von neuen Argumentationsansätzen gekennzeichnet, die in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts nicht anzutreffen sind. Zudem ist fraglich, ob das Gericht seiner Entscheidung eine zutreffende Bestandsaufnahme zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse über die von der Grünen Gentechnik ausgehenden Gefahren zugrunde gelegt hat.

Den damit verbundenen verfassungsrechtlichen und prozessrechtlichen Fragen ist die nachstehende Untersuchung gewidmet, die im Auftrag des InnoPlanta e.V. durchgeführt wurde.

Halle, im Februar 2012

Winfried Kluth

Inhaltsübersicht

ERSTER TEIL: AUSGANGSLAGE UND AUFGABENSTELLUNG

| | |
|---|----|
| I. Einführung. | 13 |
| II. Die Konfliktebenen im Bereich der Grünen Gentechnik | 17 |
| III. Die Änderungen des deutschen Gentechnikrechts in den Jahren 2004 und 2008 | 20 |
| 1. Das Gentechnikneuordnungsgesetz 2004 | 20 |
| 2. Das Gentechnikänderungsgesetz 2008 | 26 |
| IV. Der Normenkontrollantrag des Landes Sachsen-Anhalt | 28 |
| V. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24.11.2010. . . | 33 |
| 1. Kernaussagen des Urteils. | 33 |
| 2. Kritik an der Begründung des Urteils | 35 |

| | |
|---|----|
| VI. Fragestellungen und Gang der Untersuchung | 36 |
| 1. Die Fragestellungen | 36 |
| 2. Der Gang der Untersuchung. | 37 |

ZWEITER TEIL:

VERFASSUNGSRECHTLICHE BEGUTACHTUNG DER ENTSCHEIDUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

| | |
|--|----|
| I. Zielsetzungen und Eigenart(en) des Gentechnikrechts | 38 |
| II. Der Erkenntnisstand der Wissenschaft zum Gefahrenpotenzial der Grünen Gentechnik | 41 |
| 1. Allgemeine (natur-)wissenschaftliche Einschätzungen der Grünen Gentechnik | 41 |
| a) Die verfassungsgerichtliche Pflicht zur Ermittlung des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes | 41 |
| b) Die Erkenntnisquellen zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis zu den Potenzialen und Gefahren der Grünen Gentechnik | 43 |
| c) Die zentralen Aussagen der DFG-Stellungnahme | 44 |
| 2. Einzelbeobachtungen zur wissenschaftlichen Kontroverse über das Gefahrenpotenzial der Grünen Gentechnik. | 46 |
| 3. Der „Laien-Diskurs“ zur Grünen Gentechnik und seine verfassungsrechtliche Verortung | 54 |
| 4. Folgerungen für die verfassungsrechtliche Diskussion | 59 |

| | |
|---|----|
| III. Die Beurteilung des (natur-)wissenschaftlichen Erkenntnisstandes durch das Bundesverfassungsgericht | 62 |
| 1. Die Sachverhaltsermittlung durch das Gericht | 62 |
| a) Rechtsrahmen | 62 |
| b) Umsetzung im Normenkontrollverfahren. | 63 |
| 2. Aussage zum Verhältnis der herkömmlichen Züchtung zur gentechnischen Züchtung – Rn. 135 | 64 |
| 3. Aussage zum Risikopotenzial der gentechnischen Züchtung – Rn. 135 | 66 |
| 4. Aussage zu den Vorzügen der gentechnischen Züchtung – Rn. 135 | 66 |
| 5. Berücksichtigung der gesundheitlichen und ökologischen Risiken sowie der Interessen der gentechnikfreien Landwirtschaft – Rn. 136. | 67 |
| 6. Begründung eines gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums durch die Postulierung eines Basisrisikos – Rn. 142 | 70 |
| a) Die These vom „Basisrisiko“ | 71 |
| b) Die These von der „wissenschaftlich ungeklärten Situation“. | 73 |
| c) Kein wissenschaftlich-empirischer Nachweis des realen Gefährdungspotenzials der gentechnisch veränderten Organismen | 76 |
| d) Zwischenergebnis. | 77 |
| 7. Herausarbeitung der zu schützenden Rechtswerte, die eine Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit rechtfertigen – Rn. 149 f. | 77 |
| a) Schutz der Berufs- und Eigentumsfreiheit | 78 |
| b) Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen | 80 |
| 8. Der GVO-Verwender als Störer – Rn. 191 f. | 80 |

| | |
|---|----|
| IV. Die unzureichende Trennung zwischen Gefahrenvorsorge und Koexistenzregelung in der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts | 82 |
| 1. Das Bundesverfassungsgericht verbindet die Koexistenzregelung mit dem nicht ausreichend begründeten Basisrisiko | 82 |
| 2. Die Koexistenzregelung beruht ausschließlich auf sozioökonomischen Kriterien und gesellschaftspolitischen Wertungen | 82 |
| 3. Welche Gemeinwohlbelange rechtfertigen die sozioökonomischen Kriterien? | 84 |
| a) Was sind sozioökonomische Kriterien? | 84 |
| b) Verfassungsrechtliche Verortung der einzelnen Kriterien | 86 |
| (1) Wahlfreiheit der Produzenten | 86 |
| (2) Wahlfreiheit der Verbraucher | 87 |
| (3) Schutz kleiner und mittlerer landwirtschaftlicher Betriebe | 88 |
| c) Auswirkungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle | 89 |
| V. Die unzureichende Berücksichtigung der praktischen Auswirkungen der Koexistenzregelung und ihre Bedeutung für die Kontrolle der Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers | 90 |
| 1. Die (Nicht-)Wahrnehmung der praktischen Folgen der Koexistenzregelung durch das Bundesverfassungsgericht | 90 |
| 2. Der Freisetzungsbefund und seine Deutung | 90 |

Dritter Teil:
Zusammenfassung der Ergebnisse
der Untersuchung

Erster Teil:

Ausgangslage und Aufgabenstellung

I. Einführung

Die Bewertungen von Risiken der Technik haben im letzten Jahr weltweit die politische Diskussion geprägt – in Deutschland aber mit besonderer Intensität. In keinem anderen Land der Welt wurde auf den schweren atomaren Unfall im japanischen Fukushima politisch und gesetzgeberisch so radikal reagiert, wie dies in Gestalt des Atomausstiegs bis zum Jahr 2022¹ in Deutschland² der Fall war. Im direkt betroffenen Japan kommen die kritischen Diskussionen zur künftigen friedlichen Nutzung der Kernenergie erst jetzt in Gang und in Europa gibt es nicht wenige Länder, die sogar an ihren Plänen zum Bau neuer Atomkraftwerke festhalten.

Der Politikwechsel in Deutschland wurde vielfach damit begründet, dass durch die Ereignisse in Japan die von der friedlichen Nutzung der Kernenergie ausgehenden Gefahren neu beurteilt werden müssen. Es soll also bedingt durch den Unfall eine *neue Erkenntnis* vorliegen, die eine politische und gesetzgeberische Neuausrichtung veranlasst und zur Abkehr auch von der friedlichen Nutzung der Kernenergie führt.³

1 G. v. 31.07.2011, BGBl. I S. 1704.

2 Anders ist die Lage in den übrigen EU-Mitgliedstaaten, die z.T. neue Kernkraftwerke planen.

3 Siehe Regierungserklärung von Bundeskanzlerin *Angela Merkel* zur Energiepolitik, „Der Weg zur Energie der Zukunft“ v. 09.06.2011. Dort heißt es unter anderem: „In Fukushima haben wir zur Kenntnis nehmen müssen, dass selbst in einem Hochtechnologieland wie Japan die Risiken der Kernenergie nicht sicher beherrscht werden können. Wer das erkennt, muss die notwendigen Konsequenzen ziehen. Wer das erkennt, muss eine neue Bewertung vornehmen.“

Diese Argumentation ist indes ungenau und verschleiern zugleich. Nicht die Erkenntnis als solche ist neu, sondern deren politische Bewertung. Dass solche Gefahren drohen, war von Beginn an bekannt und hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Schnellen Brüter beschäftigt. Dort führt das Gericht aus:

„Ob das vorliegende Gericht die mögliche künftige Entwicklung wirklichkeitsnah einschätzt, ob also – falls die Schnellen Brutreaktoren tatsächlich einmal großtechnisch genutzt werden – jemals mit den von ihm für nicht ausschließbar betrachteten Folgewirkungen und Zwängen zu rechnen ist, lässt sich heute noch nicht absehen. Zweifel hieran sind durchaus möglich, etwa deshalb, weil es geeignete und rechtsstaatlich unbedenkliche Mittel geben kann, den befürchteten Gefährdungen der freiheitlichen Lebensordnung zu begegnen; das OVG geht selbst davon aus, dass die Richtigkeit seiner Einschätzung derzeit nicht auszumachen ist. Eine Beweisaufnahme über diese Fragen würde nicht entscheidend weiterhelfen. Sie vermöchte vielleicht einige tatsächliche Anhaltspunkte zur Abschätzung einiger Faktoren für möglicherweise nicht auszuschließende Folgewirkungen der vom vorlegenden Gericht ins Auge gefassten Art zu erbringen. Die Befürchtungen des OVG sind im Wesentlichen aber auf das mögliche Eintreten künftiger politischer Entwicklungen allgemeiner Art bezogen; hierfür gebietet es an allgemein anerkannten Erkenntnisverfahren, die über eine Beweisaufnahme eine richterliche Überzeugung in der einen oder in der anderen Richtung zu begründen vermöchten.“

Erst die Zukunft wird erweisen, ob die Entscheidung für die Anwendung der Brütertechnik mehr zum Nutzen oder zum Schaden gereichen wird. In dieser, notwendigerweise mit Ungewissheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.“

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt also seine eigene Beurteilung der Gefährdungslage, weil es an normativen Kriterien der Risiko- und Konfliktbewertung fehlt. Es umschreibt dann in seinen weiteren Ausführungen den rechtlichen Rahmen für gesetzgeberische Entscheidungen unter Ungewissheit:

„In einer Situation, in der vernünftige Zweifel möglich sind, ob Gefahren der vom OVG befürchteten Art *eintreten* oder *nicht eintreten* werden, sind die staatlichen Organe, mithin auch der Gesetzgeber, aus ihrer verfassungsrechtlichen Pflicht, dem gemeinen Wohl zu dienen, insbesondere wegen der aus Art. 1 I 2 GG folgenden objektiv-rechtlichen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu schützen, gehalten, alle Anstrengungen zu unternehmen, um mögliche Gefahren frühzeitig zu erkennen und ihnen mit den erforderlichen, verfassungsmäßigen Mitteln zu begegnen. Sollten sich in der Zukunft Anzeichen dafür einstellen, dass von Kernkraftwerken des Typs Schneller Brüter Gefahren dieser Art mit einiger Wahrscheinlichkeit ausgehen werden – dies abzuschätzen gehört, wie dargelegt, zunächst in den Verantwortungsbereich der politischen Staatsorgane –, wäre der Gesetzgeber zu einem neuerlichen Tätigwerden verpflichtet.“⁴

Der Gesetzgeber ist mithin zu einer Beobachtung der Nutzung von Kernenergie verpflichtet und muss dann erneut aktiv werden, wenn sich die Grundlagen seiner bisherigen gesetzlichen Regelungen verändern.

In Bezug auf die friedliche Nutzung der Atomkraft stell(t)en die Ereignisse von Fukushima einen solchen Anlass dar, der ein neuerliches Tätigwerden des Gesetzgebers zumindest rechtfertigt. Es geht um die Neubeurteilung der Lage auf der Grundlage der Realisierung einer Gefahr, mit der schon zuvor gerechnet werden musste.

„Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung *vergänger tatsächlicher Geschehnisse* auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muss er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewissheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet. Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicher-

4 BVerfGE 49, 89 (143).

weise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muss es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden.“⁵

Das Bundesverfassungsgericht verlangt vom Gesetzgeber mithin *nicht*, dass jegliche Gefahren, die mit der Verwendung *neuer* und bislang nur *begrenzt* in ihren Folgen⁶ erforschter Techniken (im weiten Sinne) verbunden sein können, *völlig* ausgeschlossen werden. Es reicht eine Gefahrenabschätzung „anhand praktischer Vernunft“ mit der Folge, dass auch gesellschaftliche Restrisiken eingegangen werden dürfen.

Die damit verbundene Eröffnung von begrenzten Gestaltungsspielräumen für den parlamentarischen Gesetzgeber⁷ beruht auf der Voraussetzung, dass der Gesetzgeber die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung vorliegenden und verfügbaren wissenschaftlichen (Er-)Kenntnisse gründlich und möglichst umfassend ermittelt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Ob er dies hinreichend sorgfältig und in einem methodischen Mindestanforderungen genügenden Verfahren getan hat, ist Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Dabei ist von dem anerkannten Grundsatz auszugehen, dass überall dort, wo es an eindeutigen materiell-rechtlichen Maßstäben fehlt, verfahrensrechtlichen Vorgaben eine gesteigerte und die fehlende materiell-rechtliche Steuerung kompensierende⁸ Bedeutung zukommt.⁹ Dies bedeutet für das verfassungsgerichtliche Verfahren, dass zwischen der Sachentscheidung als solcher, für die dem Gesetzgeber ein gewisser Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum einzuräumen ist, und der Kontrolle des Verfahrens der Entscheidungsfindung, das einer intensiveren Prüfung zu

5 BVerfGE 49, 89 (143).

6 Genauer geht es um das sichere Wissen um die Folgen der Anwendung dieser Techniken.

7 Man kann hier auch von gesetzgeberischem Ermessen sprechen, siehe *Messerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000.

8 Zu dem dahinter stehenden Grundgedanken näher *Vosskuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999.

9 Siehe exemplarisch *Denninger*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 193, Rn. 22 ff.

unterziehen ist, differenziert werden muss. Insoweit unterliegen auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selbst unterschiedlichen Anforderungen. Das Gericht ist gehalten, selbst die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Ermittlung des wissenschaftlichen Meinungsstandes einzuhalten, da es nur so überprüfen kann, ob und ggf. in welcher Form der Gesetzgeber die an ihn gestellten Anforderungen verfehlt hat.

II. Die Konfliktebenen im Bereich der Grünen Gentechnik

Die gesetzliche Regelung der Entwicklung, „Herstellung“ und Freisetzung von gentechnisch veränderten Pflanzen (einschließlich Saatgut) war in Deutschland und Europa durch eine sowohl fachliche als auch gesellschaftliche Spannungslage besonderer Intensität geprägt, die eine „rationale“ Verständigung erschwert hat. Im Einzelnen können verschiedene Konfliktebenen unterschieden werden.¹⁰

Auf einer ersten Ebene können die (schutz-)güterbezogenen Wissens-, Bewertungs- und Abwägungskonflikte unterschieden werden:

- Der Streit über mögliche Gefahren, die von gentechnisch veränderten Pflanzen für den *Menschen* ausgehen, ihr Gewicht (beides gehört zur naturwissenschaftlichen Wissenssphäre) und ihre Gewichtung in Relation zu anderen Interessen und Werten (gehört zur politisch-rechtswissenschaftlichen Wertungssphäre).
- Der Streit über mögliche Gefahren, die von gentechnisch veränderten Pflanzen für die *Natur* (andere Pflanzen, Tiere und das Ökosystem) ausgehen, ihr Gewicht (beides gehört zur naturwissenschaftlichen Wissenssphäre) und ihre Gewichtung in Relation

10 Zur Systematisierung der Konflikt- und Abwägungsebenen siehe auch *Schwabenbauer*, Wissenschaftsfreiheit im Zeichen von Ungewissheit, in: Grimm/Schleissing (Hrsg.), *Grüne Gentechnik: Zwischen Forschungsfreiheit und Anwendungsrisiko*, 2012, S. 107 (108 ff.).