

henden Minderheitenrechts geschaffen. Dieses spezielle Minderheitenrecht gegenüber einer bestimmten Gruppe von Fremden kann auch als eine Art »Ausnahmerecht« (im doppelten Sinn) verstanden werden; diese Kennzeichnung ist insofern berechtigt, als – wie gezeigt – nicht nur eine Sonderbehandlung spezifischer Gruppen von Ausländern erfolgt, sondern auch einige grundlegende Rechtsprinzipien des allgemein geltenden Rechtssystems partiell außer Kraft gesetzt sind. Hier zeigen sich Gefahren, die mit der übermäßigen Vermehrung von Sozialrecht und der Interdependenz von Sozialrecht und Ausländerrecht zusammenhängen. Insofern können die beschriebenen Phänomene auch als Beispiel für die Gefährdung von Klarheit und Sicherheit des Rechts gelten. Zacher hat im Zusammenhang mit der Verrechtlichungstendenz im Bereich des Sozialrechts davon gesprochen, daß eine äußerste Gefahr darin bestünde, »daß Recht selbst für Erwartungen in Anspruch genommen wird, welche die Sozialpolitik nicht erfüllen kann«. Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen bleibt festzustellen, daß diese Aussage nicht nur auf einzelne Bürger, sondern offenbar auch auf den Staat zutrifft.

Als Ursache dieser Entwicklung sind – ohne daß hier näher darauf eingegangen werden kann – die von der Politik wesentlich mitgetragene Internationalisierung des nationalen Arbeitsmarktes (verstärkte Anwerbevereinbarungen nach 1961), nationale Sonderentwicklungen (Eingliederung ehemaliger Deutscher – Aussiedler), das wachsende Nord-Süd-Gefälle (Verarmung der Länder der Dritten Welt) und die – als Folge der Technikentwicklung seit Anfang der 70er Jahre – wachsende Arbeitslosigkeit mit ihren Folgen für die gesellschaftlichen Kämpfe um Arbeitsplätze zu nennen. Angesichts der hierauf beruhenden Entwicklungstendenzen verbleiben der Rechtspolitik wichtige Aufgaben, um eine weitere Verpolizeilichung des Sozialrechts und seine zweckfremde Instrumentalisierung zu verhindern.

Dieter Hart

Rechtspolitik und Gentechnologie

Bestehende Regelungen, Regelungsvorschläge der EG-Kommission und der Bundesregierung.*

1. Vorbemerkung

Ich beschäftige mich mit der rechtlichen Regulierung der gentechnologischen Forschung, Entwicklung und Produktion, und zwar insbesondere unter dem Aspekt ihrer Sicherheitserfordernisse. Der zweite Abschnitt des Kommentars gilt den sog. *Sicherheitsrichtlinien* des BMFT zum Schutz vor Gefahren durch in-vitro neukombinierte Nukleinsäuren. Die Richtlinien regeln Sicherheitsanforderungen für Forschungs- und Entwicklungsarbeiten sowie für die Produktion. Der dritte

* Der Kommentar basiert auf einem Vortrag, den ich im Oktober 1988 auf Einladung der SPD-Bürgerchaftsfraktion in Bremen gehalten habe. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten, auf Fußnoten verzichtet; als Literaturhinweis nur: Bericht der Enquete-Kommission des 10. Deutschen Bundestages, Chancen und Risiken der Gentechnologie, 1987; Damm/Hart, Regulierung riskanter Technologien, KritV 1987, 183–216 und die Beiträge zur Gentechnologie in Heft 11/88 Bundesgesundheitsblatt.

Abschnitt stellt knapp *andere rechtliche Regelungen* wie z. B. das BImSchG und die Abwasserherkunftsverordnung dar. Der vierte Abschnitt beschäftigt sich mit *zwei Richtlinienentwürfen* der *EG-Kommission* zur Verwendung von genetisch veränderten Mikroorganismen in abgeschlossenen Systemen und über deren absichtliche Freisetzung. Alle drei Teile enthalten eine knappe *Analyse der rechtlichen Regelungsdefizite*, sei es in der Form von Verbindlichkeitslücken des Rechts, sei es in der Form von Kritik am Verfahren oder den Inhalten der Regelungen. Der fünfte Abschnitt enthält eine knappe Darstellung und erste Einschätzung der *Ankündigung eines Gentechnologieschutzgesetzes durch die Bundesregierung*.

Meine These insgesamt lautet, daß die Rechtspolitik in der Gefahr ist, ihren Regelungsanspruch selbstverschuldet aufzugeben und nur noch die faktischen Entwicklungen in der gentechnologischen Forschung, Entwicklung und Anwendung zu *ratifizieren*, aber nicht mehr *mitzugestalten*. Ich sage bewußt *mitzugestalten*, weil der Gestaltungsprozeß selbst eine Zusammenarbeit der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen voraussetzt und außerdem als gesellschaftspolitische Entscheidung eine Beteiligung der Öffentlichkeit erfordert.

Um meine Defizitanalyse zu belegen, will ich an einem *Beispielfall* Anwendungslücken des existierenden Rechts verdeutlichen. Es handelt sich um den ersten zur Entscheidung anstehenden *Freisetzungsfall* einer genetisch veränderten Pflanze: die lachsrote Petunie. Das Max-Planck-Institut für Züchtungsforschung will demnächst in Köln einen Freilandversuch mit dieser genetisch veränderten Pflanze starten. Man will dem sog. »springenden Gen« auf die Spur kommen. In eine weiß blühende Petunie hat man ein rosafarbenes Farbgen des Mais eingesetzt. Sollte sich ein »springendes Gen« in den Farbgen-Abschnitt dieser veränderten Pflanze drängeln, wäre dies an der gefleckten Blüte zu erkennen. Diese Mutation tritt nach Angaben der Forscher etwa im Verhältnis 1 : 10 000 auf. Dies ist der Grund, warum die Forscher aus dem Gewächshaus ins freie Feld drängen. Alle bisherigen öffentlichen Stellungnahmen aus dem Bundesministerium für Forschung und Technologie (BMFT), der CDU und der SPD (Catenhusen) erklärten den Versuch für »ungefährlich« und plädieren für seine Durchführung. Die Petunie sei gerade kein Kleinstlebewesen, das sich selbständig machen könne, und sie überlebe nicht den Winter. Die Gegner des Versuchs argumentieren eher grundsätzlich mit der Gefahr, daß auf diese Art und Weise riskanten Versuchen und Freisetzen der Weg geebnet werde, aber auch mit unbeachteten oder unterschätzten Risiken. Der Freisetzungsantrag liegt gegenwärtig der »Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit« (ZKBS) zur Entscheidung auf freiwilliger Basis vor. Eine Entscheidung ist am Anfang des Jahres 1989 zu erwarten.

2. Die Sicherheitsrichtlinien des BMFT

Der Zweck der Sicherheitsrichtlinien ist es, Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie der Umwelt vor Gefahren zu schützen, die durch die Nutzung der Gentechnologie entstehen können. Die Richtlinien sind vom BMFT in der 5. Fassung am 28. Mai 1986 erlassen worden. Ihre Funktion besteht darin, den Stand von Wissenschaft und Technik im Umgang mit dieser Technologie sowohl im Bereich von Forschung wie auch Produktion festzulegen. Die Richtlinien sind kraft Vereinbarung *verbindlich nur* für die vom Bund *geförderte Forschung und Entwicklung* im Bereich der Gentechnik.

Die Industrie hat sich durch *freiwillige Selbstbindung* den Richtlinien unterworfen. Bis vor kurzem war damit die Verbindlichkeit nur aufgrund von Vereinbarungen im Bereich der staatlich geförderten Forschung gegeben. Eine darüber hinausgehende

Bindung insbesondere für die *nicht* geförderte Industrieforschung und industrielle Anwendung war – wenn überhaupt – nur mittelbar über das zivile Haftungsrecht vorhanden, wenn die Verletzung von Verkehrspflichten im Umgang mit der Gentechnik durch die Verletzung des Standes von Wissenschaft und Technik vorliegt. Diesen Stand sollen die Richtlinien repräsentieren. Die Begrenztheit einer solchen haftungsrechtlichen »Bindung« liegt auf der Hand:

- Haftungsrecht wirkt durch schadensrechtliche Sanktionen, also im *Nachhinein*.
- Probleme bestehen im Bereich *Kausalität* und *Verschulden*.
- Die Präventivwirkung des Haftungsrechts ist mindestens fraglich.

Die *Defizite der rechtlichen Situation* sind offensichtlich:

- Es gibt *keine präventive Kontrolle*, also kein verbindliches Zulassungs- und Genehmigungsverfahren der Forschung und Anwendung bei der *nicht* geförderten Gentechnik;
- die Kontrolle ist *nicht flächendeckend*;
- die rechtliche *Durchsetzbarkeit* der Kontrolle ist in weiten Bereichen nicht gewährleistet.

Die Unterwerfung unter die Richtlinien entspricht daher im wesentlichen bisher einem System *freiwilliger, standesethischer Selbstkontrolle*. Damit muß man jenseits des tatsächlichen Gefährdungspotentials, das mit der Gentechnik verbunden ist, von einem »rechtlichen Gefährdungspotential« sprechen, das in der mangelnden Verbindlichkeit und damit der möglichen Nichtanwendung der Sicherheitsanforderungen besteht. Sicherheitsrisiken sind »einkalkuliert« als Folge der Nichtverbindlichkeit, wenn die Selbstbindung nicht lückenlos funktioniert. Diese Aussage gilt unabhängig von der Frage, ob die Sicherheitsrichtlinien in ihrer bestehenden Form einen ausreichenden Schutz gewähren.

Es ist der Zweck der Richtlinien

»(1) Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie die Umwelt vor Gefahren zu schützen, die von biologisch aktiven in-vitro neukombinierten Nukleinsäuren sowie von Spender- und Empfängerorganismen ausgehen können,
(2) die Erforschung, Entwicklung und Nutzung der wissenschaftlichen und technischen Möglichkeiten der Neukombination von Nukleinsäuren zu ermöglichen und zu fördern,
(3) die Erfüllung internationaler Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Neukombination von Nukleinsäuren zu gewährleisten.«

Um diesen Zweck zu entsprechen, gibt es 1. eine *Pflicht zur Registrierung* sämtlicher gentechnisch arbeitender Laboratorien und Produktionsstätten beim BGA über das Sekretariat der Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit (Ziff. 15 SRL), 2. eine *Sicherheitsüberprüfung und Zustimmung* (»Genehmigung«) durch die ZKBS für bestimmte, im einzelnen aufgelisteten Experimente und Arbeiten (Ziff. 17 SRL), 3. eine *Sicherheitsüberprüfung* durch die ZKBS sowie eine *Zustimmung des BGA* ebenfalls im einzelnen aufgelisteter Arbeiten (Ziff. 18 SRL). Die Steigerung der Anforderungen entspricht der Steigerung des vermuteten Gefährdungspotentials, das mit den Arbeiten verbunden ist. Die Anwendungsbereiche der SRL sind die Forschung, Entwicklung, Nutzung, also auch die *Produktion*.

Die Regelungen beziehen sich auf die Festlegung von Sicherheitsanforderungen. Die *inhaltlichen Sicherheitskriterien* sind:

- »Menschliche Sicherheit« beinhaltet insbesondere die Anforderungen an die berufliche Qualifikation der im Bereich Labor und Produktion Beschäftigten, und zwar einmal bezüglich des einzelnen Experiments oder Produktionsvorgangs und zum anderen allgemein bezüglich des Betreibens eines Labors oder einer Produktionsanlage im Rahmen des Registrierungsverfahrens. Als spezialisierte oder allgemeine Anforderungen unterscheiden sie sich im Grad und der Breite der erforderlichen Sachkenntnisse und ihres Nachweises. Zusätzlich umfaßt die »menschliche« Sicherheit Anforderungen an die Fortbildung der Beschäftigten und deren Gesundheitsüberwachung (Nr. 25 ff. SRL).

- Technische oder physikalische Sicherheit umfaßt die sicherheitstechnischen und arbeitsorganisatorischen Maßnahmen, die mit dem Begriff des »physikalischen Containment« umschrieben sind (vgl. Nr. 3 Abs. 14, 4–8 SRL). In den Richtlinien werden verschiedene Stufen von Laborsicherheitsmaßnahmen (L1–L4; Nr. 4–7 SRL) und Produktionssicherheitsmaßnahmen (LP1–LP3; Nr. 8 SRL) unterschieden. Ein Manko der SRL besteht darin, daß offenbar eine (»unbeabsichtigte«) Freisetzung nicht ausgeschlossen ist, also bewußt in Kauf genommen wird, daß der Schutz gegen »äußere Störfälle« nicht genügend konkretisiert ist und daß die technische Konstruktion des Arbeitsbereichs nicht ausreichend präzise sowie Dekontamination und Desinfektion überhaupt nicht geregelt sind.
- Biologische Sicherheit meint die Maßnahmen, die ein »biologisches Containment« dadurch gewährleisten, daß nur solche biologischen Systeme verwendet werden sollen, die sich außerhalb einer künstlichen, nur im Labor zu schaffenden Umgebung nicht vermehren können.

Es sei darauf hingewiesen, daß keine der Sicherheitsanforderungen auf die Problematik des bewußten Mißbrauchs der Gentechnologie reagiert und es auch an Sicherheitsmaßnahmen gegen die unbeabsichtigte Freisetzung bei »äußeren Störfällen« fehlt. Die erörterten technischen und biologischen Sicherheitsmaßnahmen sollen aber geeignet sein, das vorhandene biologische »Restrisiko« zu beherrschen.

Solche Aussagen fehlen naturgemäß für die *gezielte Freisetzung* gentechnologisch veränderter Organismen. Die Sicherheitsrichtlinien sehen hier ein grundsätzliches Verbot mit Zulassungsvorbehalt für das Bundesgesundheitsamt (BGA) nach Anhörung des ZKBS bei Einvernehmen mit der zuständigen Biologischen Bundesanstalt vor (Nr. 19 Abs. 1c, 2 SRL). Gezielte Freisetzung ist definiert als die beabsichtigte Freisetzung von jedem lebenden Organismus, der durch Rekombinationstechnik modifizierte DNA enthält, in die Umwelt.

Verfahren

Nach der 5. Fassung der Richtlinien existiert für die Errichtung von Labors und Produktionsstätten ein Registrierungsverfahren beim BGA, in dem bei bestimmten Voraussetzungen eine Sicherheitseinstufung der geplanten Arbeiten vorgenommen und die Sicherheitsanforderungen festgelegt und überprüft werden, bevor die Zustimmung durch die ZKBS oder das BGA erteilt werden.

Für die Sonderproblematik der *gezielten Freisetzung* sehen die Richtlinien ein sog. Genehmigungsverfahren beim BGA unter Einschaltung der ZKBS und der Biologischen Bundesanstalt vor. Es gilt ein *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* für den zu prüfenden Einzelfall. An der Sonderproblematik der gezielten Freisetzung werden die Schwierigkeiten im Umgang mit der neuen Technologie besonders augenfällig. Die Erfahrungen mit der Gentechnik beziehen sich bisher fast ausschließlich auf ihren Einsatz unter Bedingungen der physikalischen und biologischen Abgeschlossenheit, nicht aber auf die gezielte Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen und die Reaktionen der Umwelt auf diese veränderten Organismen. Dies gilt sowohl national wie international. Deshalb ist unsere Kenntnis über Wirkungen, über Sicherheitsrisiken für Mensch und Natur höchst begrenzt. Jede Sicherheitsbewertung beinhaltet daher eine Prognose über zukünftige Wirkungen, wobei empirische Belege über die Gefährdungen oder Sicherheit als Anknüpfungspunkte für die Entscheidung fehlen. Dennoch stehen das BGA und die ZKBS vor der Situation, *Entscheidungen über Freisetzungsanträge treffen zu müssen*. Die Entscheidung über den Einzelfall impliziert deshalb zugleich eine Grundsatzentscheidung über die Frage, ob die möglicherweise mit der Freisetzung verbundenen Gefahren vom Bürger als »biologisches Restrisiko« hinzunehmen und sozialadäquat sind. Daß das BGA für diese Grundsatzentscheidung, die wesentliche Belange des Gemeinwesens

betrifft, die falsche Instanz ist, scheint mir nach der grundrechtlichen Wesentlichkeitstheorie (Vorbehalt des Gesetzes) klar zu sein.

103

Ergebnis:

- Die rechtliche *Verbindlichkeit* der Sicherheitsrichtlinien ist *begrenzt*. Sie beruht auf *Ver Vereinbarung* oder freiwilliger *Selbstbindung*.
- Die Zielsetzung der Sicherheitsrichtlinien kann schon aus diesem Grunde *nicht flächendeckend* erreicht werden.
- Das Zulassungs- und Genehmigungsverfahren beim BGA und der ZKBS ist mindestens für die grundsätzliche Entscheidung über die Freisetzungproblematik nicht legitimiert. Allgemeine Bewertungskriterien für die Entscheidung dieser Frage sind bisher weder bei der ZKBS noch beim BGA noch an anderer Stelle vorhanden und in irgendeiner Weise konsentiert. Es geht um die Einschätzung von *unbekannten Risikopotentialen* und ihre gesellschaftliche Akzeptanz. Für solche Entscheidungen bedarf es m. E. anderer Verfahren.

3. Andere rechtliche Regulierungen des Umgangs mit der Gentechnik

Über die Sicherheitsrichtlinien hinaus sind durch neuere Regelungen seit 1987 weitere Rechtsbereiche und dort angesiedelte Genehmigungsverfahren betroffen. Das relevante Gentechnik-Recht ist also in verschiedene Teilregelungen *zersplittert*. Betroffen sind zusätzlich:

- Die *berufsgenossenschaftliche* (Chemische Industrie) *Unfallverhütungsvorschrift* »Biotechnologie« (VBG 102; ab 1.1.88 in Kraft getreten). Sie enthält allgemeine und besondere Schutzpflichten zugunsten der Beschäftigten für den Umgang mit gentechnisch veränderten Mikroorganismen. Die Vorschrift gilt unmittelbar nur im Verhältnis Versicherungsträger/versichertem Unternehmen. Sie betrifft nicht den allgemeinen Gesundheits- und Umweltschutz.
 - Die *Gefahrstoffverordnung*, geändert am 16.12.1987 (BGBl I, S. 2721): Gefahrstoff ist nunmehr auch das in der Gentechnik anfallende biologische Material (§ 15). Die Ermächtigungsgrundlage ist wegen der Subsumtion dieses Materials unter den chemikalienrechtlichen Stoffbegriff zweifelhaft.
 - *Abwasserherkunftsverordnung* v. 3. Juli 1987 (BGBl I, 1578) gemäß § 7a Abs. 1 S. 4 WHG. Die »Herstellung und Verwendung von Mikroorganismen und Viren mit in-vitro neukombinierten Nukleinsäuren« führt bei Abwassereinleiten zur *Erlaubnispflicht*. Die Mindestanforderungen nach den anerkannten Regeln der Technik werden durch Verwaltungsvorschrift festgelegt. Diese wird gegenwärtig zwar diskutiert, ist aber noch nicht erlassen.
 - Das *Bundesimmissions-Schutzgesetz* (BImSchG), und zwar die Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV; am 1.9.1988 in Kraft getreten). Die Verordnung enthält eine Erweiterung der Liste der genehmigungspflichtigen Anlagen um gentechnologisch arbeitende *Produktionsanlagen*. Nicht erfaßt werden Anlagen, »die ausschließlich Forschungszwecken dienen«. Damit wird die »lachsrote Petunie« nicht erfaßt. Anlagen müssen danach seit dem 1. Sept. 1988 *im förmlichen Verfahren nach dem BImSchG mit Anhörung der Öffentlichkeit* genehmigt werden. Dafür sind die Länder zuständig. Mit dieser Einführung des Genehmigungsverfahrens mit öffentlicher Anhörung ist zweifellos ein wichtiger und wünschenswerter Schritt zur Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Produktion mit gentechnischen Verfahren getan worden. Sollte es zu einer die Gentechnik allgemein betreffenden Regelung in einem *Stammgesetz* kommen, wird man vermutlich hinter diesen erreichten Stand der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht zurückfallen können. Insofern ist die Regelung im BImSchG sicherlich zu begrüßen. Auf der anderen Seite ist meine Einschätzung aber durchaus *ambivalent*. Die Regelung im BImSchG hat nur einen *begrenzten Anwendungsbereich*. Zunächst ist der gesamte Bereich der *Forschungsanlagen* von ihr ausgenommen, was vom Gefährdungspotential her nicht überzeugt. Ebenso ausgeschlossen sind »Anlagen zum Umgang mit gentechnisch veränderten Zellkulturen, soweit sie dazu bestimmt sind, zu Pflanzen regeneriert zu werden«. Die Freisetzungproblematik wird dem Wortlaut nach teilweise erfaßt, aber weder grundsätzlich noch umfassend geregelt. Das war auch nicht die Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Es geht im genannten Anwendungsbereich um die Verhinderung einer Gemeingefahr oder die Eingrenzung der Folgen eines möglichen Störfalls.
- Abgesehen von dieser Problematik stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Sicherheits-

richtlinien zu den Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG und seinen Sicherheitskriterien. § 7 BImSchG stellt Anforderungen an die Errichtung, die Beschaffenheit und den Betrieb genehmigungsbedürftiger Anlagen auf. Verwiesen wird auf technische Anforderungen, die gemäß § 5 auf den Stand der Technik (dazu die Legaldefinition des § 3 Abs. 6 BImSchG) verweisen. Dies legt es nahe, für die Bestimmung des Standes der Technik auf die Regelungen der Sicherheitsrichtlinien für die Produktion zurückzugreifen und damit den Sicherheitsrichtlinien eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit zu geben. Faktisch wird das gegenwärtig so gehandhabt: Die nach dem BImSchG zuständigen *Landesgenehmigungsbehörden* informieren sich im Wege der Amtshilfe (mangels vorhandener Kompetenz und Erfahrung) beim BGA über den Inhalt und die Auslegung der Sicherheitsrichtlinien und wenden dann die Grundsätze im Rahmen der Genehmigungsentscheidung an. Dies hat zur Konsequenz, daß es eine gewisse Abstimmung zwischen dem Genehmigungsverfahren nach BImSchG und dem Verfahren nach den Sicherheitsrichtlinien gibt, das bisher im Bereich der Produktion nur kraft Vereinbarung bzw. Selbstunterwerfung gilt.

Wenn also auch insofern eine gewisse Abstimmung zwischen diesen beiden Verfahren erreicht zu sein scheint, so muß man doch eine erhebliche Zersplitterung der verschiedenen die Gentechnologie betreffenden Registrierungs-, Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren feststellen, was dazu führt, daß eine *ganzheitliche Bewertung* der Arbeit mit der Gentechnik *nicht* erreicht wird. Es bleibt bei der Beurteilung von Teilaspekten, beim Auseinanderreißen von forschungs- und produktionsbezogenen Regelungen und bei Regelungslücken.

Wenn man die mehrjährigen Bekenntnisse über die Notwendigkeit eines Stammgesetzes zur Gentechnologie und den lang dauernden Kompetenzstreit zwischen den Bundesministerien (BMJFFG, BMFT, BMU, BMJ und BMWI) ansieht, hinter dem wohl auch unterschiedliche Einschätzungen zur Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Stammgesetzes stehen, so wird man skeptisch bezüglich des politischen Gestaltungswillens der Beteiligten (siehe genauer unten 5.). Von dieser Kritik nehme ich den Bundesrat aus. Ein weiteres kommt hinzu: Die Dynamik der *EG-rechtlichen Entwicklung* wirkt sich stark auf die nationale Diskussion aus. Die EG-Kommission hat zwei Richtlinien-Entwürfe zur Gentechnologie vorgelegt, die gegenwärtig die Diskussion beherrschen. Das *Regelungsinteresse* wird faktisch *verlagert*. Der Bundesrat beispielsweise diskutiert gegenwärtig – und zwar mit recht einmütiger Besorgnis und mit wichtigen Vorbehalten – diese Richtlinienentwürfe mit dem Ziel, einer *Reduktion* der Schutzperspektive in den EG-Richtlinienentwürfen *vorzubeugen*. Die rechtspolitische Problematik bezieht sich einerseits auf den *Inhalt* der Entwürfe, die eindeutige Bevorzugung des Förderungszwecks – Industriepolitik – vor dem Schutzzweck, und andererseits auf das vorgesehene *Beschlußverfahren* und das damit verbundene Verhältnis von nationalem Gesetzgeber und europäischem Gesetzgeber. Die Frage lautet: Was bleibt dem nationalen Gesetzgeber noch an Regelungsspielraum, wenn es zur Verabschiedung der Richtlinienentwürfe kommen sollte?

4. Die Richtlinienentwürfe der EG-Kommission

Es wird eine Richtlinie über die *Verwendung von genetisch veränderten Mikroorganismen in abgeschlossenen Systemen* – KOM (88) 160 endg. – SYN 131 vom 16. Mai 1988, ABl. Nr. C 198/9 vom 28. 7. 1988 – vorgeschlagen, desweiteren eine Richtlinie über die *absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt* – KOM (88) 160 endg. – SYN 131, vom 16. Mai 1988, ABl. C 198/19 vom 27. 7. 1988. Die *Zwecke* beider Richtlinien lauten: *Vermeidung* bzw. Abbau von *ungleichen Wettbewerbsbedingungen* durch Rechtsangleichung und *Erzielung* eines gemeinschaftsweiten *gleichmäßigen Sicherheitsstandards* auf hohem Schutzniveau für Mensch und Umwelt.

Der *erste Richtlinienentwurf* betrifft allgemein die Verwendung von genetisch veränderten Mikroorganismen in *abgeschlossenen Systemen* in *Forschung und Anwendung*, im *industriellen* und *nichtindustriellen* Maßstab bei *Unterscheidung des Risikopotentials* (z.B. Pathogenität, Gefährdung für Mensch und Umwelt) der Mikroorganismen und ihrer Veränderung (Gruppe I und II). Der Schutzzweck ist in Art. 4 Abs. 1 definiert:

»Die Mitgliedstaaten werden die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, daß die Verwendung von gentechnisch veränderten Mikroorganismen in abgeschlossenen Systemen so erfolgt, daß ihren negativen Folgen für die Gesundheit der Bevölkerung und für die Umwelt vorgebeugt wird.«

Die *Mittel* zur Erreichung dieses Ziels sind

- a) die sog. *Absichtserklärung* von Personen, die *erstmalig* gentechnisch veränderte Mikroorganismen in einem abgeschlossenen System verwenden wollen (Art. 6); die Erklärung ist 60 Tage vor Aufnahme der Arbeiten vorzulegen;
- b) bei Arbeiten mit Mikroorganismen der Gruppe I: die *Pflicht* des Verwenders, Aufzeichnungen über durchgeführte Arbeiten anzufertigen und gegebenenfalls der *Behörde auf Anforderung zur Verfügung zu stellen*, sofern es sich um Arbeiten im nichtindustriellen Maßstab handelt, und eine Anmeldung (= Informationspflicht) ohne Wartefrist, sofern Arbeiten im industriellen Maßstab;
- c) bei Arbeiten mit Mikroorganismen der Gruppe II:
 - nicht industrieller Maßstab = *Anmeldung* mit 15-tägiger Wartefrist
 - industrieller Maßstab = *Anmeldung* mit 60-tägiger Wartefrist (Wartefrist heißt: dann können die Arbeiten aufgenommen werden, wenn es keine Intervention der Behörde gibt = Automatismus, der durch Information in Gang gesetzt wird);
 - *zusätzliche Informationspflichten* des Verwenders gegenüber der Behörde bei veränderter Einschätzung des Risikopotentials (Art. 9) und bei *Unfällen* (Art. 12);
 - *Prüfpflichten der Behörde* (Art. 10);
 - Unterlagenprüfung auf Konformität, Genauigkeit, Vollständigkeit;
 - Anforderung weiterer Informationen;
 - Inspektion und andere Kontrollmaßnahmen organisieren (Art. 11);
 - Notstandspläne für Unfälle;
 - Notstandsmaßnahmen ergreifen und mitgliedstaatlich organisieren mit Hilfe der Kommission (Art. 13);
 - Einrichtung eines beratenden Ausschusses, der bei von der Kommission zu ergreifenden Maßnahmen eine Stellungnahme abgibt (Art. 15, 16).

Festzuhalten ist: Es gibt *kein Zulassungsverfahren*, sondern im wesentlichen ein *Anmeldungs-* bzw. Registrierungsverfahren. Die *Wartefristen* sind im Vergleich zu den Erfahrungen der Antragsverfahren aufgrund der Sicherheitsrichtlinien beim BGA *völlig unrealistisch*. Der *Transport von Mikroorganismen* ist vom Anwendungsbereich der Richtlinien ausgenommen. Der *Förderungszweck* steht gegenüber dem Schutzzweck entgegen den Begründungserwägungen im Vordergrund.

Die Verabschiedung dieser Richtlinien war für Ende November 1988 vorgesehen, wird sich aber wohl verzögern.

Der *Vorschlag der Freisetzungsrichtlinie* ist dieser *Kritik* noch *stärker* ausgesetzt als der erste Richtlinienentwurf. Es wird zwischen der absichtlichen Freisetzung zu *Forschungs-* und Entwicklungszwecken (Art. 4 ff.) und dem *Inverkehrbringen* von genetisch veränderte Organismen enthaltenden oder daraus bestehenden *Produkten* (Art. 8 ff.) unterschieden.

Art. 1 Abs. 1 lautet:

»Ziel dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten und der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der Umwelt über

- die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt,
- das Inverkehrbringen von Produkten, die zur absichtlichen Freisetzung in die Umwelt bestimmte, genetisch veränderte Organismen enthalten oder aus solchen bestehen.«

Sowohl für *Forschung* und Entwicklung wie für die *Produktion* sind wiederum *Anmeldeverfahren* vorgesehen, die sich in Bezug auf die vom Anmelder vorzulegen-

den Informationen unterscheiden. Im Unterschied zum gerade dargestellten ersten Entwurf gibt es *keine Wartefristen*, sondern *Antwortfristen* für die Behörde: Der Antrag muß binnen 90 Tagen in der einen oder anderen Weise beschieden werden. Die Entscheidung der Behörde beinhaltet eine Risikoabschätzung der Freisetzung für Mensch und Umwelt, wobei die Behörde notwendige Prüfungen selbst durchführen kann (Art. 5). Während es bei Anmeldungen von Freisetzungen im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung bei der *Zuständigkeit der nationalen Behörde* bleibt, wird für *Freisetzungen* im Zusammenhang der *Produktion* ein *Konzertierungsverfahren* mit *Letztentscheidungskompetenz* bei der *Kommission* vorgesehen (Art. 11 ff.).

Die Mitgliedstaaten sind an die Entscheidung der Kommission *gebunden* (Art. 13). Eine *Schutzklausel* ist (Art. 14 Abs. 1) *nur* für den *Nachmarkt* vorgesehen: Der Mitgliedstaat kann *vorläufig* ein Verbot auf seinem Hoheitsgebiet aussprechen, das bis zur *endgültigen* Entscheidung der Kommission Bestand hat (Art. 14 Abs. 2).

Die Kommission stützt beide Richtlinien auf Art. 100a EWGV. Danach werden die Maßnahmen der Rechtsangleichung mit *qualifizierter Mehrheit* beschlossen. Außerdem können national keine *neuen abweichenden* Bestimmungen mehr erlassen, *alte* Bestimmungen *nur noch* nach Kommissionskontrolle und ggf. Überprüfung durch den Gerichtshof *aufrechterhalten* werden, wenn sie aus Gründen des Art. 36 EWGV erforderlich sind (Gesundheitsschutz, Umweltschutz).

Die *Konsequenz* beider Vorgehensweisen der Kommission – nämlich einerseits das Beschlußverfahren nach Art. 100a EWGV und die Reklamierung eigener Entscheidungskompetenzen für die Kommission sowie das vorgesehene Konzertierungsverfahren – besteht in der *Zurückdrängung* nationaler Kompetenzen der Entscheidung, also in der *Zentralisierung* der grundsätzlichen wie der Detailentscheidung um die Freisetzungproblematik. Dies ist *nicht* von *vornherein* und *für sich problematisch*. Die Notwendigkeit von Konzertierungsverfahren ist beispielsweise aus dem Arzneimittelbereich bekannt und dort auch wünschenswert. Die *Tendenz* ist aber sehr wohl *problematisch* unter dem *Aspekt* des in den Mitgliedstaaten *gegenwärtig erreichten Rechtszustands* und der in der Freisetzungsrichtlinie besonders gut zum Ausdruck kommenden *Zielsetzung* der Kommission.

In den meisten Mitgliedstaaten bestehen – ausgenommen Dänemark – *keine gesetzlichen Regelungen*, und das heißt auch, daß die mitgliedstaatlichen *Haltungen* zur Freisetzungproblematik weitgehend *ungeklärt* und *offen* sind. Dies ist eine Situation, in der die *Faktizität* industriellen Verhaltens und forschender Neugier im nicht-industriellen Sektor sich schnell als *Norm* etablieren kann. Die vorhandene Faktizität verlagert die »Beweislast« für die Rechtspolitik: Sie muß die *Notwendigkeit* einer *Begrenzung* der Zulässigkeit von Forschung, Entwicklung und Produktion gegen die Faktizität der innovativen Kraft der Gentechnik beweisen und nicht umgekehrt. Und das, obwohl heute unser *Wissen* über die *Risiken* der Gentechnik ebenso *begrenzt* ist wie unser Wissen über ihren Nutzen.

In dieser Situation geht es um die Organisation eines *Verfahrens* der *wissenschafts-politischen* und *gesellschaftspolitischen Grundsatzentscheidung* für oder gegen insbesondere die Freisetzung. Die Gegenwart *produziert* dagegen ständig weitere *Verstrickungen* auf dem Wege zu einer Normalität der Anwendung der Gentechnik Schritt für Schritt und macht die Grundsatzentscheidung dadurch scheinbar überflüssig. Insbesondere der Entwurf der Freisetzungsrichtlinie macht sich die *ökonomische Dynamik* und die Forschungsdynamik selbst zur *Logik des rechtspolitischen Handelns*. Obwohl die *Unbestimmtheit* der Risiken der Freisetzung erkannt ist und das Fehlen von allgemeinen Bewertungskriterien beklagt wird, wird die Freisetzung im Einzelfall als Abwägungsergebnis aus *industrie-*, insbesondere *innovationspoliti-*

schen Gründen ermöglicht. Zwar soll ein »hohes Schutzniveau« erreicht werden, aber ohne daß überhaupt eine Präzisierung des Begriffs des hohen Schutzniveaus durch Bewertungskriterien vorgenommen worden wäre. Mit der Richtlinie würde eine Politik des »Durchwurstelns« institutionalisiert.

Dies wird auch in den *Begründungserwägungen* zum Entwurf der Freisetzungsrichtlinie deutlich:

»Die Entwicklung von Produkten, in denen genetisch veränderte Organismen angewendet werden und die für Mensch und Umwelt keine Gefahr darstellen, muß gesichert werden. Die neue Biotechnologie verspricht Verbesserungen im Gesundheits- und Umweltbereich durch die Entwicklung präziserer landwirtschaftlicher Schutzmittel und verbesserter Nahrung sowie durch eine wirksamere Abfallwirtschaft.

Der Schutz der Öffentlichkeit und der Umwelt erfordert eine gebührende Kontrolle der Risiken als Folge der absichtlichen Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt.«

Die Problematik besteht also im gegenwärtigen Rechtszustand der Unentschiedenheit in den meisten Mitgliedstaaten, der Dynamik von Forschung und Ökonomie und der grundsätzlichen Akzeptanz dieser Dynamik im Entwurf der Freisetzungsrichtlinie durch eine Inkongruenz von Schutzzweck und Förderungszweck. Die zu beobachtende Verlagerung der Diskussion auf die EG-Ebene ist wahrscheinlich verbunden mit einer *Verringerung* der *demokratischen Legitimation* der zu treffenden Entscheidung. Und sie bedeutet die *Gefahr* einer durch *Zeit- und Verfahrensdruck* sich entwickelnden »Entmündigung« der notwendigen, mitgliedstaatlichen, demokratischen Entscheidungsprozeduren.

Diese Gefahren liegen auch in der Wahl des Beschlußverfahrens nach Art. 100a EWGV, also der Kombination von Mehrheitsprinzip und Bindung der Mitgliedstaaten begründet. Als Alternative dazu böte sich ein Vorgehen nach Art. 103s EWGV an, das für die Umweltpolitik der EG durch die EEA (Einheitliche Europäische Akte) 1986 eingeführt wurde und das *Einstimmigkeit* bzgl. des Tätigwerdens überhaupt voraussetzt und einstimmig festlegt, was dann mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden soll. Diese Verfahrensalternative garantiert *eher* die Berücksichtigung auch kritischer Positionen der Mitgliedstaaten (bspw. Dänemark), damit auch ein *eher* »hohes Schutzniveau« und akzeptiert *eher* die Notwendigkeit vorheriger politischer Entscheidung in den Mitgliedstaaten.

Die *inhaltlichen Bedenken* bestehen in der Bevorzugung der *Industriepolitik* gegenüber der Schutzpolitik und der scheinbar erreichten *Überflüssigkeit* einer *grundsätzlichen* Entscheidung über die Freisetzungsproblematik. Die »Negativ-Integration« der EG geht erneut einer positiven Integrationspolitik vor. Auf diese Art und Weise blendet die Kommission die Frage der *Alternativen* zur Gentechnik völlig aus, obwohl eine adäquate Technikfolgenabschätzung und -bewertung gerade eine solche Phase des Alternativenvergleichs einschließen muß. Die Entwicklung von Bewertungskriterien wird einem Entdeckungsverfahren ohne systematischen Anspruch überlassen. Beide Entwürfe sehen *keine* Öffentlichkeitsbeteiligung an den Anmeldeverfahren vor.

Es soll aber kein Mißverständnis entstehen: Die Kritik an der Kommission kann auf das Verhalten der befaßten Institutionen der BRD weitgehend übertragen werden. Wenn in der BRD der Entwurf eines Stammgesetzes zur Gentechnologie trotz aller jahrelanger Beteuerungen seiner Notwendigkeit immer noch fehlt – zu seiner Ankündigung Ende November 1988 sogleich –, dann ist das ein Zeichen für eine *selbstverschuldete »Entmündigung« einer Rechtspolitik als Gestaltungsanspruch*: Je weiter die Dynamik von Forschung und Ökonomie voranschreitet, desto *eher* wird die *Rechtspolitik als Reaktion* das technisch Mögliche zum rechtlich Akzeptierten erklären.

Der *Befund* ist insgesamt kaum überraschend. Überall dort, wo starke wirtschaftliche, industriepolitische Interessen und mit ihnen verbundene Forschungsinteressen die realen Prozesse vorantreiben, ist die *Rechtspolitik* in der Gefahr, vollzogene Entwicklungen nur noch zu *ratifizieren*. Dies gilt für die EG-Ebene *mindestens* in gleicher Weise wie für die BRD. Dennoch ist der Befund nicht eindeutig und zwingt die Rechtspolitik zur Resignation. Das deutsche Arzneimittelrecht etwa hat seine Schärfe erst durch die Richtlinien der EG erhalten.

5. Ankündigung eines Gentechnologieschutzgesetzes durch die Bundesregierung

Am 30. November 1988 hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf eines Gentechnologieschutzgesetzes für den Frühsommer 1989 angekündigt und gleichzeitig einen umfangreichen *Bericht* über ein Gesetz zum Schutz von Menschen und Umwelt in der biotechnologischen Forschung und bei der Anwendung der Biotechnologie sowie sogenannte *Eckwerte* für eine gesetzliche Regelung vorgelegt. Diese Eckwerte betreffen die Festlegung des Anwendungsbereichs (Forschung, Entwicklung, Produktion, Freisetzung, Inverkehrbringen, Transport, Lagerung), den Schutzzweck (Gesundheit der Beschäftigten und der Bevölkerung, Umwelt), die Art und Methoden der Sicherheitsregulierung (insbes. Pflicht zu eigenverantwortlicher Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, administrative präventive Kontrolle, Langfristbeobachtung, Überwachung, haftungs- und strafrechtliche Sanktionen) und die Zuständigkeit für administrative Entscheidungen (Erlaubnis für einfache gentechnische Arbeiten und Überwachung der Einhaltung von Erlaubnissen und Genehmigungen durch die Länder, Genehmigungen mit höherem Risikopotential und für Freisetzungen durch eine Bundesbehörde).

Daß nun endlich und schnell ein Stammgesetz zur Gentechnologie vorbereitet und verabschiedet werden soll, ist begrüßenswert. Der Bericht und die erkennbaren Wertungen in den Eckwerten lassen allerdings befürchten, daß ähnlich wie bei den Entwürfen der EG-Richtlinien zur Gentechnologie das Regelungsmotiv und Regelungsziel der Förderung einer innovativen Technologie im Vordergrund des Interesses steht. Die Eckwerte sehen gegenüber den Richtlinienentwürfen zwar erfreulicherweise Genehmigungsverfahren vor und eine Überwachung (»Monitoring«), aber es ist bisher weder eine Prioritätensetzung zwischen Schutzzweck und Förderungszweck erkennbar – das entspricht der Parallelität in den Sicherheitsrichtlinien –, noch gibt es richtungsweisende Aussagen zum Umfang von Verboten oder zu einem Moratorium, zur Haftungsregelung (Gefährdungshaftung, Beweiserleichterungen für den Kausalitätsnachweis; hierfür ist übrigens nicht das BMJFFG, sondern BMJ federführend), zur Beibehaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung nach dem BImSchG und auch nicht zur Institutionalisierung des gesellschaftlichen Diskurses über die Gentechnologie und ihre Alternativen. Darüber hinaus soll ein »möglichst großer Teil des materiellen Inhalts in Regelungen unterhalb der Gesetzesebene« verbleiben, wobei auch im Gesetz nicht auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe verzichtet werden könne.

Die Vermutung liegt nahe, daß die Bundesregierung den industriepolitischen Zielen im Hinblick auf die internationale Konkurrenz, die Erhaltung des Forschungs- und Industriestandorts Bundesrepublik (gerade nach den Abwanderungsentscheidungen oder Drohungen der chemischen Industrie) und den einheitlichen Binnenmarkt 1992 (wegen des Überwiegens der liberalen industrieförderlichen Einstellung der meisten Mitgliedstaaten) das stärkere Gewicht gegenüber der Schutzpolitik einräumt. Gerade weil erhebliche Unsicherheiten der Risiko-Nutzen-Bewertung beste-

hen, gleichzeitig aber Gewißheit über die weitreichenden Eingriffspotentiale und die Eingriffstiefe in lebende Systeme, wäre eine solche Gesetzesorientierung politisch unverantwortbar. Industriepolitik ist nur im Rahmen einer konsequenten Schutzpolitik zu verantworten, nicht aber darf umgekehrt eine am faktisch Möglichen orientierte Industriepolitik der Schutzpolitik die Grenze setzen.

109

Ulrich Mückenberger 20 Jahre Kritische Justiz

1.

Zwei Paradoxe sind mir bei der Vorbereitung zu dieser Ansprache aufgefallen, das eine betrifft den Verlag, das zweite die Zielsetzung der KJ:

Erstens: die Kritische Justiz ist heute beim Nomos Verlag, fühlt sich – dank der Fürsorge von Herrn Schwarz und Frau Weiss, dank Herrn Fehrenbach und Herrn Bräutigam und vielen anderen – bei Nomos gut aufgehoben. So selbstverständlich ist das angesichts der Gründungsgeschichte keineswegs. In den Unterlagen der Jahre 1967 und 1968 tauchen die Verlagsnamen Nomos und suhrkamp sozusagen nur auf der »Gegenseite« auf. Nomos ist potentieller Konkurrent, Mitbewerber um eine durch die damalige Zeitschriftenlandschaft nicht abgedeckte aufgeklärte juristische Klientel. Schlimmer noch: er ist sozusagen ein Moloch, der das sich abzeichnende kritische Juristenprojekt schlucken und in ein breitenwirksames »Kursbuch für Juristen« zu integrieren bestrebt ist. Die Entscheidung fiel damals bewußt gegen Nomos und für die Europäische Verlagsanstalt: als Entscheidung für ein politisches Projekt Kritische Justiz. Was bedeutet vor diesem Hintergrund, daß sich Redaktion und Herausgeber 1982 dann doch diesem Moloch anvertraut haben?

Zweitens: In der Verlagsankündigung des ersten Heftes der Kritischen Justiz heißt es: »Die ›Kritische Justiz‹ will Justiz und Recht nicht ›politisieren‹, sondern die ohnehin vorhandenen politischen Elemente und Wirkungen deutlich machen. Sie soll Öffentlichkeit für eine kritische Rechtswissenschaft ermöglichen. Kritische Rechtswissenschaft meint dabei die Aufdeckung des Bezugs zwischen Recht und Gesellschaft, seiner politischen, sozialen und gesellschaftspolitischen Implikationen. Methodologische und rechtstheoretische Beiträge werden bestimmt sein, Rechtswissenschaft aus ihrer mehr oder weniger selbstgewählten Isolation zu lösen und die Erkenntnisse anderer Wissenschaften wie Politologie, Soziologie, Psychologie, Psychoanalyse, Wirtschaftswissenschaften für Rechtswissenschaft zu vermitteln und zu verarbeiten.«¹

Mit der Aufdeckung des Interessenbezuges von Recht und Rechtspraxis, mit der Transparenz juristischer Entscheidungsprozesse, mit der Interdisziplinarität des juristischen Diskurses wurde sozialer Fortschritt auf dem Gebiete des Rechts identifiziert. Das waren in der akademischen Landschaft der späten sechziger Jahre aufrührerische Parolen, ihre Beherzigung löste in der Fachwelt Staunen, Unverständnis, oft Ablehnung aus, zog auch meist Ausgrenzung aus dem Forum Internum nach sich. Die bloße Terminologie – heute empfinden wir sie kaum mehr als aufsehenerregend – wurde als unwissenschaftlich und politisierend gebrandmarkt.²

¹ Europäische Verlagsanstalt/Frankfurt, Informationsblatt Juli 1968, S. 1.

² Vgl. FAZ 6. 11. 68 über Heft 1 der KJ: »Im Grunde gegen den Staat gerichtet«. Der Beck-Verlag weigerte sich, in seine juristischen Zeitschriften Anzeigen für die Kritische Justiz aufzunehmen, vielleicht weil Rechtspolitik woanders als in der eigens dafür gegründeten Zeitschrift des Beck-Verlags nichts zu suchen hatte.