

Gutachterliche Stellungnahme
zum Themenkomplex
Verfahrensmäßige Vorkehrungen

vorgelegt von

Prof. Dr. Dr. Tade M. Spranger

im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz

Bonn, April 2021

Inhaltsverzeichnis

A. Untersuchungsgegenstand	5
B. Vorbemerkungen	5
I. Rechtsschutz durch Verfahren	6
II. Formen verfahrensmäßiger Vorkehrungen	11
III. Europäische Dimension	14
1. Art. 41 GRCh	15
2. Grundsätze der „good governance“	17
3. Zwischenergebnis	18
IV. Zwischenergebnis	19
C. Verfahrensmäßige Vorkehrungen im bestehenden Gentechnikrecht	20
D. Vorschläge für verfahrensmäßige Vorkehrungen	21

I. Ethikgremium nach Art. 29 RL 2001/18/EG	
de lege lata	21
II. Ethikgremium nach Art. 29 RL 2001/18/EG	
de lege ferenda	24
III. Weitere Potentiale unter dem Dach der	
RL 2001/18/EG	25
1. Das Postulat unabhängiger Forschung	25
2. Die Umweltverträglichkeitsprüfung	26
3. Öffentlichkeitsbeteiligung durch Anhörung	27
a. Kritik an den Ausnahmen iSv § 18 GenTG	30
b. Zur Stellung der Einwender	31
c. Zur Art und Weise der Bekanntmachung	32
d. Zu zeitlichen Restriktionen	34

e. Zum Schriftformerfordernis	35
4. Insbesondere: Der Öffentlichkeitsbegriff	36
IV. Zur Frage der Gremienzusammensetzungen	42
V. Netzwerke kooperativer Selbstverwaltung	46
VI. Benehmensklausel	49
VII. Verbreiterung des interdisziplinären Diskurses	55
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	56

A. Untersuchungsgegenstand

Neben materiell-rechtlichen Anforderungen werden im politischen Diskurs auch verstärkt flankierende Verfahrensregelungen in den Blick genommen. Hierzu zählen unter anderem die Beteiligung von Experten, Einrichtung von Gremien, Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung sowie vollzugslenkende Maßgaben. Es soll untersucht werden, ob und welche Anpassungen für das nationale oder europäische Recht zu empfehlen sind. Dabei sollen auch Ansätze und Erfahrungen in anderen Staaten berücksichtigt werden.

B. Vorbemerkungen

Die verfahrensmäßige Ausgestaltung von Recht ist nicht trivial. Ganz im Gegenteil entscheiden Strukturen des Verfahrens und der Organisation maßgeblich über die Funktionsfähigkeit regulatorischer Ansätze und Systeme. Mängel und Verwerfungen in diesen Bereichen können so verheerende Konsequenzen für das Recht zeitigen. Umgekehrt kommt der bestmöglichen und sachgerechten Strukturierung verfahrensrechtlicher Vorkehrungen eine zentrale Rolle für einen effektiven (Menschen-) Rechtsschutz gerade im Bereich des Technikrechts zu.

I. Rechtsschutz durch Verfahren

Dem deutschen öffentlichen Recht ist dieser Umstand spätestens seit einigen Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bekannt, die letztlich zur Figur des „Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren“ geführt haben. Besonders prominent sind hier die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet des Atomrechts. Ungeachtet der Unterschiede im Detail skizziert das Bundesverfassungsgericht hier die verfahrensmäßigen Anforderungen, die im Interesse eines tragfähigen Rechtsgüterschutzes unverzichtbar sind. Paradigmatisch sind insoweit die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts seit der Kalkar-Rechtsprechung¹, die im Mülheim-Kärlich-Beschluss wie folgt zusammengefasst und fortentwickelt werden:

„Wenn schon in den zuvor zitierten Fällen dem Verfahrensrecht verfassungsrechtliche Relevanz beigemessen und eine Verfahrensgestaltung gefordert wird, die auf einen bestmöglichen Grundrechtsschutz hinwirkt, dann muss dies auch und erst recht für das atomrechtliche Genehmigungsverfahren gelten. Denn dieses Verfahren bezweckt bevorzugt gerade die Sicherung der durch Art 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter vor dem in Atomkraftwerken verkörperten außerordentlichen Gefährdungspotential und soll demgemäß diesem Grundrecht zur Durchsetzung

¹ BVerfGE 49, 89 ff.; BVerfGE 81, 310 ff.

verhelfen. Seine verfassungsrechtliche Relevanz beruht zudem darauf, dass die Genehmigung als Verwaltungsakt mit Drittwirkung einen Ausgleich zwischen verschiedenen grundrechtlich geschützten Rechtspositionen finden muss und dabei den Betreiber zu Handlungen ermächtigt, die weit über dessen eigene Rechtssphäre hinauswirken können. Die Notwendigkeit zum Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung folgt hier insbesondere aus zwei Besonderheiten, die bereits in der Kalkar-Entscheidung (BVerfGE 49, 89) hervorgehoben worden sind:

In dieser Entscheidung weist der Zweite Senat darauf hin (...), dass der Gesetzgeber für das materielle Genehmigungsrecht in weitem Umfang unbestimmte Rechtsbegriffe verwende; dies beruhe auf den besonderen Schwierigkeiten des in ständiger Entwicklung befindlichen technischen Sicherungsrechts und diene zugleich einem zukunftsgerichteten dynamischen Grundrechtsschutz. Diese Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sei zulässig; doch würden dadurch die Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der laufenden Anpassung sicherheitstechnischer Anforderungen an den neuesten Erkenntnisstand mehr oder weniger auf die administrative und judikative Ebene verlagert. Behörden und Gerichte müssten das Regelungsdefizit der normativen Ebene ausgleichen. Trifft diese Beurteilung zu - und sie entspricht zumindest der geltenden Regelung - dann kann es nach der zitierten bisherigen Rechtsprechung

verfassungsrechtlich nicht gleichgültig sein, wie gerade auch das behördliche Genehmigungsverfahren strukturiert ist und wer als Beteiligter auf die Entscheidung Einfluss nehmen kann (...). Für einen effektiven Grundrechtsschutz der potentiell Gefährdeten ist angesichts des Ausmaßes denkbarer Gefahren entscheidend, dass bereits das behördliche Verfahren geeignet ist, im konkreten Fall zu "richtigen" sicherheitsrelevanten Entscheidungen zu führen. Wahrscheinlich lässt sich nur über das Verfahrensrecht verhindern, dass der Bereich zwischen Recht und Technik zum juristischen Niemandsland wird.

Ein geeignetes, den Schutz der Gefährdeten sicherstellendes Verfahren zur Entscheidungsbildung ist im Bereich der wirtschaftlichen Nutzung der Atomenergie auch aus einem weiteren, ebenfalls im Kalkar-Beschluss angesprochenen Grund bedeutsam (...). Während im herkömmlichen Bereich die sicherheitstechnischen Anforderungen auf einem mehr oder minder umfassenden empirischen Material beruhen, musste auf dem Gebiet der Kerntechnik eine "Sicherheitsphilosophie" vorausgedacht und versucht werden, aufgrund theoretischer Überlegungen und wissenschaftlicher Untersuchungen mögliche Störfälle vorzusehen und die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu entwickeln (...). Dabei kann es sich - wie es im Kalkar-Beschluss zutreffend heißt - nur um Annäherungswissen handeln, das durch jede neue Erfahrung

korrigierbar ist und sich insofern "immer nur auf den neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet". Da ferner diese Sicherheitsphilosophie mit nur denkbaren Risiken arbeitet, hängt deren Beurteilung einschließlich der Einplanung entsprechender Schutzmaßnahmen von Wertungen ab, die sich schwerlich freihalten lassen von den jeweiligen grundsätzlichen Standpunkten und subjektiven Interessen. Umso wesentlicher erscheint es, die Standpunkte, Interessen und Befürchtungen aller Beteiligten rechtzeitig in das Genehmigungsverfahren einzubeziehen und durch einen Prozess der Kommunikation zwischen Kraftwerksbetreibern, gefährdeten Bürgern und zuständigen Behörden eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherzustellen. Dass dieser Kommunikationsprozess nur bei einem allseits fairen und vernünftigen Verhalten funktionieren kann, liegt auf der Hand."²

Für die vorliegend interessierende Fragestellung unterstreichen diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die allgemeine Relevanz verfahrensrechtlicher Vorkehrungen. Sie betonen vielmehr auch die Notwendigkeit, gerade im risikorelevanten Bereich der Prognose künftiger Gefahren präventiv tätig zu werden und die Divergenz „grundsätzlicher Standpunkte und subjektiver Interessen“ aufzufangen durch einen „Prozess der

² BVerfGE 53, 30 ff., Rn. 83 ff. bei Juris.

Kommunikation“, der sodann „eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherstellt“. Diese Feststellungen sind allgemeiner Natur und können letztlich auf alle Bereiche der Technikregulierung oder des Umweltrechts³ und damit auch auf das Gentechnikrecht⁴ übertragen werden.⁵

Insoweit bedarf es zweier zusätzlicher Erwägungen klarstellender Natur. Zum einen ist der Grundsatz des Grundrechtsschutzes durch Verfahren nicht auf potentielle Gefährdungen bestimmter, besonders prominenter Grundrechte oder grundrechtsgleicher Positionen - wie etwa des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG - beschränkt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Auswirkungen des Grundrechtsschutzes durch Verfahren im Beamtenrecht⁶, bei Interessenkonflikten zwischen Eltern und ihren

³ Kloepfer, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht - Band 2, 4. Aufl. 2020, 1. Grundrechte und Umweltschutz, Rn. 31.

⁴ BVerfGE 128, 1 ff., Rn. 194 ff. bei Juris.

⁵ Umfassend: Lukes, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Gentechnikgesetz, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 785 ff. Ebenso: Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GentG, 1991, § 18 Rn. 3 f.; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, Gentechnik und Öffentlichkeit, in: DVBl. 1991, 428 (434); Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, Einl. GenTAnhV Rn. 8 ff.

⁶ Siehe nur BVerfGE 152, 345 ff, Rn. 68 bei Juris.

Kindern⁷, oder im Bereich des Existenzminimums⁸ sollte insoweit genügen, um die umfassende Geltung dieses Prinzips bei jeglicher Tangierung grundrechtlicher oder grundrechtsgleicher Belange zu belegen. Auch erscheint es möglich, nicht nur für subjektive Gewährleistungen des Grundgesetzes, sondern auch für objektive Elemente wie z.B. die Staatszielbestimmung Umweltschutz aus Art. 20a GG eine verfahrensmäßig adäquate Einhegung zu fordern.⁹ Zum anderen benennt das Bundesverfassungsgericht keine konkrete, mehr oder minder zwingend vorgeschriebene Form der verfahrensmäßigen Ausgestaltung. Dies führt im Ergebnis zu einer denkbar großen Bandbreite an Instrumenten, die dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren zur Verfügung stehen.

II. Formen verfahrensmäßiger Vorkehrungen

Das BVerfG weist zutreffend die Aufgabe, die staatliche Schutzpflicht zu konkretisieren und damit einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen zu finden, grundsätzlich dem Gesetzgeber zu. Dessen weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsprärogative führt insoweit zu einer nur begrenzten gerichtlichen

⁷ Vgl. BVerfG, FamRZ 2017, 524 ff. m. Anm. Salgo, FamRZ 2017, 531 f.

⁸ Vgl. BVerfG, SGb 2010, 227 ff. m. Anm. Rixen, SGb 2010, 240 ff.

⁹ Zur unmittelbaren Relevanz des Art. 20a GG für das gesamte Gentechnikrecht etwa: Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, in: NVwZ 2013, 1 (4f.).

Nachprüfbarkeit.¹⁰ Die Bandbreite denkbarer verfahrensmäßiger Ausgestaltungen zum Schutze verfassungsrechtlich privilegierter Rechte und Interessen reicht damit von der Beteiligung individueller Experten oder der Einrichtung von Gremien über Maßnahmen zur Gewährleistung der gebotenen Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung bis hin zu vollzugslenkenden Maßgaben.

Dass gerade Transparenz- und Verbraucherschutzabwägungen in diesem Kontext eine legitime Rolle spielen, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Leitentscheidung zum Gentechnikgesetz mit Blick auf das Standortregister auch vor dem Hintergrund des Grundrechtsschutzes durch Verfahren explizit bejaht:

„Das Standortregister kann die effektive Überwachung etwaiger Auswirkungen von gentechnisch veränderten Organismen auf die in § 1 Nr. 1 und 2 GenTG genannten Rechtsgüter und Belange unterstützen und trägt damit zur Gefahrenabwehr und Risikovorsorge sowie zur Gewährleistung von Koexistenz bei.

Die Information der zuständigen Behörden über die Anbauflächen gentechnisch veränderter Kulturen

¹⁰ Kloepfer, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht - Band 2, 4. Aufl. 2020, 1. Grundrechte und Umweltschutz, Rn. 31.

ermöglicht diesen insbesondere, den Anbau und seine Umweltauswirkungen zu beobachten und zu überwachen, Produktionsprozesse gezielt zu kontrollieren, die ordnungsgemäße Anwendung von Koexistenzmaßnahmen sicherzustellen und standortbezogene wissenschaftliche Begleituntersuchungen durchzuführen, um langfristige oder unvorhergesehene Effekte zu erfassen.

Das Standortregister ist geeignet, die Öffentlichkeit und mögliche Betroffene über das Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt zu informieren und damit die gewünschte Transparenz, Koexistenz und gesellschaftliche Befriedung zu befördern. Insbesondere können sich Nachbarbetriebe und andere mögliche Betroffene rechtzeitig über den beabsichtigten Anbau solcher Organismen informieren und Maßnahmen zum Schutz vor Einträgen in ihre Erzeugnisse ergreifen.

(...)

Der Grundrechtsschutz ist schließlich auch durch eine angemessene Verfahrensgestaltung abgesichert.

Die Verwendung personenbezogener Daten muss auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt sein (vgl. BVerfGE 65, 1 <46>). Auch sind Aufklärungs-,

Auskunfts- und Löschungspflichten von Bedeutung (vgl. BVerfGE 65, 1 <46>). Diesen Anforderungen ist vorliegend genügt.

Die Information der Betroffenen vor der Datenerhebung darüber, welche Daten über das Internet abgerufen werden können und unter welchen Voraussetzungen Auskünfte über die mitgeteilten persönlichen Daten erteilt werden können, ist durch die insoweit klare Gesetzeslage sichergestellt. Dass hierbei bestimmte Daten zur Herstellung von Transparenz der allgemeinen Öffentlichkeit auch ohne weitere Zweckbindung zugänglich gemacht werden, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“¹¹

Über eine Bestätigung der bisherigen Überlegungen hinaus bringt das Bundesverfassungsgericht hier vor allem auch zum Ausdruck, dass Aspekte der Transparenz und der gesellschaftlichen Befriedung im Bereich der Gentechnikregulierung als beachtliche und schützenswerte Belange zu erachten sind.

III. Europäische Dimension

Die Erkenntnis, dass (Grund-) Rechtsschutz und verfahrensrechtliche Ausgestaltungen nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, stellt kein

¹¹ BVerfGE 128, 1 ff., Rn. 178 ff. bei Juris

Spezifikum deutschen Rechts dar. Vielmehr erkennt auch das Europarecht in unterschiedlichsten Kontexten die Relevanz des Verfahrensrechts für die Gewährleistung rechtsstaatlicher Kardinalprinzipien an.

1. Art. 41 GRCh

Die im Range von Primärrecht geltende¹² Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)¹³ führt in Art. 41 das Recht auf gute Verwaltung ein und bestimmt hierzu Folgendes:

„(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.

(2) Dieses Recht umfasst insbesondere

a) das Recht jeder Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird,

b) das Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des berechtigten

¹² Art. 6 Abs. 1 EUV.

¹³ ABl. Nr. C 326/19 v. 26.10.2012.

Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses,

c) die Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen.

(3) Jede Person hat Anspruch darauf, dass die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

(4) Jede Person kann sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe der Union wenden und muss eine Antwort in derselben Sprache erhalten.“

Die Gewährleistung des Art. 41 GRCh stellt unzweifelhaft ein Novum in der jüngeren Grundrechtsdogmatik dar, da erstmals individualrechtsschützende Rechtsgrundsätze des Verwaltungsverfahrens in den Rang gerade eines Grundrechts erhoben werden.¹⁴ Die Details dieses Grundrechts sind in Rechtsprechung und Schrifttum bislang nicht umfassend geklärt, sodass eine detaillierte Befassung vorliegend unterbleiben muss.

¹⁴ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, Rn. 105 mwN.

Für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme genügt jedoch die Feststellung, dass es sich nach ganz herrschendem Verständnis um ein eigenständiges Bürgerrecht auf faire Behandlung der Anliegen des Bürgers in Verwaltungsverfahren handelt, und zwar unabhängig davon, ob diese von Amts wegen oder auf Antrag durchgeführt werden, ob sie auf begünstigende oder belastende Entscheidungen gerichtet sind oder ob ein materielles Recht besteht, das mittels des Verwaltungsverfahrens durchgesetzt werden soll.¹⁵ Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass Art. 41 GRCh als Garantie zu verstehen ist, die ein Grundrecht auf „gute“ i. S. von „richtigen“ Verwaltungsentscheidungen garantiert.¹⁶

2. Grundsätze der „good governance“

Auf der Ebene der Rechtsprechung haben vor allem die Feststellungen des EGMR zu den Grundrechten der EMRK allgemeine Anforderungen an das Verwaltungsverfahren und sonstige Standards „guter Verwaltung“

¹⁵ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht*, Rn. 105 mwN.

¹⁶ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht*, Rn. 106 mwN.

herausgearbeitet.¹⁷ Dem so verstandenen „principle of good governance“ lässt sich insbesondere die Forderung zuweisen, dass Verwaltungsverfahren, die auf die Zulassung von Vorhaben mit erheblichen Umweltauswirkungen gerichtet sind, belastbar ausgestaltet sein müssen.¹⁸ In den Worten des EGMR: „Ein staatliches Verfahren zu komplexen Fragen des Umweltschutzes und der Wirtschaftspolitik muss insbesondere angemessene Untersuchungen und Studien einschließen, damit die umweltschädigenden oder in die Rechte Einzelner eingreifenden Auswirkungen eines Vorhabens im Vorfeld prognostiziert und bewertet werden können und ein gerechter Ausgleich zwischen den verschiedenen widerstreitenden Interessen hergestellt werden kann (...).“¹⁹

3. Zwischenergebnis

Auch wenn es mit Blick auf den Grad dogmatischer Durchdringung auf der EU-Ebene²⁰ kein vollständiges

¹⁷ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht*, Rn. 14.

¹⁸ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht*, Rn. 15 mwN.

¹⁹ Siehe nur EGMR, NVwZ 2015, 1119 (1121) mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁰ Hierzu jüngst allgemein etwa: Kahl, *Dogmatik im EU-Recht*, in: AöR 144 (2019), 159 ff.

Äquivalent zur Figur des (Grund-) Rechtsschutzes durch Verfahren gibt, kann angesichts der grundrechtlichen Garantie des Art. 41 GRCh sowie der einschlägigen Rechtsprechung insbesondere des EGMR zur „good governance“ keinen Zweifel daran geben, dass die grundrechtsadäquate, das heißt grundrechtsschützende Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren ein zentrales Anliegen auch des Europarechts im engeren wie im weiteren Sinne ist. Vor allem aber sind die auch hier ohne Weiteres anerkannten weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume zugunsten des Gesetzgebers dazu angetan, die gebotenen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen in verschiedensten Formen und auf unterschiedlichsten Ebenen zu ermöglichen.

IV. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die Figur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren umfassend nach verfahrensmäßigen Ausgestaltungen verlangt, die für einen umfassenden Schutz der betroffenen vielfältigen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte hinreichend Sorge tragen. Die dem Gesetzgeber insoweit zur Verfügung stehenden Spielräume sind weit zu verstehen und nur eingeschränkt gerichtlicher Kontrolle zugänglich.

C. Verfahrensmäßige Vorkehrungen im bestehenden Gentechnikrecht

De lege lata weist das Gentechnikrecht bereits eine nennenswerte Bandbreite verfahrensmäßiger Vorkehrungen im vorstehend beschriebenen Sinne auf. Zu nennen sind hier über die allgemeinen Details etwa zur Ausgestaltung der Genehmigungsverfahren hinaus beispielsweise die Vorgaben zur Kommission für die Biologische Sicherheit nach § 4 GenTG, zu allgemeinen Sorgfalts- und Aufzeichnungspflichten bzw. zur Gefahrenvorsorge nach § 6 GenTG, zum Standortregister nach § 16a GenTG, oder zur Unterrichtung der Öffentlichkeit nach § 28a GenTG. Ein nennenswerter Teil dieser Vorgaben stellt die gesetzgeberische Reaktion auf Transformationspflichten dar, die den nationalen Gesetzgeber aufgrund europarechtlicher Vorgaben treffen.²¹ Die entsprechenden Tendenzen des europäischen Gentechnikrechts reihen sich ihrerseits ein in allgemeine Entwicklungen, die - teils befördert oder verstärkt durch völkerrechtliche Impulse - zunehmend auf eine Berücksichtigung übergeordneter Belange hinwirken. Da es sich um dynamische Prozesse handelt und die bereits implementierten Instrumente zudem Verbesserungsbedarfe aufweisen, fokussieren sich

²¹ So ist beispielsweise die Implementierung des Standortregisters vornehmlich auf die Verpflichtung aus Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2001/18/EG zurückzuführen. Vgl. allgemein auch Ittershagen/Runge, Die europäischen Vorschriften zur Zulassung und Kennzeichnung genetisch veränderter Produkte und die Vorschläge zu ihrer Reform, in: NVwZ 2003, 549 (551).

die folgenden Ausführungen auf die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten.

D. Vorschläge für verfahrensmäßige Vorkehrungen

Angesichts des weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums, die sich dem Gesetzgeber auch und gerade im Bereich der verfahrensmäßigen Vorkehrungen eröffnen, lassen sich unterschiedlichste Modelle denken. Im Folgenden werden Ansätze diskutiert, die teils bereits im geltenden Recht angelegt, aber nicht umgesetzt sind, die teils aber auch angelegt, aber nicht optimal umgesetzt sind. Darüber hinaus werden Anregungen aus dem internationalen Diskurs ebenso aufgegriffen wie aus der vergleichenden Betrachtung zu anderen Herausforderungen moderner Technologien.

I. Ethikgremium nach Art. 29 RL 2001/18/EG de lege lata

Das europäische Gentechnikrecht hält eine in Art. 29 der Richtlinie 2001/18/EG angelegte, bislang aber kaum beachtete und vor allem nicht praktisch umgesetzte Erweiterung des „klassischen“ Verfahrenskanons bereit, deren Aktivierung konkret erwogen werden sollte. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„Anhörung eines Ethikausschusses/von Ethikausschüssen

(1) Die Kommission kann von sich aus oder auf Ersuchen des Europäischen Parlaments oder des Rates unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für ethische Fragen jeden Ausschuss, den sie zu ihrer Beratung über die ethischen Implikationen der Biotechnologie eingesetzt hat, wie z. B. die Europäische Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der Neuen Technologien, zu allgemeinen ethischen Fragen hören.

Die Anhörung kann auch auf Antrag eines Mitgliedstaates erfolgen.

(2) Diese Anhörung wird unter Beachtung eindeutiger Regeln für Offenheit, Transparenz und den Zugang der Öffentlichkeit durchgeführt. Ihre Ergebnisse sind der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

(3) Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verwaltungsverfahren werden durch Absatz 1 nicht berührt.“

Damit wird zum einen klargestellt, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Beurteilung ethischer Fragen als solche nicht angezweifelt oder eingeschränkt wird. Für die Mitgliedstaaten ergeben

sich hieraus erhebliche Handlungsspielräume für die Aktivierung ethischer Expertise bzw. für die Implementierung eines ethischen Diskursforums. Dies bekräftigt auch Erwägungsgrund Nr. 57 S. 2 zur Richtlinie 2001/18/EG. Zwar hat der Europäische Gerichtshof die Frage unbeantwortet gelassen, ob Art. 29 - auch im Lichte des Sittlichkeitsbegriffs nach Art. 36 AEUV²² - als Indiz dafür gewertet werden kann, dass „und unter welchen eventuellen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten befugt bleiben, sich auf ethische oder religiöse Argumente zu berufen, um den Erlass innerstaatlicher Maßnahmen zu rechtfertigen, die (...) von den Vorschriften der Richtlinien 2001/18 (...) abweichen.“²³ Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch nicht um die Vermessung derart weiter Spielräume, sondern schlicht um den Hinweis auf den Primat mitgliedstaatlicher Adressierung ethischer Belange. An letzterem kann jedoch im Lichte von Art. 29 der Richtlinie 2001/18/EG kein Zweifel bestehen. Zum anderen ist daneben auch auf europäischer Ebene die verstärkte Einbeziehung ethischer Elemente in den biopolitischen Diskurs - durch die Kommission - wenigstens theoretisch möglich.

Darüber hinaus definiert Art. 29 Abs. 2 der Richtlinie 2001/18/EG zentrale Anforderungen an eine insoweit zu beachtende „good practice“, die gewiss auch bei Einrichtung eines entsprechenden Gremiums auf

²² In der Entscheidung wurde Bezug genommen auf die Vorgängernorm des Art. 30 EGV.

²³ EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-165/08, Rn. 51 bei Juris.

nationaler Ebene maßgeblich wären. Und schließlich betont Art. 29 Abs. 3 der Richtlinie 2001/18/EG die Parallelität der gentechnikrechtlichen Verfahren und ihrer ethischen Begleitung. Somit ist es zwar nicht möglich, Genehmigungsverfahren aufgrund ethischer Erwägungen unmittelbar zu beeinflussen. Klar ist insoweit aber auch, dass ein kritischer ethischer Befund, der infolge der Aktivierung des Art. 29 zu Tage getreten ist, im Genehmigungskontext in irgendeiner Weise gespiegelt werden muss.

II. Ethikgremium nach Art. 29 RL 2001/18/EG de lege ferenda

Perspektivisch könnte die mit Art. 29 Abs. 3 der Richtlinie 2001/18/EG einhergehende Limitierung zum Anlass genommen werden, eine Novellierung des Systems anzuregen. Ziel müsste es insoweit sein, den über Art. 29 Abs. 1 der Richtlinie 2001/18/EG erzielten Befund mit einem größeren Maß an Verbindlichkeit auszustatten. Möglich wäre dies durch eine Streichung des dritten Absatzes, oder aber durch eine Überarbeitung der Norm, die detailliert regelt, wie bzw. in welcher Weise der ethische Diskurs in das Genehmigungsverfahren überführt werden muss. Die gegebenenfalls sehr geringen Chancen auf Umsetzung eines solchen Vorschlags stehen dabei einer politischen Nutzung der Option nicht entgegen.

III. Weitere Potentiale unter dem Dach der RL 2001/18/EG

Richtlinie 2001/18/EG zeigt neben den bereits angesprochenen Elementen zahlreiche weitere Anknüpfungspunkte für verfahrensmäßige Vorkehrungen im vorliegend interessierenden Sinne.

1. Das Postulat unabhängiger Forschung

In verschiedenen Zusammenhängen betont Richtlinie 2001/18/EG die Notwendigkeit einer funktionsfähigen unabhängigen Forschung. Erwägungsgrund Nr. 20 betont zunächst, dass es erforderlich ist, „eine gemeinsame Methodik für die Umweltverträglichkeitsprüfung auf der Grundlage einer unabhängigen wissenschaftlichen Beratung einzuführen.“ Sodann führt noch weitergehend Erwägungsgrund Nr. 21 Folgendes aus: „Die Mitgliedstaaten und die Kommission sollten sicherstellen, dass eine systematische und unabhängige Forschung in Bezug auf die potentiellen Risiken durchgeführt wird, die mit der absichtlichen Freisetzung oder dem Inverkehrbringen von GVO verbunden sind. Für diese Forschungsarbeiten sollten von den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft nach ihren jeweiligen Haushaltsverfahren die erforderlichen Ressourcen bereitgestellt werden, und die unabhängigen Forscher sollten Zugang zu allem relevanten Material erhalten, wobei jedoch die Rechte des geistigen Eigentums zu beachten sind.“

Diese nur in den Erwägungsgründen explizit angestellten Überlegungen sollten zum Anknüpfungspunkt eines entsprechenden Diskurses gemacht werden. Zwar wird insoweit gewiss der Einwand erhoben werden, dass die geforderte unabhängige Forschung bereits jetzt etabliert ist. Indes ließe sich der Begriff der „Unabhängigkeit“ auch in der Weise lesen, dass den Gesetzgeber insoweit die Pflicht trifft, stärker als bisher die Grundlagen bzw. Rahmenbedingungen für einen ergebnisoffenen und vor allem transparenten Diskurs zu schaffen, für die insoweit folgerichtig auch die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden müssten.²⁴

2. Die Umweltverträglichkeitsprüfung

Anhang II zur Richtlinie 2001/18/EG benennt die Grundprinzipien für die durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP). Die UVP selbst lässt sich bereits als verfahrensmäßige Vorkehrung verstehen. Darüber hinaus werden – beispielsweise mit dem Grundsatz der Transparenz²⁵ – zusätzlich weitere Aspekte in die UVP eingebunden, die ihrerseits auf Rechtsschutz durch Verfahren zielen. Perspektivisch könnte angeregt werden, die UVP um weitere Aspekte zu

²⁴ Lediglich punktuelle bzw. vorübergehende Nachbesserungen sind insoweit unzureichend; vgl. hierzu etwa Haushaltsausschuss, 19. Wahlperiode, Ausschussdrucks. 8077, Erl.-Nr. 5.

²⁵ Vgl. etwa Anhang II B. 2. Spiegelstrich.

erweitern, die über die rein naturwissenschaftliche Betrachtung direkter und indirekter bzw. sofortiger und späterer Auswirkungen auf die primären Schutzgüter der Richtlinie 2001/18/EG hinausreichen. Dass die Richtlinie selbst solchen Ansätzen gegenüber nicht strikt abgeneigt ist, verdeutlicht neben der Benennung und damit auch der Anerkennung der Relevanz sozioökonomischer Gesichtspunkte²⁶ bereits der Umstand, dass im Rahmen der UVP als mögliche schädliche Auswirkung auch „Änderungen der Bewirtschaftung, gegebenenfalls auch bei landwirtschaftlichen Praktiken“ betrachtet werden sollen.²⁷

3. Öffentlichkeitsbeteiligung durch Anhörung

Die Beteiligung der Öffentlichkeit ist nicht nur ausschlaggebend für die Akzeptanz von Technologien²⁸, sondern auch dafür, dass die Möglichkeit zu hinreichender Information und Kenntnisnahme und damit überhaupt erst die verfassungsrechtlich gebotene Grundlage für die Durchsetzung individueller Rechte geschaffen wird.²⁹

²⁶ Art. 31 Abs. 7 lit. d). Siehe auch Erwägungsgrund Nr. 62.

²⁷ Anhang II C.2 Punkt 1., letzter Spiegelstrich.

²⁸ Vgl. auch BR-Drucks. 278/91; Drescher, Jurassic Park – Made in Germany? Eine Anmerkung zum Gentechnikrecht aus Anlass der Novellierung des Gentechnikgesetzes, in: ZUR 1994, 289 (298 mwN).

²⁹ Lukes, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Gentechnikgesetz, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des

Ein Gutteil der in der Richtlinie 2001/18/EG angelegten Elemente der Öffentlichkeitsbeteiligung bedarf weiterer Konkretisierungen durch die Mitgliedstaaten. In Deutschland ist der Gesetzgeber den entsprechenden Umsetzungspflichten durch das GenTG, vor allem aber auch durch die auf § 18 GenTG beruhende normkonkretisierende Verordnung über Anhörungsverfahren nach dem Gentechnikgesetz (Gentechnik-Anhörungsverordnung - GenTAnhV)³⁰ nachgekommen. Anhörungen nach der GenTAnhV sind gemäß deren § 1 durchzuführen vor der Entscheidung über die Genehmigung

„1. der Errichtung und des Betriebs einer gentechnischen Anlage, in der gentechnische Arbeiten zu gewerblichen Zwecken der Sicherheitsstufe 3 oder 4 durchgeführt werden sollen,

2. gentechnischer Anlagen, in denen gentechnische Arbeiten zu gewerblichen Zwecken der Sicherheitsstufe 2 durchgeführt werden sollen, wenn für diese eine Genehmigung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 des Gentechnikgesetzes beantragt wird und

Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 785 (790). In diese Richtung auch Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, § 18 GenTG Rn. 15.

³⁰ IdF vom 04.11.1996, zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 28. April 2008, BGBl. I S. 766.

ein Genehmigungsverfahren nach § 10 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erforderlich ist,

3. der wesentlichen Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer in Nummer 1 oder 2 aufgeführten gentechnischen Anlage, wenn zu besorgen ist, daß durch die Änderung zusätzliche oder andere Gefahren für die in § 1 Nr. 1 des Gentechnikgesetzes bezeichneten Rechtsgüter zu erwarten sind,

4. von weiteren gentechnischen Arbeiten zu gewerblichen Zwecken, die einer höheren Sicherheitsstufe als die bisher von der Genehmigung oder Anmeldung umfaßten Arbeiten zuzuordnen sind, soweit die Erteilung der erforderlichen Anlagengenehmigung nach Nummer 1 oder 2 eine Anhörung voraussetzt, und

5. einer Freisetzung.“

Die Anhörung nach GenTG bzw. nach der GenTAnhV stellt also ein zentrales Konstrukt im Kosmos der verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen des europäischen und des nationalen Gentechnikrechts dar - ist aber gleichwohl verfahrenstechnisch ausbaufähig.

a. Kritik an den Ausnahmen iSv § 18 GenTG

Dies trifft bereits auf die in § 18 GenTG angelegten Ausnahmen von der grundsätzlichen Pflicht zur Durchführung eines Anhörungsverfahrens zu. Die vom Gesetzgeber zur Differenzierung herangezogenen Wertungskriterien überzeugen jedenfalls im Lichte der hier besonders virulenten staatlichen Schutzpflichten zugunsten des Lebens und der menschlichen Gesundheit nicht, sodass diesbezüglich auf die bereits vor geraumer Zeit im Schrifttum geübte Fundamentalkritik verwiesen werden kann.³¹ Die zwischenzeitlich ins Grundgesetz aufgenommene Staatszielbestimmung Umweltschutz³² verschärft diesen Befund nochmals. Insbesondere das Forschungsprivileg bei Vorhaben der Sicherheitsstufen 2 bis 4 sollte vor diesem Hintergrund aus verfassungsrechtlichen Erwägungen abgeschafft werden.³³

³¹ Lukes, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Gentechnikgesetz, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 785 ff. Siehe iÜ auch die Nachweise bei Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, § 18 GenTG Rn. 23 ff.

³² Art. 20a GG.

³³ Lukes, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Gentechnikgesetz, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 785 (793 ff.). IE ebenso: Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung,

Unabhängig davon interessieren vorliegend aber vor allem Aspekte einer nicht mehr zeitgemäßen Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung, die im Folgenden näher aufgefächert werden.

b. Zur Stellung der Einwender

Die rechtliche Stellung der Einwender im Rahmen des Anhörungsverfahrens ist unter verschiedensten Gesichtspunkten äußerst umstritten. Dies gilt etwa mit Blick auf die Fragen, ob Einwender kraft Gesetzes³⁴ Beteiligte im verwaltungsverfahrensrechtlichen Sinne sind, ob per Konkludenz eine Hinzuziehung als Beteiligte zu erfolgen hat, und welche Rechte nach Verwaltungsverfahrensgesetz Einwendern zustehen.³⁵ Ausschlaggebend für diese durchaus kritische Lage ist das Fehlen einer klaren gesetzlichen Regelung über die Beteiligungsverhältnisse im förmlichen Genehmigungsverfahren.³⁶ Diese Verwerfung kann letztlich nur durch eine effektive Aufwertung der

Dezember 2020, § 18 GenTG Rn. 26 sowie Einl. GenTAnhV Rn. 32.

³⁴ § 13 VwVfG.

³⁵ Siehe hierzu: Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG, 1991, § 18 Rn. 40 f.; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, Gentechnik und Öffentlichkeit, in: DVBl. 1991, 428 (432); Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, § 18 GenTG Rn. 54 ff.

³⁶ Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, § 18 GenTG Rn. 55.

Einwenderrechte beseitigt werden. Versteht man nämlich - was (soweit ersichtlich) unbestritten ist - die Einwendungen im Anhörungsverfahren ganz wesentlich nicht nur als Instrument zur Verbreiterung der behördlichen Wissensbasis, sondern insbesondere als grundrechtlich gefordertes Instrumentarium zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Positionen, so muss notwendigerweise verhindert werden, dass dieser Schutz durch eine verwaltungsverfahrenrechtliche Marginalisierung konterkariert wird.

c. Zur Art und Weise der Bekanntmachung

Die Bekanntmachung erfolgt im amtlichen Veröffentlichungsblatt und in örtlichen Tageszeitungen, die im Bereich des Standortes der Anlage oder in den Gemeinden, in denen die beantragte Freisetzung erfolgen soll, verbreitet sind.³⁷ Diese Handhabung ist nicht zeitgemäß. Wenngleich die meisten Tageszeitungen mittlerweile auch online erscheinen, sind Online-Vollpublikationen eher die Ausnahme. Eine nachhaltige Öffentlichkeit kann so im Jahre 2021 nicht mehr hergestellt werden. Darüber hinaus verkennt der Fokus auf örtliche Periodika, dass die Risiken der raschen und unumkehrbaren unbeabsichtigten Verbreitung von GVO - wie nun auch der Europäische Gerichtshof festgestellt hat³⁸ - keineswegs nur von örtlichem Belang ist, sondern gar die Interessen anderer Mitgliedstaaten berühren kann. Zu fordern wäre daher als

³⁷ § 2 GenTAnhV.

³⁸ EuGH, Urt. v. 25.07.2018, Rs. C-528/16, Rn. 48 ff.

Mindeststandard eine vollelektronische Veröffentlichung auf näher zu bezeichnenden Websites, die im Ergebnis der Zielsetzung des § 27a VwVfG entspricht.³⁹

Für eine derartige praktische Ausgestaltung der Bekanntmachung spricht im Übrigen auch der Umstand, dass der Einwendungsausschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 GenTAnhV nach herrschender Meinung nicht nur die Wirkung einer formellen Präklusion (insbesondere in Gestalt der Nichtzulassung zum Erörterungstermin), sondern darüber hinaus auch eine materielle Präklusion zur Folge hat.⁴⁰ Wenn jedoch der fristgemäßen Einwendung eine derart wichtige Rolle beigemessen wird, so muss spiegelbildlich darauf hingewirkt werden, dass die praktische Ausgestaltung und Umsetzung des Anhörungsverfahrens eine Geltendmachung von Rechten nicht unnötig behindert, sondern umgekehrt möglichst weitgehend ermöglicht.

³⁹ § 27a VwVfG selbst dürfte unmittelbar keine Anwendung finden. Zwar gilt die Norm als zumindest analog anwendbar, wenn durch Rechtsvorschrift eine der öffentlichen Bekanntmachung entsprechende Veröffentlichung von Informationen angeordnet wird (vgl. etwa Prell, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 50. Edition, Stand: 01.10.2020, § 27a Rn. 4). Jedoch sind die spezifischen Vorgaben des § 2 GenTAnhV deutlich enger formuliert, sodass de lege lata von einem Fall der lex specialis ausgegangen werden muss.

⁴⁰ Siehe nur: VG Braunschweig, NuR 2010, 145 ff., Rn. 20 bei Juris mwN.; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG, 1991, § 18 Rn. 57 f.; Drescher, Jurassic Park – Made in Germany? Eine Anmerkung zum Gentechnikrecht aus Anlass der Novellierung des Gentechnikgesetzes, in: ZUR 1994, 289 (298).

d. Zu zeitlichen Restriktionen

Bei der Genehmigungsbehörde und, soweit erforderlich, bei einer geeigneten Stelle in der Nähe des Standortes der Anlage oder in der Gemeinde, in der die Freisetzung vorgesehen ist, sind die in § 4 Abs. 1 S. 1 GenTAnhV genannten Unterlagen auszulegen. Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 GenTAnhV ist „in den Antrag und die Unterlagen sowie die Kurzbeschreibung (...) während der Dienststunden Einsicht zu gewähren.“ Auch hier muss durch technisch-administrative Maßnahmen sichergestellt werden, dass jegliche, durch die Beschränkung auf die „Dienststunden“ einhergehende Restriktion der Öffentlichkeitsbeteiligung vermieden wird.

Insgesamt mutet das beschriebene Verfahren anachronistisch an. Wenn etwa die Auswirkungen von Gleitarbeitszeiten auf die Dienststundenregelung ebenso diskutiert wird wie die Fragen, ob innerhalb des bezeichneten zeitlichen Rahmens Fotokopien eingefordert oder angeboten werden dürfen, oder welche Ausstattungsansprüche an die Räumlichkeiten zu stellen sind⁴¹, so passen diese Diskussionen weder zu den technisch-organisatorischen Möglichkeiten in Zeiten des Internets und der digitalen Verwaltung, noch zu der der Hochtechnologie zuzurechnenden Materie der Gentechnik. Insoweit sind dringend Anforderungen zu schaffen, die

⁴¹ Schwab, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Stand: 111. Aktualisierung, Dezember 2020, § 4 GenTAnhV Rn. 18 ff.

neben der Art der Bekanntmachung auch die faktische Umsetzung der Einsichtnahme auf ein Niveau heben, das wenigstens in Ansätzen auf die technischen Entwicklungen der letzten 25 Jahre reagiert.

e. Zum Schriftformerfordernis

Einwendungen gegen das Vorhaben können schriftlich oder zur Niederschrift erhoben und begründet werden.⁴² Auch diese Vorgaben sind nicht mehr zeit- und sachgemäß und spiegeln die technischen und rechtlichen Entwicklungen – wie sie sich etwa anhand des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs⁴³ exemplifizieren lassen – nicht einmal ansatzweise wider. Diesbezüglich ist auf die Möglichkeit hinzuwirken, Einwendungen im Sinne von § 3a VwVfG auch mittels elektronischer Kommunikation erheben und begründen zu können.⁴⁴

⁴² § 5 Abs. 1 S. 1 GenTAnhV.

⁴³ BGBl. I 2017 S. 2208.

⁴⁴ Hierdurch wird auch den Erkenntnissen der Bundesregierung Rechnung getragen; vgl. Bericht der Bundesregierung zur Verzichtbarkeit der Anordnungen der Schriftform und des persönlichen Erscheinens im Verwaltungsrecht des Bundes, Juli 2016.

4. Insbesondere: Der Öffentlichkeitsbegriff

Die vorstehenden Ausführungen adressierten die Öffentlichkeitsbeteiligung durch das administrative Instrument der Anhörung. Dabei wurde der Begriff der Öffentlichkeit freilich vorausgesetzt, aber nicht weiter thematisiert. Betrachtet man die Art und Weise, mit der das geltende Gentechnikrecht Öffentlichkeitsbelange anspricht, so fällt auf, dass hier ebenfalls kein weiterer substantieller Beitrag zur Klärung der Frage geleistet wird, was hier genau unter „Öffentlichkeit“ zu verstehen ist. Vielmehr ist stets nur von einer Beteiligung „der Öffentlichkeit“ oder einer Mitteilung an „die Öffentlichkeit“ die Rede.⁴⁵ Am meisten Gehalt sollte insoweit eigentlich Art. 9 der Richtlinie 2001/18/EG vermitteln, der sich exklusiv der Anhörung und Unterrichtung der Öffentlichkeit widmet:

„(1) Die Mitgliedstaaten hören unbeschadet der Artikel 7 und 25 die Öffentlichkeit und gegebenenfalls Gruppen zu der vorgeschlagenen absichtlichen Freisetzung an. Dabei legen die Mitgliedstaaten Regelungen für diese Anhörung fest, einschließlich einer angemessenen Frist, um der Öffentlichkeit oder Gruppen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

⁴⁵ Siehe Erwägungsgründe 10, 27 und 46, sowie Art. 4 Abs. 5, 5 Abs. 1 lit. d), 7 Abs. 2 lit. b), 7 Abs. 4, 8 Abs. 2, 9, 12, 16 Abs. 3, 19 Abs. 4, 20 Abs. 4, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 29 Abs. 2 und 31 Abs. 1 und 2.

(2) Unbeschadet des Artikels 25

- machen die Mitgliedstaaten der Öffentlichkeit Informationen über sämtliche Freisetzung von GVO gemäß Teil B in ihrem Hoheitsgebiet zugänglich;

- macht die Kommission der Öffentlichkeit die Informationen des Informationsaustauschsystems gemäß Artikel 11 zugänglich.“

Bemerkenswert ist insoweit zweierlei. Zum einen grenzt auch Art. 9 der Richtlinie 2001/18/EG den Begriff der Öffentlichkeit nicht genauer ein. Zum anderen sieht die Vorschrift offensichtlich eine gewisse Divergenz zwischen der „Öffentlichkeit“ einerseits und „Gruppen“ andererseits. Unter Gruppen in diesem Sinne sind Interessenvertretungen und Verbände zu verstehen⁴⁶ – die aber bei Zugrundelegung eines allgemeinen Begriffsverständnisses⁴⁷ grundsätzlich Bestandteil der Öffentlichkeit sind.

⁴⁶ Das vorhandene Schrifttum äußert sich zu dieser Frage nicht und auch die Gesetzeshistorie ist wenig ertragreich.

⁴⁷ Siehe etwa <https://de.wikipedia.org/wiki/%C3%96ffentlichkeit> (11.03.2021): „Öffentlichkeit ist der Bereich des gesellschaftlichen Lebens, in dem Menschen zusammenkommen, um Probleme zu besprechen, die in politischen Prozessen gelöst werden sollen. Dafür muss der Zugang zu allen Informationsquellen und Medien frei sein, und die Informationen müssen frei diskutiert werden können. In diesem frei zugänglichen (öffentlichen) Raum soll sich die Mehrheitsmeinung

Interessante Einsichten vermitteln hier auch die Festlegungen zur sogenannten Schutzklausel nach Art. 23 der Richtlinie 2001/18/EG, die den Mitgliedstaaten vorübergehende Schutzmaßnahmen erlaubt. Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2001/18/EG führt insoweit aus: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Falle einer ernststen Gefahr Notfallmaßnahmen, beispielsweise die Aussetzung oder Beendigung des Inverkehrbringens, getroffen werden, einschließlich der Unterrichtung der Öffentlichkeit.“ Bei Vorliegen einer ernststen Gefahr muss aber zur Vermeidung von Schäden an Leib und Leben bzw. an der Umwelt eine Information der Öffentlichkeit in einem möglichst umfassenden Sinne erfolgen. Somit scheint es sich bei Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 um die einzige Vorschrift im Rahmen von Richtlinie 2001/18/EG zu handeln, die den Begriff der Öffentlichkeit wörtlich versteht.

Klarheit bringt insoweit auch nicht VO (EG) Nr. 1829/2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, die in Art. 29 ihrerseits auf VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission verweist. Denn unabhängig davon, dass Dokumente nationaler Behörden von VO (EG) Nr. 1049/2001 nicht erfasst werden, verzichtet VO (EG) Nr. 1049/2001 ebenfalls auf eine Definition des Begriffs der Öffentlichkeit. Gleiches gilt für den im Gentechnik-

ungestört durch Zensur und andere Barrieren herausbilden können.“

Kennzeichnungsrecht vorliegenden Hinweis, dass „(n)ach Artikel 153 des Vertrags (...) die Gemeinschaft zur Förderung des Rechts der Verbraucher auf Information bei(trägt). Zusätzlich zu den anderen in dieser Verordnung festgelegten Arten der Information der Öffentlichkeit ermöglicht die Kennzeichnung der Produkte dem Verbraucher informierte Entscheidungen und erleichtert einen fairen Handel zwischen Käufer und Verkäufer.“⁴⁸

Zu inhaltlichen Annäherungen kommt es schließlich erst bei Berücksichtigung der Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten⁴⁹ in Gestalt der Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten.⁵⁰ In Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 85/337/EWG finden sich nach der Änderung – und parallel zu Art. 2 Nr. 4 und 5 der Aarhus-Konvention⁵¹ – die folgenden zusätzlichen Definitionen:

⁴⁸ Erwägungsgrund Nr. 17 zur VO Nr. 1829/2003.

⁴⁹ ABl. Nr. L 175 v. 5.7.1985, S. 40 ff.

⁵⁰ ABl. Nr. L 156 v. 25.6.2003, S. 17 ff.

⁵¹ Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten.

„'Öffentlichkeit': eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen und, in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder der innerstaatlichen Praxis, deren Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen;

'betroffene Öffentlichkeit': die von umweltbezogenen Entscheidungsverfahren gemäß Artikel 2 Absatz 2 betroffene oder wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran; im Sinne dieser Begriffsbestimmung haben Nichtregierungsorganisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllen, ein Interesse.“

Damit kann zwar einerseits mit Blick auf den Nichtregierungssektor eine Stärkung der Stellung von NGOs attestiert werden. Andererseits finden sich aber keine konkreten Vorgaben dazu, in welcher Weise welche NGOs zu informieren sind. Mit Blick auf nicht-organisierte Individuen, die nicht der „betroffenen Öffentlichkeit“, sondern lediglich einer „allgemeinen Öffentlichkeit“ zugerechnet werden, ist das Bild noch unbefriedigender. Die Öffentlichkeit in diesem Sinne kann bereits hergestellt sein, wenn kleinste Personenkreise in Kenntnis gesetzt werden.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Äußerungen bietet sich eine zusätzliche Öffnung des

Öffentlichkeitsbegriffs an, die durch entsprechende Vorgaben zu Breite und Tiefe der zu gewährleistenden Öffentlichkeitsbeteiligung in einem auch umgangssprachlich überzeugenden Sinne führt. Insbesondere unter Nutzung moderner Medien und sozialer Netzwerke muss dabei gewährleistet werden, dass der das Gentechnikrecht und seine behördliche Anwendung betreffende gesellschaftliche Diskurs nicht auf wenige (meist ohnehin bereits informierte) Akteure beschränkt bleibt, sondern in einer Art und Weise erfolgen kann, die das auch empirisch gut belegbare Interesse eines Großteils der deutschen Bevölkerung an den entsprechenden Fragestellungen widerspiegelt.

Hierdurch kann zugleich den vielfältigen Hinweisen und Vorgaben Rechnung getragen werden, die etwa in der Aarhus-Konvention ihren unmittelbaren Niederschlag gefunden haben. So führt bereits Erwägungsgrund Nr. 20 zur Konvention aus, dass die „Sorge der Öffentlichkeit über die absichtliche Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt“ anzuerkennen ist und zudem die „Notwendigkeit einer größeren Transparenz und stärkeren Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren in diesem Bereich“ besteht. Darüber hinaus enthalten nunmehr Art. 6^{bis} und Anhang I^{bis} spezielle Vorschriften über die Öffentlichkeitsbeteiligung in Verfahren, in denen über die Zulässigkeit der Freisetzung genetisch veränderter

Organismen (einschließlich des Inverkehrbringens solcher Organismen) entschieden wird.⁵²

IV. Zur Frage der Gremienzusammensetzungen

Ein zentrales Instrument der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung betrifft den Aspekt der ausgewogenen und fachlich gebotenen Gremienzusammensetzung.⁵³ Dargestellt werden soll dies am Beispiel der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS). Die Einrichtung dieser Sachverständigenkommission⁵⁴ erfolgt auf Grundlage des § 4 GenTG und wird vor allem durch die ZKBS-Verordnung⁵⁵ weiter konkretisiert. Die Kommission setzt sich gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 GenTG zusammen aus

„1. zwölf Sachverständigen, die über besondere und möglichst auch internationale Erfahrungen in den Bereichen der Mikrobiologie, Zellbiologie, Virologie, Genetik, Pflanzenzucht, Hygiene, Ökologie, Toxikologie und Sicherheitstechnik

⁵² Hierzu etwa Bunge in: Schlacke/Schrader/Bunge (Hrsg.), Informationen, Beteiligung und Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 148 ff.

⁵³ Allgemein: Razzaque, Transparency and Participation of Civil Society in International Institutions Related to Biotechnology, in: Thoye/Martimort-Asso (Hrsg.), Participation for Sustainability in Trade, 2007, 137 ff.

⁵⁴ So § 4 Abs. 1 S. 1 GenTG.

⁵⁵ Zuletzt geändert durch Art. 2 V v. 12.8.2019, BGBl. I 1235.

verfügen; von diesen müssen mindestens sieben auf dem Gebiet der Neukombination von Nukleinsäuren arbeiten; jeder der genannten Bereiche muss durch mindestens einen Sachverständigen, der Bereich der Ökologie durch mindestens zwei Sachverständige vertreten sein;

2. je einer sachkundigen Person aus den Bereichen der Gewerkschaften, des Arbeitsschutzes, der Wirtschaft, der Landwirtschaft, des Umweltschutzes, des Naturschutzes, des Verbraucherschutzes und der forschungsfördernden Organisationen.“

Schon bei oberflächlicher Betrachtung zeigt sich, dass die 20 Mitglieder der ZKBS das Spektrum des Diskurses im Bereich der Gentechnik nicht ansatzweise widerspiegeln. Dieser erste Eindruck verschärft sich nachhaltig, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass aktuell⁵⁶ auch die Minoritätsgruppe der „sachkundigen Personen“ – die nach dem Willen des Gesetzgebers bewirken soll, dass „auch der in diesen Kreisen vorhandene Sachverstand in die Beratungen der Kommission einfließen kann“⁵⁷ – nicht die gebotene Diversität erkennen lässt.⁵⁸ Der Einwand, dass die

⁵⁶

file:///C:/Users/LSSPRA~1/AppData/Local/Temp/Mitglieder_der_ZKBS.pdf (08.03.2021).

⁵⁷ BT-Drucks. 11/5622, S. 24.

⁵⁸ Nur beispielhaft: Der Bereich „Naturschutz“ ist unbesetzt; der Bereich „Verbraucherschutz“ wird durch eine (in Verbraucherfragen vor allem durch verschiedene

verschiedenen Positionen in der ZKBS nicht spiegelbildlich zu ihrem gesellschaftlichen Anerkennungsgrad repräsentiert sein müssten⁵⁹, ändert an der vorliegenden Bewertung nichts. Denn angesichts der Vielschichtigkeit der Gentechnikdebatte und des Facettenreichtums der hierzu eingenommenen Positionen wäre eine solche Spiegelbildlichkeit ohnehin objektiv unmöglich. Zu fordern ist jedoch – im Sinne der bereits dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁰ – dass „eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicher(ge)stell(t)“ wird. Die Hoffnung auf „durchaus gute Aussichten im Hinblick auf die Einbringung gegenüber der Gentechnik skeptischer oder ablehnender Auffassungen“⁶¹ verkennt die Konstruktion und die Ratio der ZKBS ebenso wie die praktischen Erfahrungen der

Mitgliedschaften ausgewiesene) Mitarbeiterin der Arbeitsgemeinschaft Evangelischer Haushaltsführungskräfte (AEH) des Deutschen Evangelischen Frauenbundes wahrgenommen; der Bereich „Sicherheitstechnik“ wird durch einen Mitarbeiter der Roche Diagnostics GmbH dargestellt; die „Gewerkschaften“ werden durch einen seit 14 Jahren emeritierten Professor für Genetik repräsentiert.

⁵⁹ So Münkler, *Expertokratie: Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus*, 2020, S. 590.

⁶⁰ Siehe hierzu B.I.

⁶¹ So Mesenburg, *Erosion staatlicher Vollzugsbefugnisse im Gentechnikrecht. Zum Einfluß der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) und der gemeinschaftsrechtlichen Komitologie in den gentechnikrechtlichen Zulassungsverfahren*, 2003, S. 34. Kritisch wie hier beispielsweise Drescher, *Jurassic Park – Made in Germany? Eine Anmerkung zum Gentechnikrecht aus Anlass der Novellierung des Gentechnikgesetzes*, in: ZUR 1994, 289 (298).

letzten Jahrzehnte und ist daher gelinde gesagt romantisch, vor allem aber ohne rechtliches Gewicht.

Im konkreten Beispiel der ZKBS sollte der Versuch unternommen werden, über die Einvernehmensklausel des § 4 Abs. 2 GenTG Einfluss in Richtung einer fach- wie sachgerechten Zusammensetzung der ZKBS zu nehmen. Sofern und soweit es hier im Rahmen des Einvernehmensprozesses (wahrscheinlich) zu Verwerfungen kommt, muss perspektivisch auf eine Anpassung des § 4 GenTG und der ZKBSV gedrängt werden. Bei dieser Gelegenheit ist zugleich auch auf berechtigte Bedenken zu reagieren, die die faktische Bedeutung dieses Sachverständigengremiums für die zu treffende Verwaltungsentscheidung betreffen und die im Folgenden noch näher behandelt werden.⁶²

Im Übrigen können die Erscheinungen im Umfeld der ZKBS durchaus als Paradigma für Fragen der Gremienzusammensetzung im Kontext des Gentechnikrechts gesehen werden. Im Lichte der einleitend beschriebenen Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz durch Verfahren dürfte nachvollziehbar sein, dass den Anforderungen an „die rechtzeitige Einbeziehung der Standpunkte, Interessen und Befürchtungen aller Beteiligten in das Verfahren“ auf eine solche Weise nicht entsprochen wird, sodass es zugleich am gebotenen

⁶² Hierzu sogleich unter VI.

„Prozess der Kommunikation zwischen Unternehmen, gefährdeten Bürgern und zuständigen Behörden“ fehlt.

V. Netzwerke kooperativer Selbstverwaltung

Im internationalen Schrifttum wurde vor kurzem an prominenter Stelle ein Vorschlag für die erstmalige Implementierung kooperativer Selbstverwaltung⁶³ speziell im Bereich der Genomeditierung bei Nutzpflanzen ins Spiel gebracht.⁶⁴ Die hier angedachten Netzwerke nehmen sich so unterschiedliche Modelle wie Fairtrade, Rainforest Alliance, oder UTZ zum Vorbild.⁶⁵ Kennzeichnendes Merkmal soll insoweit die Zusammenarbeit verschiedener gesellschaftlicher Sektoren - private Unternehmen, non-profit-Organisationen, Forscher und Regulierungsbehörden - sein, mittels derer komplexe Herausforderungen spezifischer Produkte und Verfahren gemanaged werden sollen. Die auf dieser Grundlage erstellten Regeln

⁶³ Der Beitrag spricht von „cooperative governance“, was wörtlich übersetzt auf kooperative Verwaltung hinauslaufen würde. Angesichts der Schwerpunktsetzung der Publikation und zur Vermeidung anderenfalls drohender Verwirrungen mit Blick auf die spezifische Terminologie des deutschen Verwaltungsrechts ist es jedoch angebrachter, diesen Ansatz unter dem Stichwort der kooperativen Selbstverwaltung zu diskutieren.

⁶⁴

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 ff.

⁶⁵

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 (1684).

entfalten sodann Bindungswirkung nur für die sich freiwillig „unterwerfenden“ Mitglieder. Insoweit wird anerkannt, dass derartige Konstrukte weder alle relevanten Stakeholder abbilden, noch sich allen Fragestellungen im Bereich der Gentechnik widmen können.⁶⁶

Die Intention hinter diesem Ansatz ist klar erkennbar. Nicht nur, dass vor allem industrieseitig initiierte Netzwerke adressiert werden; darüber hinaus wird auch vorgeschlagen, dass die Bewertungen der entsprechenden Einrichtungen Methoden der „verantwortungsvollen Innovation“ und der „Narrativ-basierten vorausschauenden Analyse“ nutzen sollten⁶⁷ – um auf diese Weise unter anderem kälteresistentes Getreide zu vermarkten.⁶⁸ Im Ergebnis geht es sodann um die „Füllung der Lücke, die durch veraltete rechtliche Definitionen hinterlassen wird“.⁶⁹ Unabhängig davon,

⁶⁶

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 f.

⁶⁷

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 (1684).

⁶⁸

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 (1685).

⁶⁹

Jordan/Dorn/Smith/Wolf/Ewing/Fernandez/Runck/Williams/Lu/Kuzma, A cooperative governance network for crop genome editing, in: EMBO Reports 2017, 1683 (1686) unter Hinweis auf National Academies of Sciences,

dass anwendbares und geltendes Recht keine Lücken hinterlässt, nur weil es den Erwartungen einiger Stakeholder nicht entspricht, ist der Ansatz also klar: Es geht den Urhebern des Vorschlags nicht um die Entwicklung einer wirklich tragfähigen Konstruktion zur Bewältigung von Diskussionen und Herausforderungen, sondern um ein eher lobbyartig gedachtes Konstrukt, das unter dem Rubrum der Nachhaltigkeitsdiskussion Vorbehalte abbauen, Vertrauen wecken und vor allem Fakten schaffen soll.

Der Vorschlag in seiner konkreten Gestalt trägt daher durchaus trojanische Züge. Befreit man die Idee jedoch von ihrem ideologischen Ballast, so zeigen sich gleichwohl erwägenswerte Ansätze. Gedacht werden könnte an ein offenes und dem Gebot der Transparenz verpflichtetes Konsultationsforum, das relevante Industrie- und Behördenvertreter ebenso einbindet wie die Verbände, sonstige NGOs, und vor allem auch Repräsentanten der verschiedenen involvierten wissenschaftlichen (Teil-) Disziplinen. Es würde sich somit weder um ein reines Sachverständigengremium, noch um einen Ausschuss oder eine zu verbindlichen Beschlüssen ermächtigte Einrichtung handeln. Am ehesten ließe sich ein solches Konstrukt als verstetigtes Diskursforum denken, dessen Wertigkeit freilich nur dann zu Tage treten würde, wenn sich die beteiligten Personen nicht auf das „Ablese“ altbekannter Positionen beschränken würden. Erreichen ließe sich dies, wenn das Forum möglichst groß angelegt und divers

Engineering, and Medicine (Hrsg.), *Genetically engineered crops: experiences and prospects*, 2016.

besetzt werden würde, wobei besonderes Augenmerk auf die Beteiligung „neuer“ Namen gelegt werden müsste.

VI. Benehmensklausel

Das BVL trifft Entscheidungen über Freisetzen gentechnisch veränderter Organismen im Benehmen mit dem BfN, dem BfR und dem RKI. Das JKI, die ZKBS und die zuständige Behörde des betroffenen Bundeslandes geben Stellungnahmen zum Freisetzungsvorhaben ab. Im Falle der Freisetzung von gentechnisch veränderten Wirbeltieren oder von gentechnisch veränderten Mikroorganismen, die an Wirbeltieren angewendet werden, sind auch das PEI und das FLI beteiligt.⁷⁰ Hier zeigen sich Potentiale für eine Optimierung der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung. Da eine Verletzung der Benehmenspflicht keine drittschützende Wirkung zugunsten von durch eine Genehmigung betroffenen Privatpersonen entfaltet und daher diesbezüglich nicht justiziabel ist⁷¹, besteht für durch erteilte Genehmigungen betroffene Privatpersonen keine Möglichkeit, in diesem Kontext auftretende Verwerfungen auf dem Rechtsweg überprüfen bzw. korrigieren zu lassen. Dass sich hierdurch massive Rechtsschutzlücken ergeben, resultiert aus der Struktur des rechtlich schwach ausgestalteten Benehmens. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

⁷⁰ § 16 Abs. 4 GenTG.

⁷¹ VG Köln, Urt. v. 25.01.2007, Az.: 13 K 2858/06, Rn. 49 bei Juris. Siehe ergänzend auch VG Braunschweig, Urt. v. 23.07.2008, Az.: 2 A 227/07.

„Das (...) Benehmenserfordernis gewährt den (Benehmensbehörden) kein wirksames Mitentscheidungsrecht. Es steht für eine verfahrensrechtliche Beteiligung, in der der Mitwirkung nach dem Willen des Gesetzgebers keine materielle Rechtsposition des beteiligten Trägers öffentlicher Belange korrespondiert. Benehmenserfordernisse "sind im Regelfall ausschließlich dem objektiv-rechtlichen Ziel einer breiteren Beurteilungsgrundlage und damit einer besseren Entscheidungsfindung verpflichtet" (...).

Die Herstellung des Benehmens erfordert nach dem gefestigten verwaltungsrechtlichen Verständnis daher zwar eine Anhörung des Trägers öffentlicher Belange durch die entscheidende Behörde und verpflichtet diese, die Stellungnahme zu erwägen und Möglichkeiten einer Berücksichtigung auszuloten. Der beteiligte Träger öffentlicher Belange soll seinen Standpunkt darlegen, Einwände im Hinblick auf die von ihm vertretenen Interessen erheben und auf das Ergebnis der Entscheidung auch Einfluss nehmen können (...). Eine Benehmensherstellung erfordert allerdings keine Einigung der beteiligten Verwaltungsträger, sondern gestattet es der entscheidenden, das Benehmen herstellenden Behörde, sich über das Vorbringen des beteiligten Trägers öffentlicher Belange hinwegzusetzen (...). Anders als bei Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernissen

gewährt das Benehmensfordernis somit kein echtes Mitentscheidungsrecht.“⁷²

Im Lichte der auch durch den EuGH bestätigten Risiken und Effekte der neuen Gentechniken⁷³ bedarf es daher einer substantiellen Diskussion um die verfahrensrechtliche Beteiligung der verschiedenen Fachbehörden. Bekanntlich wurde bereits 2004 im Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung des Gentechnikrechts um den Kreis der zu beteiligenden Behörden ebenso gerungen wie um die konkrete Art der interbehördlichen Zusammenarbeit. Der Ansatz, das Bundesamt für Naturschutz und das Robert-Koch-Institut in Genehmigungsverfahren sowohl für Freisetzungen als auch für das Inverkehrbringen eines Produkts erneut zu Einvernehmensbehörden zu machen, um eine größere fachliche Einbindung dieser Behörden in die zu treffenden Entscheidungen zu erreichen⁷⁴, konnte sich letztlich nicht mehr durchsetzen. Kritisiert wurde an dieser Entscheidung vor allem die Verschlechterung der Stellung des Naturschutzes im Abwägungsprozess, insbesondere mit Blick auf die Unumkehrbarkeit nachteiliger Ereignisse beim Umgang mit GVO.⁷⁵

Tatsache ist, dass die nicht nur vom Europäischen Gerichtshof, sondern beispielsweise auch vom Conseil

⁷² BVerfGE 138, 1 ff., Rn. 86 f. bei Juris.

⁷³ EuGH, Urt. v. 25.07.2018, Rs. C-528/16, Rn. 48 ff.

⁷⁴ BR-Drucks. 131/04, S. 55.

⁷⁵ Siehe BT-Plenarprotokoll 15/115, Stenografischer Bericht 115. Sitzung, S. 10583 f.

d'Etat im damaligen Ausgangsverfahren angestellten Überlegungen zu Risiken neuer Gentechniken die aktuelle Schlüsselstellung des BVL in kritischem Licht erscheinen lassen. Die Herabstufung anderer, fachlich versierter Bundesbehörden zu bloßen Benehmensbehörden lässt eine hinreichend umfängliche Behandlung der durch die Rechtsprechung aufgezeigten inhärenten Risiken fraglich erscheinen. Dies gilt auch und insbesondere im Lichte zunehmend diskutierter gentechnischer Anwendungen, die ganz überwiegend oder ausschließlich Umweltbelange betreffen.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund ist eine Diskussion um die erneute „Heraufstufung“ zu Einvernehmensbehörden dringend angezeigt.

Gegen eine solche Neugestaltung des Verfahrens kann jedenfalls nicht vorgebracht werden, dass aktuell „ein praktikabler Entscheidungsmechanismus (vorliegt), mit dem die knappen gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen Entscheidungsfristen eingehalten werden können“.⁷⁷ Denn knappe Fristen auf europarechtlicher Ebene entheben keineswegs von der Notwendigkeit der angemessenen Beteiligung aller fachlich versierten Behörden, sondern zwingen umgekehrt allenfalls dazu, die Herstellung des Einvernehmens verfahrensrechtlich so auszugestalten, dass die entsprechenden Fristen eingehalten werden

⁷⁶ So etwa im Bereich der Wildpopulationen.

⁷⁷ Vgl. Krug, *Gentechnikrecht und Umwelt*. Zum Begriff und zu den Freisetzungsvoraussetzungen des gentechnisch veränderten Organismus, 2011, S. 184; Valdes, *Der Schutz der Biodiversität im Gentechnikrecht unter besonderer Berücksichtigung der Risikokontrolle gentechnisch veränderter Pflanzen*, 2012, S. 153 mwN.

können. Dies gilt auch und insbesondere im Lichte der durch das Gentechnikrecht zu schützenden überragenden Rechtsgüter und -interessen.

Durch die hier vorgeschlagene verfahrenstechnische Aufwertung anderer Bundesbehörden würde zugleich eine Unwucht im geltenden Gentechnikrecht beseitigt, die im Schrifttum bereits seit Jahrzehnten beklagt wird⁷⁸ und die in concreto die Stellung der ZKBS betrifft. Kritisiert wird insoweit zu Recht die faktische Bedeutung dieses Sachverständigenorgans für die zu treffende Verwaltungsentscheidung. Denn tatsächlich kommt der ZKBS eine Stellung zu, die die Relevanz jeder Benehmensbehörde im Sinne des § 16 Abs. 4 GenTG übertrifft: Gemäß § 16 Abs. 5 S. 1 GenTG gilt, dass die ZKBS vor Erteilung der Genehmigung den Antrag im Hinblick auf mögliche Gefahren für die in § 1 Nr. 1 GenTG genannten Rechtsgüter prüft und bewertet, in den Fällen des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der

⁷⁸ Siehe nur: Hart, Rechtspolitik und Gentechnologie - Bestehende Regelungen, Regelungsvorschläge der EG-Kommission und der Bundesregierung, in: Kritische Justiz 1989, 99 (103); Winter, Entfesselungskunst: Eine Kritik des Gentechnik-Gesetzes, in: Kritische Justiz 1991, 18 (27 f.); Führ, Gentechnik - Das gebändigte Risiko?, in: InfUR 1992, 197 (203); Reinhardt, Materielle Entscheidungsbefugnisse im Gentechnikrecht - Ein Beitrag zu Technikbewältigung durch Recht, in: NVwZ 2003, 1446 (1450); Appel, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 4. Aufl. 2020, § 51 Gentechnikrecht, Rn. 102 ff. und 132. Allgemein zur Diskussion: Mesenburg, Erosion staatlicher Vollzugsbefugnisse im Gentechnikrecht. Zum Einfluß der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) und der gemeinschaftsrechtlichen Komitologie in den gentechnikrechtlichen Zulassungsverfahren, 2003.

geplanten Sicherheitsvorkehrungen; hierzu hat die ZKBS sodann Empfehlungen abzugeben. Sodann gilt jedoch gemäß § 16 Abs. 5 S. 2 GenTG, dass in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 7 Satz 3 und 4 GenTG entsprechend anzuwenden ist. Die in Bezug genommenen Vorgaben lauten sodann wie folgt: „Die Stellungnahme ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Weicht die zuständige Behörde bei ihrer Entscheidung von der Stellungnahme der Kommission ab, so hat sie die Gründe hierfür schriftlich darzulegen.“

Damit kommt den Empfehlungen eines teils enigmatisch besetzten Sachverständigengremiums eine so wegweisende Bedeutung für die Entscheidungen der zuständigen Behörde zu⁷⁹, dass die Behörde nur mit gehörigem Aufwand von den entsprechenden „Empfehlungen“ abweichen kann.⁸⁰ Das Gewicht der ZKBS-„Empfehlungen“ überwiegt somit das Gewicht von Äußerungen fachlich versierter Bundesbehörden. Es bedarf keiner vertieften Behandlung mit Grundsätzen einer verfassungskonformen und vor allem demokratietheoretisch und rechtsstaatlich überzeugenden Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren, um die sich hier zeigenden Defizite zu erkennen.⁸¹

⁷⁹ So auch Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht: Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 5. Aufl. 2003, § 6 Rn. 490.

⁸⁰ Schubert, Zwanzig Jahre Gentechnikgesetz – eine Erfolgsgeschichte?, in: NVwZ 2010, 871 (876); Appel, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 4. Aufl. 2020, § 51 Gentechnikrecht, Rn. 102.

⁸¹ Die insoweit geforderte Kompensation in Gestalt unter anderem einer „immer wieder einzufordernden und umzusetzenden Prüfung der Anforderungen an die

Insoweit ist eine gesetzliche Korrektur dahingehend erforderlich, dass die Neubesinnung der Rolle der ZKBS auf das rechtsstaatlich gebotene Maß flankiert wird durch die vorstehend beschriebene „Hochstufung“ der Benehmensbehörden.

VII. Verbreiterung des interdisziplinären Diskurses

Abschließend stellt sich die Frage, ob über die vorstehend bereits angesprochenen, im geltenden Gentechnikrecht bereits mehr oder minder angelegten Beteiligungsformen hinaus weitere Foren als erwägenswerte Formen neuer verfahrensmäßiger Ausgestaltungen in Erwägung gezogen werden sollten. Gremien wie die Ethikkommission für eine sichere Energieversorgung oder die Datenethikkommission beim Bundesministerium des Inneren zeigen insoweit die Bandbreite des Möglichen auf. Welchen Auftrag die genannten Kommissionen auf welcher rechtlichen Grundlage erfüllen, spielt dabei im vorliegenden Zusammenhang ebenso wenig eine Rolle wie die Fragen nach der Zusammensetzung der genannten Gremien, das jeweilige Berufungsprozedere, oder die Verbindlichkeit der ausgearbeiteten Dokumente. Entscheidend ist vielmehr, dass gesellschaftlich hoch umstrittene Fragen

Weisungsfreiheit und Neutralität der Kommissionsmitglieder“ (so Appel, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 4. Aufl. 2020, § 51 Gentechnikrecht, Rn. 104) dürfte völlig unzureichend sein und findet unabhängig davon in der Praxis auch nicht statt.

über derartige Gremien zum Gegenstand einer transdisziplinären Behandlung gemacht werden, die zugleich für ein höheres Maß an echter Öffentlichkeit und damit letztlich auch Transparenz führt.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Strukturen des Verfahrens und der Organisation entscheiden maßgeblich über die Funktionsfähigkeit regulatorischer Ansätze und Systeme. Dem deutschen Verfassungsrecht ist dieser Umstand spätestens seit der Kalkar-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bekannt.

Das Erfordernis hinreichenden (Grund-) Rechtsschutzes durch Verfahren reagiert insbesondere auf die Notwendigkeit, gerade im risikorelevanten Bereich der Prognose künftiger Gefahren präventiv tätig zu werden und die Divergenz grundsätzlicher Standpunkte und subjektiver Interessen aufzufangen durch einen Prozess der Kommunikation, der sodann eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherstellt.

Die Bandbreite denkbarer verfahrensmäßiger Ausgestaltungen ist ganz erheblich. Dem Gesetzgeber steht insoweit eine weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsprärogative zu.

Auf europäischer Ebene werden vergleichbare Anforderungen vor allem durch das Recht auf gute Verwaltung aus Art. 41 GRCh sowie über die Grundsätze einer good governance gestützt.

Es ist angezeigt, über die bereits im Gentechnikrecht etablierten verfahrensmäßigen Vorkehrungen (wie z. B. Genehmigungsanforderungen oder verschiedene Elemente der Öffentlichkeitsbeteiligung) hinaus Verbesserungen bzw. Ergänzungen des gentechnikrechtlichen Verfahrens vorzunehmen, um bestehende regulatorische Defizite aufzufangen. Insbesondere bieten sich die folgenden Maßnahmen an:

Art. 29 der Richtlinie 2001/18/EG ermöglicht auf europäischer Ebene die verstärkte Einbeziehung ethischer Elemente in den biopolitischen Diskurs. Diese bislang kaum genutzte Option sollte verstärkt angesteuert werden. Bemerkenswert sind hierbei auch die in Art. 29 Abs. 2 der Richtlinie 2001/18/EG definierten zentralen Anforderungen an eine insoweit zu beachtende „good practice“. Perspektivisch sollte erwogen werden, den über Art. 29 Abs. 1 der Richtlinie 2001/18/EG erzielten Befund mit einem größeren Maß an rechtlicher Verbindlichkeit im Genehmigungsverfahren selbst auszustatten.

Die in Richtlinie 2001/18/EG mehrfach betonte Notwendigkeit einer funktionsfähigen unabhängigen Forschung sollte zum Anknüpfungspunkt eines

entsprechenden Diskurses gemacht werden. Den Gesetzgeber trifft insoweit die Pflicht, stärker als bisher die Grundlagen bzw. Rahmenbedingungen für einen ergebnisoffenen und vor allem transparenten Diskurs zu schaffen, für die insoweit folgerichtig auch die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden müssten.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung sollte um weitere Aspekte erweitert werden, die über die rein naturwissenschaftliche Betrachtung direkter und indirekter bzw. sofortiger und späterer Auswirkungen auf die primären Schutzgüter der Richtlinie 2001/18/EG hinausreichen. Insbesondere sollten hier Aspekte der Sozioökonomie abgebildet werden.

Das gentechnikrechtliche Anhörungsverfahren stellt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ein kardinales Element des gebotenen (Grund-) Rechtsschutzes durch Verfahren dar, weist aber bei näherer Betrachtung verschiedene - teils gravierende - Mängel auf, die behoben werden sollten. Dies gilt sowohl mit Blick auf die angezeigte Streichung der Ausnahmen nach § 18 GenTG als auch hinsichtlich der notwendigen Verbesserung der rechtlichen Stellung der Einwender. Dringend angezeigt ist darüber hinaus eine zeit- und sachgemäße Ausgestaltung der Bekanntmachung, der Einsichtnahme und des Schriftformerfordernisses.

Der im Lichte der Aarhus-Konvention zu konkretisierende Öffentlichkeitsbegriff muss dergestalt fortentwickelt werden, dass Breite und Tiefe der zu gewährleistenden Öffentlichkeitsbeteiligung in einem auch umgangssprachlich überzeugenden Sinne gewährleistet werden. Hierdurch kann zugleich den vielfältigen Hinweisen und Vorgaben zur im Gentechnikrecht zu fordernden Öffentlichkeitsbeteiligung Rechnung getragen werden, die namentlich in der Aarhus-Konvention ihren unmittelbaren Niederschlag gefunden haben.

Die bereits unter allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht ohne weiteres zu rechtfertigende, behördenähnliche Stellung der ZKBS gibt seit Jahrzehnten Anlass zu Kritik. Unabhängig hiervon ist im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu fordern, dass über die Gremienzusammensetzung eine - derzeit nicht erkennbare - „sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicher(ge)stell(t)“ wird.

Parallel hierzu sollte die Etablierung eines offenen und dem Gebot der Transparenz verpflichteten Konsultationsforums als verstetigte Diskursplattform erwogen werden, das relevante Industrie- und Behördenvertreter ebenso einbindet wie die Verbände, sonstige NGOs, und vor allem auch Repräsentanten der verschiedenen involvierten wissenschaftlichen (Teil-) Disziplinen.

Im Lichte der auch durch den EuGH bestätigten Risiken und Effekte der neuen Gentechniken bedarf es einer substantiellen Diskussion um die verfahrensrechtliche Beteiligung der verschiedenen Fachbehörden. Die Herabstufung fachlich versierter Bundesbehörden zu bloßen Benehmensbehörden lässt eine hinreichend umfängliche Behandlung der durch die Rechtsprechung aufgezeigten inhärenten Risiken fraglich erscheinen. Dies gilt auch und insbesondere im Lichte zunehmend diskutierter gentechnischer Anwendungen, die ganz überwiegend oder ausschließlich Umweltbelange betreffen.