

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Claus Luttermann*

Nachbarrechtliche Haftungsverfassung für gentechnisch veränderte Organismen

I. Fokus

Gentechnik ist ein gesellschaftspolitisch und juristisch heikles Gebiet. Das *BVerfG*¹ hat dazu jetzt sein erstes Urteil gesprochen. Die Richter(in) des *Ersten Senats* markieren Eckpunkte nachbarrechtlicher Abwehr- und Ausgleichsansprüche. Eingefügt in die zivil- und europarechtliche Ordnung entsteht eine Haftungsverfassung für die Nutzung gentechnisch veränderter Organismen, wie hier gezeigt.

II. Sach- und Rechtsgebiet

Der Frömmste kann nicht in Frieden bleiben, schrieb schon *Friedrich Schiller*, wenn es „dem bösen Nachbar nicht gefällt“². Nachbarschaftsverhältnisse sind gemeinhin konfliktrichtig. Juristen gilt die nachbarrechtliche Materie um §§ 906, 1004 BGB als hausbackene Kost. Das Feld wird mit dem Einsatz gentechnisch veränderter Organismen (GVO) in der Landwirtschaft zum zentralen Schauplatz von Gesellschaftsdiskurs und Selbstfindung.

Elementar sind unsere Umwelt und die Nahrungsmittelversorgung. Landwirtschaftliche Praxis setzt GVO frei, was sich auf benachbarte konventionelle und ökologische Kulturen auswirken kann. Haftungsrechtlich geht es um Beeinträchtigungen des Eigentums und damit einhergehende Vermögensschäden. Das Gesetz zu Regelung der Gentechnik (*Gentechnikgesetz – GenTG*) gewährt Nachbarn seit der Novelle 2005 spezifische Ansprüche bei Nutzungsbeeinträchtigungen gem. § 36 a GenTG, der die §§ 1004, 906 BGB konkretisiert.

Das *BVerfG* urteilt dazu wegweisend. Das Gebiet ist damit nicht erschöpft: Angesichts begrenzter wissenschaftlicher Erkenntnis bleiben offene Fragen. Im Gesamtblick wird für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und die Nutzung von GVO eine Haftungsverfassung deutlich, die sinnvoll auf ganzheitliche Konkordanz³ setzt.

III. Richterspruch

Die Richter(in) des *Ersten Senats* markieren in den Leitsätzen ihres Urteils eine besondere Sorgfaltspflicht des Gesetzgebers:

Dabei sei unter dem „noch nicht endgültig geklärten“ Erkenntnisstand der Wissenschaft über Langzeitfolgen der Gentechnik der Verfassungsauftrag des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu beachten (Art. 20 a GG). Diese Pflicht trifft den Bundesgesetzgeber in umfassender Zuständigkeit (Art. 74 I Nr. 26 Alt. 2 GG) für die Regelung des Rechts der Gentechnik bezüglich Menschen, Tieren und Pflanzen⁴. Dazu zählt ein Standortregister zur Überwachung des gezielten Ausbringens von GVO in die Umwelt (§ 16 a GenTG). Es soll Transparenz schaffen für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess⁵. Spezifisch für Haftungsfragen stellen die Richter fest, die Ergänzung und Konkretisierung des zivilen Nachbarrechts in § 36 a GenTG sei ein angemessener Ausgleich widerstreitender Interessen; er trage bei zum verträglichen Nebeneinander von konventionellen, ökologischen und mit Gentechnik arbeitenden Produktionsmethoden⁶. Das ist in den europäischen Kontext einzuordnen.

IV. Europäisches Koexistenzkonzept

Europarecht prägt das Feld, allerdings im Sinne der Subsidiarität (Art. 5 EUV). Gentechnik wird zunehmend landwirtschaftlich genutzt. Gentechnisch veränderte Kulturpflanzen können auf Nachbargrundstücke einwirken, zum Beispiel durch Auskreuzungen mit dort konventionell angebauten Kulturpflanzen. In der Europäischen Union gilt zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt mit der Richtlinie über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt⁷ das Konzept der Koexistenz: Landwirte sollen konventionelle, ökologische und gentechnisch veränderte Kulturen insgesamt verträglich nutzen können.

Dafür entwickelt die Kommission Leitlinien für nationale Koexistenz-Maßnahmen, die das unbeabsichtigte Vorhandensein von GVO in konventionellen und ökologischen Kulturpflanzen vermeiden (Art. 26 a der Richtlinie 2001/18/EG). Betriebsstrukturen und Bewirtschaftungsformen in der Union sind ebenso verschieden wie die wirtschaftlichen und natürlichen Bedingungen der regional arbeitenden Landwirte. Das soll durch Vorsorgemaßnahmen in den Mitgliedstaaten ebenso gewahrt bleiben wie das Angebot gentechnikfreier Produkte (subsidiäres Koexistenzkonzept). Es geht um die Wahlfreiheiten der Erzeuger und der Verbraucher⁸.

V. Vorsorge und Haftung

1. Nachbarrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat vorsorglich eine Rechtsbasis fixiert. Das Gentechnikrecht soll Möglichkeiten gewährleisten, dass Produkte wie Lebens- und Futtermittel konventionell, ökologisch oder mittels GVO erzeugt und in den Verkehr gebracht werden können (§ 1 Nr. 2 GenTG). Eigentumsbeeinträchtigungen und Vermögensschäden durch die Nutzung von GVO (§ 36 a GenTG) sind zivilrechtlich geschützt.

Allgemein hat ein betroffener Nachbar bei wesentlichen Beeinträchtigungen, die ortsunüblich sind oder die mit wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen abgestellt werden können, einen Abwehranspruch gegen den Emittenten (§§ 1004, 906 BGB). Mangels Abwehranspruch hat der Nachbar einen

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt. – Besprechung von *BVerfG*, Ur. v. 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05, NVwZ 2011, 94 = NJW 2011, 441 L (unter Nr. 2 in diesem Heft).

1 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94.

2 *Schiller*, Wilhelm Tell, IV, 3 (Sämtl. Werke, hrsg. v. Alt, Dramen 2, 2004).

3 Dazu *Luttermann*, JZ 2011, 195.

4 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Ls. 1 und 2, Rdnrn. 132 ff.

5 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 = NJW 2011, 441 Ls. 3.

6 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Ls. 4, Rdnrn. 253 ff.: Vereinbarkeit mit Art. 14 I, Art. 12 I, Art. 5 III 1 und Art. 3 I GG.

7 Richtlinie 2001/18/EG v. 12. 3. 2001, ABIEG Nr. L 106, S. 1.

8 EU-Kommission, Empfehlungen v. 23. 6. 2003, ABIEG Nr. L 189, S. 36, 39, und v. 13. 7. 2010, ABIEU Nr. C 200, S. 1.

verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch, wenn die Einwirkung über das zumutbare Maß hinaus eine ortsübliche Nutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag mindert (§ 906 II 2 BGB). Dieser ist subsidiär gegenüber Ansprüchen auf Schadensersatz und wird nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen bemessen⁹.

Die Rechtsprechung gewährt einen entsprechenden Ausgleichsanspruch auch, wenn der Eigentümer an der Abwehr einer nach § 906 BGB übermäßigen Beeinträchtigung gehindert ist (sog. bürgerlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch). Die Hinderung kann rechtlich oder tatsächlich begründet sein, z. B. durch die Nichterkennbarkeit der schädlichen Wirkung¹⁰.

2. Konkretisierung

Was eine „wesentliche Beeinträchtigung“ i. S. von § 906 BGB ist, führt § 36 a GenTG aus. Dabei geht es aber nicht, wie Gesetzesbegründung und jetzt auch *BVerfG* schreiben, um einen „unbestimmten Rechtsbegriff“¹¹. Die Formulierung ist ein Widerspruch in sich. Ein Begriff bezeichnet etwas Bestimmtes, um darauf zugreifen zu können. Das gilt besonders für Klarheit und Rechtssicherheit, denn ein „unbestimmter“ Begriff (Tatbestand) ist wertlos, beliebig, juristisch unbrauchbar: Der Rechtsbegriff scheidet die Willkür vom Recht¹².

Demgemäß wird das Nachbarrecht für die verträgliche Koexistenz konkretisiert. Unerheblich ist dabei für die Beurteilung der „Ortsüblichkeit“ i. S. von § 906 BGB, ob die Gewinnung von Erzeugnissen mit oder ohne GVO erfolgt (§ 36 III GenTG). Ein Grundstück wird wesentlich beeinträchtigt, wenn aus Sicht des Nutzungsberechtigten wegen Übertragung oder sonstigen Eintrags von GVO Erzeugnisse nach einer Fallgruppe des § 36 a I GenTG (Nr. 1) nicht in den Verkehr gebracht, (Nr. 2) nur gesetzlich als gentechnisch verändert gekennzeichnet vertrieben oder (Nr. 3) nicht gekennzeichnet als Produkt aus ökologischem Landbau (Verordnung 2092/91/EWG) verkauft werden dürfen.

Dabei greifen Schwellenwerte. Gemeinhin gelten als akzeptabel bis zu 0,9% für das Vorhandensein von GVO-Spuren, wenn dieser Anteil zufällig oder technisch unvermeidbar ist¹³. Wird er in Lebens- oder Futtermitteln überschritten, besteht Kennzeichnungspflicht. Die Kommission will zu Recht niedrigere Werte; differenziert nach Pflanzenarten zum Beispiel 0,3% bei Raps und 0,5% für Zuckerrüben, Mais, Kartoffeln. Die Mitgliedstaaten können zum Schutz bestimmter Produktionsformen niedrigere Schwellenwerte setzen. Relevante Einkommenseinbußen ökologischer und konventioneller Landwirte sind also auch unter 0,9% GVO-Spuren möglich¹⁴.

3. Gute fachliche Praxis

Um Nachbargrundstücke und Umwelt im Sinne hoher Qualitätsstandards und landwirtschaftlicher Vielfalt (Koexistenz) präventiv zu schützen¹⁵, gilt für die Nutzung von GVO allgemein die haftungsbewährte Pflicht zur „guten fachlichen Praxis“ (§ 16 b GenTG). Diese Vorsorgepflicht und einhergehender Aufwand sind wirtschaftlich zumutbar i. S. von § 906 BGB (§ 36 a II GenTG). In ökologisch sensiblen Gebieten gilt ein erhöhter Vorsorgemaßstab. Insgesamt zu beachten sind die europäischen Vorgaben der Richtlinie 92/43/EWG über die Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, spezifisch in Deutschland auch die Ziele des Bundesnaturschutzgesetzes (§§ 1, 2 BNatSchG).

Die einzuhaltende „gute fachliche Praxis“ prägt § 16 b III GenTG. Dazu gehören insbesondere Maßnahmen im Umgang mit GVO, die Einträge in andere Grundstücke verhindern und Auskreuzungen in andere Kulturen benachbarter

Flächen sowie Weiterverbreitung durch Wildpflanzen vermeiden (Nr. 2). Bei Haltung gentechnisch veränderter Tiere ist ihr Entweichen bzw. das Eindringen anderer Tiere der gleichen Art zu unterbinden (Nr. 3). Während der Beförderung, Lagerung und Weiterverarbeitung von GVO sind Verluste sowie Vermischungen und Vermengungen mit anderen Erzeugnissen zu verhindern (Nr. 4). Allgemein gelten die Vorgaben der Genehmigung für das Inverkehrbringen von GVO (§§ 16 b III Nr. 1, 16 Va GenTG). Die Akteure müssen über entsprechende Zuverlässigkeit, Kenntnisse, Fähigkeiten und Ausstattung verfügen (§ 16 b IV GenTG).

In der Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung¹⁶ nach § 16 b VI GenTG spezifiziert die Bundesregierung die Vorgaben. Sie sind nicht abschließend (§ 16 b III GenTG: „insbesondere“). Sie schaffen für Landwirte einen Handlungsrahmen, bleiben aber an neue Entwicklungen anzupassen. Das trägt, wie das *BVerfG* bekräftigt, „der Vielgestaltigkeit des geregelten Lebenssachverhalts“ Rechnung¹⁷: Im Einzelfall ist durch Auslegung anhand der Wertungen der Regelbeispiele die Sorgfalt zu ermitteln, die im Sinne guter fachlicher Praxis für die Erfüllung der Vorsorgepflicht nötig ist. Nachbarn können gem. § 16 b I GenTG haftungsmindernd schriftliche Vereinbarungen über die gute fachliche Praxis treffen.

VI. Erkenntnisstand

Der Sorgfaltsmaßstab ist für technisch fortschreitende Entwicklung gedacht im allgemeinen Haftungskonzept¹⁸. Angemessen ist das jeweils „im Verkehr erforderliche“ Maß (§ 276 II BGB; § 16 I Nr. 2 GenTG: „Stand von Wissenschaft und Technik“). Dabei hat der Gesetzgeber mit einem angenommenen „Basisrisiko“¹⁹ von GVO einen weiten Kreis gezogen. Zum Schutz der in § 1 Nrn. 1, 2 GenTG genannten Rechtsgüter und Belange unterliegen nicht nur GVO, sondern auch deren Nachkommen allgemein und insbesondere jene, die durch zufällige Auskreuzung oder Rekombination entstehen, dem Gentechnikrecht (§ 3 Nr. 3 GenTG).

Das *BVerfG* bekräftigt zugleich die besondere Verantwortung für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20 a GG). Die Richter sehen hier das Gentechnikrecht gedeckt durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, setzen „keinen wissenschaftlich-empirischen Nachweis des realen Gefährdungspotenzials“ der GVO und ihrer Nachkommen voraus²⁰: Die wissenschaftlich ungeklärte Situation befuge den Gesetzgeber, die Gefahrenlagen und Risiken zu bewerten, zumal die geschützten Rechtsgüter verfassungsrechtlich verankert seien und hohes Gewicht hätten²¹. Diese Grundsicht prägt das Urteil insgesamt zum Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und der Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge. Die Richter sehen damit auch die normierte Vorsorgepflicht als verhältnismäßig. Mithin ist anhand des wissenschaftlichen Erkenntnisstands eine ganzheitliche Konkordanz zu sichern.

⁹ BGHZ 120, 239 (249) = NJW 1993, 925; BGH, NJW-RR 1988, 1291; NJW 2003, 2377; NJW 2009, 762.

¹⁰ BGH, NJW 1967, 1857; NJW 1999, 1029; NJW 2001, 1865; NJW 2004, 3701.

¹¹ So BT-Dr 15/3088, S. 30, und *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 272.

¹² Grdl. Luttermann, FR 2007, 18.

¹³ Art. 12 II, Art. 24 II der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003, ABIEU Nr. L 268, S. 1, Art. 21 III der Richtlinie 2001/18/EG i. d. F. der Richtlinie 2008/27/EG, ABIEU Nr. L 81, S. 45.

¹⁴ EU-Kommission, Empfehlung vom 13. 7. 2010, ABIEU Nr. C 200, S. 8 (Nr. 2.3.3).

¹⁵ *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 295.

¹⁶ Vom 7. 4. 2008, BGBl I, 655.

¹⁷ *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 219.

¹⁸ Grdl. Luttermann, JZ 1998, 174.

¹⁹ *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 142.

²⁰ *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnrn. 142, 234. Vgl. OLG Stuttgart, LMRR 1999, 145.

²¹ Dazu oben Fußn. 6.

Praktisch soll die Wahl einer Produktionsmethode anders arbeitende Personen wirtschaftlich nicht bedrohen. Während der Einsatz von Gentechnik zur Chancennutzung grundsätzlich zugelassen ist, sind – so die Richter²² – Folgen und Ausbreitung einmal in die Umwelt freigesetzten Materials situativ abhängig (noch) schwer oder gar nicht begrenzt. Leitend für Vorsorgepflicht und gute fachliche Praxis ist: Die Ausbreitung von GVO soll originär möglichst vermieden oder, wo unvermeidbar, minimiert werden²³. Treten dennoch wesentliche Beeinträchtigungen nach § 1 Nrn. 1 und 2 GenTG auf, dient § 36 a GenTG für Abwehr und Ausgleich. Demgemäß haben die Rechtsanwender (Behörden, Fachgerichte) Ermessen, das verantwortlich geprägt ist.

VII. Beweisrecht

Beweisschwierigkeiten eines Geschädigten können mit der Sach- und Rechtslage einhergehen. Ein häufiges Problem soll der Rechtsfolgenverweis in § 36 IV GenTG beseitigen. Kommen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls letztlich mehrere Nachbarn als Verursacher in Betracht, haften diese gesamtschuldnerisch (§ 36 a IV 1 GenTG i. V. mit §§ 830 I 2, 840 I BGB; alternative Kausalität). Das gilt nicht, wenn anfänglich feststeht, dass jeder der Nachbarn nur für einen gemäß richterlicher Schätzung abgrenzbaren Teil der Beeinträchtigung verantwortlich ist (§ 36 a IV 2 GenTG).

Ansonsten gilt grundsätzlich das allgemeine Beweisrecht (§ 286 ZPO). Der Gesetzgeber hielt spezielle Beweisregeln, außer § 34 GenTG, für nicht erforderlich und betont besonders den Anscheinsbeweis²⁴:

Werden etwa GVO auf Feld A angebaut und auf Feld B in Kulturen entsprechende Einkreuzungen dokumentiert, spreche in der Regel der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der GVO-Anbau auf Feld A ursächlich sei. Für die mögliche Erschütterung des Anscheins reicht nicht der Hinweis auf andere denkbare Geschehensabläufe, zum Beispiel eine Verursachung durch gentechnisch kontaminiertes Saatgut. Der in Anspruch genommene Nachbar muss den Alternativverlauf tatsächlich belegen und bei Bestreiten beweisen.

Wirksame Verteidigung setzt also voraus, dass ein anderer typischer Ursachenverlauf ernsthaft möglich ist. Damit entfällt der Anscheinsbeweis. Unerheblich ist dann, welcher der beiden Geschehensabläufe der wahrscheinlichere Vorgang ist²⁵. In Betracht kommt im genannten Beispiel der Beleg, dass in Saatgut des Lieferanten für Feld B bereits mehrfach erhebliche Verunreinigungen durch GVO nachgewiesen worden sind.

VIII. Praktische Konsequenzen

Festgehalten sei: Haftungsrechtlich ist der Anbau gentechnisch veränderter Kulturen dem konventionellen oder ökologischen Anbau in der Landwirtschaft gleichgestellt (§ 36 a III GenTG). Nachbarn haben Beeinträchtigungen durch Eintrag von GVO in ihre Kulturen gemeinhin zu dulden (§ 906 BGB), soweit die gesetzten Schwellenwerte nicht überschritten bzw. vor allem die Methoden guter fachlicher Praxis gewahrt sind. Hier ist praktisch anzusetzen, um Schäden und Haftung möglichst zu vermeiden (Prävention).

Im Sinne verträglicher Koexistenz erhalten Anwender gentechnischer Produktionsweisen und deren Nachbarn Rechts- und Planungssicherheit. Dazu dienen mit den gesetzlichen Verhaltenspflichten (§ 16 b III GenTG) die Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung²⁶, die Empfehlungen der Europäischen Kommission für Koexistenz-Maßnahmen²⁷ sowie Anwendungsbestimmungen der Genehmigung, die in der Produktinformation mitzuliefern sind (§ 16 b V GenTG). Moderne Betriebsführung baut zum Beispiel auf Trennungs-

verfahren, die im Umgang mit identitätsgeschützten Pflanzensorten und in der Saatguterzeugung bekannt sind. Spezifische Überwachungssysteme mindern Vermischungsrisiken. Abstandsflächen beim Anbau hindern artfremde Einträge. Vorsorglich können Nachbarbetriebe kooperieren, beispielsweise Aussaatzeiten und Fruchtfolgen abstimmen oder Sorten mit verschiedenen Blütezeiten anbauen.

Zu beachten ist das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis als Ausdruck besonderer Rücksicht (§ 242 BGB). Das kann im Einzelfall begrenzend wirken, etwa eine Anpassung der Anbaupläne gebieten²⁸. Das *BVerfG* betont, der Gesetzgeber fordere keine Vorkehrungen, die „mit absoluter Sicherheit“ Risiken für die Rechtsgüter des § 1 Nrn. 1, 2 GenTG ausschließen; sonst drohe faktisch ein Verbot für den Umgang mit GVO, die zum Inverkehrbringen zugelassen sind (§§ 14 ff. GenTG)²⁹. Bei ihnen zeitigen neue Erkenntnisse Modifikation³⁰. Das kennzeichnet die Verantwortung von den Betreibern und Behördenvertretern.

IX. Ungewissheit

Die Richter des *BVerfG* betonen den gentechnikfreundlichen Ansatz des Gesetzgebers (§ 1 Nrn. 2, 3 GenTG). In diesem Sinne fixiert § 36 a GenTG den Rechtsrahmen, um die wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gentechnik weiter erforschen, entwickeln und nutzen zu können³¹. Dies ist wie gezeigt kein Freibrief. Das unterstreicht die weiterhin bei GVO geltende Gefährdungshaftung, die Betreiber mit der gesetzlichen Ursachenvermutung gem. §§ 32, 34 GenTG trifft³².

Das nimmt fortbestehende Ungewissheit auf, die sich auch spiegelt in der „hochkontroversen gesellschaftlichen Diskussion“³³ über die Gentechnik. Dies erinnert an die Debatte über die friedliche Nutzung der Kernenergie. Im Beschluss zum „Schnellen Brüter“ markierten Richter des *BVerfG* 1978, Grundrechtsgefährdungen seien nicht „mit absoluter Sicherheit“ auszuschließen: Für die „Gestaltung der Sozialordnung“ müsse es bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden, die menschliche Erkenntnis nach dem Stand von Wissenschaft und Technik gebiete. Ungewissheiten „jenseits dieser Schwelle“ seien „unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen“³⁴.

Die Diktion seither ist verändert. Doch klar bleibt: Im Grunde geht es um Wahrscheinlichkeiten. Sie kommen leicht im wissenschaftlich-mathematischen Gewand von Exaktheit und Neutralität daher, bergen aber mächtige Deutungshoheit. Einbruchsorte lobbyistischer Schief lagen sind Schwellenwerte. Die Europäische Kommission spricht von „dem hinnehmbaren Vermischungsgrad“, der Bundesrat warnt, die ubiquitäre Verbreitung von GVO-Spuren nehme auch bei Ökoprodukten zu³⁵. Haben gentechnikfreie Kulturen Zukunft?

22 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 135.

23 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 224, mit Verweis auf BT-Dr 15/3088, S. 26 f.

24 BT-Dr 15/3088, S. 31.

25 BGH, NJW 1978, 2032.

26 Vom 7. 4. 2008, BGBl I, 655; s. oben V 3.

27 Oben IV.

28 Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 185. Allg. zivilrechtlich z. B. BGH, NJW-RR 2008, 610; NJW 2003, 1313.

29 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 238. Europarechtlich maßgebend ist die Richtlinie 2001/18/EG (o. Fußn. 7).

30 OLG Frankfurt a. M., OLG-Report 2009, 478 (Bt-Mais 176); Rev. BGH – II ZR 243/09 (früher: XI ZR 63/09).

31 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 238 (194).

32 Grds. Luttermann, JZ 1998, 174.

33 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 137.

34 *BVerfG*, NJW 1979, 359 – Kalkar II.

35 BT-Dr 15/3088, S. 52; EU-Kommission, Empfehlung vom 13. 7. 2010, ABIEU Nr. C 200, S. 8 (Nr. 2.3).

X. Ethische Perspektive

Die Gentechnik greift ein „in die elementaren Strukturen des Lebens“³⁶, mit synthetischer Biologie³⁷ weit über Nachbarschaft hinaus. Das fordert ethische Anspannung (§ 1 Nr. 1 GenTG) für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Das ist Auftrag, wie das *BVerfG* erstmals so klar mit Art. 20a GG bekräftigt, für Rechtsprechung und Verwaltung³⁸: Eine angemessene Haftungsverfassung sichern, die – anders als wir es gerade in der Weltschuldenkrise mit der Staatshaftung für Bankschulden erleben³⁹ – die Folgenver-

antwortung durchsetzt, die den privaten Gentechnikverwendern als Störer trifft⁴⁰. Das etabliert unsere Freiheitsordnung. Praktisch obliegt jedermann, die Schöpfung für künftige Generationen zu bewahren. ■

36 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 135.

37 Grds. *Luttermann*, JZ 2011, 195.

38 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnrn. 135 ff., 243. Grds. BT-Dr 12/6633 (Gesetz zur GG-Änderung), S. 6 f., und BT-Dr 12/6000 (Verfassungskommission), S. 65.

39 *Luttermann*, ZRP 2010, 1.

40 *BVerfG*, NVwZ 2011, 94 Rdnr. 285.

Kommentar

Professor Dr. Bernd Rüthers*

Rechtswissenschaft ohne Recht?

I. Der überfällige Methodendiskurs

In den letzten Jahren ist unter den deutschen Juristen ein inzwischen vielstimmiger Methodendiskurs zu Stande gekommen. Es geht dabei im Kern um die Frage, ob und wie die wachsenden rechtspolitischen Funktionen der Richter, besonders der obersten Bundesgerichte, bei der Begründung ihrer normsetzenden („gesetzgeberischen“) Entscheidungen offengelegt und begründet werden müssen. Richterliche Rechtsfortbildung („Ersatzgesetzgebung“) ist wegen der rasanten Entwicklung der gesellschaftlichen Gegebenheiten und der schnellen „Alterung“ überkommener Gesetze legitim und unvermeidbar. Sie wird von den Gerichten heute aber häufig nicht offen deklariert und begründet, sondern als „objektiv-teleologische Auslegung“ des Gesetzes falsch etikettiert, während es sich in Wahrheit um subjektive Rechtsetzungen, also „Einlegungen“ der jeweiligen Spruchkörper handelt. Gegenstand der Kritik ist also nicht die legitime Aufgabe der Rechtsprechung, das Recht im verfassungsgemäßen Rahmen fortzubilden, sondern diese richterliche Normsetzung offen zu begründen und nicht unter dem falschen Etikett „Auslegung“ zu verschleiern. Wer für solche Methodenehrlichkeit eintritt, wird von den Leugnern der Gesetzesbindung gern in bemerkenswerter Naivität als Vertreter eines „strikten Gesetzespositivismus“ schubladiert. (R. Ogorek, in: Festschr. f. Hassemer, 2010, S. 159 [160 f.]).

1. Überraschende Basisvorstellungen: „Es gibt gar kein Recht“

Der dazu entstandene Diskurs zeitigt vielfältige Nebenwirkungen. So legt er nebenbei manche, bisher eher unbewusste oder verschwiegene Basisvorstellungen der Diskursteilnehmer offen. Kürzlich hat *Walter Grasnack*, Honorarprofessor für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Marburg und Oberstaatsanwalt a. D., die Feststellung aufgespießt, dass die Gerichte der Bundesrepublik mittels der in der Justiz verbreiteten „objektiv-teleologischen“ Methode zu heimlichen „Herren der Rechtsordnung“ werden (*Grasnack*, *Myops* Nr. 9, Mai 2010, S. 12, mit Bezug auf *Rüthers*, *Rechtstheorie* 2009, 253). Er meint, das sei zwar so, aber das sei auch gut so. Man müsse sich um die Rechtsordnung und ihre Herren keine Sorgen machen. Niemand könne die Rechtsordnung in Gefahr bringen, denn, so wörtlich, „die gibt es

gar nicht. So wenig, wie die Ordnung überhaupt oder das Recht als solches“. Er hält beides für Märchengebilde, wie beispielsweise „Schneewittchen oder den Mann im Mond“.

Ähnlich wirklichkeitsfremd erscheint ihm jeder, der „mit sehnsuchtsvoller Beschwörung“ vom Rechtsanwender Methodenstrenge und Methodenehrlichkeit fordert oder etwas über „die Tatsache eines Stufenbaus der Rechtsordnung erzählen will“. Der unbefangene juristische Leser stutzt: Ein Professor der Rechte verkündet als sein erkenntnistheoretisches Credo, dass es *keine Rechtsordnung*, ja überhaupt *kein „Recht als solches“* gibt. Beides seien Märchenfiguren. Angesichts der teilweise bemüht witzigen Formulierungsversuche des Beitrags und seiner möglichen Folgerungen schaut der Leser auf das Erscheinungsdatum der Publikation. Nein, es handelt sich nicht um die April-Nummer des *Myops*, sondern um dessen Mai-Heft 2010.

2. Die Analogie zum Kunstbegriff

An Forschung fehlt es *Grasnack* nicht. Wer anders denkt als er, den zählt er zu den Träumern. Das sind alle die, welche von einem „Stufenbau der Rechtsordnung“ ausgehen und immer noch der „reinen Chimäre“ einer „so genannten Gesetzesbindung des Richters“ anhängen (ebenso *Ogorek*, in: Festschr. f. Hassemer, S. 168). Es geht ihm darum, „in unserem Weltbildhaus die alten Bilder – auch die Richterbilder – ab- und die neuen aufzuhängen, morsche Dielen zu ersetzen und Möbel umzustellen“ (S. 16). Es müsse gelingen, Schritt für Schritt auch die Bürger aufzuklären, nicht darüber, was Recht ist (weil es das ja nicht gibt), sondern wie Richter arbeiten. Als Kronzeugen für seine juristische Erkenntnistheorie zitiert er den berühmten Kunsthistoriker *Ernst H. Gombrich*. Dem sei klar gewesen:

„There is no such thing as art. There are only artists.“ (*Gombrich*, *Story of Art*, 1950). Der Satz stammt übrigens nicht von ihm, sondern von seinem Lehrer *Julius von Schlosser* (vgl. *Gombrich*, *Künstler, Kenner, Kunden*, 1993, S. 9 f.).

Gombrich traf damit eine Aussage über den Kunstbegriff. Sie erscheint auf den ersten Blick einladend, ja plausibel, wenn man an einige Entscheidungen des *BVerfG* zur Kunst-

* Der Autor ist em. Prof. für Zivilrecht und Rechtstheorie sowie Richter am OLG a. D. in Konstanz.