

Die Freiheit, Wissen zu schaffen zur Minderung der Last des Nichtwissens auf dem Gebiet der Gentechnik

Von Dr. Christian Bickenbach, Mainz

Die Gentechnik gehört zu den umstrittensten Technologien unserer Zeit. Sie weckt Erwartungen und schürt Ängste. Das gilt auch für die so genannte grüne Gentechnik, die auf die planmäßige Veränderung des Erbguts von pflanzlichen Organismen zielt. Die Befürworter sehen darin die Chance, Kulturpflanzen zu erzeugen, die größere Erträge abwerfen und widerstandsfähiger sind gegen klimatische Veränderungen oder tierische Schädlinge und so helfen, der weltweiten Nahrungs- und Bodenverknappung entgegenzuwirken. Die Gegner befürchten nicht wieder gutzumachende Eingriffe in die Umwelt, die unabsehbare Risiken für Pflanzen, Tiere und Menschen nach sich ziehen und daher möglichst unterbleiben sollten. Der deutsche Gesetzgeber hat versucht, dieses Spannungsverhältnis im Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz – GenTG) zu normieren und auszugleichen. Im Rahmen einer umfassenden Novelle des GenTG im Jahre 2004/2005 wurden u.a. die Bedingungen für das Freisetzen von gentechnisch veränderten Organismen deutlich verschärft.¹ Einen hiergegen gerichteten Normenkontrollantrag der Landesregierung des Landes Sachsen-Anhalt hat das BVerfG zurückgewiesen. Der Beitrag beschäftigt sich kritisch mit der Entscheidung, weil sie massive Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit und andere Grundrechte für verfassungsgemäß hält und symptomatisch ist für die Tendenz des Gerichts, risikobehaftete Verhaltensweisen als unerwünscht und aus diesem Grund weniger schutzwürdig anzusehen.

I. Einleitung

1. Das menschliche Streben nach Wissen

„Daß ich nicht mehr mit saurem Schweiß / Zu sagen brauche, was ich nicht weiß, / Daß ich erkenne, was die Welt / Im Innersten zusammenhält.“² Kaum ein literarisches Zitat sagt mehr über das Streben nach Wissen als der Auftaktmonolog im Faust. Die Suche nach Erkenntnis und Wahrheit, das Verlangen nach Antworten auf letzte Fragen beherrscht das menschliche Dasein seit jeher. Zugleich fällt aber ein Schlaglicht auf die Problematik des Wissensdurstes, auf die Gier nach Wissen. Wie weit ist der Mensch bereit zu gehen? Welche Grenzen sind ihm gesetzt oder setzt er sich selbst?

Die Geschichte der Wissenschaft ist eine Geschichte der Grenzen und ihrer Überschreitung.³ Waren es zunächst vor allem religiös motivierte Denkverbote zum Weltbild und zur Herkunft des Menschen, die in der westlichen Welt im Zuge des Humanismus und der Aufklärung größtenteils überwun-

den wurden,⁴ stehen heute ethische Fragen und Sorgen vor den Folgen neuer Techniken wie z.B. der Nanotechnologie oder der Gentechnik im Blickpunkt. Gefahren und Risiken stehen Chancen und Notwendigkeiten gegenüber. Der erforderliche Ausgleich gehört zu den ständigen Aufgaben von Staat und Gesellschaft. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe erfordert Wissen. Der moderne Staat ist daher ein Wissensstaat, die moderne Gesellschaft eine Wissensgesellschaft. In neuzeitlich rational geordneten Gemeinwesen müssen Wissen und Vernunft das Handeln bestimmen, sonst beherrschen falsche Propheten und Demagogen das Feld.⁵

Der technische Fortschritt, insbesondere die Computertechnologie, ermöglicht dem Menschen immer tiefere Einblicke in das Universum sowie in die Bausteine und die Entstehung des Lebens. Hier setzt die Gentechnik an. Die Entschlüsselung von Erbgut erlaubt heute seine Veränderung. Wissenschaftler und Unternehmen können zu Architekten und Baumeistern von Leben werden. Hierin liegt zum guten Teil die Ursache für die Ängste und die teilweise schroffe Ablehnung. Es steht die Frage im Raum, ob die Gentechnik „Ein Teil von jener Kraft, / Die stets das Böse will und stets das Gute schafft“⁶ ist. Die Ambivalenz und Widersprüchlichkeit dieses ebenso berühmten Zitats stehen stellvertretend für die rechtlichen Probleme, die die Gentechnik aufwirft. Wie soll die Rechtsordnung mit einer Technologie umgehen, deren Auswirkungen auf die Umwelt insgesamt kaum bekannt sind, weil Mutmaßungen, Verheißungen und Vorurteile an der Stelle von Wissen stehen? Wenn die gebotene Rationalität staatlichen und gesellschaftlichen Handelns auf Wissen gründet, muss die Rechtsordnung hier sowohl ihrer Ordnungs- als auch ihrer Bereitstellungsfunktion nachkommen. Wissen will gewonnen, geordnet, angewandt und weitergegeben werden.

2. Gang der Untersuchung

Der Beitrag beschäftigt sich hauptsächlich mit den Fragen, die das Urteil hinsichtlich der Wissenschaftsfreiheit aufwirft, weil die Ausführungen des BVerfG hier zu Kritik Anlass geben. Die kommerzielle Nutzung der grünen Gentechnik spielt in Deutschland keine große Rolle. Der Deutsche Bauernverband rät vom Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen ab.⁷ Zum besseren Verständnis des Gentechnikrechts wird eingangs der Inhalt der im Verfahren umstrittenen Regelungen vorgestellt. Auch erfolgt eine überblicksartige Darstellung der Urteilsbegründung, weil anderenfalls Analyse und

¹ Zum Gentechnikrecht als staatliches und europäisches Risikorecht Calliess/Korte, DÖV 2006, 10.

² Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, Nacht, Vers 380-384.

³ Zur Geschichte der Wissenschaftsfreiheit Zwirner, AöR 98 (1973), 313 (314 ff.).

⁴ Zum Verhältnis von Säkularität und Wissenschaftlichkeit Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 15.

⁵ Fassbender (Fn. 4), Rn. 4 f.

⁶ Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, Studierzimmer, Vers 1335-1336.

⁷ Sonnleitner, „Wir raten den Bauern von der Gentechnik ab“, FAZ v. 28.11.2010, S. 42.

Kritik schwerer verständlich wären. Die Bedeutung des Urteils für die Wissenschaftsfreiheit kann man nur ermesen, wenn der Zusammenhang von Freiheit, Nichtwissen und Rechtfertigungslast samt seinem verfassungsrechtlichen Fundament in den Blick gerät. Aussagen des BVerfG zum Schutzbereich und zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit bilden den Hauptteil der Analyse und Kritik.

II. Inhalt des Urteils

1. Verfahrensgegenstand

a) Überblick über den Inhalt des GenTG, insbesondere der §§ 16a, 16b und 36a GenTG

Das GenTG dient gemäß § 1 GenTG drei Zwecken. Es soll vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Verfahren und Produkte schützen und Vorsorge gegen das Entstehen solcher Gefahren treffen (Nr. 1), die Möglichkeit gewährleisten, dass Produkte konventionell, ökologisch oder unter Einsatz gentechnisch veränderter Organismen erzeugt und in den Verkehr gebracht werden können (Nr. 2) und den rechtlichen Rahmen für die Erforschung, Entwicklung, Nutzung und Förderung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gentechnik schaffen (Nr. 3). Es enthält neben erschöpfenden Begriffsbestimmungen in § 3 GenTG Vorschriften zur Zulassung von gentechnischen Arbeiten in gentechnischen Anlagen, über Voraussetzungen für die Freisetzung und das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und Produkten, die solche Organismen enthalten oder daraus bestehen. Daneben enthält das GenTG u.a. Regelungen zu einem Standortregister (§ 16a GenTG), eine umfassende Vorsorgepflicht für Produkte (§ 16b GenTG) sowie Vorschriften zur Haftung des Betreibers (§ 32 GenTG) und zu Abwehr- und Ausgleichsansprüchen Dritter für Nutzungsbeeinträchtigungen (§ 36a GenTG). Letztere sind in Zusammenhang zu sehen mit §§ 906, 1004, 823 BGB.

Das Standortregister enthält u.a. Angaben über die tatsächliche Durchführung einer genehmigten Freisetzung und den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen. Es informiert darüber, welcher gentechnisch veränderte Organismus auf welcher Fläche von welcher Person angebaut oder freigesetzt wird.⁸ Es ist in Teilen allgemein zugänglich; so kann sich jedermann über das Grundstück der Freisetzung oder des Anbaus sowie die Flächengröße informieren (§ 16a Abs. 4 S. 1 Nr. 3 GenTG). Daneben erteilt die zuständige Behörde gemäß § 16a Abs. 5 GenTG auch Auskunft über personenbezogene Daten, soweit der Antragsteller ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Auskunft hat.

Gemäß § 16b Abs. 1 GenTG trifft denjenigen, der zum Inverkehrbringen zugelassene Produkte, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder daraus bestehen, anbaut, weiterverarbeitet oder gewerbsmäßig in den Verkehr

bringt, eine weitreichende Vorsorgepflicht in Bezug auf die durch § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG geschützten Rechtsgüter. Er muss Vorsorge dagegen treffen, dass es zu einer Beimpfung oder zu sonstigen Einträgen kommt. Die Vorsorgepflicht wird gemäß § 16b Abs. 2 durch die Einhaltung der guten fachlichen Praxis erfüllt. Hierzu zählen z.B. nach Abs. 3 Maßnahmen, die Einträge in andere Grundstücke verhindern sowie die Vermeidung von Auskreuzungen in andere Kulturen benachbarter Flächen und die Weiterverbreitung durch Wildpflanzen.

§ 36a Abs. 1 GenTG stellt klar, dass im Fall von Nutzungsbeeinträchtigungen, z.B. Verkehrsverbote oder Kennzeichnungspflichten, durch die Übertragung von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen, oder sonstige Einträge von gentechnischen Organismen eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 906 BGB vorliegt. Die Vorschrift erleichtert so z.B. ökologisch oder konventionell anbauenden Landwirten die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. § 36a Abs. 4 GenTG vereinfacht den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität und sieht eine gesamtschuldnerische Haftung vor.

b) Überblick über den Vortrag der Antragstellerin

Verfahrensgegenstände waren § 36a GenTG, § 16a Abs. 1, 3-5 GenTG,⁹ § 16b Abs. 1-4 GenTG und § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG. Die Antragstellerin rügte die Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung), Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein wesentlicher Angriffspunkt war die Modifikation des Haftungsrechts.¹⁰ Die aus § 36a GenTG resultierenden wirtschaftlichen Risiken seien unkalkulierbar und voraussichtlich nicht versicherbar, umso mehr, als die Haftung gesamtschuldnerisch und ohne Kausalitätsnachweis erfolge. Es handle sich um eine verdeckte und ungerechtfertigte Gefährdungshaftung, weil von zum Inverkehrbringen zugelassenen gentechnisch veränderten Organismen keine Gefahr ausgehe. Hierin liege ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit der Gentechnik verwendenden Landwirte und Saatguthersteller, weil die Vorschrift zu einem faktischen Ausschluss des beruflichen Einsatzes von Gentechnik führe. Sie wirke wie eine objektive Zulassungsschranke für den sich herausbildenden Berufs des „GVO-anbauenden Landwirts.“ Das in § 1 Nr. 2 GenTG genannte Ziel der Koexistenz werde daher durch § 36a GenTG verfehlt. Aus den gleichen Gründen verletze die Vorschrift das Eigentum der Verwender von Gentechnik und den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der von der Haftung betroffenen Landwirte und Saatguthersteller. Die Ungleichbehandlung verstoße zudem gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 160.

⁹ Das Gericht hat wegen des Regelungszusammenhangs auch § 16a Abs. 2 GenTG und § 16b Abs. 1a GenTG auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft, BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 119, 121.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 89 ff.

Die Einwände der Antragstellerin richteten sich des Weiteren gegen das Standortregister.¹¹ § 16a GenTG verletze die Verwender von Gentechnik in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Standortregister sei weder geeignet noch erforderlich, um die Überwachung etwaiger Auswirkungen verkehrszugelassener gentechnisch veränderter Organismen auf die Umwelt, die angestrebte Transparenz und die Koexistenz der verschiedenen Anbauformen zu ermöglichen. Der teilweise öffentliche Zugang zu Daten begünstige politisch motivierte Feldzerstörungen und gefährde das Eigentum der Verwender von Gentechnik. Allein eine Geheimhaltung der genauen Standortdaten schütze die Betroffenen zuverlässig. Die Regelung genüge nicht den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Gesetzgebers.

Das Verfahren richtete sich auch gegen die in § 16b Abs. 1-4 GenTG geregelte Vorsorgepflicht und die gute fachliche Praxis.¹² Die Vorschriften seien mit der Berufsfreiheit aller Personen, die verkehrszugelassene gentechnisch veränderte Organismen anbauen, weiterverarbeiten oder in Verkehr brächten, unvereinbar. Es fehle an der Erforderlichkeit für den Schutz der in § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG genannten Rechtsgüter. Das in §§ 14-16 GenTG geregelte Genehmigungsverfahren für das Inverkehrbringen sei ausreichend. Vorsorgemaßnahmen bräuchten über das zur Sicherung des Koexistenzzwecks Notwendige nicht hinausgehen. Vor diesem Hintergrund sei insbesondere der viel zu unbestimmte § 16a Abs. 4 GenTG nicht nur formell, sondern auch materiell verfassungswidrig.

Schließlich waren auch die Verfassungsmäßigkeit von § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG umstritten.¹³ Die Vorschriften regeln, was im Sinne des GenTG ein gentechnisch veränderter Organismus ist, bzw. als Inverkehrbringen gilt. Je weiter die Begriffsbestimmungen gefasst sind, desto weiter ist der Anwendungsbereich des Gesetzes. Die Normen stehen daher im Zusammenhang mit den umstrittenen materiell-rechtlichen Pflichten aus dem GenTG. § 16b GenTG und § 36a GenTG knüpfen an beide Begriffe an, § 16a GenTG an das Vorhandensein eines gentechnisch veränderten Organismus. § 3 Nr. 3 GenTG stellt klar, dass auch die Ergebnisse von Auskreuzungen unter das GenTG fallen. § 3 Nr. 6 GenTG führt dazu, dass ein genehmigungspflichtiges Inverkehrbringen auch dann vorliegt, wenn (unbeabsichtigt) Erzeugnisse abgegeben oder bereitgehalten werden, die zufällig oder technisch unvermeidbar mit gentechnisch veränderten Organismen aus einer genehmigten Freisetzung vermischt worden sind. Damit ist seinerseits z.B. der Anwendungsbereich von § 36a GenTG eröffnet. Dadurch werde sowohl die Durchführung von Freisetzungsversuchen zum Zweck der Erforschung und Entwicklung transgener Pflanzen durch universitäre und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in verfassungswidriger Weise erheblich erschwert als auch die objektive Berufswahlfreiheit der beteiligten Unternehmen verletzt.

Fasst man den Vortrag der Antragstellerin zusammen, so ergeben sich im Wesentlichen zwei Argumentationslinien. Zum einen seien § 36a GenTG und § 16b GenTG zu weit gefasst, weil mit der Genehmigung zur Freisetzung oder zum Inverkehrbringen gemäß § 16 GenTG feststehe, dass von den jeweiligen gentechnisch veränderten Organismen keine Gefahr mehr für die durch § 1 Nr. 1 GenTG geschützten Rechtsgüter ausgehe. Es fehle insoweit an der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Zum anderen gewährleiste der Koexistenzbelang (§ 1 Nr. 2 GenTG) die reale Erforschung, Erzeugung und Nutzung von Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthielten oder daraus bestünden. Die angegriffenen Normen würden dem nicht gerecht, weil sie einseitig die konventionelle und ökologische Landwirtschaft begünstigten, den gentechnischen Landbau aber praktisch verhinderten.

2. Die Argumentation des BVerfG

a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob die Antragstellerin auch die formelle Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Vorschriften gerügt hatte. Das BVerfG hat sich dennoch veranlasst gesehen, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sowie das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gentechnikneuordnungsgesetzes¹⁴ und des Gentechnikänderungsgesetzes¹⁵ zu prüfen.¹⁶ Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist die Vereinbarkeit von Normen mit dem Grundgesetz Gegenstand des Verfahrens, das Interesse der Antragstellerin oder die Reichweite des Antrags ist nicht maßgeblich.¹⁷ Inhaltlich dient es der objektiven Kontrolle. Ist das Verfahren einmal in Gang gesetzt, ist es „in seinem weiteren Verlauf der Verfügung des Antragstellers entzogen, so dass für die Gestaltung und Durchführung des Verfahrens nicht die Anträge und Anregungen des Antragstellers, sondern ausschließlich Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses maßgeblich sind.“¹⁸

In der Sache sieht das BVerfG die Gesetzgebungskompetenz beim Bund. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG (Untersuchung und künstliche Veränderung von Erbinformationen) sei aufgrund seiner Genese und seinem Sinn nach weit zu verstehen. Der Kompetenztitel decke neben der Humangentechnik auch die Gentechnik in Bezug auf Tiere und Pflanzen und begründe eine umfassende Zuständigkeit des Bundes. Die Vorschrift umfasse nicht nur Regelungen betreffend die Forschung und Entwicklung, sondern auch die Verwendung von und den Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen. Eine bundeseinheitliche Regelung sei im gesamtstaatlichen Interesse zur Wahrung der Rechtseinheit auch erforderlich (Art. 72 Abs. 2 GG). Die Novellierungen des GenTG seien auch nicht zustimmungspflichtig gewesen. Weder die Auftei-

¹⁴ BGBl. I 2005, S. 186.

¹⁵ BGBl. I 2008, S. 499.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 123 ff.

¹⁷ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 123.

¹⁸ BVerfGE 1, 396 (414).

¹¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 96 f.

¹² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 98.

¹³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 99.

lung eines Gesetzentwurfs in einen zustimmungspflichtigen und einen nichtzustimmungspflichtigen Teil noch die Änderung von für die Landesbehörden beachtlichen Verfahrensvorschriften führten zu einer Zustimmungspflicht des Bundesrates. Letzteres ergebe sich aus einer möglichen abweichenden Gesetzgebung der Länder gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG, die der Bund nicht nach der Maßgabe von Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG ausgeschlossen habe.

b) Vereinbarkeit der angegriffenen Regelungen mit Grundrechten

aa) § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG

Aus Sicht des Gerichts sind zunächst § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG verfassungsgemäß, obwohl beide Definitionen mittelbar in die Freiheit der Berufsausübung, die Eigentumsfreiheit und in die Wissenschaftsfreiheit eingreifen.¹⁹ Angesichts der verfassungsrechtlich begründeten Schutzzwecke des GenTG sei es legitim, den Anwendungsbereich des Gesetzes möglichst umfassend zu formulieren (auch Produkte von Auskreuzungen sind gentechnisch veränderte Organismen) und das Inverkehrbringen insbesondere auch auf Zufallsnachkommen von legal freigesetzten gentechnisch veränderten Organismen zu erstrecken. Eine Beschränkung der Definition des gentechnisch veränderten Organismus würde die durch zufällige Vorgänge entstandenen Nachkommen der gentechnikrechtlichen Kontrolle entziehen. Die u.a. durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 20a GG gebotene Risikoversorge wäre damit nicht mehr in vollem Umfang gewährleistet. Angesichts der von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckten Annahme eines „Basisrisikos“ seien die mittelbaren Eingriffe in die betroffenen Grundrechte auch unter Beachtung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz gerechtfertigt. In einer wissenschaftlich ungeklärten Situation sei ein empirischer Nachweis des realen Gefährdungspotentials der gentechnisch veränderten Organismen und ihrer Nachkommen nicht notwendig.

bb) § 16a Abs. 1-5 GenTG, § 16b Abs. 1a GenTG

Das Gericht hat auch keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Vorschriften über das Standortregister, obwohl diese in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Wissenschaftsfreiheit eingreifen.²⁰ Im Mittelpunkt steht naturgemäß die informationelle Selbstbestimmung. Die Argumente sind aber letztlich auf alle betroffenen Grundrechte übertragbar.²¹ Der Senat stellt zunächst klar, dass die Vorschriften dem Gebot der Normklarheit und -bestimmtheit genügen. Das gelte auch für § 16a Abs. 5 GenTG. Die Regelungen seien zudem verhältnismäßig. Der Gesetzgeber verfolge vermittels § 1 GenTG die legitime Absicht, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG zu schützen und dem Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG Genüge zu tun. Die Schaf-

fung von Transparenz stelle in diesem Zusammenhang einen eigenständigen und legitimen Zweck der Gesetzgebung dar. Das Standortregister sei zur Erreichung der Ziele geeignet und erforderlich, weil die Informationsmöglichkeit insbesondere Überwachungsmaßnahmen zur Risikoversorge und die Koexistenz fördere. Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber bei der Einschätzung der Erforderlichkeit zukommenden Beurteilungs- und Prognosespielraums sei ein ebenso wirksamer, aber die Betroffenen weniger belastender Weg der Erhebung und Verarbeitung von Daten über den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen nicht ersichtlich. Schließlich seien die Regelungen trotz der Möglichkeit zum Missbrauch für Straftaten auch angemessen,²² weil der Gesetzgeber mit der Aufteilung des Registers in einen allgemein zugänglichen und einen nicht allgemein zugänglichen Teil einen verfassungsrechtlich tragfähigen Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Interessen gefunden habe. Durch die Einrichtung des Standortregisters werde die Wahrscheinlichkeit mutwilliger Zerstörungen von Anbaukulturen nicht erhöht. Zudem sei der Staat in diesen Fällen verpflichtet, die Betätigung der Grundrechte der betroffenen Landwirte und Unternehmen zu schützen.

cc) § 16b Abs. 1-4 GenTG

In ähnlicher Weise begründet das Gericht auch die Verfassungsmäßigkeit von § 16b Abs. 1-4 GenTG.²³ Der Schwerpunkt der Kontrolle liegt auf Art. 12 Abs. 1 GG, soweit jedoch der persönliche und sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eröffnet ist,²⁴ sind die Ausführungen des Gerichts wiederum übertragbar. Als legitime Gründe sieht das Gericht einmal mehr u.a. den Schutz der in § 1 Nr. 1 GenTG genannten Rechtsgüter sowie im Hinblick auf die Koexistenz (§ 1 Nr. 2 GenTG) den Schutz der Berufs- und Eigentumsfreiheit von potentiell betroffenen Dritten. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Bestimmungen über die Vorsorgepflicht und die gute fachliche Praxis seien unter Berücksichtigung des auch hier dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs- und Prognosevorrangs ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Notwendigkeit der Vorschriften entfalle nicht durch die Inverkehrbringensgenehmigung nach § 16 Abs. 2 GenTG, weil es darum gehe, einen möglichst umfassenden und lückenlosen Rechtsgüterschutz auch nach der Marktfreigabe zu gewährleisten.²⁵ Das Gericht sieht trotz der strengen Vorgaben auch das Erfordernis der Angemessenheit gewahrt.²⁶ So könne man beim Vollzug der gesetzlichen Vorgaben auf bereits bestehende Trennungspraktiken oder -verfahren und bisherige Erfahrungen aufbauen. Die erforderlichen Standards seien „sukzessive durch administrative und gerichtliche Vorgaben unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszubauen.“²⁷

²² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 188 ff.

²³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 212 ff.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 240.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 229.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 230 ff.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 238.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 138 ff.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 151 ff.

²¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 202 ff.

dd) § 36a GenTG

Schließlich hält das BVerfG § 36a GenTG für verfassungsgemäß, obwohl die Vorschrift die Freisetzung und das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen mit beachtlichen Haftungsrisiken belastet. Von allen zur Prüfung angestellten Vorschriften dürfte § 36a GenTG die wichtigste sein, weil sie faktisch prohibitiv wirkt. Art. 14 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, weil die Vorschrift i.V.m. §§ 906, 1004 BGB eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung darstelle.²⁸ Das gelte insbesondere für Ausgleichsansprüche nach oder analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. Auch stelle die Errichtung eines zumindest teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Haftungsfonds kein gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel dar, weil für die Verwender von Gentechnik der Anreiz entfielen, „neben privaten oder betriebswirtschaftlichen Kosten negative externe Effekte bei ihren Aktivitäten zu berücksichtigen.“²⁹ § 36a GenTG stehe auch im Einklang mit der Freiheit der Berufsausübung. Gleiches gelte für die Wissenschaftsfreiheit.³⁰ Hinsichtlich der Zwecke verweist das Gericht der Sache nach auf die Ziele, die auch § 16a Abs. 1-5 GenTG, § 16b Abs. 1a GenTG legitimieren. Auch die Erwägungen zur sonstigen materiellen Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 3 GG ähneln den vorhergehenden Prüfungen, wobei auffällt, dass das Gericht keine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt.

ee) Zwischenfazit

Mit seinem Urteil stellt das BVerfG die der Gefahrenabwehr und Risikoversorge dienenden § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG samt ihrer verfassungsrechtlichen Fundierung durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 20a GG in den Mittelpunkt. Die entsprechenden Schutzzwecke rechtfertigten die angegriffenen Regelungen. § 1 Nr. 3 GenTG erscheint demgegenüber nicht als gleichrangiger Gesetzeszweck. Bezüglich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Vorschriften billigt das Gericht dem Gesetzgeber fast durchweg eine Einschätzungsprärogative zu. Der Inhalt und die Reichweite von Freisetzungs- und Inverkehrbringensgenehmigungen reichten nicht aus, um Zweifel an der Verhältnismäßigkeit zu begründen. Nur wenig in den Blick nimmt das BVerfG die realen Koexistenzmöglichkeiten für Betriebe und Forschungseinrichtungen, die mit gentechnisch veränderten Organismen arbeiten wollen.

III. Analyse und Kritik*1. Das Verteilungsprinzip zum Ersten: Prinzipiell unbegrenzte Freiheit des Einzelnen**a) Geschützt und doch nicht so geschützt*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum GenTG macht es notwendig, an eine essentielle Grundlage des bundesrepublikanischen Verfassungsstaates zu erinnern: die sachgeprägte Selbstdefinitionsmacht menschlicher Freiheit. Das Gericht hat diese zwar nicht bestritten, die Entscheidung

bewegt sich aber auf einem schmalen Grat und ist symptomatisch für die Tendenz, bestimmte Formen der Freiheitsbetätigung als grundrechtlich geschützt, aber eben doch nicht so geschützt anzusehen. In seinem Beschluss zum baden-württembergischen Spielbankgesetz hatte das Gericht dem Beruf des Spielbankenunternehmers den vollen Schutz der Berufswahlfreiheit mit dem Argument versagt, der Betrieb einer Spielbank sei „eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen.“³¹ In einem Sondervotum zum Urteil zum Nichtraucherschutz in Gaststätten wird die wirtschaftliche Seite der Ermöglichung des Rauchens durch den Gastwirt bereits nicht zum Schutzbereich der Berufsfreiheit gezählt. Wirtschaftliche Vorteile aus einem für Dritte gefährlichen Tun sind danach nicht schutzwürdig.³² Die Senatsmehrheit öffnet dem Gesetzgeber den Weg zu einem ausnahmslosen Rauchverbot. Diese Judikate bergen nicht nur die Gefahr der Vermischung von Recht und Moral, sondern eröffnen dem Gesetzgeber auch das weite Feld der „Erwachsenenerziehung.“³³

Im Urteil des BVerfG zum GenTG finden sich keine vergleichbaren Passagen. Das Gericht lässt aber ein Gesetz passieren, das gentechnische Forschungen erheblich erschwert, wenn nicht sogar faktisch fast verhindert. Der Entscheidung ist anzumerken, dass der Senat die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen und das Inverkehrbringen entsprechender Produkte für Tätigkeiten hält, die vielleicht besser unterbleiben sollten, obwohl sie grundrechtlich geschützt sind.³⁴ Diese Feststellung ist keine Unterstellung. Die maßgeblichen Ausführungen erfolgen bereits eingangs der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des GenTG. Das Gericht erwähnt zwar die Chancen, die die Forschung und Produktion von gentechnisch veränderten Organismen eröffnet. Mit der Betonung des Eingriffs in elementare Strukturen des Lebens – dieser Punkt wird als erstes genannt –, der kaum möglichen Reversibilität und der fehlenden räumlichen Begrenzbarkeit hebt es aber die gesundheitlichen und ökologischen Risiken im Allgemeinen und für die gentechnikfreie Landwirtschaft im Besonderen hervor.³⁵

Gegen die Skepsis des Gerichts und des Gesetzgebers wäre nichts einzuwenden, wenn die Erkenntnisse über die nichtwirtschaftlichen Gefahren und Risiken, die von gentechnisch veränderten Organismen möglicherweise ausgehen, soweit fortgeschritten wären, dass sie zumindest eine gewisse empirische Grundlage hätten. Derartige Kenntnisse lassen sich aber nur durch Forschungen und Erprobungen gewinnen. Mit seinem Urteil eröffnet das BVerfG dem Gesetzgeber jedoch einen Weg, die Minderung der Last des Nichtwissens

³¹ BVerfGE 102, 197 (215).

³² BVerfGE 121, 317 (379), Sondervotum *Bryde*.

³³ Ähnlich BVerfGE 121, 317 (385 ff., 388), Sondervotum *Masing*.

³⁴ Dazu unten 2. a) cc).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 135 ff.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 256 ff.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 285.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 305 ff.

zu verhindern. Es ist daher durchaus angezeigt, zunächst das Prinzip des Nichtwissens und die Umkehr der Beweislast³⁶ als Kern des (philosophischen) Liberalismus ins Gedächtnis zu rufen.³⁷ Das gilt umso mehr, als nicht allein die Berufsfreiheit, sondern das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die Eigentumsfreiheit und mit der Wissenschaftsfreiheit ein Grundrecht der geistigen Freiheit schlechthin auf dem Spiel steht.³⁸

b) Staatstheoretische Grundlagen

Aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit ergibt sich „ein Verteilungsprinzip: die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“³⁹ Die staatstheoretischen Grundlagen dieses Prinzips hat *John Locke* gelegt. Er hat mit seiner Lehre, dass der Einzelne über unveräußerliche Rechte verfügt, die er auch durch Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag nicht verlieren kann, maßgeblich zu der Entwicklung beigetragen, die 1776 in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung gipfelte. In Europa hat die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, speziell in Deutschland die Philosophie von *Immanuel Kant* den Boden für das Verteilungsprinzip bereitet. Es dauerte aber das ganze 19. Jhd. und bis zur Weimarer Reichsverfassung, bis der Konflikt von Fürsten- und Volkssouveränität zugunsten von Demokratie und Republik aufgelöst wurde, und erst mit Inkrafttreten des Grundgesetzes mit seinen Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG wurden der Vorrang der Verfassung und die Bindung der Gesetzgebung an die Grundrechte auch rechtlich anerkannt.

Dem Verteilungsprinzip liegen philosophisch das Prinzip des Nichtwissens und die Umkehr der Beweislast für Anforderungen an die Rechtfertigung und konkrete Formen politischer Herrschaft zu Grunde.⁴⁰ Die so verstandene Liberalität ist nicht zu verwechseln mit einem bloß politischen oder wirtschaftlichen Programm, es handelt sich vielmehr um eine Denkweise und Handlungsanleitung. Sie mündet einerseits in die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, andererseits

³⁶ Der Begriff „Beweislast“ wird hier nicht im zivilprozessrechtlichen Sinne verwandt, sondern im Sinne von Rechtfertigungslast. Diese Umkehr der Rechtfertigungslast ist nicht zu verwechseln mit der Umkehr, die nach verbreiteter Auffassung dem Vorsorgeprinzip zugrunde liegt (dazu unten 2.). Diese bewirkt, dass im Zweifel der Einzelne sein Tun rechtfertigen muss, jene legt die Rechtfertigungslast dem Staat auf.

³⁷ Dazu *Zöller*, Das Recht des Einzelnen, FAZ v. 6.1.2007, S. 13.

³⁸ Zur Wissenschaftsfreiheit als geistiger Freiheit *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 401.

³⁹ *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126, Herv. nicht im Original; siehe auch *Volkman*, JZ 2004, 696 (698), zum liberalen Paradigma des Rechtsstaats.

⁴⁰ *Zöller*, Das Recht des Einzelnen, FAZ v. 6.1.2007, S. 13.

in das appellative Gebot der Selbstentfaltung und das rechtliche Verbot der Fremddefinition von menschlicher Freiheit.

c) Grundrechtliche Positivität des Verteilungsprinzips

Seine positiv-rechtliche Grundlage findet das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip heute in den Einzelgrundrechten i.V.m. Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG. Die Verpflichtung der Staatsgewalt auf die Grundrechte setzt einen bindenden Gehalt voraus. Inhalt und Reichweite lassen sich aber nicht allein dem Wortlaut der einzelnen Artikel entnehmen. Der Text ist Ausgangspunkt der Interpretation, er reicht aber nicht aus, um zu bestimmen, was z.B. Religion, Weltanschauung, Rundfunk, Kunst, Wissenschaft oder Beruf im Sinne des Grundgesetzes bedeutet. Eine effektive Bindung vor allem des parlamentarischen Gesetzgebers an die Grundrechte verlangt nach einer auch sachgeprägten Normativität,⁴¹ die sich je nach der Struktur des geschützten Lebensbereichs auch am Selbstverständnis der Grundrechtsträger orientiert. Grundrechte sind daher „sachgeprägte Schutzgarantien bestimmter individueller und sozialer Aktions-, Organisations- und Sachkomplexe.“⁴² Der Wortlaut der Grundrechtsartikel hebt „aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen tatsächlichen Gegebenheiten die für die juristische Entscheidung erheblichen Momente im Sinn einer steuernden Direktive heraus, setzt also für Fragestellung wie Gewichtung Maßstäbe verbindlicher Relevanz.“⁴³ Diese Auffassung von der Positivität der Grundrechte führt zu einem weiten Schutzbereichs- und strikten Schrankenverständnis. Grundrechtsbegrenzungen sind in der Regel rechtfertigungsbedürftig. Verbindendes Merkmal ist die Autonomie des Einzelnen,⁴⁴ die durch Art. 1 Abs. 1 GG zum Richtmaß des Grundgesetzes geworden ist. Die sachbestimmte Selbstdefinitions-macht menschlicher Freiheit findet hierin ihren Grund.

2. Die Wissenschaftsfreiheit als Freiheit, Wissen zu schaffen

a) Sachlicher Schutzbereich

aa) Wahrheitsuche, Eigengesetzlichkeit und Selbstbestimmung

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist eine wertentscheidende Grundsatznorm, die das Verhältnis von Staat und Wissenschaft regelt. Zugleich gibt sie jedem, der in diesem Bereich arbeitet, ein individuelles Freiheitsrecht. Die Wissenschaftsfreiheit schützt die freie wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe.⁴⁵ In den sachlichen Schutzbereich fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe.⁴⁶ „Damit

⁴¹ Hierzu *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 8.

⁴² *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 1969, S. 11; *Hesse* (Fn. 38), Rn. 69.

⁴³ *Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 1975, S. 39.

⁴⁴ *Hufen* (Fn. 41), Rn. 12.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 145.

⁴⁶ Seit BVerfGE 35, 79 (112) st. Rspr; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz,

sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‚etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes‘ (Wilhelm von Humboldt) ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden.⁴⁷ Art. 5 Abs. 3 GG schützt jeden nach Inhalt und Form ernsthaften planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Forschung zielt somit darauf, „in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.“ Die Freiheit der Forschung umfasst „insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung.“⁴⁸ Diese Faktoren machen die sachgeprägte Selbstdefinitionsmacht menschlicher Freiheit auf dem Gebiet der Wissenschaft aus.⁴⁹

bb) Riskantes und ethisch zweifelhaftes Verhalten als Teil der Wissenschaftsfreiheit

Das Bemühen um Wahrheit als noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes ist nur möglich, wenn der Wissenschaftler sein Denken und Tun auf das Neue, das Unbekannte ausrichtet, ausrichten darf. Das Vordringen in Grenzbereiche gehört daher zwingend zum Wesen und zum Charakter der Wissenschaftsfreiheit, es ist Teil ihrer Innovationsfunktion.⁵⁰ Die Geschichte der Wissenschaft ist eine Geschichte von Grenzüberschreitungen. Die Wissenschaftsfreiheit schützt daher auch ethisch und rechtlich zweifelhafte sowie riskante Forschungen.⁵¹ Sachbestimmte Normativität meint nicht sachbestimmte Moralität. Aus ethischen und rechtlichen Gründen umstritten sind z.B. die Embryonenforschung,⁵² die Forschung an Nichteinwilligungsfähigen, Minderjährigen,⁵³ militärische Forschung⁵⁴ oder Versuchsord-

nungen mit Tieren.⁵⁵ In diesen Fällen sind die erkenntnisleitenden Fragestellungen von herausragender Bedeutung für den verfassungsrechtlichen Schutz. Verteilungsprinzip, Positivität der Grundrechte und Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft sprechen jedoch grundsätzlich für einen weiten sachlichen Schutzbereich. Gegenstände von für Leib oder Leben von Menschen oder die Umwelt insgesamt riskanten Forschungen sind z.B. die Nuklear- und die Nanotechnik. Insbesondere über die Eigenschaften und Wirkungen von Nanoteilchen ist noch wenig bekannt. Dennoch ist diese Technik bereits weit verbreitet.

cc) Gentechnische Forschung als Teil des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit

Die Folgen der Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit für die Gentechnik sind klar. „Danach ist die Erforschung von gentechnisch veränderten Organismen vom Schutzbereich erfasst, auch soweit lebende Organismen zu experimentellen Zwecken in die Umwelt – sei es im Rahmen von Freisetzungsversuchen oder im Rahmen wissenschaftlich begleiteten Erprobungsanbaus verkehrszugelassener gentechnisch veränderter Organismen – eingebracht werden und sich in dieser fortpflanzen und ausbreiten können. Art. 5 Abs. 3 GG ist also auch betroffen, wenn die Forschung außerhalb des geschlossenen Systems stattfindet und die Umwelt einschließlich der Rechtsgüter Dritter in das kontrollierte Experiment einbezieht. Das gilt jedenfalls für die experimentelle Forschung an Universitäten.“⁵⁶ Die gentechnische Forschung zählt zum Gegenstands- und Diskursbereich der Wissenschaftsfreiheit. Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen oder ihr Anbau (als Form des Inverkehrbringens) zu wissenschaftlichen Zwecken sind durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt. Die mit der Gentechnik verbundenen Gefahren und Risiken, z.B. Auskreuzungen, Vermarktungsverbote gegenüber konventionell oder ökologisch produzierenden Landwirten oder für die Gesundheit von Menschen, ändern nichts am verfassungsrechtlichen Schutz. Mögliche Eingriffe in Rechte Dritter führen nicht per se dazu, dass die Tätigkeit außerhalb des Schutzbereichs liegt. Das ist eine Frage der Schranken.⁵⁷ Ziehen wissenschaftliche Versuche Schäden oder Nutzungsbeeinträchtigungen nach sich, ist Ersatz zu leisten oder für Entschädigung zu sorgen, Wissenschaft ist aber nicht allgemein an gesellschaftliche Verantwortungen oder Folgenverantwortungen gebunden.⁵⁸ Art. 20a GG ändert daran nichts, weil er an

Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 3 Rn. 352 f.; *Hufen* (Fn. 41), § 33 Rn. 6.

⁴⁷ BVerfGE 35, 79 (112).

⁴⁸ BVerfGE 35, 79 (112).

⁴⁹ Gegen das Merkmal „Selbstdefinition“ *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 89, der dabei aber nicht ausreichend berücksichtigt, dass das Merkmal an das Normprogramm und die Sachstrukturen des Normbereichs von Art. 5 Abs. 3 GG gebunden ist. Man kann sich daher nicht einfach selbst zum Wissenschaftler erklären, siehe *Starck* (Fn. 46), Art. 5 Abs. 3 Rn. 353.

⁵⁰ *Krüger*, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 269.

⁵¹ *Hufen* (Fn. 41), § 33 Rn. 13; a.A., *Lorenz*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 267 (S. 270 ff., insb. 277 f.).

⁵² Ablehnend z.B. *Hillgruber*, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 561 (S. 569).

⁵³ Ausführlich *Michael*, Forschung an Minderjährigen: verfassungsrechtliche Grenzen, 2004.

⁵⁴ Die Vereinbarkeit von sog. Zivilklauseln in Hochschulgesetzen oder Grundordnungen mit der Wissenschaftsfreiheit ist sehr umstritten.

⁵⁵ Siehe nur VG Bremen DVBl. 2010, 1044, Forschung an Makaken.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 146.

⁵⁷ *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. III (Wissenschaft) Rn. 30.

⁵⁸ *Scholz* (Fn. 49), Art. 5 Abs. 3 Rn. 99; a.A. wohl *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10. Was es bedeutet, Hochschulen gesellschaftliche Verantwortung politisch oder rechtlich zuzuweisen, zeigt sich an ihrer Indienstnahme für die Wirtschaft, die

den Staat adressiert ist. Gerade weil der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben ein Wissensstaat sein und auf gesellschaftliches Wissen zurückgreifen muss, ist die Gentechnik ein Teil der Kraft, die Wissen schafft, der Wissenschaft.

b) Persönlicher Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Forschung an Hochschulen und die außeruniversitäre Forschung, sondern auch die in der Industrie, wenn dort trotz einer Zweckbindung mit der gebotenen inhaltlichen Unabhängigkeit ernsthaft, planmäßig und methodisch geordnet gearbeitet werden kann.⁵⁹ Aus diesem Grund ist nicht nur die experimentelle gentechnische Forschung an Universitäten oder außeruniversitären Instituten geschützt. Auf Art. 5 Abs. 3 GG können sich daher z.B. auch Saatguthersteller berufen. Das ist aber in jedem Einzelfall zu ermitteln, weil die Wissenschaftsfreiheit ihrem Wesen und Charakter nach ein voraussetzungsreiches Grundrecht ist. Das BVerfG hatte im vorliegenden Fall keinen Anlass, auf diese Problematik näher einzugehen, weil dem Verfahren keine Verfassungsbeschwerde eines Unternehmens zu Grunde lag. Es konnte daher seine Aussagen zur Wissenschaftsfreiheit auf die experimentelle Forschung an Universitäten beschränken,⁶⁰ ohne damit eine abschließende Aussage zu treffen.

c) Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit

Die angegriffenen Regelungen greifen (un-)mittelbar in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG ein. Mit § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG „hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass wissenschaftliche Freilandversuche und ihre unbeabsichtigten Folgen den Kontroll- und Eingriffsbefugnissen des Staates und der Folgenverantwortung der Forschung nach Maßgabe des Gentechnikgesetzes unterfallen. Er hat die Rahmenbedingungen der Forschung abgesteckt und auf die praktische Durchführung, Fragestellung und Methodik von Forschungsprojekten Einfluss genommen.“⁶¹ Was in den Worten des Gerichts beiläufig klingt, ist rechtlich gesehen ein Eingriff in den Gegenstandsbereich – in der Terminologie der Kunstfreiheit: in den Werkbereich – der Wissenschaftsfreiheit. Die Vorschriften zum Standortregister in §§ 16a Abs. 1, Abs. 3-5 und 16b Abs. 1a GenTG betreffen „auch die Bedingungen für die Durchführung des Forschungsprojekts und berührt damit den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.“⁶² Die Regelungen belasten somit universitäre und institutionelle Forschungseinrichtungen sowie Erzeuger von Saatgut, die ihrerseits forschen. § 16b Abs. 1-3 GenTG greift in die „Freiheit ein, Fragestellung und Methodik einschließlich der praktischen Durchführung eines Forschungsprojekts frei zu be-

stimmen.“⁶³ § 36a GenTG betrifft das Haftungsrisiko sowie die Folgen eines Haftungsfalls und nimmt so Einfluss auf die Aufwendungen für Vorsorgemaßnahmen. Diese Faktoren beeinflussen maßgeblich „Fragestellung, Umfang und praktische Ausführung eines Forschungsprojekts.“⁶⁴ Insgesamt ist zu konstatieren, dass jede Regelung für sich genommen bereits einen Eingriff darstellt, das Zusammenspiel von Begriffsbestimmungen, materiellen Pflichten, strukturellen Eigentümlichkeiten der Wissenschaftsfreiheit und realen Folgen insbesondere der §§ 16a, 36a GenTG aber den Schutzgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG in seinem Kern trifft.

3. Das Verteilungsprinzip zum Zweiten: Prinzipiell begrenzte Machtbefugnis des Staates

a) Das Übermaßverbot als Ausdruck der begrenzten Machtbefugnis des Staates

Eingriffe in Grundrechte können gerechtfertigt, wollen aber auch gerechtfertigt sein. Inhaltlich stehen sie insbesondere unter dem Vorbehalt des Übermaßverbots, sprich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁶⁵ Das Übermaßverbot ist Ausdruck der begrenzten Machtbefugnis des Staates. Seine Herausbildung und Anerkennung verläuft nicht zufällig mit der Entwicklung des Freiheitsrechts.⁶⁶ Ausgehend vom Polizeirecht entwickelte es sich zunächst als Maßstab im Verwaltungsrecht,⁶⁷ unter der Geltung des Grundgesetzes und durch die Rechtsprechung des BVerfG wurde es zur allgemeinen Maxime hoheitlichen Handelns. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“⁶⁸

Die inhaltlichen Anforderungen folgen aus dem Rationalitätsgebot staatlichen Handelns und aus den Bedingungen, unter denen grundrechtsgebundene Gesetzgebung stattfindet. Rechtsnormen müssen rational begründbar sein. Ein Gesetz ist nur verfassungsgemäß, wenn und soweit es legitime Zwecke verfolgt. Des Weiteren widerspricht es der Vernunft, ein Gesetz als verfassungsgemäß anzusehen, obwohl es untauglich und somit unnötig ist. Aus dem Gedanken heraus, dass der Gesetzgeber die Freiheit der Bürger nicht stärker in Anspruch nehmen darf als nötig, folgt die fehlende Erforderlichkeit, soweit die Zwecke gleichermaßen mit milderer Mitteln verwirklicht werden können. Schließlich stellt sich die Frage nach der Angemessenheit staatlicher Maßnahmen, weil andernfalls trotz Art. 1 Abs. 3 GG die Gefahr besteht, dass von

überwiegend an Ausbildung und weniger an Bildung interessiert ist.

⁵⁹ Starck (Fn. 46), Art. 5 Abs. 3 Rn. 355; Scholz (Fn. 49), Art. 5 Abs. 3 Rn. 99; Krüger (Fn. 50), S. 264 f. und S. 278 f.; Hufen (Fn. 41), § 33 Rn. 7.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 146.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 147.

⁶² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 210.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 242.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 304.

⁶⁵ Dazu Hufen (Fn. 41), § 9 Rn. 14 ff.

⁶⁶ Zur historischen Entwicklung Remmert, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995, passim.

⁶⁷ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, § 84 I 2.

⁶⁸ BVerfGE 19, 342 (348 f.).

der Freiheit des Einzelnen nichts bleibt. Die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele sind daher in Relation zu sehen zu den Auswirkungen für das jeweilige Grundrecht und seinen Träger. Das Übermaßverbot gilt für alle Formen und Maximen staatlichen Handelns, damit auch für das Vorsorgeprinzip.

b) Risikovorsorge und GenTG

aa) Legitimität von Risikovorsorge

Das Gentechnikrecht ist, wie viele Materien des Umwelt- und Technikrechts, Gefahrenabwehr- und Risikovorsorgerecht. Angesichts unbekannter Wirkungszusammenhänge und drohender Schäden hat das Vorsorgeprinzip als Leitprinzip große Bedeutung.⁶⁹ Es dient der Risikovermeidung und -minimierung. Nach einer Definition des Sachverständigenrates für Umweltfragen (SRU) liegt ein Risiko im Rechtssinne vor, „wenn ein Schaden möglich oder nicht auszuschließen ist. Während die Gefahr [...] eine hinreichend große Schadenswahrscheinlichkeit voraussetzt, reicht beim Risiko bereits die bloße Möglichkeit eines Schadens. Im Gegensatz zur Gefahr erfasst das Risiko also auch die Fälle der Ungewissheit und der subjektiven Nichtkenntnis einzelner Faktoren oder Wirkungszusammenhänge.“⁷⁰ Insbesondere letzteres ist kennzeichnend für das Gentechnikrecht. Entscheidungen über Freisetzungen und Inverkehrbringen erfolgen in einer Situation der Unsicherheit,⁷¹ die Folgen für die Schutzgüter des GenTG sind ungewiss. Die staatliche Pflicht zum Schutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und der natürlichen Lebensgrundlagen legitimieren daher verfassungsrechtlich im Grundsatz die Anwendung des Vorsorgeprinzips auf das Gentechnikrecht,⁷² wobei das BVerfG im 2. Leitsatz insbesondere die Bindung des Gesetzgebers an Art. 20a GG betont.

bb) Risiken des Vorsorgeprinzips

Die Legitimität von Risikovorsorge darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass das Streben nach Prävention das liberale Paradigma mehr und mehr erodieren lässt. Mehr noch, jede Freiheitsbetätigung erscheint als Risiko.⁷³ Dem Vorsorgeprinzip liegt, ausgehend vom Staatsverständnis über das Staatsaufgabenverständnis bis zu Gesetzesformulierungen und Handlungsformen,⁷⁴ ein Sicherheitsdenken zu Grunde, das seinerseits zur Gefahr für die Freiheit werden kann. Diese Entwicklung lässt sich anhand der Rechtsprechung des BVerfG zeigen. Die Antragstellerin hatte im Hinblick auf die

Berufsfreiheit der an der Forschung beteiligten Unternehmen vorgetragen, es liege der Sache nach eine objektive Regelung der Berufswahl vor, „ohne dass nachweisbare oder höchstwahrscheinliche, schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erkennbar seien.“⁷⁵ Die Formulierung stammt aus dem berühmten Apothekenurteil des BVerfG. Die Entscheidung ist bis heute bemerkenswert, weil das Gericht die Prognose des Gesetzgebers, ohne eine Beschränkung der Apothekenzahl seien die Volksgesundheit und die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gefährdet, mangels ausreichender tatsächlicher Grundlagen verworfen hat.⁷⁶ Diese strengen Anforderungen hat das Gericht seit dem ersten Mühlenbeschluss aufgegeben.⁷⁷ Der Gesetzgeber darf daher nach der Rechtsprechung auch zur Bekämpfung von Risiken, die von Forschungsprojekten ausgehen, vorbeugend bzw. vorsorglich tätig werden. Aus der rechtsstaatlichen Verteilungslogik wird eine gegenläufige Vorsorgegeometrie.⁷⁸

Eine vorausschauende Gesetzgebung ist prinzipiell zu begrüßen. Ein „auf Sicht fahren“ würde allzu schnell zu noch größerem Aktionismus führen, als dies ohnehin der Fall ist. Die „Haltbarkeit“ von Gesetzen ist in den letzten Jahrzehnten deutlich gesunken. Die Gesetzes- und Verordnungsblätter enthalten eine Vielzahl von Maßnahmegesetzen, die auf einen kurzfristigen Erfolg zielen. Der Gesetzgeber ist aber gut beraten, zwischen den verschiedenen Lebensbereichen zu differenzieren. Das gilt bereits innerhalb des Umwelt- und Technikrechts. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge setzen zum einen voraus, dass es sich um Gefahren und Risiken handelt. So sind die gesundheits- und umweltschädlichen Wirkungen von Kernbrennstoffen oder sonstigen radioaktiven Stoffen ausreichend erforscht, die Auswirkungen gentechnisch veränderter Organismen dagegen kaum bekannt. Hier lässt sich weder der Eintritt bestimmter Ereignisse ohne weiteres prognostizieren noch lassen sich allgemeine Aussagen zur Schädlichkeit für die Umwelt oder die menschliche Gesundheit machen. Anders verhält es sich mit den Wirkungen für die konventionelle und ökologische Landwirtschaft. Kennzeichnungspflichten und eventuell fehlende Vermarktungsmöglichkeiten führen hier zu wirtschaftlichen Risiken. § 1 Nr. 2 GenTG ist aber so formuliert, dass auch die Existenz von landwirtschaftlichen Betrieben, die mit gentechnisch veränderten Organismen arbeiten wollen, möglich sein muss. Genau das ist aber unter den gegenwärtigen Bedingungen sehr problematisch.

Zum anderen birgt eine Gesetzgebung, die am Gedanken der Vorsorge ausgerichtet ist, die bereits beschriebenen Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte insgesamt, weil der Verwaltung – wie z.B. im Polizeirecht – entweder Befugnisse eingeräumt werden, um zu ermitteln, ob Gefahren oder Risiken vorliegen oder – wie im Fall des GenTG – die Erforschung von Gefahren und Risiken stark

⁶⁹ Volkmann, JZ 2004, 696 (701): Vorsorge-Paradigma des Rechtsstaats.

⁷⁰ SRU-Sondergutachten „Umwelt und Gesundheit – Risiken richtig einschätzen“, BT-Drs. 14/2300 v. 15.12.1999, S. 53.

⁷¹ Hierzu demnächst ausführlich *Spiecker genannt Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2011, passim.

⁷² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 149 f.; *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (11).

⁷³ Volkmann, JZ 2004, 696 (701).

⁷⁴ Zu diesem Zusammenhang *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 47.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 99.

⁷⁶ BVerfGE 7, 377 (415 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 25, 1 (17); zuletzt BVerfGE 121, 317 (350) – Nichtrauchererschutz; BVerfGE 119, 59 (83) – Hufbeschlagnahme; BVerfGE 117, 163 (183) – Erfolgshonorare.

⁷⁸ Volkmann, JZ 2004, 696 (701).

erschwert wird. In beiden Fällen erlauben Gesetze gravierende Eingriffe in Grundrechte, weil die Befugnisse zeitlich nach vorn verlagert werden; der Unterschied der betroffenen Normbereiche ist aber erheblich. Die Gefahr für Leib und Leben durch terroristische Anschläge lässt sich kaum prognostizieren, sondern ist abstrakt vorhanden und kann schnell sehr konkret werden. Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Fernmeldegeheimnis sind daher unvermeidbar, sofern man Gefahren- und Risikolagen ermitteln will. Die Risiken für Leib und Leben durch gentechnisch veränderte Organismen lassen sich mangels ausreichender Kenntnisse der Kausalverläufe ebenfalls kaum prognostizieren. Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit verstärken aber dieses Defizit, die Frage ihrer Vermeidung ist daher von größter Bedeutung. Die Legitimität von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit ist daher zweifelhaft.

cc) Das Basisrisiko im Gentechnikrecht

Das Urteil des BVerfG beruht letztlich auf der Annahme, dass von gentechnisch veränderten Organismen ein „Basisrisiko“ ausgeht.⁷⁹ Der Begriff lässt aufhorchen. Als Quelle führt das Gericht mehrere verwaltungsgerichtliche Entscheidungen an, die ihrerseits auf Äußerungen in der Literatur zum Grundkonzept des GenTG und damit insbesondere auf das in § 1 Nr. 1 GenTG verankerte Vorsorgeprinzip verweisen.⁸⁰ Aus dem Umwelt- und Technikrecht – vor allem aus dem Atom- und Immissionsschutzrecht – kennt man die Begriffstrias Gefahr, Risiko und Restrisiko.⁸¹ Die rechtliche Abgrenzung zwischen Gefahr und Risiko einerseits und Risiko und Restrisiko andererseits ist umstritten.⁸² Ein einheitliches Begriffsverständnis gibt es weder innerhalb noch außerhalb der Rechtswissenschaft. Das gängigste Abgrenzungskriterium zwischen Gefahr und Risiko ist die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens, so dass eine Gefahr letztlich ein qualifiziertes Risiko ist. Den Unterschied zwischen Risiko und Restrisiko markiert die praktische Vernunft als Grenze des menschlichen Erkenntnisvermögens.⁸³ In beiden Fällen handelt es sich um ein Risiko. Ob ein Restrisiko vorliegt und als solches der Nachbarschaft oder der Allgemeinheit zugemutet werden darf, ist zwar auch eine politische Entscheidung, die aber bei Fragen der Möglichkeit der Risikoerforschung in Art. 5 Abs. 3 GG ihre Grenzen findet.

Die rechtliche Einordnung des Basisrisikos fällt nicht leicht. Grundlage hierfür müssen die gesetzlichen Regelungen in § 1 Nr. 1 GenTG und § 16 GenTG sein. § 1 Nr. 1 GenTG ist dem Vorsorgeprinzip verpflichtet. Geht man aber gleichzeitig von einem Basisrisiko und strengen Schutzpflichten des Gesetzgebers aus, wie es das BVerfG tut, ist

die Zuordnung des Basisrisikos zum Risiko nicht unproblematisch, weil damit feststünde, dass trotz möglicherweise schwerwiegender und irreversibler Folgen, die gentechnisch veränderte Organismen für die Umwelt und die menschliche Gesundheit vielleicht haben könnten, Freisetzung und ein Inverkehrbringen möglich sind. § 16 Abs. 1 Nr. 2 GenTG verstärkt diese Zweifel noch, weil Genehmigungen für Freisetzung an den Stand von Wissenschaft und Technik, also an neueste wissenschaftliche Erkenntnisse gebunden sind.⁸⁴ § 16 Abs. 2 GenTG verweist für Inverkehrbringensgenehmigungen sogar auf den Stand der Wissenschaft.⁸⁵ Beide Vorschriften dienen somit ersichtlich dazu, Risiken soweit als möglich vorzubeugen. Wenn das nicht möglich ist, dürfte eine Genehmigung eigentlich nicht ergehen.⁸⁶ Das GenTG lässt aber die kommerzielle und experimentelle Nutzung von gentechnisch veränderten Organismen grundsätzlich zu.⁸⁷ Die Zuordnung des Basisrisikos zum Restrisiko dürfte jedoch nicht der Auffassung des BVerfG entsprechen, sonst hätte der Vortrag der Antragstellerin zur fehlenden Erforderlichkeit der §§ 16b Abs. 1-4, 36a GenTG verfangen müssen, weil der Gesetzgeber mit den tatbestandlichen Voraussetzungen in § 16 Abs. 1 und Abs. 2 GenTG bereits an die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens gegangen ist, und Vorschriften jenseits der praktischen Vernunft einem der Rationalität verpflichteten Gesetzgeber nicht anstehen. Für eine Zuordnung zum Restrisiko spricht freilich, dass das Schadenspotential von gentechnisch veränderten Organismen und die Eintrittswahrscheinlichkeit von Schäden ungewiss sind.⁸⁸ Insgesamt wirft der Begriff „Basisrisiko“ daher mehr Fragen auf, als er beantwortet.

c) Das Verbot übermäßiger Eingriffe

aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Vorschriften räumt das BVerfG dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative ein, spricht einen Prognose- und Wertungsspielraum bezüglich der Frage, inwieweit die Regelungen die Gesetzeszwecke real fördern, bzw. es weniger belastende, aber gleichermaßen geeignete Mittel gibt.⁸⁹ Der Umfang dieses Spielraums ist in einer Verfassungsordnung, die eine voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, von zentraler Bedeutung, weil er die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip sowie den Grundrechtsschutz berührt. Der

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 142.

⁸⁰ Siehe nur VG Hannover NuR 2009, 67 (72); *Mecklenburg*, NuR 2006, 229 (232); *Dederer*, NuR 2001, 64.

⁸¹ Grundlegend BVerfGE 49, 89 (137 ff.) – Kalkar; *Breuer*, DVBl. 1978, 829 (836 f.).

⁸² Siehe nur *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), 264 (268 f.); *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), 214 (219 ff.).

⁸³ BVerfGE 49, 89 (143).

⁸⁴ So zumindest die Definition für das Atomrecht, siehe BVerfGE 49, 89 (136); § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG verweist zusätzlich für den Zweck der Freisetzung auf den Stand der Wissenschaft.

⁸⁵ Zum Stufenprinzip im Gentechnikrecht *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (14).

⁸⁶ Für das Atomrecht BVerfGE 49, 89 (136).

⁸⁷ Gleiches gilt für das Europarecht, siehe *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (14).

⁸⁸ Zum Begriff „Restrisiko“ SRU-Sondergutachten BT-Drs. 14/2300, S. 53.

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 142, 183, 228, 283.

mehr und mehr ubiquitäre Einsatz der Argumentationsfigur in der Rechtsprechung des BVerfG stellt aber partiell die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – jedenfalls ihre Kontrolle – in Frage. Wohl ist es nicht Sache des Verfassungsgerichts, sich „an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, sondern nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber die verfassungsmäßigen Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens beachtet hat.“ Die These, dass „für eine gerichtliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Handelns“ nicht „Wissen desselben Umfanges notwendig“ ist, wie für Handlungen des Gesetzgebers, steht aber auf tönernen Füßen,⁹⁰ wenn dieser selbst nicht über entsprechendes Wissen verfügt. Liegen allgemein zu wenig gesicherte Erkenntnisse für Prognosen vor, kann es zwar nicht Aufgabe des Gerichts sein, Unmögliches im Prozess nachzuholen, umso mehr wäre es aber seine Aufgabe gewesen, dem Verteilungsprinzip Rechnung zu tragen und die Reduzierung des Nichtwissens zu erleichtern. Soll vom rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip etwas übrig bleiben, muss auch für das Vorsorgeprinzip die Rechtfertigungslast des Staates gelten.⁹¹ Der materielle Kern dieser Rechtfertigungslast ist zumindest in der Rechtsprechung des BVerfG bisher immer das Übermaßverbot/Verhältnismäßigkeitsprinzip gewesen. Als Kontrollmaßstab kann es seine Funktion aber nur erfüllen, wenn die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht überhandnimmt.

bb) Angemessenheit

Ausgangspunkt für die Bewertung der Zweck-Mittel-Relation ist einerseits die rechtliche Tragweite der Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit.⁹² Die Regelungen wirken sich auf Fragestellung, Methodik und Durchführung von Forschungsprojekten aus und treffen damit den Normbereich in seinem strukturellen Kern. Andererseits sind die Gefahren und Risiken gentechnisch veränderter Organismen für die menschliche Gesundheit, die Umwelt und die wirtschaftliche Existenz insbesondere von Nachbarbetrieben zu berücksichtigen.

Die größten Zweifel an der Angemessenheit bestehen hinsichtlich § 36a GenTG, weil drohende Entschädigungsansprüche in unbegrenzter Höhe faktisch prohibitiv wirken und gerade nicht zu mehr Rechts- und Planungssicherheit für die Verwender von Gentechnik führen.⁹³ Die Regelung dient daher nicht nur als präventives Instrument zur Förderung der Entwicklung, Anwendung und Durchsetzung einer guten fachlichen Praxis,⁹⁴ sondern wirkt ganz allgemein präventiv, weil bei einer Freisetzung zu Forschungszwecken bereits Einträge ab der Nachweisgrenze zu einer wesentlichen Beein-

trächtigung und damit zur Haftung führen. Das gilt umso mehr, als Gentransfers möglicherweise kaum zu vermeiden sind.⁹⁵ Das Argument, die Verwender von Gentechnik könnten ihrerseits Beeinträchtigungen von gentechnikfrei bewirtschafteten Feldern abwehren,⁹⁶ geht ins Leere, weil entsprechende Einträge keine vergleichbaren Folgen haben. Eine mögliche Verfälschung von Forschungsergebnissen kann zwar auch finanzielle Auswirkungen haben, diese sind aber nicht vergleichbar mit kaum abschätzbaren Entschädigungsforderungen.

Entgegen der Auffassung des BVerfG dürfte § 36a GenTG daher im Licht von Art. 5 Abs. 3 GG unzumutbar sein.⁹⁷ Es geht nicht darum, (außer-)universitäre Forschungseinrichtungen nicht als Störer anzusehen, sondern die Höhe der Ansprüche müsste ähnlich wie in § 33 GenTG begrenzt oder die Zahlungspflicht auf einen solventen Schuldner, z.B. einen Haftungsfonds, übergeleitet werden. Der Ausgangspunkt des Urteils, auch Forschungseinrichtungen als Störer im Sinne des privaten Nachbarrechts anzusehen, ist konsequent. Kommt es zu wesentlichen Beeinträchtigungen und in deren Folge zu Nutzungsausfällen, muss es für Geschädigte einen monetären Ausgleich geben. Ob es sich allerdings, wie das BVerfG meint,⁹⁸ nicht um eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für rechtmäßiges Tun handelt, erscheint insofern zweifelhaft, als Ansprüche gemäß oder analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ebenfalls nicht von einem Verschulden abhängig sind.⁹⁹ Das BVerfG kann seine Einordnung aber auf die Rechtsprechung des BGH zum nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB stützen. Der Anspruch dient als Ausgleich für rechtswidrige, aber aus tatsächlichen Gründen zu dulden Störungen (z.B. nicht rechtzeitige Erkennbarkeit einer Beeinträchtigung) aus einer bestimmungsgemäßen Grundstücksnutzung.¹⁰⁰ Er geht nicht allein zurück auf das rechtmäßige Vorhandensein einer Anlage oder auf eine erlaubte Tätigkeit. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch setzt allerdings nach der Rechtsprechung des BGH eine privatwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks voraus, von dem die Störung ausgeht.¹⁰¹ Dieser Punkt trifft zumindest auf universitäre Forschungseinrichtungen nicht zu.

Die Problematik von § 36a GenTG ist die fehlende, aber aus verfassungsrechtlicher Sicht angezeigte Privilegierung wissenschaftlicher Einrichtungen. Wenn das BVerfG urteilt, dass eine Freistellung der Verwender von gentechnisch veränderten Organismen von der verschuldensunabhängigen

⁹⁰ Alle Zitate aus *Fassbender* (Fn. 4), § 76 Rn. 19.

⁹¹ *Volkman*, JZ 2004, 696 (702), der skeptisch hinsichtlich der Wirksamkeit ist; a.A. *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (12), die sich für eine Umkehr der Beweislast (Rechtfertigungslast) aussprechen, der Gesetzgeber darf dann von der Gefährlichkeit ausgehen, solange nicht das Gegenteil durch den Risikoverursacher nachgewiesen wird.

⁹² Die vom BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 304, durchaus gesehen wird.

⁹³ So aber BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 288.

⁹⁴ So aber BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 295.

⁹⁵ Das BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 310, sieht das ganz richtig und hätte aus diesem Grund zu einem anderen Ergebnis kommen müssen; siehe zur Nichtvermeidbarkeit von Einträgen auch den Vortrag der Bundesregierung, BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 109.

⁹⁶ So BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 288.

⁹⁷ A.A. *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (21).

⁹⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 263.

⁹⁹ Siehe auch *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (21).

¹⁰⁰ BGHZ 155, 99 (102 ff.), der sich dort auch mit Stimmen aus der zivilrechtlichen Literatur auseinandersetzt, die darin eine Gefährdungshaftung sehen.

¹⁰¹ BGHZ 155, 99 (102).

Haftung im Nachbarrecht im Ergebnis zu einer Besserstellung führen würde, sieht es das richtig, hält aber eine Gleichbehandlung für angemessen. Dabei bleibt es das Geheimnis des Gerichts, warum ausgerechnet die haftungsrechtliche Gleichstellung des Anbaus gentechnisch veränderter Pflanzen mit dem normalen Anbau (§ 36 Abs. 3 GenTG) den Einsatz gentechnisch veränderter Kulturen fördert.¹⁰² Die Gleichbehandlung folgt zwar der Vorsorgelogik.¹⁰³ Wie aber soll bei einer Umkehr der Rechtfertigungslast unter den gegebenen rechtlichen Bedingungen die wissenschaftliche Forschung geleistet werden, die notwendig wäre, um die (Un-)Gefährlichkeit zu beweisen? Hält man diesen Nachweis für erforderlich, muss man Forschungseinrichtungen privilegieren. Das gilt besonders für Hochschulen, wenn und weil diese nicht unbedingt wirtschaftliche Interessen verfolgen. Das Urteil folgt trotz dieser Widersprüchlichkeit der Vorsorgelogik. Dieser ist es geschuldet, dass das BVerfG zu seinem Ergebnis kommt, obwohl es die Bedeutung der Sicherheitsforschung, Entwicklungsforschung und Begleitforschung auf dem Gebiet der grünen Gentechnik ebenso sieht wie den Umstand, dass derartige Forschungen und Aussagen zu Wechselwirkungen mit dem umgebenden Ökosystem nicht möglich sind ohne Freisetzungen und entsprechende Feldversuche.¹⁰⁴

Insgesamt mag sich der Gesetzgeber um einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen bemüht haben.¹⁰⁵ Gelingen ist er ihm in diesem Fall nicht. Gleiches gilt für das BVerfG. Die Urteilsbegründung stützt es sich zu sehr auf § 1 Nr. 1 GenTG,¹⁰⁶ liest § 1 Nr. 2 GenTG einseitig und vernachlässigt § 1 Nr. 3 GenTG.¹⁰⁷ Auch für die Wissenschaftsfreiheit gilt: Freiheit ist ohne Risiko nicht zu haben. Den „alten Traum vom Triumph über die Gefährlichkeit des Lebens“¹⁰⁸ sollte der Mensch besser nicht träumen.

IV. Fazit

Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des geltenden GenTG ist, soweit ersichtlich, überwiegend begrüßt worden. Zustimmung ist aber nicht mit Überzeugungskraft zu verwechseln. Die normative Kraft von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hat einmal mehr gelitten.¹⁰⁹ Diesmal ging es nicht um Hochschulstrukturen, den Einfluss von Gruppen oder Studienbedingungen, sondern um Inhalt und Realisierbarkeit von Forschungsvorhaben und damit um den Kern der Wissenschaftsfreiheit. Die Frage nach den Bedingungen für gentechnische

Forschungen betrifft nur vordergründig den „Forschungsstandort Deutschland.“ Die Frage reicht viel tiefer, weil der Umgang mit der Wissenschaftsfreiheit ein Gradmesser für die Liberalität eines Gemeinwesens ist. Die Möglichkeit des Einzelnen, von seiner Freiheit Gebrauch zu machen, ist von rechtlichen und tatsächlichen Umständen abhängig. Wer Freiheiten wahrnimmt, ist für sein Tun verantwortlich – gerade auch mit Blick auf die Zukunft. Die Frage, ob der Schutz der Lebensgrundlagen künftiger Generationen besser durch eine Bewahrung des status quo oder durch Veränderungen gelingt, muss aber erlaubt sein. Es gibt gute Gründe, mit der Gentechnik vorsichtig umzugehen, vielleicht sogar auf sie zu verzichten. Die Verantwortung für diese Entscheidung sollte aber auf Wissen oder zumindest belastbaren Prognosen beruhen. Beides gewinnt man nicht durch „staatliche Bevormundung, Lenkung oder Beeinträchtigung [...] wissenschaftlicher Tätigkeit.“¹¹⁰

¹⁰² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 282.

¹⁰³ Dazu allgemein *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (12).

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 311.

¹⁰⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 307.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 174, 206, überragendes Gewicht der Gemeinwohlziele.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 310.

¹⁰⁸ *Volkman*, JZ 2004, 696 (702).

¹⁰⁹ Siehe nur BVerfGE 111, 333 – Brandenburg. Immerhin hat das BVerfG in seinem Beschluss zum hamburgischen Hochschulgesetz dem Gesetzgeber wieder Grenzen aufgezeigt, Beschl. v. 20.7.2010 – 1 BvR 748/06. Allgemein zur normativen Kraft der Verfassung *Hesse* (Fn. 38), Rn. 41 ff.; allgemein *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

¹¹⁰ *Hesse* (Fn. 38), Rn. 401.