

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Band 4

Der Zweck im Gentechnikrecht

**Zur Schutz- und Förderfunktion von
Umwelt- und Technikgesetzen**

Von

**Wolfgang Graf Vitzthum
Tatjana Geddert-Steinacher**



Duncker & Humblot · Berlin

**WOLFGANG GRAF VITZTHUM
TATJANA GEDDERT-STEINACHER**

Der Zweck im Gentechnikrecht

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

**Herausgegeben von
Wolfgang Graf Vitzthum
in Gemeinschaft mit
Martin Heckel, Ferdinand Kirchhof
Hans von Mangoldt, Thomas Oppermann
Günter Püttner
sämtlich in Tübingen**

Band 4

Der Zweck im Gentechnikrecht

**Zur Schutz- und Förderfunktion von
Umwelt- und Technikgesetzen**

Von

Prof. Dr. Wolfgang Graf Vitzthum

Dr. Tatjana Geddert-Steinacher



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Vitzthum, Wolfgang Graf:

Der Zweck im Gentechnikrecht: zur Schutz- und
Förderfunktion von Umwelt- und Technikgesetzen / von
Wolfgang Graf Vitzthum u. Tatjana Geddert-Steinacher. —

Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht; Bd. 4)

ISBN 3-428-06829-7

NE: Geddert-Steinacher, Tatjana.; GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: TecDok A. März, Tübingen

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-06829-7

Vorwort

Nachfolgende Skizze zum „Zweck im Gentechnikrecht“ ist aus Vorarbeiten entstanden, die die Verfasser – auch im interdisziplinären Gespräch und im Kontakt mit Praktikern in Tübingen und darüber hinaus – über Fragen des Rechts der industriellen Nutzung der Gentechnik sowie des Rechts der Humangenetik und der Fortpflanzungsmedizin in den vergangenen Jahren angefertigt haben. Wegen des Gentechnik-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6.11. 1989, der angesichts seiner potentiell weitreichenden Konsequenzen eine etwas ausführlichere Kommentierung und Dokumentierung verlangte, wuchsen sich die Überlegungen zu diesem kleinen Buch aus.

Die Verfasser sind sich darüber im klaren, daß es sich angesichts der in rascher Bewegung befindlichen Materie nur um einen Zwischenruf handeln kann. Mit der Frage nach der Funktion von Ziel- und Zweckbestimmungen in Technik- und Umweltschutzgesetzen besitzt die Studie allerdings einen über den aktuellen Anlaß der deutschen Gentechnik-Gesetzgebung und -Rechtsprechung im Winter 1989/90 hinausweisenden, für die Rechtswissenschaft wie für den Gesetzgeber allgemein relevanten Gegenstand.

Tübingen, im November 1989

Wolfgang Graf Vitzthum

Tatjana Geddert-Steinacher

Inhalt

1. Einführung: Gefahrenabwehr und Wirtschaftsgestaltung als Gesetzeszwecke	11
1.1 Von der Risiko- zur Wachstumsvorsorge	11
1.2 Sachstrukturorientierte Gesetzeszweck-Technik	14
2. Regelungsinstrumente und ihre Anwendungsfelder	18
2.1 Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: Immissionsschutzrecht	18
2.2 Inhaltsbestimmung und öffentliche Bewirtschaftung: Wasserrecht ..	20
2.3 Betätigungseröffnung und Versagungsermessen: Atomrecht	21
2.4 Sicherheitskontrolle und Entwicklungsrahmen: Gentechnikrecht ..	26
3. Dogmatische Funktionen der Gesetzeszwecke	39
3.1 Leitlinie und Schranke der Interpretation	39
3.2 Beitrag zu Rechtsklarheit und Rechtssicherheit	42
3.3 Förderung der Akzeptanz	44
3.4 Selbstkontrolle des Normgebers	45
4. Ausblick: Verhältnisbestimmungen und Folgerungen	47
4.1 Gesetzeszweck / Einzelregelung, Schutzzweck / Förderzweck	47
4.2 Systemkonforme Formulierung des Förderzwecks	49
Anhang 1: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik vom 11.8./9.11.1989	53
Anhang 2: Beschluß des Hess. VGH vom 6.11.1989 – 8 TH 685/89 (Auszug)	68
Anhang 3: Stellungnahme der Bundesregierung vom 23.11.1989 zum Beschluß des Hess. VGH vom 6.11.1989	78
Literatur	88

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
Aufl.	Auflage
bad.-württ., Bad.-württ.	baden-württembergisch
Bde.	Bände
BMFT	Bundesminister für Forschung und Technologie
BMJFFG	Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen des)
BVerwG(E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen des)
BWaldG	Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz)
bzgl.	bezüglich
DJT	Deutscher Juristentag
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGenTG	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik (BT-Drs. 11/5622)
f., ff.	fortfolgend, fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
hess., Hess.	hessisch, Hessisch
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.Z.m.	im Zusammenhang mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
Rdnr.	Randnummer(n)
s.	siehe
S.	Seite
S.o., s.o.	Siehe oben, siehe oben
soz.	sozusagen
u.a.	unter anderem, und anderswo
u.U.	unter Umständen
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

Im übrigen wird auf *Hildebert Kirchner/Fritz Kastner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl. Berlin / New York 1983 verwiesen.

1. Einführung: Gefahrenabwehr und Wirtschaftsgestaltung als Gesetzeszwecke

1.1 Von der Risiko- zur Wachstumsvorsorge

Der am 11.8.1989 dem Bundesrat¹ und am 9.11.1989 dem Bundestag² übersandte „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik“ (EGenTG) hat, wie auf dem jeweiligen Vorblatt erläutert wird, das „Ziel..., Mensch und Umwelt vor möglichen Risiken der Gentechnik zu schützen und solchen Risiken vorzubeugen und zugleich den rechtlichen Rahmen für die weitere Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Möglichkeiten der Gentechnik zu schaffen“. „Zu diesem Zweck“, heißt es weiter, „sollen gentechnische Arbeiten im geschlossenen System, die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt und das Inverkehrbringen von Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder daraus bestehen, einer gesetzlichen Regelung unterworfen werden.“³

Die Formel von der Aufgabe „Schutz vor Risiken“ und vom Recht als „Rahmen“ bestimmter wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklungen steht für das klassisch-liberalstaatliche Konzept vom Verhältnis von Staat, Wissenschaft und Wirtschaft: Einwirkung als präventive *Gefahrenabwehr*, Forscher- und Unternehmerfreiheit unter Sicherheitskontrolle. Der Gesetzgeber definiert die Schranken, nicht die Inhalte individueller wissenschaftlicher und ökonomischer Freiheiten⁴.

¹ BR-Drs. 387/89.

² BT-Drs. 11/5622 (s. Anhang 1).

³ „Diese Regelung“, fährt die Erläuterung fort, „soll den Inhalt der vom Bundesministerium für Forschung und Technologie erlassenen Richtlinien zum Schutz vor Gefahren durch in-vitro neukombinierte Nukleinsäuren rechtsverbindlich machen, die zu einzelnen Aspekten des Umgangs mit der Gentechnik in anderen Vorschriften erlassenen Regelungen zusammenfassen und so für eine einheitliche Entwicklung der Regelungen zur Gentechnik und deren einheitlichen Vollzug sorgen. Inhaltlich folgt das Gesetz im wesentlichen den Empfehlungen der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages ‚Chancen und Risiken der Gentechnologie‘. Zugleich dient das Gesetz der Umsetzung entsprechender Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften in deutsches Recht.“

⁴ Am 22.9.1989 beschloß der Bundesrat (auch angesichts eines Rekordes von 253 Änderungswünschen), über den Entwurf *nicht* abzustimmen, sondern primär

Im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes (GG), in dem der Staat selbst zum Subjekt von Wirtschaft und Wissenschaft wird, konkretisiert dieser die Staats- und Verwaltungszwecke, gestaltet er die Grundrechte. Auch Materien, die schwerpunktmäßig der sicherheits- und ordnungsrechtlich orientierten Abwehr von Gefahren, wesentlichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen dienen, wie etwa das Gewerbe- und Immissionsschutzrecht, erhalten nun mittelbar *gestaltenden* Charakter. Die Gesetze promovieren wissenschaftlich-technischen Fortschritt wie wirtschaftliche Expansion, und sie betreiben zugleich, ökologisch und ressourcenökonomisch orientiert, *Risiko- und Wachstumsvorsorge*.

Mit den „Zielen der Gefahrenabwehr, der Lenkung und Förderung“⁵ wirkt der Staat des Grundgesetzes, primär der wirtschafts-, umweltschutz- und technikpolitische Gesetzgeber, auf den ökonomischen und wissenschaftlich-technischen Prozeß, ja auf die entwickelte Industriegesellschaft insgesamt ein, „ordnend, gestaltend und leistend“⁶.

die eigene Position deutlich zu machen (mit Gegenäußerung der Bundesregierung abgedruckt in: BT-Drs. 11/5622, S. 40 bzw. 41 f.). In jener Entschließung wurden dem EGenTG eigene Eckwerte des Bundesrates gegenübergestellt, nach denen das Gesetz – wie Ministerpräsident *Streibl* formulierte – „die Entwicklung der Gentechnik fördern und ihre Risiken minimieren soll.“ Die Bremer Senatorin *Rüdiger* warf dem EGenTG vor, er ziele „vorrangig auf eine Förderung der Gentechnik ab“; Minister *Matthiesen* (NRW) hielt es für „nicht hinnehmbar, daß das Gesetz eine duale Zweckbestimmung erhält, indem der Schutzzweck durch das Förderungsziel relativiert wird“. Einzig der Wirtschaftsausschuß (024 – Nr. 46/89, 530. Sitzung, S. 47) hatte indes beantragt, in das Gesetz ausdrücklich den Zweck aufzunehmen, „die Entwicklung und die Nutzung der Gentechnologie in einem beherrschbaren Rahmen zu fördern“; nur hier wurden also „Schutzgedanken und Förderungsgedanken“ (ebd., S. 51; vgl. ebd., S. 108) kombiniert.

⁵ *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *von Münch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 283 ff. (287). Einwirkungstechnik ist das Begründen von Aufgaben und Befugnissen der Verwaltung und von öffentlich-rechtlichen Rechten und Pflichten der am wirtschaftlichen Prozeß Beteiligten. Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des GG (seit BVerfGE 4, 7 [17 f.]; 7, 377 [400]) öffnet ein weites Feld: Gestaltungsfreiheit der (verfassungsrechtlich gebundenen) Legislative. Im EGenTG erfolgt der Risikoschutz vor allem „durch Verpflichtung dessen, der gentechnische Methoden benutzt oder gentechnisch veränderte Organismen freisetzt, zu eigenverantwortlicher Gefahrenabwehr und Risikovorsorge (§ 6)“ sowie „administrativ insbesondere durch präventive staatliche Kontrolle und Aufnahme gentechnischer Arbeiten im geschlossenen System und vor der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen (§§ 7 ff.)“ (Vorblatt).

⁶ Dies spiegelt sich auch in der Verflechtung zivil- und öffentlich-rechtlicher Materien wider. Sie begann etwa schon mit dem Wasser- und dem Baurecht. Öffentliche Kontrolle, Gefahrenabwehr und Planung einerseits, die Rechtsbezie-

Dies gilt auch für Großtechniken wie die Nutzung der Kernenergie oder die Gentechnik, für Verfahren, Techniken und Anlagen also, die mit prinzipiell höheren oder mit möglicherweise anders strukturierten Risiken verbunden sein könnten als herkömmliche Forschungs- und Industrietechniken⁷. Selbst potentiell risikobehaftete Techniken sind indes nicht von vornherein als gemeinschädlich zu qualifizieren⁸; vielmehr bergen sie jeweils *differenziert* zu betrachtende, differenziert zu bewertende Chancen und Risiken.

Die *Rolle des Staates* ist hier wie dort nicht auf das Vermeiden von möglichen Risiken und Gefahren beschränkt. Es geht vielmehr auch um das Fördern der einschlägigen Entwicklung und der Nutzung ihres Potentials. Im demokratischen Verfassungsstaat sind Planung und Gestaltung der Zukunft prinzipiell mehrheitsfähiger Politikinhalte. Das etwaige Ergänzen des parlamentarischen Konsensbildungsprozesses durch Regelungen des Verwaltungsverfahrens, bei denen die jeweiligen Interessen einbezogen und Transparenz und Kontrolle der Entscheidung gewährleistet werden, ist dann keine bloße Frage demokratischer Legitimität — es geht dabei vielmehr um *Konsensarbeit*, um das komplementäre Induzieren und Stabilisieren gesellschaftlicher Akzeptanz⁹.

hungen der an der Planung und Durchführung von Bauwerken Beteiligten andererseits sind aufeinander bezogen. „Das öffentliche Baurecht schränkt im öffentlichen Interesse die allgemeine Handlungsfreiheit des Bauenden und der am Bau Beteiligten ein und steckt den Rahmen für die Baufreiheit ab ... Das private Baurecht ist also notwendigerweise in das öffentliche Baurecht eingebettet“; vgl. *Locher*, Das private Baurecht, 4. Aufl., 1988, S. 1.

⁷ In dem diesen Gesamtkomplex abdeckenden Umwelt- und Technikrecht ist einer der wichtigsten Berührungspunkte zwischen öffentlichem und privatem Recht das Haftungsrecht. Ihm kommt gem. Bundesverfassungsgericht sogar verfassungsrechtliche Relevanz zu. Gefährdungshaftung soll einen Ausgleich für Restrisiken darstellen. Im Technik- wie etwa auch im Baurecht ist das jeweilige Sachgefüge insofern von einer doppelten Aufgabenstellung geprägt: Zum einen sollen Gewerbefreiheit und Privatautonomie gewährleistet bleiben, zum anderen sollen dabei, auch durch Ausgestaltung des jeweiligen Haftungssystems, die Belange Dritter und der Allgemeinheit gewahrt werden. Kritisch zu diesem Kompensationsgedanken *Beck*, Risikogesellschaft, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (Beil. zu Das Parlament) B 36/89, S. 3 ff. (5); zum Problem der Risikobewertung *Meyer-Abich*, Von der Wohlstandsgesellschaft zur Risikogesellschaft, ebd., S. 31 ff. (36). Auch der EGenTG versucht den Schutz vor möglichen Risiken u.a. durch Haftungsregelungen und Deckungsvorsorge (§§ 28 ff.) sicherzustellen; generalpräventive Straf- und Bußgeldsanktionen (§§ 32 f.) kommen hinzu.

⁸ So etwa auch *P. Kirchhof*, Kontrolle der Technik als staatliche und private Aufgabe, NVwZ 1988, S. 97 ff. (99).

⁹ *Graf Vitzthum*, Das Verfassungsrecht vor der Herausforderung von Gen-