

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2015

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2015**

## **Herausgeber**

*Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch und*

*Professor Dr. Thomas Würtenberger,*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

## **in Verbindung mit**

*Dr. Nikolaus Blum, Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München*      *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

*Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg*      *Wiss. Ang. Sarah Tarantino, Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg*

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*      *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

*Ministerialrat Prof. Dr. Volker M. Haug, Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht, Universität Stuttgart*      *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

*Hartmut Maier, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Münster*

*Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

*Wiss. Ang. Dr. Christian Picker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

**Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft e.V.**    **Erscheinungsweise**  
*Registernummer 700740 Amtsgericht Freiburg*    Vierteljährlich

**Schriftleitung**    **Bindung**  
*Professor Dr. Dr. h.c Manfred Löwisch*    Buchbinderei Ehe GmbH, Radolfzell  
*Professor Dr. Thomas Würtenberger*  
*Dr. Cornelia Feldmann*

**Redaktion**    **Urheber- und Verlagsrechte**  
Susanne Lutz    Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind  
Tobias Mandler    urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch  
Fritz Pieper    gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.  
Andreas Schubert    Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-  
Sarah Tarantino    rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-  
lässig. Eine Verwendung zu wissenschaftlichen Zwe-  
cken unter Angabe der Quelle (Zitat) ist ausdrücklich  
gestattet, auch die Verlinkung auf das Dokument. Für  
jede weitergehende Verwendung ist die Zustimmung  
von OdW und des ausgewiesenen Autors erforderlich.

**Kontaktdaten, Schriftleitung und Redaktion**  
Ordnung der Wissenschaft  
c/o Forschungsstelle für Hochschulrecht und  
Hochschularbeitsrecht  
Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch  
Prof. Dr. Thomas Würtenberger  
Belfortstraße 20 (Rückgebäude)  
79098 Freiburg im Breisgau  
Internet: [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de)  
E-Mail: [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de)  
Telefon: +49 761 203 9474

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2015

## Aufsätze

- I. *Nikolaus Blum* Zur Governance privatrechtlich organisierter Forschungseinrichtungen **1-10**
- II. *Andreas Schubert und Sarah Tarantino* Hochschullehrer im Personalvertretungsrecht **11-22**
- III. *Sylvia Groneick* Biosicherheitsrelevante Forschung und der Schutz vor biologischen Waffen **43-46**
- IV. *Gunnar Jeremias* Die Regelung biosicherheitsrelevanter Forschung als effektiver Beitrag zur biologischen Rüstungskontrolle? **47-54**
- V. *Hans Dieter Klenk* Die Influenzaforschung und das Dual-Use-Problem **55-58**
- VI. *Kathryn Nixdorff* Biosafety and Biosecurity Relevant Life Sciences Work: Protection from Bio-Warfare and Bio-Terrorism **59-64**
- VII. *Elif Özmen* Wissenschaft. Freiheit. Verantwortung. Über Ethik und Ethos der freien Wissenschaft und Forschung **65-72**
- VIII. *Thomas A. C. Reydon* Epistemologische Aspekte der Anwendung des Vorsorgeprinzips bei Biosicherheitsfragen **73-82**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2015

## Aufsätze

- IX. Volker Stollorz* Warum Journalisten das „Dual-Use-Research of Concern“-Dilemma thematisieren **83-88**
- X. Constantin Teetzmann* Mit Missbrauchsrisiken begründete rechtliche Beschränkungen der Forschung in den Biowissenschaften **89-98**
- XI. Hans-Heinrich Trute* „...that nature is the ultimate bioterrorist“ – Wissenschaftsfreiheit in Zeiten eines entgrenzten Sicherheitsdiskurses **99-116**
- XII. Silja Vöneky* Biosecurity – Freedom, Responsibility, and Legitimacy of Research **117-128**
- XIII. Theresia Bauer* Freiräume für Wissenschaft schaffen und schützen **131-136**
- XIV. Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg* Open Access und Urheberrecht **137-146**
- XV. Frank Wertheimer* „Rolle rückwärts“ – Zur Rücknahme des Rufs in einem Berufungsverfahren **147-154**
- XVI. Andreas Heldrich †* Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung **155-164**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2015

## **Aufsätze**

- XVII. *Nikolaus Blum und  
Karin Vehling* „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG **189-198**
- XVIII. *Bernd Kaßbaum* „Erweiterte moderne Beruflichkeit“ – Ein Kompass für Berufsbildungs- und Hochschulpolitik **199-210**
- XIX. *Robert Brehm und  
Wolfgang Zimmerling* Der Rücktritt von der Hochschul- oder Staatsprüfung ein „Dauerbrenner“ für die Gerichte – aufgezeigt an fünf Beispielen **211-216**
- XX. *Tobias Mandler* Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG **217-228**

## **Anmerkungen zur Rechtsprechung**

- I. *Felix Hornfischer* Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9.4.2014 – 10 AZR 590/13 **23-26**
- II. *Patrick Schultes* Grenzüberschreitende studentische Mobilität in Europa und Hochschulzulassung in höhere Fachsemester – zugleich Anmerkung zu VG Münster – 9 L 787/14 **165-174**
- III. *Markus Bettecken* Die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten bei Streitigkeiten über Mitwirkungspflichten des wissenschaftlichen Betreuers aus einem Doktorandenverhältnis - LAG Köln, Beschluss vom 28.11.2014 - 6 Ta 221/14 **229-232**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2015

## Buchvorstellungen

- I. Vera Angela Karoline Rödel (geb. Glatzel)* Durchführungsverbot verstoßender privatrechtlicher Verträge **35-40**
- II. Albrecht Bischoffshausen* Ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist – Analyse de lege lata und de lege ferenda aus historischer, dogmatischer und rechts-ökonomischer Sicht **179-186**
- III. Eva Julia Lohse* Verwaltungsrechtliche Steuerung von schulischem Bildungserwerb - Neue Handlungsformen an öffentlichen Schulen **237-244**

## Berichte

- I. Stephan Vielmeier* Der europäische Qualitätsrahmen für Praktika – ein liberales europäisches Verständnis des Praktikums? **27-34**
- II. Michel Fromont* La formation d'étudiants de haut niveau en droit étranger à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne **175-178**
- III. Maren Jantz* LL.M. - Studium am Kings College in London **233-236**

## Ausgegraben

- I. Zentrale Universitätsverwaltung der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* Dwbm (Dienstweihnachtsbäume) **41-42**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2015

## **Ausgegraben**

*II. Kurt Tucholsky* Schriftwechsel zwischen Verleger und Autor  
**129-130**

*III. Ludwig Raiser* Die Universität im Staat **187-188**

*IV. Gotthold Ephraim Lessing* Die Sinngedichte an den Leser **245-246**

Hinweis: Bei Heft 2/2015 (Aufsätze III.-XII.) handelt es sich um ein Sonderheft zum Thema *Missbrauchsrisiko in den Biowissenschaften - Biosicherheitsrelevante Forschung zwischen Freiheit, Fortschritt und Verantwortung*. Die Druckversion ist gesondert abrufbar.



# Nikolaus Blum

## Zur Governance *privatrechtlich* *organisierter Forschungseinrichtungen*

### I. Einleitung

Das deutsche Wissenschaftssystem befindet sich im Wandel. Vor dem Hintergrund einer immer enger zusammenrückenden Welt und dem internationalen Wettbewerb um die besten Wissenschaftsstandorte werden die traditionellen Institutionen der nationalen Wissenschaftssysteme auf den Prüfstand gestellt. Die Relevanz von Bildung und Forschung für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzelner Länder steht heute außer Frage.<sup>1</sup> Insofern sieht sich auch das deutsche Wissenschaftssystem einem permanenten Veränderungsdruck ausgesetzt.

Eine Reaktion darauf ist die in den letzten Jahren intensiv geführte Diskussion um die richtige Governance von Wissenschaftseinrichtungen. Ihr liegt im Kern die Feststellung zugrunde, dass in einer modernen wissenschaftsbasierten Gesellschaft die öffentlichen Güter Bildung und wissenschaftliche Erkenntnis auf eine andere Art und Weise produziert werden müssen, als dies bisher in den staatskonzentrierten nationalen Konzepten der Wissenschaftspolitik angenommen wurde.<sup>2</sup> Weder die Fokussierung auf ein staatlich gesteuertes Wissenschaftssystem noch die Eingrenzung auf die nationale Perspektive sind geeignet, angemessene Antworten im globalen Wettbewerb um Wissen und seine Nutzbarmachung zur Bewältigung der Zukunftsfragen zu finden.

Für die nachhaltige Leistungsfähigkeit ist die Frage nach der geeigneten Governance der Wissenschaftseinrichtungen essentiell. Der Begriff der Governance geht dabei weit über den rein organisationsrechtlichen Aspekt der handelnden Organe und Gremien hinaus.<sup>3</sup> Sowohl die wissenschaftspolitischen Lenkungsmaßnah-

men als auch die Beeinflussung der Entscheidungsprozesse durch verschiedenartige externe und interne Faktoren sind Teil der Governance einer Wissenschaftsorganisation. In diesem Sinne ist die Governance als die Gesamtheit der Steuerungs- und Entscheidungsfindungsmechanismen von und in Wissenschaftseinrichtungen zu verstehen.<sup>4</sup>

In den deutschen Wissenschaftseinrichtungen sind in den vergangenen Jahren vielfach neue Governance-Formen und -instrumente ausprobiert und evaluiert worden. Insbesondere wurden Ansätze des New Public Management (NPM) in den Wissenschaftsbereich übertragen. Eine Bestandsaufnahme der Ergebnisse legt die Ergänzung und Ausweitung der Diskussion in zweierlei Hinsicht nahe:

- Es fällt auf, dass die vorliegenden Untersuchungen sehr hochschulzentriert sind. Bei der Diskussion wird vom klassischen Bild der Erkenntnisproduktion in dezentralen (hochschulüblichen) Strukturen ausgegangen.<sup>5</sup> Viele Formen der Wissensgenerierung in außeruniversitären Forschungseinrichtungen werden nicht einbezogen.<sup>6</sup> Insbesondere werden die staatliche Vorsorgeforschung für gesellschaftlich relevante Gebiete, wie z.B. Energieversorgung oder Gesundheit und Umwelt, die angewandte Forschung und der Transfer von Forschungsergebnissen in die Praxis, sowie die internationale Zusammenarbeit in Großprojekten und der Betrieb von Großgeräten zu wenig beachtet.

- Inhaltlich sind die Untersuchungen häufig von der Sorge um die Sicherung der Autonomie des ein-

1 Siehe z.B. Koalitionsvertrag vom Dez. 2013 zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, Ziff. 1.2, 26; Europäische Kommission: „Einleitung zum neuen Forschungsprogramm Horizon 2020“.

2 Grande *et al.*: „Die neue Governance der Wissenschaft“ in: Neue Governance der Wissenschaft – Reorganisation – externe Anforderungen – Medialisierung, hrsg. von Grande/Jansen/Jarren/Rip/Schimank/Weingart, Bielefeld 2013, 21, 22.

3 Eine gute Beschreibung von Governance findet sich in: OECD, Principles of Corporate Governance, Paris 2004, Preamble 11: „Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its boards, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance

are determined.“

4 Zum Governance-Begriff in Wissenschaftseinrichtungen siehe auch Jansen: „Von der Steuerung zur Governance: Wandel der Staatlichkeit?“, in: Handbuch Wissenschaftspolitik, hrsg. von Simon/Knie/Hornbostel, Wiesbaden 2010, 40.

5 Grande *et al.*, aaO. (Fn. 2), 23; Heinze/ Krücken (Hrsg.), Institutionelle Erneuerungsfähigkeit der Forschung, Wiesbaden 2012, 12.

6 So auch Puchta, Auf der Suche nach der richtigen Corporate Governance für ein Forschungszentrum: Das Beispiel Deutsches Krebsforschungszentrum (DKFZ), ZfB Sonderausgabe 1/2013, 104 f.; eine der wenigen Publikationen zur Steuerung der Helmholtz-Gemeinschaft: Helling-Moegen, Forschen nach Programm. Die programmorientierte Förderung in der Helmholtz-Gemeinschaft: Anatomie einer Reform, Marburg 2009, 112 ff. Der Beitrag von Hohn, Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, in: Handbuch

zelen Wissenschaftlers geprägt. Dies ist ohne Zweifel ein essentieller Aspekt der Wissenschaftsfreiheit. In einer systemischen Betrachtung geeigneter Formen von Governance für Wissenschaftseinrichtungen sollten aber auch andere Gesichtspunkte zum Tragen kommen. Kaum behandelt wird die im internationalen Wettbewerb zentrale Frage, unter welchen Governance-Formen Wissenschaftsfreiheit, Erkenntnisgewinn, Nachwuchsförderung und Wissenstransfer in der Gesellschaft effizient zur Wirksamkeit gebracht werden können.

Die nähere Auseinandersetzung mit den Governance-Strukturen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen<sup>7</sup> kann hier eine Erweiterung des Blickfeldes schaffen und neue Formen und Instrumente für die wissenschaftsadäquate Gestaltung von Wissenschaftseinrichtungen in privater Rechtsform erschließen. Mit den nachfolgenden Ausführungen soll dazu ein Beitrag geleistet werden. Dabei ist einleitend klarzustellen, dass mit der Wahl der Rechtsform zwar wichtige Rahmenbedingungen gesetzt werden, die Governance einer Einrichtung aber noch lange nicht ausreichend festgelegt ist.

## II. Vielfalt der Rechtsformen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen

Die funktionale und institutionelle Vielfältigkeit des deutschen Wissenschaftssystems ist eine unbedingt zu erhaltende Stärke.<sup>8</sup> Neben den Hochschulen und Universitäten, die das „Organisationszentrum des Wissenschaftssystems“ darstellen,<sup>9</sup> gibt es eine Vielzahl weiterer Wissenschaftseinrichtungen, die in unterschiedlichen Rechtsformen organisiert sind. Einer breiteren Öffentlichkeit sind als „big four“<sup>10</sup> die Max-Planck-Gesellschaft, die Fraunhofer Gesellschaft, die Zentren der Helmholtz-Gemeinschaft und der Leibniz-Gemeinschaft bekannt. Weitere Wissenschaftsinstitute befinden sich zum Beispiel unter dem Dach der Arbeitsgemeinschaft der industriellen Forschungseinrichtungen (AIF).

Während Universitäten und Hochschulen in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, werden viele außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in Pri-

vatrechtsformen betrieben. So sind die Max-Planck-Gesellschaft und die Fraunhofer Gesellschaft als eingetragene Vereine konstituiert. Von 18 Forschungseinrichtungen der Helmholtz-Gemeinschaft sind elf in privater Rechtsform (GmbH, e.V., Stiftung) organisiert, weitere fünf sind als Stiftungen des öffentlichen Rechts errichtet.

Die Gründe für die Rechtsformenwahl sind meist historischer Natur. Die älteste privatrechtliche Form außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen ist der eingetragene Verein. Der Verein als Zusammenschluss von einzelnen Personen zur mitgliedschaftlich-organisierten Einrichtung war die geeignete Rechtsform für die Gründung der Akademien. Er fand dann auch bei der Gründung anderer großer außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen, wie der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer Gesellschaft oder des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt (DLR) Anwendung. Hintergrund waren in diesen Fällen die Bestrebungen, neben staatlichen Geldgebern Privatpersonen und Unternehmen als Förderer zu gewinnen und in die Organisation zu integrieren.

In der Nachkriegszeit wurde vermehrt die Rechtsform der GmbH für die Neugründung von Forschungseinrichtungen genutzt. Zwischen 1956 und 1965 sind acht Großforschungseinrichtungen als GmbHs gegründet worden. In einigen Fällen waren Unternehmen als Gesellschafter beteiligt. Alle Gesellschaften verfolgen einen genauer beschriebenen Forschungszweck, der in den jeweiligen Satzungen festgehalten wurde. In den 60er Jahren hat man sich mit den unterschiedlichen privatrechtlichen Rechtsformen, die für Wissenschaftseinrichtungen in Betracht kommen, vertieft auseinandergesetzt. Das Gutachten von Cartellieri<sup>11</sup> aus dem Jahre 1969 kann aus heutiger Sicht als herausragende Governance-Studie für die außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen eingeordnet werden, die schon damals mit großem Weitblick die europäische und internationale Dimension aufgriff und rechtsvergleichende Strukturanalysen betrieb.

Neben der Rechtsform der GmbH wurden andere Rechtsformen wie die Stiftung des öffentlichen oder privaten Rechts eingesetzt. Nicht in allen Fällen lässt sich eine stringente Begründung für die jeweilige Rechts-

Wissenschaftspolitik, hrsg. von Simon/Knie/Hornbostel, Wiesbaden 2010, 457 ff. beschränkt sich auf forschungspolitische Aspekte und untersucht nicht näher die Governance Strukturen.

7 In diesem Aufsatz vorrangig der Helmholtz-Zentren.

8 So der *Wissenschaftsrat* in seinen Empfehlungen vom 12.7.2013, Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems, unter B. II, 26.

9 *Wissenschaftsrat*, aaO. (Fn. 8), B. IV, 28.

10 So *Horvath*, Strategie, Steuerung und Governance außeruniversitärer Forschungseinrichtungen, *ZfB Sonderausgabe* 1/2013, 15.

11 Gutachten „Die Großforschung und der Staat, Gutachten über die zweckmäßige rechtliche und organisatorische Ausgestaltung der Institutionen für die Großforschung“, erstattet von *Wolfgang Cartellieri*, Teil I (1967) und Teil II (1968), Gersbach & Sohn Verlag, München.

12 Vgl. *Meusel*, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 21.

formwahl finden.<sup>12</sup> Gelegentlich waren es einfache Überlegungen der Praktikabilität, die jeweils den Ausschlag gegeben haben. So ist für die Zentren der Helmholtz-Gemeinschaft nach heutigem Stand festzuhalten, dass sieben Zentren als GmbHs firmieren, drei Zentren als eingetragene Vereine, ein Zentrum als Stiftung bürgerlichen Rechts, fünf Zentren werden als Stiftungen öffentlichen Rechts geführt und ein Zentrum ist organisatorisch unter dem Dach der Max-Planck-Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesiedelt. Das frühere Forschungszentrum Karlsruhe, das auch als GmbH firmierte, wurde im Rahmen der Fusion mit der Universität Karlsruhe in eine Körperschaft öffentlichen Rechts überführt.

### III. Die Governance der Helmholtz-Zentren

Die rechtliche Selbstständigkeit der Helmholtz-Zentren wird sowohl von staatlicher Seite als auch von Seite der Zentren immer wieder betont und unterstrichen. Der Zusammenschluss der Zentren in der Helmholtz Gemeinschaft als eingetragener Verein hat diesbezüglich keine Änderungen herbeigeführt. Im Gegenteil: starke und selbständige Zentren sind gerade gewünscht und zeichnen diese Gemeinschaft aus.

Die Finanzierung der Zentren aus überwiegend öffentlichen Mitteln bedingt allerdings eine erhebliche staatliche Einflussnahme. Sie manifestiert sich einerseits durch die dominierende Stellung des Bundes und der jeweiligen Sitzländer in den Gremien (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat), andererseits durch die Anwendbarkeit vieler öffentlicher Normen, die durch interne Regelungen und finanzielle Bewilligungsbescheide auferlegt werden.

Für die Steuerung der Zentren hat sich über viele Jahre eine Grundstruktur entwickelt, die sich in den Satzungen und Gesellschaftsverträgen unabhängig von der konkreten Rechtsform übergreifend wiederfindet.<sup>13</sup> Es entspricht dem erklärten Willen der öffentlichen Gesellschafter, dass die Satzungen der verschiedenen Helmholtz-Zentren zumindest vergleichbar gestaltet sind. Jedoch kommt es wegen der unterschiedlichen Rechtsformen und der zum Teil sehr unterschiedlichen Zwecksetzung der Zentren ungewollt immer wieder zu Widersprüchen und Friktionen auf satzungsrechtlicher Ebene.

Die durch die Satzungen festgelegten Strukturen und Abläufe werden im Folgenden als satzungsrechtliche Governance bezeichnet. Daneben gibt es weitere Steue-

rungsprozesse. Da die Zentren wie erwähnt überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert sind, hat sich in der Praxis eine zweite Governance-Ebene in Form des Haushalts- und Zuwendungsrechts etabliert. Schließlich ist in den vergangenen Jahren eine dritte Steuerungsebene durch die programmorientierte Förderung der Helmholtz-Gemeinschaft aufgebaut worden, die eher die inhaltliche und wissenschaftspolitische Ausrichtung der Zentren betrifft.

Diese drei Governance-Ebenen können wie folgt näher beschrieben werden:

#### 1. Satzungsrechtliche Steuerung

Die legale Governance ist in dem jeweiligen, meist privatrechtlichen Gründungsdokument festgelegt (Gesellschaftsvertrag, Gründungssatzung, Stiftungsurkunde etc.). Die Organe sind in aller Regel ein Exekutivorgan, ein Aufsichtsorgan und ein wissenschaftliches Beratungsorgan. In den Aufsichtsorganen sind neben den Vertretern der Gesellschafter oder der staatlichen Mittelgeber in der Regel auch Wissenschaftler der Zentren<sup>14</sup> und externe Personen aus Wissenschaft und Wirtschaft vertreten. Letztere sollen nicht nur als fachkundige Aufsichtspersonen fungieren, sondern als „Stakeholder“, die Interessen anderer Bereiche in die Wissenschaftseinrichtungen einbringen. Das wissenschaftliche Beratungsorgan übernimmt in aller Regel die Funktion einer externen wissenschaftlichen Qualitätssicherung.

In diesen legalen Strukturen ist dem Grunde nach ein vollständiges und funktionierendes Governance-System angelegt, das den Anforderungen an eine privatrechtlich organisierte juristische Person völlig Genüge tut. Durch die externen Besetzungen der Aufsichts- und Beratungsgremien wird den besonderen Umständen einer öffentlich geförderten Wissenschaftseinrichtung Rechnung getragen.

#### 2. Haushalts- und zuwendungsrechtliche Steuerung

Die zweite Governance-Ebene ergibt sich aus den Finanzierungsbestimmungen. Alle Zentren haben ein von Bund und Ländern verabschiedetes Finanzstatut zu beachten, das sie verpflichtet, bestimmte Vorgaben für die Verwendung öffentlicher Mittel einzuhalten. Soweit ist das noch keine Besonderheit, sondern aus der politischen Verantwortung und Rechenschaftspflicht beim Einsatz öffentlicher Mittel begründet. Daneben hat sich aber im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Detailvorschriften angesammelt, die weitere Randbedingungen für die Mittelverwendung aufstellen, den Entscheidungsspiel-

<sup>13</sup> Siehe dazu auch *Meusel*, aaO. (Fn. 12), Rn. 111 ff.

<sup>14</sup> Auf diesen wichtigen Aspekt für die Konformität mit den Anforder-

derungen aus Art. 5 III Satz 1 GG wird weiter unten eingegangen: siehe unten V. 4.

raum einengen und umfangreiche Berichtspflichten auferlegen. Solche Vorschriften werden den Zentren über Bewilligungsbescheide und Einzelermächtigungen bzw. -verbote auferlegt und geben den öffentlichen Geldgebern weitgehende Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten. Begründet durch die Finanzierung gelten auch die Bundeshaushaltsordnung und das Haushaltsgrundsätzegesetz. Auf dieser Basis üben auch die Rechnungshöfe immer wieder ihren Einfluss auf die tatsächlichen Entscheidungen und das geschäftsmäßige Handeln der Forschungszentren aus, die neben den internen Revisionsabteilungen und den externen Wirtschaftsprüfern als weiteres Kontroll- und Prüfungsorgan fungieren.

In der Praxis treten nicht selten Konflikte zwischen den bisher beschriebenen Governance-Ebenen auf. Während auf der satzungsrechtlichen Ebene immer wieder „unternehmerisches Handeln“ der Zentren eingefordert wird, werden entsprechende Ansätze auf der zuwendungsrechtlichen Ebene in enge Schranken gewiesen und erheblich erschwert. Die notwendige Synchronisierung beider Ebenen erfolgt nur unzureichend.<sup>15</sup>

### 3. Inhaltliche Steuerung

Neben diesen zwei legalen und formalen Governance-Ebenen ist eine dritte zur inhaltlichen Steuerung innerhalb der Helmholtz Gemeinschaft etabliert worden. Unter der Bezeichnung „Programmorientierte Förderung“ werden die staatlichen Fördermittel zentrenübergreifend für die Bearbeitung strategischer Programme bereitgestellt.<sup>16</sup> Die Zentren leisten Beiträge zu den übergreifenden Programmen, die international evaluiert und entsprechend der Begutachtungsergebnisse finanziell ausgestattet werden. Dadurch sollen gezielt und unter Vorgabe staatlicher Rahmenbedingungen strategische Forschungsschwerpunkte geschaffen werden.<sup>17</sup> Über diese Förderung werden daher weitere Steuerungsimpulse auf die Zentren ausgeübt. Diese Steuerungsebene steht vom Grundansatz her in einem gewissen Spannungsverhältnis zur wissenschaftlichen Selbstverant-

wortung der Zentren.<sup>18</sup>

Beschreiben diese drei Ebenen im Wesentlichen die externe Governance der Helmholtz-Zentren, so ist die interne Governance, die die zentrumsinternen Prozesse der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung umfasst, noch weitaus differenzierter.<sup>19</sup> Leitlinie für die interne Governance waren in den 70iger Jahren sogenannte Rahmenordnungen, die die Grundprinzipien der Gruppenuniversität einheitlich in den Statuten der Forschungszentren abbilden wollten.<sup>20</sup> Diese Bestrebungen sind in den vergangenen 20 Jahren nicht weiter vertieft worden. Aus dieser Zeit finden sich allerdings bis heute in „alten“ Zentren entsprechende Elemente der Gruppenuniversität wieder.<sup>21</sup> Kennzeichnend für diese Elemente sind große Gremien, deren Wirkungsweise durch eine vergleichsweise geringe Gestaltungskraft, dagegen durch eine große Verhinderungsmacht charakterisiert ist. Die Verantwortlichkeit für Entscheidungen oder Nichtentscheidungen und deren Folgen lässt sich in solchen Organisationsstrukturen der wissenschaftlichen Selbstverwaltung nur schwer festmachen. In modernen und reformierten Zentren sind mittlerweile kleine und handlungsfähige Entscheidungsgremien etabliert worden, bei denen auch die Verantwortlichkeiten allokiert sind. Begleitet und beraten werden sie von wissenschaftlichen Beiräten und internen, mit Wissenschaftlern besetzten Meinungsbildungsgremien.<sup>22</sup>

Es gehört keine große Vorstellungskraft dazu, dass bei drei Ebenen der externen Governance und einer ggf. sehr komplexen internen Governance die Gefahr der Überbestimmung groß ist. Die privatrechtliche Organisationsform führt also nicht per se zu gestalterischer Handlungsfreiheit und Entscheidungsgeschwindigkeit. Weitere Herausforderungen bringen neue Organisationsmodelle mit sich, die in den vergangenen Jahren entstanden sind oder mit bestehenden Strukturen kombiniert wurden. Das ist z.B. bei der Verschmelzung universitärer und außeruniversitärer Strukturen der Fall, wie im Karlsruhe Institut für Technologie (KIT)<sup>23</sup> oder dem künftigen Berliner Institut für Gesundheit (BIG).<sup>24</sup> Dar-

15 In der Regel erfolgt sie durch partielle Personenidentität. Einzelne Vertreter der Ministerien in den Aufsichtsgremien stehen gleichzeitig in der zuwendungsrechtlichen Verantwortung für den Mitteleinsatz. Das führt zwingend zu Interessens- und Funktionskonflikten.

16 Näher dazu: Helmholtz-Gemeinschaft, „Die programmorientierte Förderung der Helmholtz-Gemeinschaft – Eine Leistungsbilanz“, August 2010, 2.

17 Siehe auch *Brade*, Strategisches Management in der außeruniversitären Forschung – Entwicklung einer Konzeption am Beispiel der Helmholtz-Gemeinschaft, 2005, 15 ff.

18 Näher dazu *Helling-Moegen*, aaO. (Fn. 6), 75 ff.

19 Zu den Begrifflichkeiten und dem Modell der externen und

internen Governance siehe *Jansen*, aaO. (Fn. 4), 43 ff.

20 Siehe dazu auch *Meusel*, aaO. (Fn. 12), Rn. 112.

21 Z.B. der sog. Wissenschaftlich-Technische Rat (WTR), der aus allen Institutsleitern und einer gleichen Zahl gewählter wissenschaftlicher Mitarbeiter besteht. In den Zentren, in denen er heute noch als Gremium besteht, hat er in der Regel beratende Funktion und keine zwingenden Mitbestimmungsrechte mehr.

22 Zur Umgestaltung der internen Governance eines Helmholtz-Zentrums siehe *Blum*, Neue Governance für Wissenschaftseinrichtungen, Wissenschaftsmanagement 2010, Heft 4, 20 ff.

23 KIT-Gesetz (KITG) vom 14. Juli 2009, GBl BaWü 2009, 317 ff.

24 Pressemitteilung 064/2013, BMBF 18. Juni 2013.

über hinaus sind neue Organisationsformen wie der Nationale Kohorte e. V., die Deutschen Zentren der Gesundheitsforschung oder internationale ESFRI-Einrichtungen (X-FEL oder FAIR) entstanden, die an bestehende Zentren angegliedert wurden. Auch im Hinblick auf die Governance dieser neuen Formen in ihrer Wechselwirkung mit den bestehenden „Altstrukturen“ stellen sich Fragen, die heute wohl nur unzureichend beantwortet werden können. Festzustellen ist eine Tendenz, die Lösung dieser Fragen unter dem Dach öffentlich-rechtlicher Organisationsformen zu suchen. Sowohl das KIT als auch das künftige BIG werden als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Ob auf diesem Weg die Governance-Fragen zufriedenstellend beantwortet werden können, wird die Zukunft dieser Institutionen zeigen.

#### IV. Privatrechtsform von Wissenschaftseinrichtungen und wissenschaftsadäquate Governance

In einer Art Zwischenfazit kann festgestellt werden, dass es de facto viele privatrechtlich organisierte Wissenschaftseinrichtungen im deutschen Wissenschaftssystem gibt und dass bei Neugründungen oder der Überführung von Kooperationen in eigene Rechtspersönlichkeiten gerne auf die bewährten Rechtsformen des Privatrechts zurückgegriffen wird. Es bestehen jedoch im Hinblick auf die Ausgestaltung dieser Rechtsformen erhebliche Unsicherheiten. Das betrifft sowohl die rechtlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit als auch die Etablierung einer geeigneten Governance zur bestmöglichen Verfolgung der wissenschaftlichen Aufgabenstellung der jeweiligen Organisation. Auch im Sinne der Entwicklung neuer Kooperationsformate und Verbundstrukturen auf nationaler und internationaler Ebene<sup>25</sup> wäre die vertiefte Bearbeitung dieser Fragestellungen eine lohnenswerte Aufgabe und von hoher praktischer Relevanz.

Die Vorteile der privatrechtlichen Organisationsformen von Wissenschaftseinrichtungen sind darin zu sehen, dass für aktuelle wissenschaftliche Fragestellungen schnell neue Einheiten ins Leben gerufen werden können, die auf die besondere Fragestellung zugeschnitten sind. Solche Einheiten haben eine dem Grunde nach

zeitlich begrenzte Existenzberechtigung und können in die Lage versetzt werden, mit den zur Verfügung gestellten Ressourcen ihre Ziele schnell und effizient zu verfolgen. Die mit dem Privatrecht verbundenen Prinzipien der „unternehmerischen“ Handlungsfreiheit auf der einen und der zivilrechtlich Verantwortlichkeit (Haftung) auf der anderen Seite wirken sich auch im Wissenschaftsbereich aus. Auf diese Weise wird die öffentliche Hand von eigenen Handlungszwängen entlastet und zugleich eine Risikobeschränkung erreicht. Von daher eignet sich die privatrechtliche Organisationsform besonders für missions- und aufgabengetriebene Forschungsaktivitäten sowie für den Betrieb großer Forschungsinfrastrukturen.

Es wird immer wieder kritisiert, dass sich die genannten Vorteile in der Praxis nicht realisieren lassen.<sup>26</sup> Eine „spektakuläre“ Schließung einer größeren Einrichtung hat in der Tat noch nicht stattgefunden. Das liegt u.a. wohl auch daran, dass auf der haushaltsrechtlichen Governance-Ebene viele Elemente des öffentlichen Bereichs eingeführt wurden, die eine Schließung extrem teuer und zum Teil unmöglich machen.<sup>27</sup> Exemplarisch sei nur auf die gemeinsamen Berufungen der leitenden Wissenschaftler mit den Universitäten hingewiesen. Ihre Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit haben jedoch viele Einrichtungen eindrucksvoll unter Beweis gestellt.<sup>28</sup> Die Governance der außeruniversitären Forschungseinrichtungen hat sich also bei allem Verbesserungsbedarf als funktionsfähig und effizient erwiesen.

In den vergangenen Jahren gab es zwei wichtige Impulse, die die eigenverantwortliche Handlungsweise und privatrechtlich ausgestaltete Governance der außeruniversitären Forschungseinrichtungen gestärkt haben: das Wissenschaftsfreiheitsgesetz, das im Rahmen der Umsetzung des Koalitionsvertrages für die 17. Legislaturperiode („Wissenschaftsfreiheitsinitiative“) am 12.12.2012 in Kraft getreten ist, und der Public Corporate Governance Kodex (PCGK), der in der aktuellen Fassung am 1. Juli 2009 von der Bundesregierung verabschiedet wurde.<sup>29</sup>

Das Wissenschaftsfreiheitsgesetz hat den außeruniversitären Forschungseinrichtungen auf der Governance-Ebene der haushalts- und zuwendungsrechtlichen Steuerung mehr Freiräume in Personal-, Finanz-

25 Diesen Bedarf unterstreicht auch der *Wissenschaftsrat*, aaO. (Fn. 8) unter C.V., 88 ff.

26 Zuletzt wieder *Mittelstrass*: Die Verhältnisse zum Tanzen bringen, FAZ vom 22.9.2014, 6.

27 Darauf weist auch schon *Meusel* hin, aaO. (Fn. 12), Rn. 21.

28 Beispiele: Eingliederung der GMD in die FhG 2001, Fusion Bessy – HMI 2007, Gründung von JARA 2007, Fusion der Universität Karlsruhe mit dem FZK zum KIT 2009, DESY – XFEL als internationale Erweiterung 2009, Vorhaben der Gründung des BIG

zwischen MDC und Charité 2013. Weitere Beispiele, wenngleich mit kritischem Unterton, bei *Hohn*, Handbuch für Wissenschaftspolitik (Fn.6), 469 ff.

29 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Information zum Thema Bundesvermögen, URL: [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs\\_und\\_Beteiligungs politik/Grundsaeetze\\_guter\\_Unternehmensfuehrung/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungs politik/Grundsaeetze_guter_Unternehmensfuehrung/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html) (22.10.2014).

und Bauangelegenheiten zugestanden: nach Maßgabe der jährlichen Haushaltsgesetze sind Betriebs- und Investitionsausgaben nun vollständig gegenseitig deckungsfähig und zugewiesene Mittel können über das laufende Wirtschafts-/Haushaltsjahr in Anspruch genommen werden (Globalhaushalt). Weiterhin wurde das Besserstellungsverbot gelockert, so dass aus nicht-öffentlich finanzierten Drittmittelgehältern gezahlt werden können, die marktgerecht sind. Die im Geltungsbereich des Gesetzes genannten Forschungseinrichtungen profitieren außerdem von einer Lockerung der Vorschriften für Beteiligungsvorhaben und können Baumaßnahmen mit einer Größe von 1 bis 5 Mio. € ohne Begleitung der staatlichen Bauverwaltung umsetzen, vorausgesetzt ein adäquates Controlling ist gewährleistet.<sup>30</sup>

Weniger Beachtung hat der PCGK gefunden. Er stellt eine Leitlinie für die Unternehmen dar, an denen der Bund mehrheitlich beteiligt ist. Nach dem Wortlaut des PCGK und nach dem erklärten Willen der Bundesregierung ist dieses Normenwerk auch auf die außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen anzuwenden, soweit sie als Kapitalgesellschaften organisiert sind.

Der PCGK stellt Leitlinien für die gute Unternehmensführung auf. Er orientiert sich an anderen Leitlinien zur „best practice“, die im privatwirtschaftlichen Sektor für Kapitalgesellschaften entwickelt wurden. Der Gestaltungsspielraum, den die jeweiligen gesetzlichen Grundlagen (Aktiengesetz, GmbH-Gesetz etc.) einräumen, wird konkretisiert, die Rollenbilder der handelnden Organe definiert und ihr Zusammenwirken im Rahmen der Unternehmung näher bestimmt. Im PCGK werden daher die Anforderungen an das privatrechtliche Auftreten der öffentlichen Hand ausformuliert, zumindest in Bezug auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Organe von Kapitalgesellschaften. Die betroffenen Unternehmen sind zur regelmäßigen Berichterstattung über die Einhaltung des PCGK verpflichtet.

Die Aufforderung der Bundesregierung, den PCGK auch in den als Kapitalgesellschaften organisierten Wissenschaftseinrichtungen umzusetzen, war Chance und Herausforderung zugleich, die Governance dieser Einrichtungen zu überprüfen und weiterzuentwickeln. Bislang ist diese Herausforderung allerdings nur unzureichend bewältigt worden. Wurde der PCGK zunächst im Wissenschaftsbereich gar nicht zur Kenntnis genommen, versuchte man später, als die Verankerung des PCGK in den Satzungen und die Erfüllung entsprechen-

der Berichtspflichten eingefordert wurden, schnell die formalen Anforderungen zu erfüllen ohne jedoch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Leitbild des PCGK und seine Anwendung im Wissenschaftsbereich zu wagen. Hier hat sich die bereits oben konstatierte Verunsicherung im Umgang mit der Privatrechtsform besonders deutlich gezeigt. Die Folge war, dass relativ undifferenziert die Berichtspflichten des PCGK in die Satzungen einiger Helmholtz Einrichtungen aufgenommen wurden, die keine Kapitalgesellschaften, ggf. nicht einmal privatrechtlich organisiert sind.<sup>31</sup> Bei anderen privatrechtlich organisierten Wissenschaftsorganisationen, wie der Max-Planck-Gesellschaft oder der Fraunhofer Gesellschaft, wurde das Thema dem Vernehmen nach überhaupt nicht diskutiert.

Die gründliche Auseinandersetzung mit dem PCGK, in dem das Rollenbild öffentlich-rechtlicher Gesellschafter in privatrechtlichen Gesellschaften idealtypisch dargestellt wird, wäre für den Wissenschaftsbereich eine Bereicherung. Dabei könnten einerseits die möglichen Gestaltungsfreiheiten bei der Gründung und Steuerung von privatrechtlichen Einrichtungen ausgelotet werden, die von der öffentlichen Hand ins Leben gerufen werden. Andererseits müssten spezifisch für Wissenschaftseinrichtungen die Gestaltungsanforderungen konkretisiert werden, die aus der Wissenschaftsfreiheit resultieren. Sie setzen den privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten Grenzen. In diesem Dialog ist zu konkretisieren, wie eine privatrechtliche Governance-Struktur mit den Anforderungen an einen freiheitlichen Wissenschaftsbetrieb, wie er von Art. 5 III Satz 1 GG gefordert wird, in Einklang gebracht werden kann.

## V. Zentrale Elemente der privatrechtlichen Governance von Wissenschaftseinrichtungen

Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich für diese Fragestellung einige Grundelemente ableiten. In dem Beschluss vom 20. Juli 2010 zum Hamburgischen Universitätsgesetz<sup>32</sup> hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die organisationsrechtlichen Anforderungen aus Art. 5 III Satz 1 GG weiterentwickelt. Sie beziehen sich im konkreten Fall auf die direkte gesetzgeberische Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Hochschulbereichs. Das Gericht gesteht der öffentlichen Hand eine große Gestaltungsfreiheit zu, die auch die privatrechtliche Ausgestaltung von Wissen-

30 Überblick auch bei *Horváth*, Strategie, Steuerung und Governance außeruniversitärer Forschungseinrichtungen, ZfB Sonderausgabe 1/2013, 17.

31 Z.B. Satzung des Helmholtz Zentrum Potsdam – Deutsches Geo-

Forschungszentrum GFZ, Stiftung des öffentlichen Rechts.

32 BVerfG, 1 BvR 748/06, Beschluss 20.7.2010; siehe dazu auch die zustimmenden Besprechungen von *Gärditz*, JZ 2011, 314 ff. und von *Hufen*, JuS 2011, 1052, kritisch *Sieweke*, DÖV 2011, 472 ff.

schaftseinrichtungen umfasst. Die Bindung an den organisationsrechtlichen Gehalt von Art. 5 III Satz 1 GG als wertentscheidender Grundsatznorm der Verfassung besteht für die öffentliche Hand aber auch im privatrechtlichen Bereich. Die wissenschaftsadäquate Ausgestaltung der Governance muss in jedem Fall gewährleistet sein. Es kann an dieser Stelle nicht im Einzelnen untersucht werden, in welcher Weise die für den Hochschulbereich geltenden Grundsätze auf privatrechtliche Wissenschaftseinrichtungen übertragbar sind und in wie weit sie den veränderten Rahmenbedingungen angepasst werden müssen. Hier sollen abschließend nur einige Elemente der privatrechtlichen Organisationsform angesprochen werden, die bei der wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung zentrale Bedeutung haben. Ihre Ausbalancierung ist entscheidend, um einerseits die unternehmerische Handlungsmöglichkeit der Organisation zur Geltung kommen zu lassen und andererseits die sich aus der Wissenschaftsfreiheit ergebenden Beteiligungsrechte der Wissenschaftler zu gewährleisten.

### 1. Das Exekutivorgan

Aufgaben- und missionsgetriebene Wissenschaftsorganisationen benötigen ein entscheidungs- und handlungsfähiges Exekutivorgan. Dieses Organ, in der Regel ein Kollegialorgan mit mehreren Mitgliedern, hat die Funktion, die Strategie der Organisation auszuarbeiten und umzusetzen. Daran werden die Mitglieder des Exekutivorgans gemessen und tragen für Erfolge und Misserfolge die Verantwortung. In den privatrechtlichen Organisationsformen können die Ausgestaltung der Handlungsfreiheit, das persönliche Risiko und die haftungsrechtliche Situation der handelnden Personen maßgeschneidert für die jeweilige Organisation ausgearbeitet werden.

Allerdings sollten auch innerhalb des Privatrechts die Charakteristiken der unterschiedlichen Rechtsformen beachtet werden. Nicht immer bietet z. B. die einfach zu realisierende Rechtsform des eingetragenen Vereins die geeignete Struktur für eine neue Wissenschaftsorganisation. Beim Verein ist der Vorstand von der Meinungsbildung der Vereinsmitglieder abhängig. Sind die Interessen der Mitglieder nicht homogen oder sogar gegenläufig, kann es zu lähmenden Konfliktlagen kommen. Es sollte daher gut überlegt werden, ob diese Rechtsform

für eher projektartige Forschungsvorhaben, bei denen Investitions- und Zeitpläne eingehalten werden müssen, wirklich geeignet sind.

### 2. Das Aufsichtsorgan

Einem handlungsfähigen Exekutivorgan sollte immer ein qualifiziertes Aufsichtsorgan zur Seite gestellt werden. Dabei ist zu beachten, dass sich das Verständnis von Aufsicht in öffentlich-rechtlich und privatrechtlich geprägten Organisationen grundlegend unterscheidet. Die klar definierten Rollen der Fach- und Rechtsaufsicht im öffentlich-rechtlichen Bereich sind mit dem modernen Rollenverständnis von Aufsichtsräten in privatrechtlichen Organisationen nicht kompatibel. Letzteres ist im PCGK anschaulich beschrieben. Die Rolle des Aufsichtsgremiums erschöpft sich eben nicht in einer Kontrollfunktion wie bei der Rechtsaufsicht, sondern sieht das Gremium in einer aktiven Verantwortung für die Entwicklung der Organisation, als moderierendes und ausgleichendes Element gegenüber dem im Tagesgeschäft gefangenen Exekutivorgan. Die Chancen, die sich mit diesem Rollenverständnis verbinden, sind den Vertretern der öffentlichen Gesellschafter in den privatrechtlichen Wissenschaftseinrichtungen nicht immer präsent.<sup>33</sup>

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, über eine entsprechende Besetzung des Aufsichtsgremiums auch ein Element der Mitbestimmung in die Governance-Struktur einzuführen, indem z.B. unabhängige oder aus der Organisation benannte Wissenschaftler als Aufsichtsratsmitglieder die Entscheidungen des Exekutivorgans überwachen.<sup>34</sup>

### 3. Beteiligung weiterer „Stakeholder“

Die Einbeziehung weiterer Interessensgruppen in die Beratungs- und Entscheidungsprozesse einer Wissenschaftseinrichtung, die in den Hochschulgesetzen z.B. durch die Etablierung von Hochschulräten Einzug gefunden hat, lässt sich in privatrechtlicher Form sehr einfach durch die Konstituierung von Beiräten oder Kuratorien erreichen. Ob das sinnvoll ist und solche Gremien einen Beitrag zur effektiven und effizienten Verfolgung der Mission leisten, muss im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Die Qualitätssicherung kann ggf. auch durch externe Evaluierungen erfolgen.

33 Über eine aktive Ausübung der Aufsichtsfunktion könnte z.B. die oben erwähnte zweite Governance-Ebene des Haushaltsrechts häufiger werden und die immer wieder auftretenden Unstimmigkeiten vermieden werden.

34 Von dieser Möglichkeit wird in vielen Wissenschaftseinrichtungen bereits Gebrauch gemacht.

#### 4. Beteiligung der betroffenen Wissenschaftler und Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit

Die zentrale Frage bei der privatrechtlichen Organisation ist, wie weit betroffene Wissenschaftler in die Entscheidungsprozesse einbezogen werden müssen und was wissenschaftlicher Selbstverwaltung in diesem Kontext sowohl in materieller als auch prozessualer Hinsicht bedeutet. Nach den Ausführungen des BVerfG im Beschluss zum Hamburgischen Universitätsgesetz ist entscheidend, dass ein „hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger“<sup>35</sup> gewährleistet ist. Ein starkes und entscheidungsbefugtes Leitungsorgan ist nicht von vorneherein durch die Wissenschaftsfreiheit ausgeschlossen. „Je stärker jedoch der Gesetzgeber das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, damit Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden.“<sup>36</sup> Es darf nach den Worten des BVerfG nicht zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit<sup>37</sup> kommen.

Eine im Sinne der Wissenschaftsfreiheit ausbalancierte Governance verlangt also nicht eine Beteiligung von Wissenschaftlern an allen Entscheidungen, schon gar nicht eine mehrheitliche Besetzung aller Entscheidungsorgane durch Wissenschaftler. Vielmehr muss ein ausgewogenes Gesamtgefüge<sup>38</sup> bestehen, das strukturell die Wissenschaftsfreiheit schützt. Um dies im Einzelfall zu beurteilen, müssen zutreffender Weise die Entscheidungsbefugnisse und -prozesse genau analysiert werden. Zwischen der Entscheidung selbst, der Mitbestimmung oder Mitwirkung bei dem Entscheidungsfindungsprozess und der Begleitung der Entscheidungsumsetzung sollte differenziert werden.<sup>39</sup> So dürfte es beispielsweise unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftsfreiheit nicht zu beanstanden sein, dass in der Helmholtz-Gemeinschaft die letzte Entscheidung über die Forschungsprogramme einem eher politisch besetzten Gremium zusteht, solange gewährleistet ist, dass der Prozess der Aufstellung und Evaluierung der Programme in der Hand der Wissenschaft liegt. Bei der Gestaltung der internen Governance gibt es durchaus verschiedene Optionen, eine angemessene strukturelle Beteiligung der

Wissenschaft zu gewährleisten, ohne die Entscheidungsbefugnisse und Verantwortlichkeiten des Exekutivorgans zu stark einzuschränken.<sup>40</sup> In formaler Hinsicht muss nicht jeder Entscheidungsprozess auf der Ebene der Satzung oder des Gesellschaftsvertrags festgeschrieben, sondern kann auch in Geschäftsordnungen verankert sein.

Auch inhaltlich müssen die Beteiligungserfordernisse der Wissenschaft konkretisiert werden. Nicht jede Entscheidung, die ein Exekutivorgan treffen muss, tangiert die Freiheit der wissenschaftlichen Arbeit. Für die Kernbereiche der Wissenschaftsfreiheit muss dagegen die Partizipation der Wissenschaft sichergestellt sein. Als solche können insbesondere bezeichnet werden:

- Die Festlegung der Forschungsinhalte, der wissenschaftlichen Vorgehensweise und der angewandten Methoden
- Die Entscheidung über die Veröffentlichung und Weitergabe von Forschungsergebnissen
- Die Beurteilung (Evaluation) von wissenschaftlichen Leistungen – auch und insbesondere, wenn die Beurteilung als Grundlage für Mittelzuweisungen dient.
- Die Auswahl der wissenschaftlichen Führungskräfte (Berufungsverfahren, Fachbereichsleitungen etc.)
- Die Auswahl und Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit wissenschaftlichen Kooperationspartnern
- Die wissenschaftsadäquate Ausgestaltung von Anreiz- und Belohnungssystemen
- Die Verteilung und Zuweisung von Forschungsmitteln (Partizipation in Form von Beteiligungs- und Kontrollrechten)

#### VI. Fazit

Die Privatrechtsform bietet eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten für Wissenschaftseinrichtungen. Es eröffnen sich neue Perspektiven für Kooperationen und Verbünde auf nationaler und internationaler Ebene. Insbesondere können dem jeweiligen Einrichtungszweck angepasste Governance-Strukturen entwickelt werden. Allerdings müssen die Grenzen konkretisiert werden, die sich in organisatorischer Hinsicht aus der Wissenschaftsfreiheit ergeben. Es bleibt zu wünschen,

35 BVerfG, aaO. (Fn. 32), amtlicher Leitsatz und Rz 92.

36 BVerfG, aaO. (Fn. 32), Rz 95.

37 Vgl. BVerfG, aaO. (Fn. 32), Rz 90; siehe auch BVerfG, 26.10.2004, 1 BvR 911/00, BVerfGE 111, 333 (335).

38 Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Beschluss zum Hamburgischen Hochschulgesetz auf das „hochschulorganisatori-

sche Gesamtgefüge“ ab (vgl. BVerfG, aaO. (Fn. 32), Rz 129).

39 So auch *Zechlin*, Was ist gute Hochschulgovernance?, Forschung & Lehre, Ausgabe 7/14, 550.

40 Vgl. *Puchta*, aaO. (Fn. 6), 109 ff, zur Einrichtung eines „Strategy Board“ 118; *Blum*, aaO. (Fn. 22), 22 ff.

dass sich Lehre und Praxis des Wissenschaftsrechts dieser Fragen annehmen. Die Ergebnisse würden dem deutschen Wissenschaftssystem insgesamt zugutekommen und es in seiner Diversität stärken.

Der Autor ist Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München.



# Andreas Schubert und Sarah Tarantino

## Hochschullehrer im Personalvertretungsrecht\*

### ÜBERSICHT

#### I. Einbeziehung des wissenschaftlichen Personals in die Personalvertretungsgesetze

1. Allgemeines zum Personalvertretungsrecht
2. Personalvertretungsrecht im Hochschulbereich
3. Die Regelungen der Länder im Überblick
4. Bundeswehrhochschulen

#### II. Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

1. Grundrechtlicher Schutz der Wissenschaftsfreiheit
  - a) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer
  - b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen
2. Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit durch das Personalvertretungsrecht
  - a) Personalvertretungsrecht als verfassungsimmanente Schranke?
  - b) Beteiligungsrechte der Personalvertretungen
    - aa) Personelle Beteiligungsrechte
    - bb) Soziale Beteiligungsrechte
    - cc) Wirtschaftliche und Organisatorische Beteiligungsrechte

#### III. Hochschullehrer in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen

1. Die aktuelle Rechtslage
  - a) Personelle Beteiligungsrechte
  - b) Soziale Beteiligungsrechte
  - c) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte
  - d) Der Wirtschaftsausschuss als Besonderheit im Personalvertretungsrecht
2. Sonderfälle
  - a) Bremen
  - b) Hamburg
  - c) BPersVG

#### IV. Fazit und Ausblick

Seit den achtziger Jahren ist die Stellung der Hochschullehrer in den Landespersonalvertretungsgesetzen nicht mehr tiefergehend diskutiert und aufgearbeitet worden.<sup>1</sup> Mit der Einführung von Wirtschaftsausschüssen u. a. im

Rahmen der Novellierung des Landespersonalvertretungsgesetzes in Baden-Württemberg,<sup>2</sup> ist es an der Zeit, die Stellung dieser Gruppe im Personalvertretungsrecht der Hochschulen erneut zu beleuchten, einen Überblick über die einzelnen Regelungen zu geben und verfassungsrechtlich bedenkliche Missstände aufzuzeigen.

Dieser Beitrag führt zunächst in die allgemeinen rechtlichen Strukturen der Personalvertretung im Hochschulbereich ein und gibt eine Übersicht über die einzelnen Regelungen im Hinblick auf die Stellung der Hochschullehrer.

Im zweiten Teil wird die Problematik zwischen Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit dargestellt und die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einzelner Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte gestellt.

Im dritten Teil werden die Regelungen der einzelnen Personalvertretungsgesetze im Hinblick auf die im zweiten Teil erörterten verfassungsrechtlichen Fragen untersucht.

### I. Einbeziehung des wissenschaftlichen Personals in die Personalvertretungsgesetze

#### 1. Allgemeines zum Personalvertretungsrecht

Die Befugnisse des für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zuständigen Personalrates richten sich für den öffentlichen Dienst des Bundes nach den Vorschriften des BPersVG und für den öffentlichen Dienst der Bundesländer nach den Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze. Der Bund hat gemäß Art. 73 Nr. 8 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf „die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen“. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG verleiht dem Bund zudem die Kompetenz im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung „die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Aus-

\* Wir danken Herrn *Fritz Pieper* für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Aufsatzes.

1 Vgl. beispielhaft die beiden Tagungsbände: Personalvertretungsrecht an Wissenschaftlichen Hochschulen unter Berücksichtigung der neuen Landespersonalvertretungsgesetze, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaft Materialien Nr.27, Essen (1986) sowie Personalvertretungsrecht an wissenschaftlichen Hochschulen,

Fortbildungsprogramm für die Wissenschaftsverwaltung Materialien Nr. 7, Essen (1982).

2 Gesetz zur Änderung des Landespersonalvertretungsgesetzes, des Landesrichter- und Staatsanwaltsgesetzes und anderer Vorschriften Gbl. 2013, 329; allgemein hierzu: *Kutzki*, Das neue Landespersonalvertretungsgesetz in Baden-Württemberg (LPVG BW 2014), öAT 2014, 71.

nahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ kraft Rechtsvorschrift zu regeln. Die diesbezüglich vom Bund verabschiedeten Regelungen finden sich in den §§ 94-109 BPersVG. Während die §§ 94-106 BPersVG Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder enthalten, stellen §§ 107-109 BPersVG unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften dar. Allerdings gelten die Vorschriften der §§ 94-109 BPersVG, welche auf der Fassung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F.<sup>3</sup> beruhen, nur noch gem. Art. 125a GG fort und die Länder können somit hiervon abweichende Regelungen treffen (vgl. Art. 125a Abs. 1 2 GG).<sup>4</sup> Dies gilt jedoch nicht für die Vorschrift des § 108 BPersVG. Von ihr dürfen die Länder nicht abweichen, da sie auf der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG beruht.<sup>5</sup>

Welches Personalvertretungsgesetz (Bund oder Land) im jeweiligen Fall anzuwenden ist, ist nach dem Träger der Dienststelle zu bestimmen, bei dem die Personalräte zu bilden sind.<sup>6</sup>

## 2. Personalvertretungsrecht im Hochschulbereich

Neben dem Verwaltungspersonal besteht das Personal einer Hochschule insbesondere aus der sie charakterisierenden Gruppe des wissenschaftlichen Personals. Diese lässt sich vornehmlich in Professoren, Juniorprofessoren und wissenschaftliche Mitarbeiter aufgliedern. Die meisten Personalvertretungsgesetze beschränken ihren Anwendungsbereich auf Teile des wissenschaftlichen Personals, zumindest die wissenschaftlichen Mitarbeiter. Für die ausgenommenen Beschäftigten bedeutet dies, dass ihnen weder das aktive noch das passive Wahlrecht hinsichtlich der in der Regel alle vier Jahre vom 1. März bis 31. Mai stattfindenden Personalratswahl<sup>7</sup> zusteht. Sie haben weder die Möglichkeit, über die Zusammensetzung des Personalrats zu bestimmen, noch sich selbst zur Wahl zu stellen und aktiv an der Personalratsarbeit zu beteiligen. Der Personalrat ist bei allen diese Beschäftigten betreffenden Belange nicht zuständig.

Für Personengruppen, welche zu Hochschulen nicht in einem Dienst-, Beamten- oder Angestelltenverhältnis stehen, sondern wie beispielsweise Lehrbeauftragte als

selbstständige Mitarbeiter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit dem Land<sup>8</sup> tätig werden, erscheint eine Herausnahme aus den Personalvertretungsgesetzen sinnvoll,<sup>9</sup> denn eine Eingliederung in die Dienststelle Hochschule ist in diesen Fällen nicht gegeben, so dass es auch an der Notwendigkeit einer Interessenvertretung durch den Personalrat an derselben fehlt.

Eine andere Ausgangslage besteht hingegen für die Hochschullehrer. Diese stellen eine tragende Säule und einen wesentlichen Bestandteil der Hochschulen dar und sind in die Verwaltungsabläufe derselben gänzlich integriert. Daher berühren die aus dem Personalvertretungsrecht resultierenden Befugnisse der Personalräte in vielen Bereichen zwangsläufig auch ihre Interessen. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Kompetenzen, welche dem Personalrat in Bezug auf die Universität als Ganzes zukommen. Denn hiervon sind die Hochschullehrer in gleicher Weise betroffen wie die anderen Personalgruppen.

## 3. Die Regelungen der Länder im Überblick

Die meisten Personalvertretungsgesetze finden auf Hochschullehrer<sup>10</sup> keine Anwendung.

§ 94 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Baden-Württemberg; Art 4 Abs. 4a PersVG Bayern iVm Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 BayHSchPG; § 3 Abs. 2 Nr. 1a PersVG Berlin; § 90 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Brandenburg; § 97 Abs. 1 PersVG Hessen; § 76 Abs. 1 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 105 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Niedersachsen; § 5 Abs. 4a PersVG Nordrhein-Westfalen; § 98 PersVG Rheinland-Pfalz; § 97 iVm § 4 PersVG Saarland; § 4 Abs. 4 Nr. 4 PersVG Sachsen; § 99 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt; § 77 Abs. 1 MBG Schleswig-Holstein; § 88 Nr. 1 PersVG Thüringen

Selten bestehen für das übrige wissenschaftliche Personal, insbesondere die wissenschaftlichen Mitarbeiter, eigene Personalräte.

§ 90 Abs. 2 bis 6 PersVG Brandenburg; § 76 Abs. 2 PersVG Mecklenburg-Vorpommern

3 Aufgehoben durch Gesetz vom 28.8.2006, BGBl. I 2034.

4 HM vgl. mwN.: Richardi/Dörner/Weber/Kersten, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. (2012), § 94, Rn. 5.

5 Richardi/Dörner/Weber/Kersten, aaO. (Fn. 4), § 108, Rn. 4; Altvater, Die Entwicklung der Landespersonalvertretungsgesetze im Jahr 2006, PersR 2007, 279, 280; a.A. Biermann/Kammradt, Föderalismusreform in Kraft, PersR 2006, 444, 446.

6 Vgl. § 12 BPersVG sowie beispielhaft § 14 Abs. 1 LPVG BW.

7 Vgl. § 27 Abs. 1 BPersVG. Näheres regeln die einzelnen Wahlordnungen der Länder.

8 Vgl. etwa für Baden-Württemberg § 56 Abs. 1 Landeshochschulgesetz BW; vgl. hierzu allgemein Hartmer/Detmer/Götting/Leuze, Hochschulrecht, Kap. XIII, Rn. 143 ff sowie Hartmer, Struktur des wissenschaftlichen Personals an Universitäten, Forschung&Lehre 10/10, 712.

9 Die Herausnahme dieser Gruppe ist in § 94 Abs. 1 LPVG BW explizit geregelt.

10 Zu den Hochschullehrern gehören gem. § 42 Hochschulrahmengesetz Professoren und Juniorprofessoren. Baden-Württemberg erfasst in § 44 Abs. 1 Nr. 1 LHG BW zudem Hochschuldozenten.

Die beiden „Hansestadtstaaten“ Bremen und Hamburg gehen im Personalvertretungsrecht hinsichtlich der Hochschullehrer einen eigenen Weg: Das Personalvertretungsgesetz Bremen verzichtet vollständig auf eine eigenständige Regelung hinsichtlich des Bereichs der Hochschulen. In Hamburg wählt das wissenschaftliche Personal bei der Universität und dem Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf einen eigenen Personalrat. Gem. § 12 Abs. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz nehmen Professoren die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft, Forschung und Lehre selbstständig wahr und gehören somit zum wissenschaftlichen Personal. Folglich fallen sie in den Geltungsbereich des Hamburgischen Landespersonalvertretungsrechts.

#### 4. Bundeswehrhochschulen

Zur deutschen Hochschullandschaft gehören auch die Universität der Bundeswehr München und die Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr Hamburg.<sup>11</sup>

Nach § 1 Abs. 1 S. 3 der Rahmenbestimmung für Struktur und Organisation der Universität der Bundeswehr München sowie § 1 Abs. 1 S. 1 der Rahmenbedingungen für Struktur und Organisation der Universität der Bundeswehr Hamburg ist die Bundesrepublik Träger dieser beiden Hochschulen. Für sie gilt das BPersVG. Die Hochschullehrer und das sonstige wissenschaftliche Personal sind gem. § 4 BPersVG zunächst nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen und werden als „Beschäftigte“ definiert. Für sie gelten die allgemeinen Bestimmungen über Wahl, Zusammensetzung, Aufgaben und Beteiligung des Personalrats. Allerdings mit einer Ausnahme: § 77 Abs. 1 BPersVG bestimmt, dass bei Beschäftigten mit überwiegend wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit der Personalrat nach §§ 75 Abs. 1 und 76 Abs. 1 BPersVG nur mitbestimmt, wenn sie es beantragen.<sup>12</sup> Dabei handelt es sich um die Personalangelegenheiten von Arbeitnehmern (§ 75 Abs. 1 BPersVG) bzw. Beamten (§ 76 Abs. 1 BPersVG). Die Beteiligung des Personalrats bei sozialen und innerdienstlichen Angelegenheiten des wissenschaftlichen Personals bleibt dagegen unberührt.

11 Allgemein zu den Bundeswehrhochschulen: Weise, Die Hochschulen der Bundeswehr als Körperschaften des öffentlichen Rechts, WissR 1978, 244.

12 Hierzu Otto, Personalvertretungsrechtlicher Tendenzschutz contra kollektiven Sozialschutz, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, (1983), 529, 534 ff.

13 BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 424/71, BVerfGE 35, 79.

14 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

15 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

16 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

17 Dreier/Britz, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2013), Band I, Art. 5 Abs. 3 Rn. 23.

## II. Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

### 1. Grundrechtlicher Schutz der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG sichert die freie Ausübung von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Schutzgut dieser drei – unter dem Oberbegriff „Wissenschaftsfreiheit“ zusammengefasst<sup>13</sup> – Grundrechte ist zum einen die individuelle Garantie der freien wissenschaftlichen Betätigung und zum anderen die „Funktionsfähigkeit der Institution „freie Wissenschaft“ als solche.“<sup>14</sup> Als Abwehrrecht schützt Art. 5 Abs. 3 GG in erster Linie vor „staatlicher Fremdbestimmung“ in einem „freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung“.<sup>15</sup> Die wissenschaftliche Betätigung soll bezüglich Fragestellung, Methodik wie auch Deutung, Bewertung und Veröffentlichung der Ergebnisse frei sein.<sup>16</sup> Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch negativ. Niemand kann verpflichtet werden, bestimmten Forschungs- und Lehrrichtungen nachzugehen.<sup>17</sup>

Die Wissenschaftsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Begrenzungen erwachsen ihr somit einzig durch die Verfassung selbst (verfassungsimmanente Schranken).<sup>18</sup>

#### a) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer

Eine Schlüsselfunktion für die Wissenschaftsfreiheit kommt den Wissenschaftlern an Hochschulen, insbesondere den Hochschullehrern, zu. „Kern der Wissenschaftsfreiheit ist für Hochschullehrer das Recht, ihr Fach in *Forschung und Lehre* zu vertreten“.<sup>19</sup> Sie können ihre Forschungsvorhaben bezüglich Fragestellung, Methodik wie auch Deutung und Bewertung der Ergebnisse frei durchführen und publizieren. Hinzu kommt die Freiheit, Gegenstand, Form, Inhalt, Methode und Material für Lehrveranstaltungen nach eigenem Gutdünken zu wählen.<sup>20</sup> Beeinträchtigt wird die Wissenschaftsfreiheit durch jede obrigkeitliche direkte Steuerung.<sup>21</sup> Auch hochschulinterne Politik kann so zu einer Beeinträchtigung von Art. 5 Abs. 3 GG führen.<sup>22</sup> Maßstab muss bei hochschulinternen Entscheidungsprozessen

18 Dreier/Britz, aaO. (Fn. 17), Rn. 33.

19 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

20 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

21 Vgl Dreier/Pernice, Grundgesetz Kommentar, aaO. (Fn. 17), Art. 5 Abs. 3, Rn. 32.

22 Vgl Blankenagel, Partizipation von Wissenschaftlern in der Wissenschaftspolitik, KritV 1989, 247, 256 ff; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3, Rn. 413, welcher beispielhaft von der Universität eingesetzte Kommissionen und deren Entscheidungen aufführt.

sen stets Art. 5 Abs. 3 GG sein. Das BVerfG hat deutlich gemacht, dass der Hochschullehrer in der Ausübung des Kernbereichs des Art. 5 Abs. 3 GG<sup>23</sup> zwar frei sein muss.<sup>24</sup> Allerdings kann die freie *Lehre* aufgrund des Umstandes, dass verfassungsrechtlich eben nur das „Gebot der wissenschaftlichen, d.h. inhaltlich auf eigener Forschungstätigkeit beruhenden Lehre“,<sup>25</sup> vorausgesetzt ist, auch Einschränkungen, wie beispielsweise durch die „institutionelle Ausbildungsaufgabe der Universität“, erfahren.<sup>26</sup>

#### b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen

Hochschulen kommt in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 GG eine Doppelfunktion zu. Durch sie kommt der Staat seiner verfassungsmäßigen Pflicht nach, die Ausübung freier Wissenschaft zu gewährleisten.<sup>27</sup> Daneben sind sie selbst Träger des Grundrechts. Damit gehören Hochschulen zu der „Ausnahmetrias“ der grundrechtsberechtigten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Grundsätzlich können juristische Personen des öffentlichen Rechts bei der Ausübung ihrer öffentlichen Aufgaben keinen Grundrechtsschutz gegenüber dem Staat einfordern.<sup>28</sup> Hochschulen (wie auch Kirchen und Rundfunkanstalten) erfüllen jedoch nicht nur als „verlängerter Arm“ des Staates einen staatlichen Auftrag: Sie sind unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet und damit als staatsferne Einrichtungen anzusehen, die selbst *originäre Grundrechtsträger* sind.<sup>29</sup> Daraus folgt, dass sie sich selbst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können und der Staat verpflichtet ist, ihre freie wissenschaftliche Betätigung zu schützen. Gleichzeitig bleiben sie als staatliche Einrichtungen Adressaten der Grundrechte.

Die Hochschulen bieten Wissenschaftlern eine Plattform, um zu forschen und zu lehren. Wie diese Plattform organisatorisch ausgestaltet ist und wer davon auf welche Art und Weise profitieren darf, ist Teil der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule.<sup>30</sup> Zu dieser gehört die freie Entscheidung über organisatorische Angelegenheiten und insbesondere wissenschaftliche Personalangelegenheiten. Durch spezielle Personalentscheidungen und die wohlüberlegte Auswahl ihres wissenschaftlichen Per-

sonals können Hochschulen auf diese Weise ihr eigenes Forschungs- und Lehrprofil schaffen.

#### 2. Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit durch das Personalvertretungsrecht

##### a) Personalvertretungsrecht als verfassungsimmanente Schranke?

Die vorbehaltlose Gewährung der Wissenschaftsfreiheit führt dazu, dass sie nur durch andere Grundrechte oder Rechte mit Verfassungsrang eingeschränkt werden kann. Das Personalvertretungsrecht kann sich zwar auf das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG sowie die Grundrechte der Arbeitnehmer stützen.<sup>31</sup> Das Grundgesetz gebietet aber nicht, Personalvertretungen zu schaffen – der Gesetzgeber könnte den Grundrechten der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes auch auf andere Weise Geltung verschaffen.<sup>32</sup> Bei den Personalvertretungsgesetzen handelt es sich folglich nicht um Regelungen, die auf einer verfassungsimmanenten Schranke beruhen und deshalb die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer und der Hochschulen begrenzen können. Nur wo das Personalvertretungsrecht dem Schutz der Grundrechte der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes dient, ist es dazu in der Lage.

##### b) Beteiligungsrechte der Personalvertretungen

Von einer Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit kann dann gesprochen werden, wenn das Personalvertretungsrecht durch die Beteiligungsrechte des Personalrats die Grundrechtsträger tatsächlich in ihren freien Entscheidungen bezüglich der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit, beispielsweise durch Kontrolle oder Steuerung der wissenschaftlichen Tätigkeit, einschränkt.<sup>33</sup> Dabei muss zwischen den unterschiedlichen Beteiligungsmöglichkeiten unterschieden werden.

Ein schwaches Beteiligungsrecht, wie das *Informationsrecht* stellt noch keine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit dar.<sup>34</sup> Der Hochschule steht es frei, die geplante Maßnahme durchzuführen, ohne dass der Personalrat diese als Informationsempfänger beeinflussen könnte.

23 Vgl. Dreier/*Pernice*, aaO. (Fn. 17).

24 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

25 So Maunz/Dürig/*Scholz*, Grundgesetz Kommentar, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 5 Abs. 3, Rn. 173.

26 So Maunz/Dürig/*Scholz*, aaO. (Fn. 25).

27 BVerfG 29.05.1973, aaO. (Fn. 14).

28 BVerfG 2.5.1967, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362.

29 BVerfG 16.1.1963, 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256, 262.

30 Hartmer/Detmer/*Kempfen*, aaO. (Fn. 8), 10; Hartmer/Detmer/*Löwisch/Wertheimer*, aaO. (Fn. 8), 511.

31 BVerfG 26.5.1970, 2 BvR 311/67, BVerfGE 28, 314, 323 und

27.3.1979, 2 BvL 2/77, BVerfGE 51, 43, 58; ausführlich *Löwisch/Kaiser*, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlichen Bühnenunternehmen, 1996, 41 f, weiterführende Nachweise hierzu dort v.a. unter Fn 16.

32 BVerfG 26.5.1970 aaO. (Fn. 31); vgl. auch *Ossenbühl*, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, 35, der die Einführung der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst als „politische Entscheidung des Gesetzgebers“ bezeichnet.

33 Vgl. Dreier/*Pernice*, aaO. (Fn. 21), Rn. 32.

34 So zur Pressefreiheit BVerfG 6.11.1979, 1 BvR 81/76, AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972.

Differenzierter müssen *Anhörungs- und Beratungsrechte* beurteilt werden. Zwar ist auch bei diesen Beteiligungsrechten die Hochschulleitung nicht gehindert, die Maßnahme nach ihren Vorstellungen durchzuführen. Jedoch liegt der Sinn und Zweck von Anhörungs- und Beratungsrechten gerade darin, Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers zu nehmen. Dies geht bei nicht wissenschaftsbezogenen Einwendungen des Personalrats noch an, nicht aber bei wissenschaftsbezogenen Einwendungen.<sup>35</sup> Denn die Beurteilung der wissenschaftsrelevanten Gesichtspunkte einer Maßnahme ist allein Sache der Träger der Wissenschaftsfreiheit selbst. Steht dem Personalrat eine Beteiligung im Sinne eines Anhörungs- und Beratungsrechts zu, so muss er auf die Geltendmachung von wissenschaftsbezogenen Gesichtspunkten verzichten.<sup>36</sup>

Dies gilt ebenso für die *Mitwirkung*<sup>37</sup> und die *eingeschränkte Mitbestimmung*<sup>38</sup> des Personalrats. Bei der Mitwirkung soll die Erörterung der Entscheidung mit dem Ziel einer Verständigung geschehen. Kommt es zu keiner Einigung kann der Personalrat die übergeordnete Dienststelle, bei der eine Stufenvertretung besteht, einschalten. Diese erörtert die Frage mit der Stufenvertretung und trifft eine Entscheidung. Die Einigungsstelle kann nicht angerufen werden. Aufgrund seiner eingeschränkten Kompetenz scheidet eine Anrufung der obersten Dienstbehörde durch den Personalrat wegen wissenschaftlicher Differenzen aus.

Bei der eingeschränkten Mitbestimmung kann die Entscheidung nicht ohne die Zustimmung des Personalrats getroffen werden. Bei einer Nichteinigung kann die Einigungsstelle angerufen werden. In den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung hat die Einigungsstelle nur die Befugnis, Empfehlungen auszusprechen, denen die Hochschulleitung nicht folgen muss.<sup>39</sup> Besteht eine Nichteinigung bezüglich wissenschaftlicher Gesichtspunkten ist eine Einberufung der Einigungsstelle jedoch nicht möglich – über solche Aspekte dürfen eben nur die Träger der Wissenschaftsfreiheit entscheiden.

Bei *vollen Mitbestimmungsrechten* des Personalrats besteht kein Letztentscheidungsrecht der Hochschule mehr, denn ohne Zustimmung des Personalrats gibt es

keine Entscheidung. Diese Mitbestimmungsvariante stellt erst recht einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG dar, wenn sie wissenschaftsbezogenen Themen betrifft.

Daran kann auch ein *Evokationsrecht* der obersten Dienstbehörde<sup>40</sup> oder der Landesregierungen<sup>41</sup> nichts ändern. Zwar kann die oberste Dienstbehörde oder die Landesregierung in diesen Fällen den Beschluss der Einigungsstelle aufheben und schlussendlich selbst entscheiden. Das Verfahren ist jedoch zeitintensiv: Beraten Hochschulleitung und Personalrat über ein Thema mit Wissenschaftsbezug ohne Ergebnis, wird die Einigungsstelle angerufen. Diese muss sodann eine Entscheidung fällen, mit welcher die Hochschulleitung nicht einverstanden ist. In diesem Fall schaltet sie die oberste Dienstbehörde bzw. die Landesregierung ein, welche die Entscheidung dann an sich ziehen kann. Im schlechtesten Fall können Monate bis zu einer endgültigen Entscheidung vergehen. Auch solche Verzögerungen stellen einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Grundrechtsträger dar.<sup>42</sup>

#### aa) Personelle Beteiligungsrechte

Die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der wissenschaftlichen Betätigung führt dazu, dass dem Personalrat bei der Berufung und der Beschäftigung von Hochschullehrern und auch sonstigen Entscheidungen, die Forschung und Lehre betreffen, keine Kompetenzen zustehen dürfen.

Forschung und Lehre betreffen auch die personellen Angelegenheiten der wissenschaftlichen Mitarbeiter. Die Auswahl und Kündigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters gehört als „wissenschaftsrelevante Angelegenheit“<sup>43</sup> zur grundrechtlich geschützten Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer. Um seine Forschung sinnvoll durchzuführen, steht es dem Hochschullehrer zu, über Einsatz, Benutzung und Verwendung sachlicher und personeller Mittel unter wissenschaftlichen Aspekten allein zu entscheiden.<sup>44</sup> Der Hochschullehrer muss sich aufgrund dessen Qualifikation für einen bestimmten Mitarbeiter entscheiden können. Die Einstellung oder Kündigung muss allerdings auf wissenschaftlichen Gründen beruhen. Ist diese Voraussetzung gegeben, darf

35 BVerfG 6.11.1979, aaO. (Fn. 34); Wehrisch, Die Beteiligungsrechte der Personalvertretung bei der Einstellung und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern an Universitäten, (2003), 73 ff.

36 Pelzner, Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung. Tendenzschutz in den Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder in: Festschrift für Rudolf Gmür (1983), 345, 350 f.

37 Dazu Wehrisch, aaO. (Fn. 35); MüArbR/Germelmann, § 277 Rn. 6 ff.

38 Dazu MüArbR/Germelmann, aaO. (Fn. 39), Rn. 12.

39 Dazu BVerfG 25.5.1995, 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 ff.

40 Beispielsweise § 71 Abs. 5 PersVG Hessen; § 75 Abs. 6 PersVG Rh-Pf.

41 Beispielsweise § 66 Abs. 7 iVm § 68 PersVG NRW; § 74 Abs. 2 PersVG BW.

42 Wehrisch, aaO. (Fn. 35), 80 ff.

43 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13); vgl. Buchner, Beteiligung der Personalvertretung im Personalbereich der Hochschulen, in: Personalvertretungsrecht an Wissenschaftlichen Hochschulen unter Berücksichtigung der neuen Landespersonalvertretungsgesetze, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaft Materialien Nr. 27, Essen (1986), 125, 146.

44 Ausführlich: Wehrisch, aaO. (Fn. 35), 34 ff.

es keine Beteiligungsrechte geben, die auf eine Beeinflussung der Personalentscheidung des Hochschullehrers abzielen. Folglich darf die Personalratsbeteiligung nicht auf eine wissenschaftliche Bewertung der Entscheidung des Hochschullehrers hinauslaufen. Die Beteiligung kann sich nur auf nicht wissenschaftsrelevante Fragen der Einstellung oder Kündigung beziehen.<sup>45</sup> Ansonsten liegt ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers vor.

Am Vorliegen eines Eingriffs ändert sich auch nichts, wenn die Beteiligung des Personalrats nur *auf Antrag* des betroffenen wissenschaftlichen Mitarbeiters erfolgt oder ein Personalrat beteiligt wird, der selbst nur *aus wissenschaftlichem Personal* besteht.

Bei der Beteiligung auf Antrag werden zwar die Interessen des wissenschaftlichen Mitarbeiters geschützt,<sup>46</sup> diese müssen aber hinter den Schutz der Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers zurücktreten. Diese ist bei einer solchen Regelung genauso tangiert, wie bei einer allgemeinen Personalratsbeteiligung.<sup>47</sup>

Praktisch wird die Mitbestimmung auf Antrag ohnehin nur bei der Kündigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters. Denn dieser wird gegen eine Einstellung im Regelfall nichts einzuwenden haben. Dies führt jedoch dazu, dass die Mitbestimmung auf Antrag zu einem Instrument wird, das lediglich dem wissenschaftlichen Mitarbeiter dient und die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ins Leere laufen lässt.<sup>48</sup>

Auch eine Beteiligung von Personalvertretungen, die aus wissenschaftlichen Mitarbeitern besteht, ändert nichts an dem Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit. Diese Personalvertretungen verfügten prinzipiell zwar über die wissenschaftliche Kompetenz zur Beurteilung von Entscheidungen der Hochschullehrer. Dass eine fachliche Kompetenz der Personalvertretung besteht, ändert nichts daran, dass nach Art. 5 Abs. 3 GG die Entscheidung über das wissenschaftliche Personal bei den Hochschullehrern liegt. Deren Freiheit würde ausgehöhlt, ließe man eine Mitbestimmung eines wissenschaftlichen Personalrats zu.

Folglich müssen personelle Angelegenheiten von wissenschaftlichen Mitarbeitern aus dem Anwendungsbereich der PersVG herausgenommen werden, da sonst ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer vorliegt.

#### bb) Soziale Beteiligungsrechte

Die Wissenschaftsfreiheit muss auch bei den sozialen Angelegenheiten einer Hochschule beachtet werden. Wegen Art. 5 Abs. 3 GG kann der Personalrat nicht hinsichtlich sozialer Angelegenheiten der Hochschullehrer mitwirken.

Ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer kann aber auch in Fällen gegeben sein, in welchen der Personalrat bei Arbeitszeitregelungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter mitzubestimmen hat.<sup>49</sup> Denn hiermit können beispielsweise Forschungsvorhaben, die langwierige Versuchsreihen beinhalten und somit einen hohen Personalaufwand in zeitlicher Hinsicht erfordern, kollidieren.<sup>50</sup> Zwar darf der Schutzzweck der Beteiligung in Arbeitszeitangelegenheiten<sup>51</sup> nicht unterlaufen werden, gleichwohl muss eine Beteiligung diesbezüglich in Forschungsangelegenheiten zurücktreten, sofern sie den Hochschullehrer in seiner, die Versuchsreihe betreffenden Planung beeinträchtigt.

Sind solche Versuche oder Forschungen langfristig geplant, ist eine Beteiligung des Personalrats bezüglich der Arbeitszeitregelung des benötigten wissenschaftlichen Personals unproblematisch. Solange sich die Einwendungen des Personalrats auf nichtwissenschaftliche Aspekte des Arbeitseinsatzes beziehen, kann die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ausreichend durchgesetzt werden. Anders bei kurzfristigen und unvorhergesehenen Versuchen und Forschungsprojekten: Entsteht der Personalaufwand plötzlich und kann das Vorhaben nicht zeitlich verschoben werden, könnte eine unumgängliche Personalratsbeteiligung das Vorhaben scheitern lassen. Damit bestünde ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG.

45 Dies gilt dem BVerwG zufolge bereits für die Bestellung von studentischen Tutoren, BVerwG 18.3.1981, 6 P 17/79, PersV 1982, 280, 284 sowie der hierzu erfolgte Beschluss des BVerfG 24.3.1982, 1 BvR 941/81, PersV 1982, 284, unklar ist dieser jedoch hinsichtlich der Tatsache, dass er die Frage, ob die Auswahl von Tutoren Wissenschaftsrelevanz aufweist dahinstehen lässt.

46 So auch schon *Wahsner*, Zur Mitwirkung des Personalrats einer Universität bei der Einstellung und Entlassung wissenschaftlicher Mitarbeiter. Am Beispiel der Personalvertretungsgesetze der Länder Niedersachsen und Bremen in: *Recht im Amt* 1978, 141–147, 167–172; ebenso *Pelzner*, aaO. (Fn. 36), 345, 351 f.

47 *Richardi*, Wissenschaftsfreiheit und personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsordnung in: *Personalvertretungsrecht an*

wissenschaftlichen Hochschulen, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaftsverwaltung Materialien Nr. 7 (1982), 34 ff.

48 So auch *Pelzner*, aaO. (Fn. 36); *Walldorf*, Der Personalrat in der Universität, PersV 1980, 182, 188; in dieselbe Richtung tendierend *Buchner*, aaO. (Fn. 43), 147 f.

49 Vgl. beispielhaft das in § 70 Abs. 2 Nr. 1–3 LPersVG BW geregelte Mitbestimmungsrecht.

50 Beispiel von *Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer*, aaO. (Fn. 8), Rn. 364.

51 Hierzu *Richardi/Dörner/Weber/Kaiser*, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. (2012), § 75, Rn. 231 ff.

cc) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte

Die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer kann auch durch Mitbestimmungsrechte des Personalrats hinsichtlich wirtschaftlicher und organisatorischer<sup>52</sup> Angelegenheiten betroffen sein. So können Raumbedarfsplanungen<sup>53</sup> oder Bauprojekte<sup>54</sup> einen Einfluss auf die wissenschaftliche Tätigkeit von Hochschullehrern haben, indem beispielsweise über die Größe oder Anzahl von Lehrstühlen, Laboren, Forschungsplätzen oder Bibliotheken entschieden wird. Auch im organisatorischen Bereich existieren solche Maßnahmen, wie beispielsweise die Gestaltung der Arbeitsplätze, Maßnahmen zur Erhöhung der Arbeitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs, Fort- und Weiterbildungsangebote, oder die Einführung von neuen Arbeitsmethoden.<sup>55</sup> Dies ist unproblematisch, solange dem Personalrat kein Einfluss auf Bereiche gestattet ist, die die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer betreffen. Auswirkungen auf die freie Forschungs- und Lehrtätigkeit der Hochschullehrer müssen vermieden werden.

### III. Hochschullehrer in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen

1. Die aktuelle Rechtslage

a) Personelle Beteiligungsrechte

Die Personalvertretungsgesetze der meisten Bundesländer und das Bundespersonalvertretungsgesetz nehmen die Hochschullehrer gänzlich vom Anwendungsbereich aus.<sup>56</sup> Eine unmittelbare Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit ist somit ausgeschlossen. Eine Beeinträchtigung besteht jedoch, wenn die Hochschullehrer bei der Auswahl ihres wissenschaftlichen Personals, insbesondere ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiter, eingeschränkt werden.

aa) Für die wissenschaftlichen Mitarbeiter besteht teilweise die Möglichkeit, den Personalrat bei personellen Angelegenheiten auf Antrag einzuschalten:

§ 94 Abs. 3 PersVG BW; § 81 S. 1, 2 LPersVG Rh-Pf; § 82 LPersVG Sachsen; § 68 Abs. 3 LPersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 81 Abs. 2a PersVG Saarland; § 82 Abs. 1 PersVG Sachsen; § 88 Nr. 4 PersVG Thüringen für wissenschaftliche Mitarbeiter, die ganz oder teilweise aus Drittmitteln bezahlt werden

bb) Es existieren auch eigene Personalräte für das wissenschaftliche Personal:

§ 90 Abs. 2 bis 6 PersVG Brandenburg; § 76 Abs. 2 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 105 Abs. 1 PersVG Niedersachsen; § 97 PersVG Saarland; § 77 Abs. 2 MBG Schleswig-Holstein

cc) Vereinzelt tritt anstelle der Mitbestimmung die Mitwirkung bei Angelegenheiten der wissenschaftlichen Mitarbeiter:

§ 94 Abs. 3 PersVG BW (in Verbindung mit Antragserfordernis); § 89 Abs. 1 PersVG Berlin

dd) Der Personalrat kann auch alle Befugnisse in Bezug auf wissenschaftliche Mitarbeiter haben:

§ 99 Abs. 2 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt bezieht sich nur auf wissenschaftliche Mitarbeiter, die ganz oder teilweise aus Drittmitteln bezahlt werden; § 88 Abs. 3 PersVG Thüringen, wenn fünf vom Hundert der akademischen Mitarbeiter die Beteiligung an der Personalvertretung beantragen

Alle diese Regelungen widersprechen jedoch der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten freien Personalentscheidung des Hochschullehrers und sind somit verfassungswidrig.<sup>57</sup>

b) Soziale Beteiligungsrechte

Die Herausnahme der Hochschullehrer aus den meisten Personalvertretungsgesetzen führt dazu, dass den Personalvertretungen keine Beteiligungsrechte bei den sozialen Belangen der Hochschullehrer zustehen. Eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit wird so ausgeschlossen. Analog zu den personellen Angelegenheiten können aber Beteiligungsrechte, die dem Personalrat bezüglich des sonstigen wissenschaftlichen Personals zustehen, Auswirkungen auf die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer haben. Eindeutig sind diese Auswirkungen bei Forschungsvorhaben, die unvorhergesehen und spontan einen besonderen Personalaufwand benötigen. Aus diesem Grund formuliert der Großteil der Personalvertretungsgesetze für diese Fälle Ausnahmen:

52 Die Bezeichnung von organisatorischen Maßnahmen in den PersVG ist uneinheitlich. Teilweise werden organisatorische Maßnahmen als soziale Maßnahmen bezeichnet.

53 Beispielsweise in Baden-Württemberg § 82 Abs. 1 Nr. 3 LPVG.

54 Beispielsweise in Baden-Württemberg § 82 Abs. 1 Nr. 4 LPVG.

55 Aufzählung bei Pelzner, aaO. (Fn. 36), 354.

56 Vgl. die Auflistung unter I. 3.

57 Siehe oben: II. 2. b) aa).

§ 75 Abs. 4 BPersVG; § 70 Abs. 3 PersVG BW; § 75 Abs. 4 S. 2 PersVG Bayern; § 66 Nr. 2 PersVG Brandenburg; § 87 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG; § 74 Abs. 3 PersVG Hessen; § 70 Abs. 1 Nr. 7 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 66 Abs. 1 Nr. 1a PersVG Niedersachsen; § 72 Abs. 4 Nr. 2 PersVG NRW; § 80 Abs. 2 Nr. 6 und Abs. 3 PersVG RhPf; § 78 Abs. 2 PersVG Saarland; § 81 Abs. 3 PersVG Sachsen; § 65 Abs. 2 PersVG Sachsen-Anhalt; § 74 Abs. 3 PersVG Thüringen

In Berlin gibt es zwar eine Sonderregelung, vgl. § 85 Abs. 1 S. 2 PersVG Berlin. Diese gilt jedoch nur für bestimmte Personengruppen, unter die das wissenschaftliche Personal nicht fällt. Dies verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 GG. Die Regelung des Berliner Personalvertretungsgesetzes ist verfassungswidrig. Selbiges gilt für § 51 MBG Schleswig-Holstein, welcher ebenfalls keine Ausnahmeregelung in Sonderfällen vorsieht.

#### c) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte

Alle Personalvertretungsgesetze räumen dem Personalrat Beteiligungsrechte bei der Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von Dienststellen, der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden oder der Gestaltung der Arbeitsplätze und ähnlicher Maßnahmen ein:

§§ 78 Abs. 1 Nr. 2; 76 Abs. 2 Nr. 7; 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG; §§ 76 Abs. 1 Nr. 2, 71 Abs. 3 Nr. 12, 15, 17 PersVG BW; Art. 76 Abs. 2 PersVG Nr. 1, 3, 4 Bayern; §§ 68 Abs. 2 Nr. 1, 65 Nr. 4; 66 Nr. 16 PersVG Brandenburg; §§ 88 Abs. 2 Nr. 30, 31, 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG; §§ 81 Abs. 1 und 2, 74 Abs. 1 Nr. 16 PersVG Hessen; § 70 Abs. 1 Nr. 3, 9, 11 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; §§ 75 Abs. 1 Nr. 13, 67 Nr. 3, 6 PersVG Niedersachsen; §§ 73 Nr. 3, 72 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 10 PersVG NRW; § 80 Abs. 1 Nr. 67, Abs. 2 Nr. 1, 12 PersVG Rh-Pf; §§ 83 Abs. 1 Nr. 9, 78 Abs. 1 Nr. 10, 11 PersVG Saarland; §§ 77 Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 2 Nr. 7, 81 Abs. 2 Nr. 11 PersVG Sachsen; § 69 Nr. 3, 8 PersVG Sachsen-Anhalt; § 51 Abs. 1 MBG Schleswig-Holstein; §§ 75 Abs. 3 Nr. 9, 11, 74 Abs. 2 Nr. 9 Thüringen

Die Regelungen zu diesen und ähnlichen Maßnahmen sind solange unproblematisch, wie dadurch kein Einfluss auf die Wissenschaftsfreiheit genommen werden kann.

Einige Personalvertretungsgesetze räumen dem Personalrat weitergehende Beteiligungsrechte ein, die die allgemeinen Verhältnisse der Hochschulen betreffen:

§ 82 Abs. 1 Nrn. 3, 4 und 6 PersVG BW: Anhörungsrechte im Bereich Raumbedarfsanforderungen für Neu-, Um- und Erweiterungsbauten von Diensträumen, bei Bauplanungsprojekten und Anmietungen sowie bei der Festlegung von Verfahren und Methoden von Wirtschaftlichkeits- und Organisationsuntersuchungen; § 73 I PersVG Berlin; § 81 Abs. 1 PersVG Hessen; Informationsrecht, dass die „Personalvertretung über die Wirtschaftsplanung zu unterrichten“ ist; § 63 PersVG NRW: Anhörungsrecht über die wirtschaftliche Entwicklung der Dienststelle; § 80 Abs. 2 Nr. 14 PersVG Rh-Pf: Mitbestimmung bei der Festlegung von Verfahren und Methoden von Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfungen

Ein reines Informationsrecht über wirtschaftliche Angelegenheiten beschränkt die Wissenschaftsfreiheit noch nicht. Anhörungsrechte können die Entscheidung der Hochschule jedoch beeinflussen.<sup>58</sup> Raumplanungen und Bauvorhaben haben eben auch Bedeutung für die Situation der Hochschullehrer. Wird bei einem Neubau von Seminargebäuden, an welchen auch die Lehrstühle der Hochschullehrer angesiedelt sind, entschieden, ob und in welchem Umfang sich die Fläche der Räumlichkeiten und somit zwangsläufig auch die wissenschaftliche oder technische Ausstattung beim Neubau aus Kostengründen reduziert werden soll, so betrifft dies die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers. Ohne eine Sicherung des Einflusses der Hochschullehrer in diesen Bereichen sind solche Regelungen verfassungswidrig.

#### d) Der Wirtschaftsausschuss als Besonderheit im Personalvertretungsrecht

aa) Eine Besonderheit im Rahmen der Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten stellen die Wirtschaftsausschüsse dar. Die Personalvertretungsgesetze der Länder Baden-Württemberg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen sehen derartige Ausschüsse vor:

§ 68b PersVG BW; § 79 HmbPersVG; §§ 65a iVm 105b PersVG NRW

Die Regelung des § 65a PersVG NRW gibt dem Personalrat einer Dienststelle ab einer Größe von in der Regel mehr als einhundert ständig Beschäftigten die Möglichkeit, den Antrag auf Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses zu stellen. § 105b PersVG NRW bezieht in den Anwendungsbereich dieser Regelung explizit die Hochschulen mit ein.

Ähnlich ist die Lage in Baden-Württemberg. Hier kann in Dienststellen ab einer Größe der Personalvertre-

58 Zu beidem siehe oben: II. 2. b).

tung von mindestens sieben Mitgliedern ein Antrag gestellt werden. Eine weitergehende Abgrenzung des Anwendungsbereiches wird durch das PersVG BW nicht vorgenommen. Damit sind auch in BW die Hochschulen erfasst.

In Hamburg wurde im Rahmen der Novellierung des HmbPersVG zwar ebenfalls seitens des DGB gefordert, dass von der Neufassung der Regelung des § 79 HmbPersVG, welcher in der nun gültige Fassung die Möglichkeit der Bildung von Wirtschaftsausschüssen bei wirtschaftlich tätigen öffentlichen Unternehmen vorsieht, auch Hochschulen erfasst werden sollen. Dies wurde letztlich jedoch nicht umgesetzt.<sup>59</sup>

bb) Die Bedeutung bzw. das Stimmgewicht des Wirtschaftsausschusses geht weit über das hinaus, was bislang an Beteiligungsrechten in wirtschaftlichen Angelegenheiten vorhanden war. In Baden-Württemberg gab es lediglich das in § 80 Abs. 3 Nr. 8, 9 LPersVG BW a.F. (jetzt § 82 Abs. 3 Nr. 6, 7) normierte Anhörungsrecht. Der Wortlaut des § 68b PersVG BW („beraten“) und ein Blick in die zugehörigen Gesetzesmaterialien zeigen jedoch die weitergehende Befugnis des Wirtschaftsausschusses: Wirtschaftsausschüsse sollen als „Schnittstelle zwischen Dienststelle (Hochschule) und Personalvertretung“<sup>60</sup> i.S.e. „Beratungs- und Informationsgremiums“<sup>61</sup> bei wirtschaftlichen Zusammenhängen fungieren, Informationen prüfen und Risiken aufzeigen.<sup>62</sup> Die Mitglieder eines Wirtschaftsausschusses haben so – wenn auch „nur“ in Form eines Beratungsrechts – Einwirkungsmöglichkeiten auf Entscheidungsprozesse der Dienststelle.<sup>63</sup> Doch bereits ein solches ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich.<sup>64</sup>

Beteiligt sich beispielsweise ein Wirtschaftsausschuss im Rahmen der Planung eines Neubaus einer Universitätsbibliothek und der damit verbundenen Verlegung sowie räumlichen Veränderung von Lehrstühlen („beabsichtigte Investitionen“ und „Verlegung von Dienststellen“, vgl.: § 68b Abs. 3 Nr. 3, 9 PersVG BW, § 65a Abs. 3 Nr. 3, 9 PersVG NRW), liegt die wissenschaftliche Relevanz auf der Hand.

cc) Wird ein Wirtschaftsausschuss nicht installiert, so stellt sich die Problematik um die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer nicht. Wird jedoch seitens des Personalrats der Antrag auf Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses gestellt, so schließt sich zwingend die Frage an, wie und ob die Institution des Wirtschaftsausschusses in Einklang mit Art. 5 Abs. 3 GG zu bringen ist.

Dies kann, angelehnt an die Grundsätze des Urteils des Bundesverfassungsgericht zu den Gruppenuniversitäten,<sup>65</sup> nur dann erreicht werden, wenn der Gruppe der Hochschullehrer ein maßgebender Einfluss bezüglich Forschung und Lehre betreffender Entscheidungen verbleibt. Das gilt nicht nur für die Selbstverwaltungsorgane der Hochschule, auf die sich das Urteil bezieht, sondern auch für die personalvertretungsrechtliche Mitbestimmung.<sup>66</sup> „Strukturen, in denen wissenschaftsrelevante Entscheidungen getroffen werden“ müssen „wissenschaftsadäquat sein [...], was im Kern bedeutet, dass über Wissenschaft nicht ohne Wissenschaft entschieden werden darf.“<sup>67</sup> Die Schutzfunktion des Art. 5 Abs. 3 GG verlangt folglich im Rahmen der Beteiligung des Wirtschaftsausschusses entweder eine strenge Differenzierung zwischen wissenschaftlichen Themen und wissenschaftlich nicht relevanten Themen, oder aber die Einbeziehung von Hochschullehrern in die Wirtschaftsausschüsse.<sup>68</sup>

Letztere Vorgehensweise wirft weiter die Frage auf, wie ein solcher Wirtschaftsausschuss in seiner Zusammensetzung überhaupt wissenschaftsadäquat besetzt werden kann. Sowohl § 65a Abs. 4 PersVG NRW als auch § 68b Abs. 4 PersVG BW schreiben vor, dass der Wirtschaftsausschuss aus mindestens drei und höchstens sieben Mitgliedern bestehen muss, die der Dienststelle angehören. Zudem muss mindestens ein Mitglied Teil der Personalvertretung sein. Zur wissenschaftsadäquaten Besetzung kommen zwei Wege in Betracht. Einerseits könnte man eine gewisse Art von Argumentationseinfluss der Hochschullehrer auf die Entscheidungsfindung des Wirtschaftsausschusses als ausreichend erachten. Dann genügte es, wenn die Hochschullehrer überhaupt

59 Vgl. Drs. 20/10838 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg. Der DGB begründete seine Forderung damit, dass auch Hochschulen „im Rahmen von Zielvereinbarungen und Budgets wirtschaftlich selbstständig handeln“.

60 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, 131; im Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen als „Hilfsorgan des Personalrates“ bezeichnet, der mit der Dienststelle über deren wirtschaftliche Angelegenheiten berät, MBl. NRW 2013 Nr. 8, 119 f.

61 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO. (Fn. 60); vgl. auch MBl. NRW 2013 aaO. (Fn. 60).

62 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO. (Fn. 60).

63 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO. (Fn. 60).

64 Siehe oben II. 2. b).

65 *Richardi*, aaO. (Fn. 47), 18 f.

66 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

67 Merten/Papier/Löwer, Handbuch der Grundrechte, 2011, Band IV, § 99, Rn. 36.

68 So auch *Löwisch*, Freiheit und Gleichheit der Wahl zum Betriebsrat und Personalrat, BB 2014, 117, 121.

vertreten wären. Andererseits genügt dies unter Heranziehung des Hochschulurteils,<sup>69</sup> welches zur ausreichenden Würdigung der Wissenschaftsfreiheit in Forschung und Lehre voraussetzt, dass der „Gruppe der Hochschullehrer der ihrer besonderen Stellung entsprechende maßgebende Einfluss verbleibt“,<sup>70</sup> jedoch gerade nicht. Art. 5 Abs. 3 GG kann einzig und allein im Rahmen einer paritätische Besetzung des Wirtschaftsausschusses mit Hochschullehrern ausreichend Rechnung getragen werden.

dd) Zudem stellt sich im Hinblick auf die Wirtschaftsausschüsse die Frage, ob die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule der Einrichtung eines solchen Gremiums entgegensteht.

Löwisch/Mandler<sup>71</sup> bejahen dies mit dem Argument, dass die in § 68b Abs. 3 PersVG BW genannten Angelegenheiten „in den Hochschulen mit der wissenschaftlichen Tätigkeit untrennbar verknüpft“ seien. Die Vorschrift in Baden-Württemberg (so auch die in Nordrhein-Westfalen) sei insofern als Soll-Vorschrift ausgestaltet, die eine Abweichung in atypischen Fällen zulasse. Ein solcher liege eben gerade in der Natur der Hochschulen als Tendenzträger, so dass diese eine Ausnahme von der Bildung eines Wirtschaftsausschusses dann machen können, sofern die Nichterrichtung begründet und ermessensfehlerfrei sei.

Andererseits ist auch offensichtlich, dass die Hochschule als Verwaltungseinheit zwar überwiegend, aber eben nicht nur wissenschaftlich relevante Entscheidungen trifft. Äußerst fraglich ist, ob beispielweise der Neubau eines Parkhauses oder die Einführung von institutionsübergreifenden, teuren, lizenzgebundenen Softwareprogrammen zur Abwicklung von Abrechnungsvorgängen als „beabsichtigte Investition“ iSd § 68b Nr. 3 PersVG BW ebenfalls als wissenschaftsrelevant eingestuft werden kann.

ee) Unabhängig von dieser komplexen Problematik muss mit Bezug auf die Hochschullehrer festgehalten werden, dass, sofern ein Wirtschaftsausschuss installiert wird, dessen Befugnisse als Beratungsgremium dort enden, wo a) die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule oder b) die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ihnen Grenzen setzt. Dies gilt vor allen Dingen so lange, wie Hochschullehrer nicht im Wirtschaftsausschuss ausreichend vertreten sind.

Bei den Themen, die nicht wissenschaftsrelevant sind, stünde einer Beteiligung jedoch nichts entgegen.

Insofern stellt sich allerdings die Frage, ob die Befugnisse des Wirtschaftsausschusses dann nicht nahezu auf Null reduziert würden. Denn wie Löwisch/Mandler<sup>72</sup> richtig formulieren, gibt es (aber eben nur) kaum einen Bereich, der nicht die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer oder Hochschulen tangiert.

ff) Einen interessanten Ansatz im Rahmen von Mitwirkung seitens der Hochschullehrer in wirtschaftlichen Angelegenheiten liefert die Ludwigs-Maximilians-Universität München,<sup>73</sup> welche kraft Satzungsautonomie<sup>74</sup> einen, begrifflich an das Konzernrecht angelehnten *Strategieausschuss* eingerichtet hat. Dieser berät die Hochschulleitung in Haushaltsfragen und ist in überwiegender Zahl mit Hochschullehrern besetzt. Das Problem ist jedoch, dass diese Institution so lange ein Placebo bleibt, wie sie nicht die gleichen Befugnisse wie der Personalrat oder der Wirtschaftsausschuss erhält. Zudem ändert sich an der Verfassungswidrigkeit etwaiger Mitbestimmungstatbestände in wirtschaftlichen Angelegenheiten auch hierdurch nichts.

Schriebe man jedoch in den Personalvertretungsgesetzen ein derartiges Gremium für Hochschulen mit den entsprechenden Befugnissen vor, so ersparten sich die obigen Überlegungen.

## 2. Sonderfälle

### a) Bremen

In Bremen wird auf eine generelle Regelung für Hochschullehrer gänzlich verzichtet. Der Anwendungsbereich der Mitbestimmung der Bremischen Personalvertretungsorgane erstreckt sich gem. § 52 Abs. 1 BremPersVG auf „alle in der Dienststelle weisungsgebunden tätigen Personen in allen sozialen, personellen und organisatorischen Angelegenheiten“. Eine weitergehende positive, wie negative Abgrenzung zum Tatbestand der weisungsgebundenen Personen findet sich weder in den allgemeinen Vorschriften noch in den sonstigen Abschnitten des Gesetzes.

Aufgrund des Umstandes, dass Hochschullehrer entweder Beamte oder Arbeitnehmer sind,<sup>75</sup> bedeutet dies, dass auch sie vom Anwendungsbereich des BremPersVG umfasst sind. Hierfür spricht auch, dass unter den allgemeinen Geltungsbereich des BremPersVG gem. § 1 alle „sonstigen nicht bundesunmittelbaren Körperschaften (...) des Landes Bremen“, mithin die Hochschulen und

69 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13), Leitsätze Nr. 8 b) und c).

70 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13).

71 Löwisch/Mandler, Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinik?, OdW 2/2014, 75, 77.

72 Löwisch/Mandler, aaO. (Fn. 71).

73 <http://www.stuve.uni-muenchen.de/stuve/gremien/strategieausschuss/index.html> (4.12.2014).

74 Hierzu allgemein Hartmer/Detmer/Kempfen, aaO. (Fn. 8), Rn. 118 ff.

75 Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, aaO. (Fn. 8), Rn. 61: Die Weisungen können lediglich im Rahmen des billigen Ermessens verweigert werden. Kommt keine Einigung zustanden so entscheidet gegebenenfalls eine Ombudsperson oder Schlichtungskommission, vgl. § 40 TV-L.

deren Bedienstete gem. § 3 BremPersVG fallen.

Da die Hochschullehrer somit vom Anwendungsbereich des BremPersVG erfasst sind,<sup>76</sup> ist nach dem oben Gesagten ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG offensichtlich.<sup>77</sup>

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass sich die Weisungsgebundenheit i.S.d. § 52 Abs. 1 BremPersVG bei Hochschullehrern nicht auf die ihnen durch Forschung und Lehre obliegenden wissenschaftlichen Aufgaben in seinem Fach erstrecken kann.<sup>78</sup> Der Hochschullehrer unterfällt dem Anwendungsbereich des BremPersVG mangels anderweitiger differenzierender Regelung umfassend. Diese fehlende Unterscheidung des BremPersVG hat eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit zu Folge, welcher nur abgeholfen werden kann, wenn der Gesetzgeber hier tätig wird.

#### b) Hamburg

§ 11 Abs. 4 HmbPersVG schreibt vor:

„Bei der Universität und beim Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf wird je ein Personalrat gewählt für  
1. wissenschaftliches Personal, (...)“

Dies bedeutet, dass ein eigenständiges Gremium<sup>79</sup> für die Belange des wissenschaftlichen Personals gebildet wird, welches sämtliche, sich aus dem HmbPersVG ergebenden Rechte, in kollektiven und individuellen Angelegenheiten dieser Personengruppe wahrnehmen kann. Ausnahmen formulieren lediglich § 89 Abs. 2 Nr. 2 sowie § 90 Abs. 3 HmbPersVG. Ersterer schließt die Mitbestimmung des Personalrats in Angelegenheiten der „Berufung von Professorinnen, Professoren, Juniorprofessorinnen, Juniorprofessoren, Hochschuldozentinnen und Hochschuldozenten“ aus. Das ist insofern zwingend, als die Berufung der genannten Personengruppen in der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule wurzelt und daher in diesem Bereich eine Mitbestimmung seitens eines Personalvertretungsorgans ausscheiden muss.<sup>80</sup> Selbiges gilt im Ergebnis auch für § 90 Abs. 3 HmbPersVG, welcher ein Beratungsrecht des Personalrats in „Auswahlverfahren für Professorinnen, Professoren, Juniorprofessorinnen, Juniorprofessoren, Hochschuldozentinnen, Hochschuldozenten und Präsidiumsmitglieder der Hochschulen“ ausschließt. Auch hier bleibt die aus Art. 5 Abs. 3 GG resultierende Autonomie der Hochschule gewahrt.

Allerdings lässt das Personalvertretungsgesetz Hamburg die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers unbeachtet, wenn es dem Personalrat des wissenschaftlichen Personals in *personellen Angelegenheiten* des wissenschaftlichen Personals,<sup>81</sup> das nicht den Regelungsbereichen der §§ 89 Abs. 2 Nr. 2, 90 Abs. 3 HmbPersVG unterfällt, die Möglichkeit gibt, mitzubestimmen. Dies ist wie ausgeführt verfassungswidrig. Auch der Umstand, dass der Personalrat sich aus wissenschaftlichem Personal zusammensetzt, ändert nämlich nichts an der Tatsache, dass die Auswahl und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern fester Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ist. *Richardi* schlägt diesbezüglich vor, dass das Mitbestimmungsrecht in „Angelegenheiten, die unmittelbar die Lehre oder Forschung betreffen, nur als Mitwirkungsrecht bestehen kann, auch wenn es nach dem Gesetz als Mitbestimmungsrecht eingeräumt ist.“<sup>82</sup> Dieser Ansatz lässt jedoch, wie bereits erörtert, außer Acht, dass Sinn und Zweck eines Mitwirkungsrechts darin liegen, Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers zu nehmen. Deshalb darf dieses in wissenschaftsrelevanten Entscheidungsprozessen überhaupt keine Anwendung finden.

Dies muss ebenso, in Bezug auf wissenschaftliches Personal, auch für die aus § 90 Abs. 1 HmbPersVG resultierende als „beratende Mitwirkung“ bezeichnete Befugnis des Personalrats in „Auswahlverfahren“ oder „Vorstellungsgesprächen“ der „Prüfungs- oder Auswahlkommission mit beratender Stimme“ anzugehören, gelten.

#### c) BPersVG

Auch das BPersVG schließt die Hochschullehrer nicht aus seinem Anwendungsbereich aus. Die einzige Ausnahmeregelung findet sich in § 77 Abs. 1 iVm §§ 75 Abs. 1 und 76 Abs. 1 BPerVG, nach dem bei personellen Angelegenheiten von wissenschaftlich tätigem Personal der Personalrat nur auf Antrag des betreffenden Beschäftigten beteiligt wird. In ihren eigenen personellen Angelegenheiten wird die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer so zwar gewahrt, da sie selbst entscheiden können, ob der Personalrat eingeschaltet wird. Mittelbar wird die Wissenschaftsfreiheit jedoch durch die Personalratsbeteiligung bei den wissenschaftlichen Mitarbeitern tangiert. Auch das der Personalrat bei sozialen, wirtschaftlichen und organisatorischen Angelegenheiten der Hoch-

76 Hiervon geht auch das BVerwG aus, vgl. das Urteil vom 18.3.1981, 6 P 27/79, DÖV 1981, 833.

77 So auch *Pelzner*, aaO. (Fn. 38), 353; aA *Wahsner*, aaO. (Fn. 46).

78 BVerfG 29.5.1973, aaO. (Fn. 13); BVerfG 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327, 388; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rn. 701, 706; *Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer*, aaO. (Fn. 8).

79 Homepage des Personalrats für das Wissenschaftliche Personal in Hamburg: <http://www.uni-hamburg.de/beschaeftigtenportal/organisation/wipr.html> (17.11.2014).

80 Vgl. hierzu oben unter II. 2. b) aa).

81 Vgl. § 88 Abs. 1 Nr. 2 und 14 sowie Abs. 4 HmbPersVG.

82 *Richardi*, aaO. (Fn. 47), 29 f.

schullehrer ohne Einschränkung beteiligt ist, verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 GG.

#### IV. Fazit und Ausblick

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Personalvertretungsgesetze lässt sich nicht pauschal beantworten. Die einzelnen Regelungen zu personellen, sozialen, wirtschaftlichen und organisatorischen Angelegenheiten können jeweils einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG darstellen, entweder in Bezug auf die Hochschule oder auf die Hochschullehrer. Insbesondere bereitet die Einbeziehung von wissenschaftlichen Mitarbeitern in die Personalvertretungsgesetze Probleme, da die Auswahl und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer gedeckt ist. Den Personalvertretungen dürfen in dieser Hinsicht lediglich Beteiligungsrechte zustehen, die nicht in die freie Entscheidung des Hochschullehrers eingreifen. Das sind dann entweder bloße Informations- oder Anhörungs- und Beratungsrechte, bei denen der Personalrat allerdings keine Einwendungen geltend machen kann, die sich auf die wissenschaftsbezogenen Gründe der Entscheidung beziehen.

In wirtschaftlichen Angelegenheiten bedarf es einer genauen Analyse der in einigen Bundesländern zu errichtenden Wirtschaftsausschüsse. Ihre Errichtung wird

der besonderen Stellung der Hochschullehrer nicht gerecht. Da die im Wirtschaftsausschuss beratenden Themen auch die Hochschullehrer tangieren, müssen diese auch in den Ausschüssen vertreten sein. Anderenfalls muss zwischen wissenschaftsrelevanten und anderen Angelegenheiten unterschieden werden – nur bei letzteren ist eine Wirtschaftsausschussbeteiligung rechtmäßig. Die bisherigen Regelungen zu Wirtschaftsausschüssen entsprechen jedoch nicht den verfassungsmäßigen Anforderungen.

Abschließend lässt sich somit die Frage aufwerfen, warum die Gesetzgeber der Länder aufgrund der Komplexität der verfassungsrechtlichen Problematik in den Landespersonalvertretungsgesetzen nicht, wie schon von *Pelzner* im Jahre 1983 vorgeschlagen,<sup>83</sup> versucht haben, eine Regelung zu schaffen, die ähnlich § 118 Abs. 3 BetrVG, die Mitbestimmung bei Maßnahmen ausschließt, die Wissenschaftsrelevanz aufweisen. Nur so könnte der Bedeutung dieses Grundrechts für die Hochschullehrer gleichermaßen wie auch die Hochschulen Rechnung getragen werden. Die bislang geltenden Regelungen hingegen werden der grundrechtlich manifestierten Wissenschaftsfreiheit in vielerlei Hinsicht nicht gerecht.

Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

83 *Pelzner* im Jahre 1983, aaO. (Fn. 36), 354.

# Felix Hornfischer

## *Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9.4.2014 – 10 AZR 590/13*

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts befasst sich mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages durch eine Realofferte und deren Annahme vor dem Hintergrund, dass die (vermeintlichen) Vertragsparteien in der Leitung einer Hochschule öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben. Der öffentlich-rechtliche Hintergrund schlägt auf die vordergründige Auslegung schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr durch.

### **I. Sachverhalt**

Der erfolglosen Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 21.1.2013<sup>1</sup> liegt folgender Sachverhalt zu Grunde. Der Kläger ist Student an der Universität Rostock. Deren Grundordnung bestimmt, dass die Universität durch ein Rektorat geleitet wird, dem auch ein immatrikulierter Studierender als studentischer Prorektor angehört. Der studentische Prorektor wird durch das Konzil für die Dauer eines Jahres gewählt. § 20 der Grundordnung i.d.F. vom 25.7.2008 lautet:

„Die Prorektorinnen/Prorektoren nehmen die ihnen von der Rektorin/dem Rektor zugewiesenen Aufgabenbereiche selbstständig und in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung der Gesamtverantwortung und Richtlinienkompetenz der Rektorin/des Rektors wahr (Resortprinzip).“

Der Kläger wurde vom Konzil für die Dauer eines Jahres in das Rektorat gewählt. Der Rektor bestellte den Kläger für die Wahlperiode als Prorektor für studentische Angelegenheiten. Nach der Bestellung teilte der Personaldezernent dem Kläger mit, dass er für die Wahrnehmung seiner Aufgaben eine monatliche Aufwandsentschädigung i.H.v. 800 € brutto erhalte und wies darauf hin, dass ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werde.

In der Folge ließ sich der Kläger von seinem Studium beurlauben und engagierte sich faktisch in Vollzeit für das Amt. Neben der monatlichen Aufwandsentschädigung bezog der Kläger Leistungen der Bundesagentur für Arbeit. Im Verlauf der Amtsperiode kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger einerseits

und der Bundesagentur für Arbeit und seiner Krankenkasse andererseits, ob es zulässig sei, dass der Kläger eine Aufwandsentschädigung erhalte. Dies nahm der Kläger zum Anlass, beim Rektor vorstellig zu werden, um einen Arbeitsvertrag über seine Tätigkeit als studentischer Prorektor abzuschließen. Die Universität unterbreitete ihm daraufhin mehrere Vorschläge, wie ein solches Arbeitsverhältnis ausgestaltet werden könnte. Der Kläger lehnte sämtliche Vorschläge ab.

Nach Ablauf der ersten einjährigen Wahlperiode wurde der Kläger in das Amt des Prorektors für studentische Angelegenheiten wiedergewählt. Eine erneute Bestellung zum Prorektor unterblieb, der Rektor sagte ihm jedoch auch für die zweite Amtszeit eine monatliche Aufwandsentschädigung von 800 € brutto zu. Ungeachtet dessen nahm der Kläger – im Einverständnis mit dem Rektor – auch in der zweiten Wahlperiode sein Amt wahr. Aufgrund bürokratischer Schwierigkeiten unterblieb zunächst die Auszahlung der Aufwandsentschädigung.

Mit seiner Klage will der Kläger feststellen lassen, dass seit seiner erstmaligen Bestellung als Prorektor ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem Land bestehe. Hilfsweise begehrt er für den Fall des Erfolgs dieses Antrags – die Feststellung, dass das beklagte Land verpflichtet sei, dem Kläger ab diesem Zeitpunkt eine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe W3 der Bundesbesoldungs-Ordnung zu zahlen. Er ist der Auffassung, in der Folge seiner Bestellung zum studentischen Prorektor sei ausdrücklich oder jedenfalls durch schlüssiges Verhalten ein Arbeitsverhältnis mit dem Land zustande gekommen. Es sei unschädlich, dass man sich über die Höhe der Vergütung nicht geeinigt habe. Aufgrund der fehlenden Vereinbarung über die Höhe der Vergütung habe er Anspruch auf, die ortsübliche Vergütung.

### **II. Entscheidung**

Die Klage hatte weder beim Arbeitsgericht noch beim Landesarbeitsgericht Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht hat auch die Revision zurückgewiesen. In dogmatischer Gründlichkeit prüft das Gericht, ob dem von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt entnommen werden kann, dass die Parteien des Rechtsstreits einen Arbeits-

<sup>1</sup> LAG, 21.1.2013 – 1 Sa 74/12.

vertrag geschlossen haben. Maßstab sind die §§ 145 ff. BGB unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts.<sup>2</sup> Schwerpunkt der folgenden, am aufgezeigten Maßstab ausgerichteten Prüfung ist, ob die Parteien zwei übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht haben, die darauf abzielten, dass sich der Kläger gegenüber dem beklagten Land dazu verpflichtet, weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen. Hinsichtlich des objektiven Geschäftsinhalts ist dabei – falls sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung widersprechen – die tatsächliche Durchführung entscheidend.<sup>3</sup>

Bei dieser Prüfung berücksichtigt das Bundesarbeitsgericht den öffentlich-rechtlichen Bezug des Sachverhaltes: Das Verhalten des Rektors sowie des Klägers müssen hinsichtlich ihres objektiven Erklärungsgehalts vor dem Hintergrund gewürdigt werden, dass beide Ämter nach der Grundordnung der Universität bekleiden und als Amtsträger handeln.

#### 1. Wahl des Klägers und seine Bestellung zum Prorektor für studentische Angelegenheiten

Demnach kann in der (erstmaligen) Bestellung des Klägers durch den Rektor als Vertreter des beklagten Landes kein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nach § 145 BGB gesehen werden. Der Kläger wurde vom Konzil nach § 20 Abs. 2 der Grundordnung der Universität in das Amt eines Prorektors gewählt. Die Bestellung durch den Rektor ist im Hinblick auf die bereits erfolgte, konstitutive Wahl als öffentlich-rechtliche Zuweisung der Aufgaben des Prorektors für studentische Angelegenheiten nach § 19 Abs. 3 Satz 2 der Grundordnung sowie nach § 12 der Geschäftsordnung des Rektorats zu verstehen.<sup>4</sup> Für einen darüber hinausgehenden, privatrechtlichen Erklärungsgehalt, dem Kläger den Abschluss eines Arbeitsvertrages anbieten zu wollen, spricht nichts. Die Aufgabenzuweisung durch den Rektor ist ein einseitiger öffentlich-rechtlicher Akt, der gegenüber dem Kläger als bereits gewählten Prorektor – also als Amtsträger – erfolgte. Anders als die Wahl durch das Konzil, die verwaltungsrechtlich als Status begründender Hoheitsakt mit Außenwirkung gegenüber dem Kläger zu verstehen ist, ist die Bestellung ein verwaltungsinterner Akt des Rektors an seine ihm nachgeordneten Prorektoren. Als solcher Akt bedarf die Zuweisung auch nicht der Mitwirkung, geschweige denn der Zustimmung des Klägers. Insoweit kann die Bestellung durch den Rektor nicht als privatrechtliches Angebot auf Abschluss eines Arbeits-

vertrages verstanden werden, über dessen Annahme der Kläger hätte entscheiden können.

#### 2. Zustandekommen eines Arbeitsvertrages durch konkludente Annahme einer Realofferte

Als weiteren Anknüpfungspunkt für den möglichen Abschluss eines Arbeitsvertrages prüft das Bundesarbeitsgericht ein schlüssiges Verhalten der Parteien. Ein Arbeitsvertrag kann grundsätzlich durch den Austausch von Realofferte und deren Annahme zustande kommen. „Haben Parteien z.B. über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein.“<sup>5</sup> Die ausdrücklichen Erklärungen der Parteien während der Amtsausübung des Klägers waren stets widersprüchlich. Der Rektor und der Kanzler standen auf dem Standpunkt, der Kläger übe ein Ehrenamt oder eine selbständige Tätigkeit aus oder stehe in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Dagegen begehrte der Kläger den Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages. Es wurde keine Einigung darüber erzielt, dass der Kläger seine Dienste auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages erbringen soll.

Im Übrigen erbrachte der Kläger keine Realofferte, die das beklagte Land durch den Rektor hätte annehmen können. Konsequenterweise versteht das Bundesarbeitsgericht die Leistungserbringung durch den Kläger als Ausübung seiner Amtsbefugnisse und -pflichten.

„Der Kl. nahm sodann seine Tätigkeit in dem ihm zugewiesenen Bereich der studentischen Angelegenheiten wahr. Rechtsgrundlage aller dieser Handlungen waren die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Landeshochschulgesetzes (§§ 18 ff. LHG M-V), der Grundordnung (§§ 8, 14 ff.) und der Geschäftsordnung des Rektorats (insbesondere § 12), die den betreffenden Personen nach näherer Maßgabe ihrer Bestimmungen Befugnisse zur Ausübung öffentlicher Funktionen zuweisen [...]. Irrendwelcher privatrechtlicher Vereinbarungen hat es nicht bedurft. Dass die Parteien auch in solchen Fällen einen Arbeitsvertrag schließen können, steht außer Frage. Sie müssen es aber nicht. Ergibt ihr Verhalten keinen weiteren Erklärungswert als den, öffentlich-rechtlich gegebene Befugnisse auszuüben, liegt darin nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses.“<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BAG 9.4.2014 – 10 AZR 590/13, Tz. 16.

<sup>3</sup> BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, Tz. 17; BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11, Tz. 14.

<sup>4</sup> BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 18.

<sup>5</sup> BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 26.

<sup>6</sup> BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 29.

### III. Bewertung vor dem Hintergrund der Amtsträgereigenschaft des Klägers und des Rektors

Die Realofferte und ihre konkludente Annahme setzen Verhaltensweisen voraus, die als Willenserklärungen die Privatautonomie der Parteien zum Ausdruck bringen. Werden natürliche Personen in ihrer Eigenschaft als Amtsträger tätig, handeln Sie grundsätzlich nicht „privatautonom“, sondern auf der Grundlage gesetzlich aufgegebener Pflichten und eingeräumter Befugnisse. Den das Amt bekleidenden Personen ist es nach wie vor möglich, auch privatrechtliche Willenserklärungen abzugeben. Die Erfüllung der Amtspflichten und die Ausübung amtlicher Befugnisse haben jedoch nicht ohne weiteres einen privatrechtlich relevanten Erklärungswert.

Offen bleibt die Frage, in welchen Fällen öffentlich-rechtliches Handeln einen weiteren Erklärungswert ergibt, als den, öffentlich-rechtlich gegebene Befugnisse auszuüben. Zwar kann ein Amtsträger in Ausübung seiner Amtspflicht und im Rahmen seiner Vertretungsmacht privatrechtliche Verträge für die Körperschaft abschließen, die er vertritt (so z.B. der Rektor mit Wirkung für und gegen die Universität bzw. das Land). Ein Amtsträger kann sich aber in der Regel nicht darauf berufen, dass seine Amtsausübung zugleich Ausdruck seiner Privatautonomie als natürlicher Person ist und daher auf einen Vertragsabschluss mit ihm als natürlicher Person abzielt.

### IV. Folgen für die Praxis

Die Entscheidung ist von erheblicher Bedeutung für jene Akteure, die im Bereich der Selbstverwaltung der Hochschulen „Ehrenämter“ bekleiden und nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Selbstverwaltungskörperschaft stehen. Dies gilt etwa für gewählte studentische Mitglieder von Selbstverwaltungsorganen, deren Aufgabenerfüllung eine „Vollzeit“-Beschäftigung erfordert. Ein prominentes Beispiel sind die Vertreterinnen und Vertreter der Studierenden der Hochschulen in den Verwaltungsräten der Studierendenwerke.<sup>7</sup> Die Verwaltungsräte haben nach § 6 Abs. 1 und 2 StWG BW zahlreiche Aufgaben, die von den studentischen Mitglie-

dern erfüllt werden müssen und einiges Engagement erfordern.

Pauschale Aufwandsentschädigungen können dabei motivierend wirken und eine Anerkennung für das Engagement der Studierenden zum Ausdruck bringen. Eine solche pauschale Aufwandsentschädigung kann jedoch sozialrechtliche Folgeprobleme aufwerfen. Studierende sind in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungspflichtig, bis sie das 14. Fachsemester abgeschlossen oder das 30. Lebensjahre beendet haben. Eine Rentenversicherungspflicht besteht nicht. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 c SGB VII sind Studierende kraft Gesetzes während ihrer Studienzeit unfallversichert, allerdings ohne beitragspflichtig zu sein. Gehen Studierende einer Beschäftigung nach, werden sie jedoch umfassend sozialversicherungspflichtig.<sup>8</sup> Wird nachträglich festgestellt, dass ein ehrenamtlich tätiger Studierender im sozialversicherungsrechtlichen Sinne einer abhängigen Beschäftigung nachgegangen ist, kann der beteiligte Träger bis zur Grenze der Verjährung<sup>9</sup> dazu herangezogen werden, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nachzuentrichten. Dies umfasst die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge. Eine Ausnahme hiervon greift nur, wenn gegenüber der Beschäftigung das Studium noch im Vordergrund steht.<sup>10</sup> Ist dies nicht der Fall, kann eine pauschale Aufwandsentschädigung auf eine abhängige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne hindeuten. Dieser Begriff ist zwar nicht inhaltsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses. Das Urteil des BAG stellt jedoch ein starkes Indiz dafür dar, dass bei ehrenamtlichen studentischen Organmitgliedern oder Amtswaltern juristischer Personen des öffentlichen Rechts auch ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Beschäftigungsverhältnis nicht ohne weiteres zu bejahen ist.

Gleichwohl tun die Hochschulen gut daran, für diese Amtsträger Regelungen vorzulegen, die für den entstehenden Aufwand einen angemessenen Ausgleich vorsehen und die Amtsausübung auf eine klare rechtliche Grundlage stellen, insbesondere auch im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Fragen.

Der Autor ist Richter beim Landgericht Freiburg.

7 Vgl. für Baden-Württemberg § 6 Abs. 3 Nr. 2 Studierendenwerkesgesetz Baden-Württemberg – StWG BW i.d.F. v. 15.9.2005 [GBl. 2005, 621] zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 1.4.2014 [GBl. 2014, 99, 165].

8 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 SGB III.

9 § 25 SGB IV: Vier Jahre ab Fälligkeit.

10 Sog. Werkstudentenprivileg, § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, § 27 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB III.



# Stephan Vielmeier

## *Der europäische Qualitätsrahmen für Praktika – ein liberales europäisches Verständnis des Praktikums?*

Praktika wurden in den vergangenen Jahren in der Arbeitsrechtswissenschaft mehrheitlich kritisch beleuchtet. Insbesondere Praktika von Hochschulabsolventen standen im Verdacht, in erster Linie der Umgehung des Arbeitnehmerschutzes zu dienen. Der Gesetzgeber nimmt zwar im neuen § 22 MiLoG bestimmte (gewünschte) Praktika von der Belastung des Mindestlohns aus. Aber: Praktika nach Ende des Studiums werden nicht als förderungswürdig angesehen. Deutlich liberaler ist hingegen das Verständnis im neuen Qualitätsrahmen auf Unionsebene. Angesichts hoher Jugendarbeitslosigkeit und einem in ihren Augen zu hohen Anteil an minderwertigen Praktika, beabsichtigt die Kommission im Wege einer Empfehlung des Rates, die Praktikumsbedingungen zu verbessern. Unter Praktika versteht der Unionsgesetzgeber in erster Linie das Praktikum von Hochschulabsolventen – das er für einen erwünschten Berufseinstieg hält.

### **I. Gegenstand des Qualitätsrahmens: Das „Praktikum“**

Der Qualitätsrahmen („QR“) möchte die Qualität von Praktika verbessern und durch klare Rahmenbedingungen die Attraktivität von grenzüberschreitenden Praktika fördern. Die Kommission hat dabei zurecht erkannt, dass der Begriff des Praktikums in vielen Rechtsordnungen nicht hinreichend definiert ist. Daneben besteht erst recht kein gemeinsames europäisches Verständnis des „Praktikums“.<sup>1</sup> Deshalb definiert der Qualitätsrahmen zunächst das Praktikum autonom, um eine einheitliche Behandlung zu ermöglichen.

#### 1. Praktikum im deutschen Recht

Auch im nationalen Recht war der Begriff des Praktikums nicht abschließend geregelt.<sup>2</sup> Nach der Rechtspre-

chung lässt sich das Praktikum vom Arbeitsverhältnis dadurch abgrenzen, ob die Erbringung von Arbeitsleistung oder der Lernzweck Schwerpunkt ist.<sup>3</sup> Praktika sind keine Arbeitsverhältnisse, was seit neuestem durch § 22 Abs. 1 MiLoG bestätigt wird. Manche Autoren bezweifeln, dass auch mit Hochschulabsolventen wirksam Praktika vereinbart werden können, da in Wahrheit regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vorliege.<sup>4</sup>

Auf Praktika ist § 26 BBiG anzuwenden, auf als „Praktika“ bezeichnete Arbeitsverhältnisse findet hingegen allgemeines Arbeitsrecht Anwendung.

Auszugrenzen aus § 26 BBiG sind nach dem BAG wiederum solche Praktika, die von Studenten erbracht werden, weil sie in ihrer Studienordnung verlangt werden.<sup>5</sup> Auf sie ist nicht das Arbeitsrecht, sondern (wenn überhaupt) Hochschulrecht anwendbar.

#### 2. Praktikum im Sinne des Qualitätsrahmens

Nach Abs. 27 des QR ist unter einem Praktikum eine „Arbeitserfahrung von begrenzter Dauer“ zu verstehen, die zwischen einem Praktikanten bzw. einer Praktikantin und einem Praktikumsanbieter ohne die Einbindung Dritter vereinbart wird und die eine Lernkomponente aufweist; Ziel ist es, vor der Aufnahme einer regulären Beschäftigung praktische Erfahrung zu sammeln (Praktika auf dem freien Markt).<sup>6</sup>

##### a) Begrenzte Dauer

Praktika sollen nur Arbeitserfahrungen „von begrenzter Dauer“ sein. Wie bei anderen Unionsvorhaben – etwa der Leiharbeitsrichtlinie<sup>7</sup> – bleibt unklar, ob mit dieser Einschränkung eine materielle Regelungswirkung erzielt werden soll oder schon der Anwendungsbereich des Qualitätsrahmens beschränkt wird. Letzteres ist wohl vom Normgeber nicht gewollt, da nach Abs. 10 des QR gerade eine angemessene Dauer gewährleistet werden

1 COM (2013) 857 final, 3.

2 Instrukтив zur deutschen Rechtslage etwa *Schade*, NZA 2012, 654; *Seeger*, „Generation Praktikum“ (2012), 24 ff.; *Schnelle*, Die Berufsbildung der Volontäre und Praktikanten, (2010).

3 Statt aller *Lakies*, in: *Lakies/Malottke*, BBiG, 4. Aufl. (2010), § 26 Rn. 5; *Hergenröder*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiG (2009), § 17 Rn. 25; ausführlich zu den Abgrenzungskriterien *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 53 f.; umfassend nun auch *Düwell*, DB 2014, 2047.

4 Eindeutig *Horstmeier*, AiB 2006, 230, 231 f.; *Benecke*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiG (2009), § 26 Rn. 14 mwN.; eingeschränkt

*Lakies*, in: *Lakies/Malottke*, BBiG, 4. Aufl. (2010), § 26 Rn. 15; *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 52.

5 BAG, 19.6.1974 – 4 AZR 436/73; zum Streitstand: *Benecke*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiB (2009), § 26 Rn. 21; *Leinemann/Taubert*, BBiG, 2. Aufl. (2008), § 26 Rn. 11.

6 Damit weicht der Kommissionsvorschlag deutlich ab von der Definition in der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012) 408 final, 2.

7 Umfassend schon *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 475, 487 ff.

soll. Insofern ist für den Anwendungsbereich die begrenzte Dauer gerade nicht entscheidend, da sie vielmehr Regelungsgegenstand ist. Es handelt sich um schlechte Gesetzgebungstechnik.

#### b) Ohne Einbindung eines Dritten

Daneben sind Praktika nur Arbeitserfahrungen, die ohne Einbindung eines Dritten vereinbart werden. Ausgeschlossen werden damit alle Praktika, bei denen eine staatliche Stelle als außerstehender Dritter die Qualität der Praktika beeinflussen oder regulieren kann. Umgekehrt ist nicht gemeint, dass Praktika aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen, die etwa durch einen Praktikumsvermittler zustande kommen. In diesen Vermittlungsfällen besteht materiell kein geringeres Schutzbedürfnis des Praktikanten, weil der lediglich makelnde Dritte keinen Einfluss auf die inhaltliche Qualität des Praktikums nimmt.

#### c) Mit Lernkomponente

Praktika sind daneben nur solche Arbeitserfahrungen, die eine Lernkomponente aufweisen. Fraglich ist auch hier, wie „Praktika“ zu beurteilen sind, denen es objektiv an einer Lernkomponente fehlt. Es könnte ausnahmsweise tatsächlich eine Begrenzung des Anwendungsbereichs gewollt sein – weil „Praktika“ ohne Lernkomponente auch nach Vorstellung des Normgebers Arbeitsverhältnisse sein sollen. Indes soll der Qualitätsrahmen nach seinem Abs. 4 die Mitgliedstaaten gerade anhalten, die Qualität von Praktika zu verbessern. Auf den Anwendungsbereich hat auch dieses Definitionsmerkmal keinen Einfluss.

Materielle Vorgaben, wie mit „Praktika“ ohne Lernkomponente umzugehen ist, enthält der Qualitätsrahmen nicht. Es kann also bei der bisherigen deutschen Handhabung bleiben, bisweilen ein verstecktes Arbeitsverhältnis anzunehmen und das „Praktikum“ entsprechend zu behandeln.<sup>8</sup>

#### d) Vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung

Schließlich dienen Praktika nach Abs. 27 des QR dazu, „vor der Aufnahme einer regulären Beschäftigung praktische Erfahrung zu sammeln (Praktika auf dem freien Markt)“. Auch wenn rechtstechnisch eher als frommer Wunsch formuliert, ist hiermit eine echte Einschränkung gemeint. Ziel des Qualitätsrahmens ist nämlich nicht die Regulierung jeder Arbeitserfahrung, sondern

nur solcher von „Neueinsteigern“ vor ihrer regulären Tätigkeit. Gemeint sind also nicht etwa Secondments von bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmern.

Umgekehrt ist zweifelhaft, ob ein Praktikum im Sinne des Qualitätsrahmens dann nicht mehr vorliegt, wenn ein Praktikant bereits in einer „regulären Beschäftigung“ stand, sich aber im Anschluss – etwa weil er noch etwas (anderes) studiert hat – wieder in ein Praktikum begibt.<sup>9</sup> Der Qualitätsrahmen ist hier nicht starr, sondern funktional auszulegen: Er möchte diejenigen Praktika regeln, die „nach dem Studienabschluss und/oder im Rahmen der Arbeitssuche absolviert“ werden.<sup>10</sup> Diese können auch nach einem zweiten Studienabschluss erfolgen.

#### 3. Ausdrückliche Ausnahmen

Umgekehrt beschäftigt sich der Qualitätsrahmen ausdrücklich nicht mit allen Arten von Arbeitserfahrungen. In seinem Abs. 29 nimmt er einige Anwendungsfälle aus, in denen ein anderer Normgeber für eine hinreichende Qualität der Arbeitserfahrung sorgt.

##### a) Bestandteil eines akademischen Lehrplans oder eines formellem Bildungs- und Berufsbildungskurses

Ausgenommen sind nach Abs. 29 S. 1 QR Praktika, die Bestandteil eines akademischen Lehrplans sind. Dies erinnert an die (nunmehr durch § 22 Abs. 1 MiLoG infrage gestellte) Rechtsprechung des BAG, nach der in Studienordnungen geforderte Praktika nicht unter das BBiG fallen. Aus Sicht der Union ist diese Begrenzung des Anwendungsbereichs indes stimmig und bewusst gewählt: Es geht gerade um die Verbesserung von Praktika als Sprungbrett für Hochschulabsolventen, nicht von Studenten im Vorfeld.<sup>11</sup>

Im Deutschland wurden vereinzelt Zweifel geäußert,<sup>12</sup> ob die Unanwendbarkeit des BBiG auch für solche studentischen Praktika gerechtfertigt ist, die in der Prüfungsordnung lediglich „genannt“, nicht aber inhaltlich geregelt sind. Die Rechtsprechung des BAG steht indes im Einklang mit dem Qualitätsrahmen: Aus dem Vergleich von Abs. 29 S. 1 und S. 2 des QR ergibt sich, dass es gerade nicht auf eine inhaltliche Regelung des Praktikums ankommt, das im akademischen Lehrplan genannt ist. Abs. 29 S. 1 QR spricht insoweit eindeutig von „Bestandteil eines akademischen Lehrplans“. Demgegenüber normiert Abs. 29 S. 2, dass „Praktika, deren Inhalt gemäß nationalen Rechtsvorschriften geregelt ist“, vom Anwendungsbereich ausgenommen

<sup>8</sup> Preis, in: ErfK, 15. Aufl. (2015), § 611 Rn. 178.

<sup>9</sup> Die gleiche Frage stellt sich im Übrigen auch zum neuen § 22 MiLoG.

<sup>10</sup> COM (2013) 857 final, 3.

<sup>11</sup> Ausdrücklich Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen,

SWD (2012) 408 final, 5.

<sup>12</sup> Überzeugend zu den Zweifeln zur deutschen Rechtslage etwa Schade, NZA 2012, 654, 655; Seeger, „Generation Praktikum“, (2012), 69 ff.

sind. Einzelheiten sind hier ungeklärt, etwa ob ein Student, der mehr Praktika absolviert als er nach Prüfungsordnung muss, aber auch nicht mehr als er hier nach darf, trotzdem nicht vom QR erfasst sein soll. Dies sind im Übrigen auch die Zweifelsfragen zum neuen § 22 MiLoG.

Rechtspolitisch sei an die Fakultäten appelliert, wahrzunehmen, dass sowohl der nationale Gesetzgeber als auch der Unionsgesetzgeber im Hinblick auf die Regelaufonomie der Hochschulen für die Studienbedingungen im weiteren Sinne (wozu anscheinend auch Praktika gehören) ihre eigenen Regelungen in einem Kernbereich, nämlich den Arbeitsbedingungen, zurücknehmen. Allerdings ist die Regelungsdichte für Praktika in Studien- und Prüfungsordnungen höchst unterschiedlich. Während etwa die Anforderungen der semesterlangen Praktika in Fachhochschulen detailliert geregelt sind, begnügen sich die meisten Fakultäten mit einem Verweis auf eine Mindestlänge. An die Inhalte und auch an die „Arbeitsbedingungen“ des Praktikanten werden keine Anforderungen gestellt. Manche Satzungen gerade kleinerer Fakultäten erwähnen das Praktikum gar nicht, es wird anscheinend praeter legem schlicht verlangt. Ohne hier die Studienfreiheit ernsthaft zu beschneiden, sollten die Fakultäten zumindest die Rahmenbedingungen doch genauer festlegen.

Hinsichtlich des Schülerpraktikums ist der Begriff des „akademischen Lehrplans“ weit auszulegen. Gleiches gilt auch für Praktika vor Studienbeginn, sofern sie ausdrücklich in universitären Lehrplänen vorgeschrieben sind. Der Qualitätsrahmen legt hier nicht fest, dass das Praktikum nach Studienbeginn erfolgen muss.

#### b) Praktika nach nationalen Rechtsvorschriften

Ausgenommen sind daneben nach Abs. 29 S. 2 QR „Praktika, deren Inhalt gemäß nationalen Rechtsvorschriften geregelt ist und die Voraussetzung für die Erlangung eines Hochschulabschlusses oder das Ausüben eines bestimmten Berufs (Arzt oder Architekt) sind“. Bedeutsam ist dies etwa für Juristen, da das Referendariat kein Bestandteil eines akademischen Lehrplans ist. Auch wenn die JAPO der Länder Spielräume lassen, ist der Inhalt der Stationsausbildung im Referendariat letztlich hinreichend durch Rechtsvorschrift geregelt.<sup>13</sup>

#### 4. Zweifelsfälle

Neben den ausdrücklichen Ausnahmen aus dem Anwendungsbereich des QR gibt es einige Zweifelsfälle.

##### a) Praktika auf dem unfreien Markt?

So soll sich der Qualitätsrahmen nach seinem Abs. 28 lediglich an „Praktika auf dem freien Markt“ richten, ohne dass diese Einschränkung genauer erläutert wäre. Erhellung bietet hier die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: „wo abgesehen von den [...] Praktikanten und der aufnehmenden Einrichtung keine andere Stelle an der Definition, Organisation und Überwachung des Praktikums sowie der Lerninhalte und anderer Bedingungen beteiligt ist; dies ist in der Regel – aber nicht ausschließlich – der Fall bei Praktika von [...] Hochschulabsolventen.“<sup>14</sup>

Relevant wird die Ausnahme in Abs. 28 QR etwa für die Arbeitsgelegenheit nach § 16d SGB II. Durch Abs. 29 QR wäre sie nicht aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen, weil die Arbeitsgelegenheit weder Teil eines akademischen Lehrplans ist, noch Voraussetzung für das Ausüben eines bestimmten Berufs. Allerdings überwacht hier die Agentur für Arbeit „Lerninhalte und andere Bedingungen“.

##### b) Werkstudenten

Unklar ist, ob auch Werkstudententätigkeiten ein Praktikum i. S. d. Qualitätsrahmens sind. In Deutschland werden Werkstudenten überwiegend als Arbeitnehmer eingestuft<sup>15</sup>; hieran ändert sich auch durch § 22 Abs. 1 MiLoG nichts. Für den Qualitätsrahmen könnte etwas anderes gelten: Auch Werkstudententätigkeiten sind – sofern der Student in „seiner Fachrichtung“ tätig ist – eine Arbeitserfahrung von begrenzter Dauer, in der er vor Aufnahme einer „regulären Beschäftigung“ praktische Erfahrung sammeln kann.

##### c) Trainees

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich erfasst sind Traineeprogramme, mit denen junge Absolventen an ihre neuen Aufgaben herangeführt werden sollen. Dies ergibt sich aus Abs. 10 QR, der für „Unternehmenseigene Schulungsprogramme zur späteren Einstellung“ eine längere Dauer für angemessen erachtet. Auch der Schutz-

<sup>13</sup> Hierzu schon umfassend Serr/Vielmeier, BayVBl 2013, 421.

<sup>14</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012), 408 final, 3.

<sup>15</sup> Preis, in: ErfK, 15. Aufl. (2015), § 611 Rn. 178.

zweck spricht für eine Anwendbarkeit, da gerade die Vereinbarung einer Traineeestelle ein üblicher Einstieg in den regulären Arbeitsmarkt ist. Dies liegt quer zum deutschen Verständnis. Auch wenn Trainee kein feststehender Rechtsbegriff ist, so meint er doch den Berufseinsteiger, der zwar noch für eine reduzierte Vergütung, zumeist aber doch als Arbeitnehmer tätig ist.<sup>16</sup>

Umgekehrt sind Traineeprogramme mit Arbeitnehmern zum internen Aufstieg in eine Führungslaufbahn vom QR nicht erfasst. Auch wenn es sich hier um eine Arbeitserfahrung handeln sollte, findet diese als Teil eines Arbeitsverhältnisses und nicht „vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung“ statt. Auch der Schutzzweck des Qualitätsrahmens passt nicht.

#### d) Secondments, Auslandsaufenthalte

Aus dem gleichen Grund sind auch Arbeitserfahrungen, die Unternehmen ihren Mitarbeitern gewähren, nicht vom Anwendungsbereich erfasst. Weder Secondments noch Auslandsaufenthalte erfolgen vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung, sondern sind Teil des Aufstiegs in einer Beschäftigung. Auch bedarf es hier regelmäßig keines besonderen Schutzes.

#### e) „Soziale“ Praktika?

Zweifelhaft erscheint schließlich, ob der breite Markt der sozialen Praktika in den Anwendungsbereich des Qualitätsrahmens fällt. Gemeint sind damit nicht Praktika in sozialen Berufen, sondern Praktika aus sozialem Antrieb (etwa „Naturschutzpraktikum“ in Südamerika). Auch diese können eine Lernkomponente aufweisen. Indes dürfte es am Ziel fehlen, vor der Aufnahme einer Tätigkeit praktische Erfahrung zu sammeln, wie es Abs. 27 QR a.E. nahelegt. Gemeint ist damit ein gewisser Konnex zwischen intendierter Beschäftigung und Erfahrungssammlung.

## II. Materiell: Empfehlungen des Qualitätsrahmens

In materieller Hinsicht hält sich der Qualitätsrahmen doppelt zurück. Zum einen bleibt es (im Rahmen der gewählten Handlungsform des Art. 288 AEUV zwingend) bei bloßen Empfehlungen an die Mitgliedstaaten. Zum anderen möchte auch die Union grundsätzlich erwünschte Praktika

nicht überregulieren. Trotzdem regt der Qualitätsrahmen durchaus zur Änderung der deutschen Rechtslage an.

### 1. Neu: Praktika von Absolventen als erwünschte Erscheinung

Der Qualitätsrahmen ist geprägt von einem ambivalenten Verständnis von Praktika. Einerseits werden die Nachteile, die sich aus unzureichenden Lerninhalten, unangemessenen Arbeitsbedingungen, aber auch dem „billigen Ersatz“ für reguläre Arbeitsplätze ergeben, klar beschrieben.<sup>17</sup> Andererseits wird das Praktikum – noch dazu das grenzüberschreitende – als Chance zum Berufseinstieg und damit als Mittel gegen die hohe Jugendarbeitslosigkeit gesehen.<sup>18</sup>

Daneben ist zu betonen, dass die EU-Kommission gerade das Praktikum von Hochschulabsolventen als geeignetes und zu förderndes Instrument zur Erleichterung der Aufnahme einer regulären Beschäftigung sieht. Das hebt sich wohltuend von der Vorstellung ab, der Hochschulabsolvent sei bereits umfassend qualifiziert.<sup>19</sup> So meinten etwa Bündnis 90/die Grünen noch im Jahr 2010: „Absolventenpraktika nach einer Ausbildung oder einem Studium sind grundsätzlich fragwürdig.“<sup>20</sup> Auch der DGB lehnte Absolventenpraktika zumindest Ende 2013 noch kategorisch ab.<sup>21</sup> § 22 Abs. 1 MiLoG wendet sich entgegen dieser Forderungen nicht ausdrücklich gegen Praktika von Hochschulabsolventen, privilegiert sie aber auch nicht im Hinblick auf den Mindestlohn. Angesichts der Anerkennung der Praktika gerade von Hochschulabsolventen durch die Empfehlung der Kommission ist hier ein Umdenken angezeigt.

### 2. Klare Umsetzungsempfehlungen

Neben einem abweichenden Grundverständnis von Praktika enthält der Qualitätsrahmen auch einige ausdrückliche materielle Vorschläge.

#### a) Schriftliche Praktikumsvereinbarung und Ansprechpartner

So empfiehlt Abs. 2 QR, dass Praktika nur noch auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung geschlossen werden können sollen. In dieser Vereinbarung sollen auch die „Bildungsziele [und] die Arbeitsbedingungen“ festgehalten werden. Beide Begriffe werden in den Abs.

16 So wohl auch BGH 30.11.2009 – AnwZ (B) 11/08, NZA 2010, 595; BAG 12.5.2005 – 2 AZR 149/04.

17 COM (2013), 857 final, 2.

18 COM (2013), 857 final, 3.

19 Zuletzt wieder *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 52; *Maties*, RdA 2007, 135, 140: „Durch die Regelungen des Studiums und dessen (erfolgreichen) Abschluss hat der Gesetzgeber eine Wertung zum Ausdruck gebracht, dass die Absolventen in ihrem akademischen

Beruf dem Arbeitsmarkt als tauglich zur Verfügung stehen.“; ablehnend *Horstmeier*, AiB 2006, 230; richtig *Wagner*, Instrumente zur Sicherung von angemessenen Arbeitsbedingungen von Praktikanten (2012), 88 ff.; überzeugend auch *C. Picker/Sausmikat*, NZA 2014, 942.

20 BT-Drs. 17/4044, 1.

21 [www.welt.de/wirtschaft/article121496235/Gewerkschaften-gegen-Mindestlohn-fuer-Praktikanten.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article121496235/Gewerkschaften-gegen-Mindestlohn-fuer-Praktikanten.html) (31.10.2014).

4-8 QR weiter erläutert. Die schriftliche Vereinbarung soll ebenfalls die etwaige Bezahlung sowie die Rechte und Pflichten der Parteien und die Dauer des Praktikums beinhalten. Nach Abs. 5 QR sollen die Mitgliedstaaten die Praktikumsanbieter aufrufen, einen Ansprechpartner für den Praktikanten zu benennen, der diesen anleitet und seine Fortschritte überwacht. Schließlich sollte die Vereinbarung nach Abs. 9 QR Vorgaben zu „Vertraulichkeit und Eigentum an Rechten des geistigen Eigentums“ enthalten.

Umgekehrt enthält der Qualitätsrahmen gerade keine Aufforderung, dass Praktika vergütet werden müssen, wie sich aus Abs. 8 QR deutlich ergibt. Vielmehr ist Regelungsziel, lehrreiche Praktika zu fördern. Diese können auch unbezahlt erfolgen, weil Zweck des Praktikums die Arbeitserfahrung und nicht der Verdienst ist.<sup>22</sup>

#### b) Qualitätssicherung durch Transparenz

Um die Qualität von Praktika zu steigern, setzt der Qualitätsrahmen in erster Linie auf Transparenz. Der Praktikant soll wissen, was ihn erwartet, und sich auf dieser Basis bewusst für oder gegen eine Arbeitserfahrung entscheiden können. Deshalb soll nach Abs. 14 QR gewährleistet werden, dass „die Praktikumsanbieter in den Praktikumsausschreibungen und -anzeigen auch die Bedingungen des Praktikums erwähnen, vor allem die Frage der Bezahlung und/oder Aufwandsentschädigung und des Sozialschutzes.“ Die Transparenz setzt sich nach auch im Praktikumsvertrag fort, in dem die Bildungsziele, Arbeitsbedingungen, Rechte und Pflichten, Bezahlung und/oder Aufwandsentschädigung enthalten sein sollen.

#### c) Anerkennung für den Praktikanten: Bescheinigung oder Empfehlungsschreiben

Schließlich sollen die Mitgliedstaaten nach Abs. 13 QR die Praktikumsanbieter aufrufen, mit einer Bescheinigung oder einem Empfehlungsschreiben die während des Praktikums erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten und Kompetenzen zu bestätigen.

### 3. Interpretationsbedürftige Umsetzungsempfehlungen

Neben den genannten klaren enthält der Qualitätsrahmen auch einige auslegungsbedürftige Empfehlungen.

#### a) Angemessene Länge

Zum einen fordert der Qualitätsrahmen die Mitgliedstaaten auf zu gewährleisten, dass Praktika eine angemessene Länge haben sollen. Als regelmäßige Höchst-

grenze schlägt der Qualitätsrahmen sechs Monate vor, was verdeutlicht, dass eine angemessene Länge durchaus auch einen kürzeren Zeitraum umfassen kann. Zweifelhafte ist, ob auch „zu kurze“ Praktika eine unangemessene Dauer im Sinne des Qualitätsrahmens sein können. Für eine solche Auslegung spricht, dass auch hier bisweilen der Ausbildungsmehrwert für den Praktikanten gering ist.

Eine Privilegierung schwebt dem Qualitätsrahmen für unternehmenseigene Schulungsprogramm vor. Dies meint etwa Trainee-Programme für Berufseinsteiger, die – anders als im deutschen Verständnis – Praktika im Sinne des Qualitätsrahmens sind. Dies kommt der Praxis entgegen, nach der solche Programme regelmäßig (mindestens) ein Jahr dauern.

Eine längere angemessene Dauer sieht der Qualitätsrahmen für grenzüberschreitende Praktika vor. Diese Differenzierung überzeugt nicht, sind Praktikanten in einem ihnen fremden Land doch gesteigert schutzbedürftig. Stellt man darauf ab, dass sich ein mit einem Praktikum verbundener Wohnortwechsel „lohnenswert“ müsste das gleiche auch für einen Wohnortwechsel innerhalb eines Landes gelten.

Abs. 10 QR fordert die Mitgliedstaaten daneben auf klarzustellen, „unter welchen Umständen und Bedingungen ein Praktikum nach Ablauf der ursprünglichen Praktikumsvereinbarung verlängert oder erneut durchlaufen werden darf“. Hier geht es um einen Schutz vor missbräuchlichen Praktika, bei denen der erhoffte Sprung in die reguläre Beschäftigung dadurch „vereitelt“ wird, dass das Praktikum unter Erweckung falscher Hoffnung auf Übernahme (mehrfach) verlängert wird.

#### b) Kündigungsmöglichkeiten

Des Weiteren fordert der Qualitätsrahmen die Mitgliedstaaten auf, „die Praxis zu fördern, dass sowohl Praktikant als auch Praktikumsanbieter die Vereinbarung mit einer Frist von zwei Wochen schriftlich kündigen können“. Hier scheint die Erleichterung und Attraktivität von Praktika im Vordergrund zu stehen: beide Seiten sollen sich vergleichsweise schnell und ohne Begründung lösen können. Ein Bestandsschutz ist also eindeutig nicht beabsichtigt.

#### c) Klarstellung der Kranken- und Unfallversicherung

Schließlich sollen die Mitgliedstaaten nach Abs. 7 QR die Praktikumsanbieter auffordern klarzustellen, in welchem Umfang eine Kranken- und Unfallversicherung besteht. Auch diese Vorgabe dient wohl der Qualitäts-

<sup>22</sup> Kritisch sieht die Kommission hier vielmehr, dass unbezahlte Praktika zu Problemen bei einem gleichwertigen Zugang zu Praktika führen; im Übrigen wurde auf eine Regulierung auch

aus kompetentiellen Gründen verzichtet: Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012), 408 final, 2, 4.

steigerung durch Transparenz – gerade grenzüberschreitende Praktikanten sollen leicht erkennen können, wie sie abgesichert sind.

Indes drohen dem Arbeitgeber hier erhebliche Risiken, weil die soziale Absicherung von Praktikanten keineswegs einfach und einheitlich zu beantworten ist. Während die gesetzliche Unfallversicherung regelmäßig aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII folgt,<sup>23</sup> kommen für die Krankenversicherung unterschiedliche Konstellationen in Betracht. So kann der Praktikant etwa sozialversicherungsfrei (§ 8 SGB IV), familienversichert (§ 10 Abs. 1 SGB V) oder auch krankenversicherungsfrei (§ 5 Abs. 5 SGB V) sein. Gibt der Arbeitgeber wie verlangt Auskunft über die Rechtslage droht ihm, dass in der bloßen Erläuterung der Rechtslage eine rechtsgeschäftliche Erklärung gesehen<sup>24</sup> oder ein anderweitiger Schadensersatzanspruch konstruiert wird. Entschließt sich ein Arbeitgeber, eine solche Information zu erteilen, bedarf es einer genauen Analyse der Umstände des Einzelfalls.

### III. Anpassungsbedarf in Deutschland?

Welche Auswirkungen hat der Qualitätsrahmen nun auf die deutsche Rechtslage?

#### 1. Schriftlicher Praktikumsvertrag

Für den Abschluss eines Praktikumsvertrags ist bisher – wie auch für den Arbeitsvertrag – keine Form erforderlich, § 26, 10 BBiG. Dies entspricht nicht der Empfehlung in Abs. 2 QR. Im deutschen Recht besteht auch keinerlei Verpflichtung des Praktikumsanbieters, den Praktikanten über den Umfang von Kranken- und Unfallversicherung aufzuklären; vielmehr ist die Subsumtion geltenden Rechts Aufgabe des Praktikanten. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers sollte auch nicht geschaffen werden, da sie zahlreiche neue Rechtsfragen – etwa bei (un)vorsätzlicher Falschauskunft – nach sich ziehen wird.

#### 2. Arbeitszeit, Entgeltfortzahlung, Urlaub, Zeugnis

Kein Anpassungsbedarf besteht hinsichtlich der Arbeitszeit von Praktikanten. § 2 Abs. 2 ArbZG erfasst nach überwiegender Ansicht auch Praktikanten,<sup>25</sup> was die Forderung aus Abs. 6 QR erfüllt. Anspruch auf Entgelt-

fortzahlung besteht nach § 1 Abs. 2 EFZG auch für Praktikanten.<sup>27</sup> Insoweit wäre Abs. 7 QR großzügiger, als lediglich im Praktikumsvertrag klargestellt werden soll, wie krankheitsbedingte Abwesenheiten gehandhabt werden. Auch der Anspruch auf Erholungsurlaub steht Praktikanten zu,<sup>28</sup> was Abs. 6 QR entspricht, der auffordert sicherzustellen, dass auch bei Praktikanten der „Mindesturlaubsanspruch“ beachtet wird. Die Aufforderung an die Praktikumsanbieter in Abs. 13 QR, Bescheinigungen oder Empfehlungsschreiben auszustellen, dürfte in der Praxis sowieso so gehandhabt werden. Im Übrigen folgt ein Anspruch aus §§ 26, 16 BBiG.

#### 3. Kündigungsfristen

Größere Abweichungen bestehen indes bei den Kündigungsfristen. Nach §§ 26, 22 Abs. 2 BBiG ist ein (echtes) Praktikum in der Probezeit jederzeit, danach nur noch durch den Praktikanten mit einer Frist von 4 Wochen kündbar.<sup>29</sup> Der Qualitätsrahmen scheint ein flexibleres Bild vom Praktikum zu haben: Nach seinem Abs. 12 werden die Mitgliedstaaten aufgerufen, die „Praxis zu fördern, dass [...] der Praktikant oder aber der Praktikumsanbieter diese Vereinbarung mit einer Frist von zwei Wochen schriftlich kündigen können.“ Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieser Aufforderung folgt und § 22 BBiG zumindest dispositiv gestaltet. Rechtspolitisch kann man diese Flexibilität durchaus zweifelhaft finden, insbesondere auch im Hinblick auf Lernerfolg und Planungssicherheit für beide Seiten.

Bedingungen und Grenzen für eine Verlängerung oder Wiederholung von Praktika werden im deutschen Recht bisher nicht geregelt, auch nicht nach den Neuerungen in § 22 Abs. 1 MiLoG. Einerseits böten diese Instrumente gesteigerten Schutz vor missbräuchlichen Praktika. Andererseits trüge es nicht zur Flexibilität und Verbreitung von Praktika bei, würde man sie quasi einer „Befristungskontrolle light“ unterwerfen.

Die Empfehlung, dass Praktika von begrenzter Dauer sein sollen, ist deutschrechtlich bereits durch §§ 26, 21 BBiG angesprochen.

#### 4. Vergütungspflicht

Eine Vergütungspflicht für Praktika sieht der Qualitätsrahmen nicht vor. Anders als die Bundesregierung in

23 *Ricke*, in: KassKomm, 82. Erg.-Lfg. Mai (2014), § 2 SGB VII Rn. 6c.

24 Zur Rechtsgeschäftsqualität falsch erteilter Pflichtinformationen schon ausführlich *Kolbe*, JZ 2013, 441.

25 Zu den Einzelheiten: *Wank*, in: *Erk*, 15. Aufl. (2015), § 2 ArbZG Rn. 4; *Kock*, in: *BeckOKArbR*, Ed. 33 (2014), § 2 ArbZG Rn. 17.1.; *Krimphove*, BB 2014, 564, 566.

26 Etwa *Ricken*, in: *BeckOKArbR*, Ed. 33 (2014), § 1 EFZG, Rn. 3;

*Reinhard*, in: *Erk*, 15. Aufl. (2015), § 1 EFZG Rn. 3; *Wagner*, Instrumente zur Sicherung von angemessenen Arbeitsbedingungen von Praktikanten (2012), 55 f.

27 *Ferme*, AuA 2008, 456, 458; *Krimphove*, BB 2014, 564, 565; *Schade*, NZA 2012, 654, 657.

28 Dies zurecht als „besonders unangenehm“ bezeichnend schon *Ferme*, AuA 2008, 456, 459.

ihrer Begründung zu § 22 MiLoG betrachtet der Qualitätsrahmen eine Vergütung auch nicht als Schutz vor unerwünschten Praktika; diese sollen durch Transparenz bekämpft werden. Vielmehr zeichnet sich in seinem Verständnis ein gutes Praktikum durch hinreichende Lern- und nicht durch Verdienstmöglichkeiten aus.

§ 22 MiLoG sieht nun erstmalig eine Vergütungspflicht für bestimmte Praktika vor. Dies steht mit dem Qualitätsrahmen zumindest im Einklang.

#### IV. Fazit

Die Debatte um die Sicherstellung der Qualität von Praktika wird nun um eine europäische Komponente erweitert. Spannend ist dabei, dass andere europäische Länder gerade das Praktikum des Hochschulabsolventen als erwünschte und letztlich zu fördernde Form des Berufseinstiegs begreifen. Dies erklärt sich vielleicht aus

einem unterschiedlichen Studiensystem, bei dem Bachelor-Absolventen mit Anfang 20 in den Arbeitsmarkt gelangen. Auf Deutschland bezogen sollte dies zum Nachdenken anregen: man mag ein unbezahltes Praktikum eines 30-jährigen Medizinabsolventen anstößig finden, wegen seines Alters und der gesammelten Erfahrung. Umgekehrt ist es eine zweifelhafte Vorstellung, einen Bachelor-Studenten für bereits „umfassend ausgebildet“ zu halten, weshalb jede weitere Ausbildung im Unternehmen missbräuchlich sei. Hier scheinen andere Europäische Länder eine differenzierteres und realistischeres Bild zu haben.

Der Autor ist Rechtsanwalt im Münchner Büro der Noerr LLP. Der Beitrag ist im Original erschienen im BB 2014, 2485. Für die OdW wird das Thema aus einem anderen Fokus beleuchtet.



Vera Angela Karoline Rödel (geb. Glatzel)  
*Rechtsfolgen beihilfegewährender gegen  
das Durchführungsverbot verstößender  
privatrechtlicher Verträge*

**Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH am Beispiel von F & E-Verträgen  
Konkretisierung des Ergebnisses anhand von Klauseln für die Praxis**

Die Dissertation betrachtet am Beispiel von F & E-Verträgen zwischen Universitäten und Industrieunternehmen die Rechtsfolgen beihilfegewährender, gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstößender Verträge und untersucht die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen am Beispiel von F & E-Verträgen. Darauf aufbauend werden Klauseln für die vertragliche Gestaltung von F & E-Verträgen in der Praxis vorgestellt. Diese Vertragsklauseln ermöglichen keine Umgehung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots, vielmehr schaffen sie bereits bei Vertragsschluss Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen das regelmäßig über F & E-Verträgen lastende Damoklesschwert der (Gesamt-) Nichtigkeit.

**A. Themeneinführung**

Obwohl das Problem der Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Beihilfen in Rechtsprechung und Literatur seit Jahren diskutiert wird, sind viele Details aber noch ungewiss. Nach dem BGH ist ein Vertrag, durch den eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt wird, nichtig, weil Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, Wettbewerbsvorteile zu verhindern, nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen sind.<sup>1</sup>

Mit Urteil vom 5.12.2012<sup>2</sup> wendete sich der BGH nunmehr, wie auch von der Verfasserin in ihrer Arbeit gefordert, von der bisher postulierten Gesamtnichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot

ab und stellte klar, dass weder aus unionsrechtlichen Gründen noch auf Grundlage des deutschen Rechts die Gesamtnichtigkeit erforderlich ist. Nach dem BGH kann ein Vertrag, welcher Beihilfeelemente enthält, durch die Vereinbarung einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden, falls konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, worauf sich die Parteien des Vertrags bei Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.

**B. Beihilfegewährende F & E-Verträge**

Wenn Universitäten wirtschaftlich tätig werden, kommen sie unter verschiedenen Aspekten mit dem Beihilferecht in Berührung: Auf der einen Seite empfangen die Universitäten staatliche Mittel für Forschung und Lehre und sind auf diese Weise Beihilfeempfänger. Sie handeln aber auf der anderen Seite auch selbst als Erbringer der Leistung, indem sie F & E-Verträge mit Unternehmen schließen und mit ihren unter Marktpreis erbrachten Leistungen die empfangenen staatlichen Zahlungen an die Unternehmen weiterreichen. So haben die Universitäten eine Position inne, in der sie sowohl Unternehmen im Sinne des Beihilferechts als auch staatlich finanzierte Einrichtungen sein können.<sup>3</sup> Zu dieser „Zwitterstellung“ der Universitäten wird in der Arbeit ausführlich Bezug genommen.

Die Universität kann als staatlich finanzierte Einrichtung ein Unternehmen gegenüber einem anderen begünstigen. Diese Konstellation birgt die Gefahr einer mittelbaren Beihilfe an das begünstigte Unternehmen, mit dem die Universität den Vertrag schließt. Die eine Nichtigkeit des Vertrags zwischen Universität und Unternehmen und damit die infolge der Nichtigkeit ausgelöste Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses und hat den Verlust der durch den Vertrag generierten Schutzrechte zur Folge.

1 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

2 BGH, EuZW 2013, 753-759, in seinen Urteilsgründen erst am

25.6.2013 veröffentlicht; der BGH nahm hier erstmals zur Frage der Teilnichtigkeit beihilfegewährender gegen das Durchführungsverbot verstößender Verträge Stellung.

3 Dazu ausführlich: *Huber/Prikoszovits*, EuZW 2008, 171 (172, 173).

## I. Rechtsfolgen beihilfegewährender F & E-Verträge<sup>4</sup>

### 1. Nichtigkeit bipolarer beihilfegewährender Verträge

Nach dem BGH ist ein Vertrag nichtig, durch welchen eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot gewährt wird, weil Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB darstellt, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags führt.<sup>5</sup> Grundsätzlich richtet sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen. Dies steht der Anwendung des § 134 BGB aber nicht entgegen, da die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn es sich zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots handelt, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.

Um die verhältnismäßige Rechtsfolge des gegen das Durchführungsverbot verstoßenden beihilfegewährenden Vertrags zu bestimmen, ist zu beachten, dass sich die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Beihilfegewährung zwar nach nationalem Recht richten, dessen Anwendung jedoch Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen darf und ohne Diskriminierung erfolgen muss.<sup>6</sup>

Da der Zweck des Durchführungsverbots nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen ist, führt dieser Verstoß zur Nichtigkeit der Verträge. Das Durchführungsverbot will gerade Wettbewerbsvorteile verhindern, die der Beihilfempfänger aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen kann. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Beihilfempfängers in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer weiteren Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen.<sup>7</sup>

Insbesondere ist nach Meinung der Verfasserin die von Teilen der Literatur favorisierte schwebende Unwirksamkeit<sup>8</sup> als Rechtsfolge nicht ausreichend, weil so die Wettbewerbsvorteile der vorzeitigen Auszahlung gerade nicht verhindert und damit der Telos des Durchführungsverbots nicht gewahrt würden.

Die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit ist folglich grundsätzlich die verhältnismäßige Rechtsfolge eines gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Vertrags, wenngleich der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht in jedem Fall zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Nur so wird die Wettbewerbslage vor Beihilfegewährung geschaffen und der Mitbewerber in die Lage versetzt, zu denselben Konditionen wie der Beihilfempfänger agieren zu können. Die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit des Beihilfelements aber ließe diese fehlerhafte Auswahlentscheidung gerade bestehen und die Wettbewerbsverzerrung verfestigte sich damit.

Dennoch kommt die Teilnichtigkeit bei Vorliegen einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel in Betracht, so bei einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; wenn Beihilfeelement ein zu geringer Preis ist. Dann reicht es zur Beseitigung der beihilferechtlich bedeutsamen Begünstigung aus, wenn vom Beihilfempfänger die Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird. In einem solchen Fall müssen sich aber stets in der Vereinbarung und damit im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien konkrete Anhaltspunkte finden lassen, worauf sich die Parteien des Vertrages bei etwaiger Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.<sup>9</sup>

### 2. Nichtigkeit multipolarer beihilfegewährender Verträge

#### a) Grundlegendes

Die Teilnichtigkeit des Vertrages mit der Möglichkeit der Aufrechterhaltung mit beihilferechtskonformem Inhalt

4 Dazu: Rödel, PharmR 2014, 141 ff.; ausführlich: dies., Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

5 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

6 So auch: Striemi/Werner, JuS 2006, 106, 108.

7 So auch in der Literatur: Münch-Komm-BGB/Armbrüster, 6. Aufl. (2012), § 134, Rn. 104; Bacon, 2. Aufl. (2013), European community law of state aid, 20.12; Koenig, EuZW 2003, 417, 417; Kühling, ZWR 2003, 498 (502 f.); Martin-Ehlers, WM 2003, 1598, 1603; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders., Anm. z. BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 447, 447, 448; Staudinger-

BGB/Sack/Seibl, 15. Aufl. (2011), § 134, Rn. 313; zum Meinungsstreit „Schwebende Unwirksamkeit oder Nichtigkeit“: Pütz, NJW 2004, 2199, 2199; Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Steindorff, ZHR 152 (1988), 474, 488; ders., EuZW 1997, 7, 9 ff.

8 Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 110 ff.; Nomos Kommentar-Europäisches Beihilfenrecht/Bungenberg/Motzkus, (2013) Kapitel 5, S. 1302 f.; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 326; Heidenhain, EuZW 2005, 135, 135; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 806; Pütz, NJW 2004, 2199, 2200.

9 BGH, EuZW 2013, 753, 753 (Leitsatz).

durch Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungsklausel ist die verhältnismäßige Rechtsfolge für komplexe multipolare Vertragsverhältnisse und mittelbare Beihilfen wie F & E-Verträge, da sie ausreichend ist, um Sinn und Zweck des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu wahren.

Dem möglicherweise beihilfeempfangenden Unternehmen ist daher zu empfehlen, sich vor Vertragsschluss durch Verhandeln salvatorischer Klauseln abzusichern und zu untersuchen, ob die unionsrechtlichen Regeln befolgt werden, da nur auf diese Weise eine nachträglich festgestellte Gesamtnichtigkeit des geschlossenen Vertrags verhindert und die Aufrechterhaltung des Vertrages mit beihilfekonformem Inhalt erreicht werden kann.

#### b) Mittelbare Beihilfen

Die mittelbare Beihilfe als indirekte Vorteilsgewährung zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige fällt auch unter den Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV<sup>10</sup> und damit grundsätzlich unter die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge. Durch die Einbeziehung mittelbarer Begünstigungen in den Beihilfetatbestand werden Sinn und Zweck der sachgerechten Registrierung wettbewerbsverfälschender Fördermaßnahmen erfüllt.

#### c) F & E-Verträge als mittelbar beihilfegewährende Verträge

Der F & E-Vertrag birgt eine mittelbare Beihilfe, wenn die Universität ihre Leistung dem Unternehmen gegenüber unterhalb des Marktpreises oder zu einem nicht angemessenen Preis erbringt und dieses damit gegenüber anderen Mitbewerbern begünstigt wird.

Der Unionsrahmen für staatliche F & E & I-Beihilfen der Kommission beinhaltet die für die beihilferechtliche Frage der Vereinbarkeit von F & E & I-Beihilfen mit dem Binnenmarkt relevanten Aspekte und Voraussetzungen unter 2.2. (Indirect state aid to undertakings through public funded research and knowledge dissemination organisations and research infrastructures).<sup>11</sup> Der letzte Gemeinschaftsrahmen trat am 01.01.2007 in Kraft und war ursprünglich bis zum 31.12.2013 anwendbar, erfuhr aber

eine technische Verlängerung bis zum 30.06.2014.<sup>12</sup> Am 01.07.2014 trat der neue Unionsrahmen in Kraft, mit dem die Gewährung von Beihilfemaßnahmen zur Förderung von Maßnahmen im Bereich Forschung, Entwicklung und Innovation erleichtert werden soll.

Der Unionsrahmen führt aus, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen im Falle einer Auftragsforschung durch Forschungseinrichtungen oder einer Zusammenarbeit mit diesen eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts erhalten. Dargestellt wird sowohl die Konstellation, in der die Forschungseinrichtung ein Vorhaben im Auftrag eines Unternehmens ausführt (Auftragsforschung oder Forschungsdienstleistungen) als auch, wenn mindestens zwei Partner an der Konzeption des Vorhabens mitwirken, zu seiner Durchführung beitragen und seine Risiken und Ergebnisse teilen (Zusammenarbeit von Unternehmen und Forschungseinrichtungen).

Bei einer Forschung im Auftrag von Unternehmen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine staatliche Beihilfe und ist nicht begünstigt im Sinne des Beihilferechts, wenn die Forschungseinrichtung ihre Dienstleistung zum Marktpreis oder, sofern es keinen Marktpreis gibt, zu einem Preis erbringt, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält. Bei gemeinsamen Kooperationsprojekten von Unternehmen und Forschungseinrichtungen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine mittelbare staatliche Beihilfe, wenn das Unternehmen sämtliche Kosten des Vorhabens trägt oder die Ergebnisse, für die keine Rechte des geistigen Eigentums begründet werden, weit verbreitet werden können oder die Forschungseinrichtungen von den beteiligten Unternehmen für die Rechte des geistigen Eigentums, die sich aus den von der Forschungseinrichtung im Rahmen des Vorhabens ausgeführten Forschungsarbeiten ergeben und auf die beteiligten Unternehmen übertragen werden, ein marktübliches Entgelt erhalten.

Zu untersuchen ist damit, ob die Leistung der Forschungseinrichtung zu einem angemessenen Preis oder

10 Dies wird in der Arbeit anhand einer Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Beihilfe dargestellt. Zur mittelbaren Beihilfe: EuGH, Urt. v. 19.9.2000 – C-156/98; EuGH, Urt. v. 13. 6. 2002 – C-382/99; EuG, Urt. v. 4.3.2009 – T-424/05; zu der Sache T-424/05: López, ESTAL 2010, 219-228; EuG, Urt. v. 15.6.2010 – T-177/07; Kommission, Entscheidung v. 24.1.2007 – 2007/374/EG über die staatliche Beihilfe C 52/2005, die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat; MünchKomm-Beihilfen- und Vergaberecht/Arhold (2011), Art. 107 AEUV, Rn. 135; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. (2005), 63; Koenig/Sander, EuR 2000, 743, 747; López, ESTAL 2010, 219, 223 f.; Nomos Kommentar-Europäisches

Beihilfenrecht/Penner (2013), Kapitel 1, 386 f.; Quigley/Collins, EC State Aid Law and Policy (2003), 22 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union/von Wallenberg/Schütte, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 107 AEUV, Rn. 48; kritisch: Bartosch, EU-Beihilfenrecht – Kommentar (2009), Art. 87 Abs. 1 EGV, Rn. 82; gegen eine Einbeziehung mittelbarer Beihilfen: Ehle/Meier, EWG-Warenverkehr (1971), 244.

11 [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/rdi\\_framework\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/rdi_framework_en.pdf).

12 Der neue Unionsrahmen ist zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2014:198:TOC> (Stand: Juli 2013).

zum Marktpreis entrichtet wurde, die Rechte des geistigen Eigentums zu einem marktüblichen Entgelt übertragen wurden und so eine beihilferelevante Begünstigung des Unternehmens ausgeschlossen werden kann.

Trotz dieser Voraussetzungen des Unionsrahmens stehen die Vertragsparteien bei der Ermittlung des vom Unionsrahmen postulierten Marktpreises Problemen gegenüber. Die Bestimmung desselben ist oft nur unter gewichtigen Anstrengungen möglich. Kritisch ist dabei, dass für wissenschaftliche Dienstleistungen einer Universität regelmäßig kein Marktpreis ermittelt werden kann, weil durch die kleine Anbieterzahl für die im Vertrag vereinbarte Leistung kein Markt besteht. Daher gibt es weder Berechnungsmöglichkeiten noch Orientierungsmaßstäbe für eine angemessene Vergütung. An dieser Stelle untersucht die Verfasserin Optionen, welche eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts messbar und damit erkennbar für die Parteien machen kann. Der Vorschlag der Kommission, nach dem der Preis nach im Vergabeverfahren bestehenden Auswahlkriterien zu bestimmen und so die Gegenleistung marktgerecht zu gestalten ist, um auf diese Weise die Voraussetzung für den Ausschluss einer beihilferechtlichen Begünstigung zu erfüllen, stellt keine akzeptable Lösung dar.<sup>13</sup> Das Bietverfahren ist nämlich im Rahmen von F & E-Verträgen zur Bestimmung des Marktpreises ungeeignet und wird sowohl vom Industrieunternehmen als auch von der Universität abgelehnt werden. Bei Wahrung der Voraussetzungen eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungswettbewerbs mit Vergabe an den Meistbietenden kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Motiv der Forschungskooperation oder der Auftragsforschung an die Öffentlichkeit kommt. Der Ausschreibungswettbewerb konterkariert das Interesse des Unternehmens, weil auf diesem Weg geheimes Knowhow offengelegt werden könnte. Zudem möchte das Industrieunternehmen verhindern, dass Mitbewerber von der strategischen Forschungsausrichtung oder den zukünftig anvisierten Betätigungsfeldern Kenntnis erlangen. Dies würde aber gerade durch das Interesse an bestimmten Projekten erkennbar. Die Durchführung eines Bietverfahrens widerspricht auch dem Interesse der Forschungseinrichtung. Bei der Suche nach einem neuen Wirkstoff und der Entwicklung einer Substanz, an der mit Hilfe eines Unternehmens weiter geforscht werden

soll, kann und will die Forschungseinrichtung nicht alle Tatsachen offenlegen, weil manche Informationen nicht öffentlich sind und damit noch dem Patentschutz zugänglich sein könnten. Im Fall der Offenlegung solcher Details ist die geleistete Forschung wertlos und nicht mehr schutzfähig, weil die Erfindungen nicht mehr neu wären, sondern zum Stand der Technik gehörten.

Nicht nur die Bestimmung des Marktpreises, sondern auch die des Preises, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält, gestaltet sich als äußerst schwierig. Dieser Preis ist nach dem Unionsrahmen maßgebend, wenn kein Marktpreis ermittelt werden kann. Das zu wählende System der Kostenberechnung, um diesen Preis zu bestimmen, muss alle direkten und indirekten Kosten für die im Vertrag vereinbarte Forschungsleistung erfassen.

## II. Rechts- und Planungssicherheit durch den Entwurf von Vertragsklauseln

Um Rechts- und Planungssicherheit bereits bei Vertragsabschluss für beide Vertragsparteien zu erreichen, ist nach Meinung der Verfasserin der Entwurf von Vertragsklauseln unabdingbar. F & E-Verträge sind durch die Bestimmung und das dokumentierte Aushandeln einer Vergütung im Sinne des Unionsrahmens und der Ergänzung des F & E-Vertrages um die folgenden Klauseln so zu gestalten, dass keine Beihilfe an das Industrieunternehmen besteht und auch bei Unklarheit hinsichtlich der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zumindest keine Rückabwicklung des geschlossenen Vertrags wegen Nichtigkeit gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB droht.<sup>14</sup>

Die in der Dissertation entwickelten Klauseln wurden anhand der Beispiele aus den Mustervereinbarungen für F & E-Kooperationen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie<sup>15</sup> entworfen. Diese umgehen nicht das Durchführungsverbot, sondern schaffen vielmehr Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung der beihilferechtlichen Vorschriften.

Schon die Präambel sollte den Vertragszweck darstellen, um die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nachzuweisen sowie die verschiedenen Arbeitspakete im Hinblick auf Beiträge, Aufwand und Interesse umreißen. Weiterhin soll das Interesse des Unterneh-

13 XXIX. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsbericht 1999, Rn. 233, 235.

14 Dazu ausführlich: Rödel, Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

15 Bezugsmöglichkeiten der BMWi Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen unter: <http://www.patentserver.de/Patentserver/Navigation/Patentpolitik/kooperation->

wissenschaft-wirtschaft (Juli 2014). Es werden die Klauseln des Vertrags über Auftragsforschung in der Variante der Übertragung der Schutzrechte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMW, Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 12 ff.) herangezogen.

mens am Zugang zu den Ergebnissen und deren Nutzung, das der Forschungseinrichtung am Entgelt und der Möglichkeit der späteren Publikation der Ergebnisse, dokumentiert werden.

Auch muss die Klausel im Hinblick auf die Altrechte sorgsam verfasst werden. Um den erörterten Ansprüchen im Vertragstext zu genügen, ist die Klausel aus dem Mustervertrag des Bundesministeriums über die Altrechte zu ergänzen:

„Die Parteien stimmen überein, dass der Wert der Altrechte, die dem Industriepartner zugeordnet werden, bereits von der Vollkostenrechnung erfasst und Teil der Gesamtvergütung ist.“

Eine solche Ergänzung der Klausel ist notwendig, um die Nichtigkeit nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB auszuschließen, weil die Altrechte mit der Vergütungsregelung abgegolten sein müssen. Durch die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung für Nutzung und Verwertung der Altrechte wird ein Marktpreis oder ein angemessener Preis für die Altrechte bestimmt, welcher das Vorliegen einer Begünstigung seitens des Industrieunternehmens ausschließt.

Auch die Klausel über die Vergütung der Forschungsarbeiten ist wie folgt abzuändern:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass die vorgenannte Vergütung der Arbeiten Gegenstand einer detaillierten Kalkulation ist, die alle Kosten erfasst, die bei Erbringung der Leistung anfallen und i.S.d. Vollkostenrechnung einen angemessenen Preis für die Leistung, das Projekt und die Übertragung von Neu- und Altrechten nach Anlage [X] darstellt und die einen gegenwärtigen und nachvollziehbaren Betrag für die Durchführung des Vertrags und die Übertragung der Rechte nach Ziffer [X] und [Y] dieses Vertrags zur Grundlage hat.“

Die Erfassung von Alt- und Neurechten ist im Rahmen der Vollkostenrechnung erforderlich, um einen Marktpreis oder einen angemessenen Preis für die Übertragung der Neurechte und die Nutzung der Altrechte zu bestimmen. Dieser kann so das Vorliegen einer Beihilfe zu Gunsten des Industrieunternehmens nach dem Unionsrahmen ausschließen und die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung dokumentieren.

Die Klausel dokumentiert, dass die Parteien bei Vertragsschluss einen angemessenen und damit beihilferechtmaßige Preis aushandeln und vereinbaren wollten. So wird das Interesse der Parteien deutlich artikuliert, auch bei etwaiger Nichtigkeit der Preisklausel am Vertrag festzuhalten zu wollen. Dieser Fortführungswil-

le ist wie oben dargestellt Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Vertrages bei Nichtigkeit der Vergütungsklausel durch Ersetzung dieser Klausel oder ergänzende Vertragsauslegung.

Zuletzt sollte auch die salvatorische Klausel des Mustervertrags des Bundesministeriums ergänzt werden, da die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nur auf diese Weise verhindert und der Vertrag durch eine beihilferechtmäßige Klausel auch bei Unwirksamkeit der Preisklausel aufrechterhalten werden kann:

„Sollte eine der Bestimmungen oder ein wesentlicher Teil dieser Vereinbarung unwirksam oder nichtig sein oder werden, wird nach dem Willen der Parteien die Vereinbarung im Übrigen hiervon nicht berührt.“

„Derartige Bestimmungen werden die Vertragspartner durch eine neue, gültige und zumutbare Bestimmung ersetzen, die ihren ursprünglichen Absichten im wirtschaftlichen Ergebnis soweit wie möglich und dem Vertragszweck entspricht, sofern dadurch keine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts herbeigeführt wird. Insbesondere im Fall der Unangemessenheit der Vergütung betreffend die Regelung zu Neu- und Altrechten werden die Vertragspartner diese Klausel durch eine neue gültige Bestimmung ersetzen, die der Billigkeit entspricht.“

„Wird ein entsprechender Vorschlag eines Vertragspartners abgelehnt oder von diesem innerhalb eines Monats nach Zugang nicht angenommen, kann jeder Partner beantragen, dass ein fachkundiger Schiedsgutachter die Ersetzung der Klausel nach dessen Ermessen verbindlich festlegt.“

Die salvatorische Erhaltungsklausel sollte nicht standardmäßig und allgemeingültig eingearbeitet werden, sondern hat unter Abwägung der möglichen Folgen ausgearbeitet zu werden.

Um den Willen der Parteien, den Vertrag auch dann zur Wirksamkeit gelangen zu lassen, wenn ein wesentlicher Teil desselben nichtig ist, hinreichend deutlich werden zu lassen, ist der Zusatz „oder ein wesentlicher Teil“ der Vereinbarung vonnöten. Daher muss der Wille der Parteien, bei Nichtigkeit einer Klausel, insbesondere der Preisklausel, am Vertrag festhalten zu wollen und zu einem angemessenen und folglich beihilferechtmäßigen Preis abzuändern, bereits in die Klausel einfließen. Diese Formulierung der Erhaltungsklausel hat in Verbindung mit der Ersetzungsklausel zu erfolgen. Denn erst durch das Einfügen der Ersetzungsklausel kann der durch die Nichtigkeit entstandene „wesentliche Teil“ als Lücke ge-

füllt werden. Der Zusatz einer Klausel, die Sinn und Zweck des Vertragsinhalts aufzeigt, ist dementsprechend anzuraten, da damit eine Präzisierung der Klausel und Dokumentation des Parteiwillens erzielt wird.

Insbesondere im Rahmen der Suche eines angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung oder konkreter Vergütungsmodalitäten gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Ausschließlich mithilfe der Ersetzungsklausel ist es möglich, ein interessengerechtes Ergebnis zu erzielen, sodass die Vereinbarung erforderlich ist, weil eine „Lückenfüllung“ durch den Richter versagen würde. Vor allem bei Nichtigkeit der Preisklausel kann der Vertrag wegen Nichtigkeit von *essentialia negotii* gesamtlich sein. Daher kann allein durch eine solche, vom Parteiwillen ausdrücklich gewünschte, Ersetzungsklausel die Gesamtnichtigkeit verhindert werden, während eine Ersetzung der Preisklausel durch den Richter gerade nicht zulässig wäre.

Die zu entwerfende Ersetzungsklausel hat die Voraussetzungen von Bestimmbarkeit und Durchführbarkeit zu erfüllen und den Grad der Ersetzungswirkung sowie die Ersetzungsmaßstäbe festzulegen, wobei sie ausdrücklich vom Parteiwillen gedeckt sein muss und festzuschreiben hat, von wem und in welcher Weise sie zu ersetzen ist. Ansonsten drohen Auslegungsschwierigkeiten. Die entworfenen Ersetzungsklausel kann die dispositive Regelung des § 139 BGB wirksam abbedingen. Damit tritt die Gesamtnichtigkeit lediglich ein, wenn die Erhaltung des Vertrags trotz salvatorischer Klausel im Einzelfall durch den durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen nicht mehr umfasst wird, was aber bei ausreichender Dokumentation und Festschreiben des Parteiwillens nicht der Fall sein sollte.

Folglich ist die Preisersetzungsklausel so auszugestalten, dass die Interessen beider Vertragsparteien hinreichend gewahrt werden. Ein Bestimmungsrecht beider Parteien sollte implementiert werden, da die Parteien wegen ihrer Sachnähe fachkundiger sind betreffend die Bestimmung von Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung für die dem Vertrag zugrunde liegenden Arbeitspakete und Leistungen als ein externer Dritter. Um Interessengerechtigkeit zu gewährleisten, ist der Zusatz der Zumutbarkeit anzuraten, um unzumutbare Härten der Klausel zu vermeiden.

Es beschleunigt den Vorgang der Ersetzung und treibt ihn an, wenn ein Schiedsgutachter die Ersetzung nach seinem Ermessen verbindlich festlegt für den Fall, dass die Parteien sich nicht einigen können. Diese Klausel steigert des Weiteren den Einigungsdruck auf die Parteien, sodass deren Verhandlungen nicht endlos fort-dauern können. Durch die Drittbestimmungsbefugnis des Schiedsgutachters, dessen Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Objektivität kommt dem Ersetzungsverfahren ein Mehr an Rechtssicherheit zu; es werden sowohl die Interessen beider Parteien hinreichend berücksichtigt als auch das Verfahren beschleunigt.

Die vorgeschlagenen Vertragsmodifikationen in Gestalt der Klauseln schaffen bereits bei Vertragsschluss Rechtssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen auf diese Weise das über dem F & E-Vertrag lastende Damoklesschwert der Nichtigkeit.

Die Autorin ist Syndikusanwältin bei der Merck KGaA als Head of Consumer Health Germany.

## Ausgegraben:

### *Dwbm (Dienstweihnachtsbäume)*<sup>1</sup>

Hiermit wird die Arbeitsorganisationsrichtlinie über die Handhabung und Verwendung von Nadelbäumen, kleineren oder mittleren Wuchses, die in Diensträumen Verwendung finden (ArbOrgRichtl.Dwbm) bekannt gegeben:

#### **1. Dienstweihnachtsbäume**

Dienstweihnachtsbäume (Dwbm) sind Weihnachtsbäume natürlichen Ursprungs oder natürlichen Bäumen nachgebildete Weihnachtsbäume, die zur Weihnachtszeit in Diensträumen aufgestellt werden.

#### **2. Aufstellen von Dwbm**

2.1 Dwbm dürfen nur von sachkundigem Personal nach Anweisung des unmittelbaren Vorgesetzten aufgestellt werden. Dieser hat darauf zu achten, dass der Dwbm mit seinem unteren, der Spitze entgegen gesetzten Ende, in einem zur Aufnahme von Baumenden geeigneten Halter eingebracht und befestigt wird,

2.2 der Dwbm in der Haltevorrichtung derart verkeilt wird, dass er senkrecht steht. In schwierigen Fällen ist ein zweiter Beamter hinzuzuziehen, der das Senkrecht-Stellen überwacht und ggf. durch Zurufe wie „mehr links“, „mehr rechts“ usw. korrigiert,

2.3 im Umfallbereich des Dwbm keine zerbrechlichen oder durch umfallende Dwbm in ihrer Funktion zu beeinträchtigende Anlagen vorhanden sind.

#### **3. Behandeln der Beleuchtung**

Die Dwbm sind mit weihnachtlichem Behang nach Maßgabe des Rektorats zu versehen. Dwbm-Beleuchtungen, deren Leuchtwirkung auf dem Verbrennen eines Brennstoffs mit Flammenwirkung beruht (sog. Kerzen), dürfen nur Verwendung finden, wenn

3.1 die Bediensteten über die Gefahren von Feuersbrünsten hinreichend unterrichtet sind und

3.2 während der Brennzeit ein in der Feuerbekämpfung unterwiesener Beamter mit Feuerlöscher bereit steht.

#### **4. Aufführen von Krippenspielen und Absingen von Weihnachtsliedern**

In Universitätseinrichtungen, Dezernaten und Stabsstellen mit ausreichendem Personal können Krippenspiele unter Leitung eines erfahrenen Vorgesetzten zur Aufführung gelangen.

Zur Besetzung sind folgende in der Personalplanung vorzusehende Personen notwendig:

Maria: Möglichst weibliche Mitarbeiterin oder ähnliche Person

Josef: Älterer Beamter mit Bart

Kind: Kleinwüchsiger Mitarbeiter

Esel und Schafe: Geeignete Beamte aus verschiedenen Laufbahnen

Heilige Drei Könige: Sehr (schein-) heilige Beschäftigte

Die Rollen der Heiligen Drei Könige können auch von Beschäftigten mit dunklem Haupthaar, gebräunter Gesichtshaut und starkem, unverständlichem Akzent übernommen werden.

Bei der Besetzung der Rollen ist der Personalrat (PR), bei der Besetzung der Rolle „Kind“ mit einem Jugendlichen die Jugendvertretung und bei der Rolle „Maria“ die Frauenbeauftragte zu beteiligen.

Zum Absingen von Weihnachtsliedern stellen sich die Bediensteten ganz zwanglos, nach Dienstgraden geordnet, um den Dwbm auf. Evtl. vorhandene Weihnachtsgeschenke können bei dieser Gelegenheit durch einen Vorgesetzten (in Gestalt eines Nikolauses) und ein Mitglied des PR (in Gestalt eines Knecht Ruprecht) an die Untergebenen verteilt werden.

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/service/dwbm>.  
(16.12.2014)

Über den Ablauf der Veranstaltung ist eine Niederschrift zu fertigen und dem PR zur Aufnahme in das ZBDI zuzusenden. Aus Gründen des Datenschutzes sind in dieser Niederschrift die Namen der Personen, welche die Rollen „Esel und Schafe“ bzw. „Heilige Drei Könige“ übernommen haben, auf Wunsch unkenntlich zu machen.

#### **5. Inkrafttreten**

Diese Verordnung tritt bei allen Universitätseinrichtungen, Dezernaten und Stabsstellen, die einen Dwbm beschaffen oder beschafft haben, zum Beschaffungszeitraum in Kraft und treten mit der Aussonderung des Dwbm außer Kraft.

# Sylvia Groneick

## *Biosicherheitsrelevante Forschung und der Schutz vor biologischen Waffen*

Das Übereinkommen über das Verbot biologischer Waffen<sup>1</sup> (BWÜ) steht vor zwei Herausforderungen: technologischen Entwicklungen und dem Fehlen eines Verifikationsmechanismus. Dennoch ist das Übereinkommen wegen seiner hohen Zahl von Vertragsstaaten ein Wert an sich. Auch besteht kein völliger Stillstand: Vertrauensbildende Maßnahmen werden durchgeführt und ein Sekretariat zur Umsetzung der Konvention (Implementation Support Unit - ISU) wurde geschaffen. Diese Mechanismen zum Informationsaustausch und zur Unterstützung des Übereinkommens gilt es zu fördern.

Die Bundesregierung stärkt das Verbot biologischer Waffen zudem auch außerhalb des BWÜ. Dafür beispielhaft ist das deutsche Partnerschaftsprogramm für biologische Sicherheit und Gesundheitssicherstellung. Hier soll Expertise in Partnerländern aufgebaut werden, um Biosicherheit zu gewährleisten und somit Missbrauchsrisiken zu reduzieren. Unter Biosicherheit versteht man sowohl die *Biosafety* (Schutz vor Erregern und Stoffen) als auch *Biosecurity* (Schutz vor dem Zugriff auf Erreger und Stoffe).

### **I. Geschichte des Biowaffenübereinkommens und aktuelle Herausforderungen**

Der internationale Schutz vor biologischen Waffen ist in den Artikeln I bis IV des BWÜ normiert. Im Vergleich zur Chemiewaffenkonvention enthält das BWÜ ein generisches Verbot. Während die Chemiewaffenkonvention<sup>2</sup> Chemiewaffen genau definiert und betroffene Chemikalien einzeln auflistet, nimmt das BWÜ nur allgemein auf „mikrobiologische und andere biologische Agenzien oder Toxine“ (Art. I Nr. 1 BWÜ) Bezug. Zunehmend wird die Überwachung der Regelungen des BWÜ durch das ständige Aufkommen neuer Möglichkeiten,

Erreger und Toxine als Biowaffen zu missbrauchen, erschwert. Angesichts dieser rapiden Entwicklungen in den Lebenswissenschaften bedarf es daher wissenschaftlich-fachlicher Expertise.

Im Gegensatz zum Chemiewaffenübereinkommen und seinem umfangreichen, verbindlichen Verifikationsregime zur Überwachung der Vertragseinhaltung<sup>3</sup> enthält das BWÜ keinen vergleichbaren Mechanismus. Der einzige Mechanismus, den das BWÜ vorhält, ist, dass gem. Artikel VI BWÜ jeder Vertragsstaat beim Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eine Beschwerde über konventionswidriges Verhalten eines anderen Vertragsstaats einlegen kann. Der Sicherheitsrat könnte daraufhin eine Untersuchung durchführen. Bis heute wurde von dem Instrument der Beschwerde beim Sicherheitsrat jedoch kein Gebrauch gemacht. Die Einrichtung eines umfassenden Überprüfungsmechanismus scheiterte bei der 5. Überprüfungskonferenz des BWÜ im Jahr 2001.<sup>4</sup> Einer der Gründe, der angeführt wurde, war, dass eine Verifizierung auf praktische Schwierigkeiten stoßen würde. Zu diesen Schwierigkeiten zählt die schwierige Abgrenzbarkeit militärischer von ziviler Forschung. Auch die wirtschaftliche Bedeutung der Lebenswissenschaften spielte eine Rolle beim Scheitern eines Überprüfungsmechanismus.

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten, die derzeit zu einem gefühlten Stillstand des BWÜ führen, setzt sich die Bundesregierung für eine Stärkung des Übereinkommens ein. Dabei wird insbesondere auf die Erreichung einer universalen Ratifikation abgezielt: Das BWÜ ist als Diskussionsgrundlage von derzeit 172 Vertragsstaaten<sup>5</sup> schon ein Mehrwert an sich, der mit jeder Ratifikation wächst. 2006 wurde zudem für das BWÜ eine ständige Einrichtung geschaffen, deren Betrieb die Bundesrepublik seitdem finanziell fördert. Die sogenannte Implemen-

1 Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen vom 10.4.1972, in Kraft seit 26.3.1975, UNTS 1015 S. 163, BGBl 1983 II S. 132.  
2 Übereinkommen vom 13. Januar 1993 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen (Chemiewaffenübereinkommen), 13.1.1993, in Kraft seit 29.04.1997, BGBl. 1994 II 806; 1974 UNTS 45.  
3 Vgl. *Marauhn*, Chemical Weapons and Warfare, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. 2, 2012, S. 108 (Rn. 33) mit weiteren Nachweisen.

4 Vgl. zum Ganzen auch *Pearson*, The Central Importance of Legally Binding Measures for the Strengthening of the Biological and Toxin Weapons Convention, Studie Nr. 28 für die Weapons of Mass Destruction Commission, <http://www.un.org/disarmament/education/wmdcommission/files/No28.pdf> (09.08.2014); *Littlewood*, The verification debate in the Biological and Toxin Weapons Convention in 2011, Disarmament Forum 3 (2010), S. 15, online: <http://www.unidir.org/files/publications/pdfs/arms-control-verification-en-320.pdf> (9.8.2014).  
5 Zum Ratifikationsstand vgl. <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280101653> (9.8.2014).

tation Support Unit, ISU leistet neben administrativer Hilfe auch Unterstützung bei der strukturellen Stärkung des BWÜ und bei der Umsetzung seiner Maßgaben.

Bei den BWÜ-Überprüfungskonferenzen 1986 und 1991 wurden „Vertrauensbildende Maßnahmen“ (VBM) vereinbart.<sup>6</sup> Darunter sind jährliche Meldungen im Rahmen eines Informationsaustauschs über relevante biologische Aktivitäten, zivile Forschungs- und Produktionseinrichtungen sowie nationale B-Schutzprogramme zu verstehen. Deutschland behandelt die Erstattung der Jahresmeldungen als politisch verpflichtend und zählt zu den Ländern, die ihre Jahresmeldungen auf der Website der ISU veröffentlichen lassen.<sup>7</sup> Zudem wirbt die Bundesrepublik insbesondere bei Partnerstaaten für eine Teilnahme am VBM-Mechanismus. Insgesamt beteiligen sich dennoch derzeit jährlich nur etwa 40 Prozent der Vertragsstaaten.

## II. Das Partnerschaftsprogramm für biologische Sicherheit und Gesundheitssicherstellung der Bundesregierung

Seit 2013 realisiert das Auswärtige Amt zudem das deutsche Partnerschaftsprogramm für biologische Sicherheit und Gesundheitssicherstellung.<sup>8</sup> Es ist Teil der Globalen Partnerschaft gegen die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und -materialien (GP), die im Jahr 2002 von der Gruppe der Acht (G8, inzwischen G7) initiiert wurde und sich zunächst auf den Nuklear- und Chemiebereich im Gebiet der ehemaligen Sowjetunion konzentrierte.<sup>9</sup>

Die Globale Partnerschaft wurde 2012 umstrukturiert. Die Partnerschaft ist räumlich nicht mehr auf das Gebiet der ehemaligen Sowjetunion fokussiert und thematisch fand eine Neuausrichtung auf den Bereich der Biosicherheit statt. Dabei geht das Konzept nicht allein von (staatlichen) B-Waffen aus. Es zielt auf eine generelle Erhöhung der biologischen Sicherheit. Als ein vom Auswärtigen Amt finanziertes Programm hat dieses Programm innerhalb der Globalen Partnerschaft primär eine außen- und sicherheitspolitische Zielsetzung. Die

vorgesehenen Maßnahmen haben zwar immer auch den Zusatzeffekt einer Stärkung der öffentlichen Gesundheit in den Partnerländern, primäres Ziel ist aber, die biologische Sicherheit in den drei Schwerpunktländern Marokko, Tunesien und Sudan mit einem weitgefassten Ansatz und in einzelnen Bereichen in fast 20 weiteren Staaten zu stärken. Dahinter steht die Überlegung, dass mehr Biosicherheit in den Partnerländern den Zugriff auf Erreger und Toxine durch Unbefugte verhindern kann. Damit soll auch für die G7-Staaten das Risiko eines Missbrauchs solcher Stoffe als Waffen oder zum absichtlichen Herbeiführen von Krankheitsausbrüchen reduziert werden.

Nach derzeitigem Stand ist das Programm mit einem Finanzvolumen von ca. 23 Mio. Euro auf einen Zeitraum von drei Jahren (2013-2016) angelegt. Geographischer Fokus des Programms sind insbesondere Nordafrika und Zentralasien. Schwerpunktpartner sind Marokko, Tunesien und der Sudan.<sup>10</sup> Das Programm besteht aus einer Reihe von Einzelprojekten, die deutsche Fachinstitute<sup>11</sup> und die Weltgesundheitsorganisation gemeinsam mit lokalen Partnern durchführen. Einige regionale Projekte sind länderübergreifend angelegt, insbesondere in West- und Subsahara-Afrika. Aber auch zwischen den G7-Staaten wird dabei kooperiert. Ein deutsch-französisches Projekt in Mali ist angelaufen und hat angesichts der Ebola-Krise besondere Bedeutung gewonnen. Die Ebola-Krise hat die Rolle von Biosicherheit deutlich gemacht, verschiedene - auch schon vor Ausbruch der Epidemie angelaufene - Projekte des deutschen Biosicherheitsprogramms befassen sich mit der Risikominimierung hämorrhagischer Fieber.

Konkrete Arbeitsfelder der Projekte sind der sichere Umgang mit Erregern (*Biosafety*), die Sicherung von Erregern vor vorsätzlichem Zugriff durch Unbefugte (*Biosecurity*), Detektion und Diagnostik, d.h. die Überwachung ungewöhnlicher Krankheitsausbrüche als Warn- und Alarmsystem, sowie Vernetzung auf nationaler und internationaler Ebene und Kapazitätsaufbau. Mit dem Programm wird das zentrale Ziel des BWÜ umgesetzt, die Herstellung und Proliferation biowaffenfähigen

6 Vgl. <http://www.unog.ch/bwc/cbms> (9.8.2014).

7 Alle veröffentlichten Berichte finden sich unter <http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/4FA4DA37A55C7966C12575780055D9E8?OpenDocument> (9.8.2014).

8 Siehe auch [http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Friedenspolitik/Abruestung/BioChemie/Biosicherheit/Biosicherheit\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Friedenspolitik/Abruestung/BioChemie/Biosicherheit/Biosicherheit_node.html) (9.8.2014).

9 Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Globale

G8-Partnerschaft, 2004, <http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen,did=33718.html> (9.8.2014).

10 Weitere Aktivitäten finden in Usbekistan, Tadschikistan, Pakistan, Ägypten, dem Kosovo, Brasilien, Kasachstan, Georgien, Tansania und Nigeria statt.

11 Robert Koch-Institut (RKI), Bernard-Nocht-Institut (BNI, Tropenmedizin), Friedrich-Löffler-Institut (FLI, Tiergesundheit) und Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ).

Materials zu verhindern.<sup>12</sup> Die Maßnahmen zur Stärkung von *Biosafety* und *Biosecurity* werden je nach Bedarf bei den Partnern unterschiedlich umgesetzt.

Auch für das Programm stellt sich die Herausforderung des *Dual Use*. Die Maßnahmen schaffen auch Kapazitäten, die missbraucht werden können. Die Bundesregierung bezieht dies in ihre Konzeption mit ein. Das Thema *Dual Use* wird mit den Partnern offen besprochen und eine potentielle Gefährdung durch vorsätzlichen Missbrauch biologischer Erreger oder Stoffe ist unter anderem ein Kriterium für die Auswahl der Kooperationspartner. Insgesamt ist eine wichtige Komponente die Schaffung von Problembewusstsein bei den Partnern.

Über den Sicherheitsaspekt hinaus ist das Programm auch Teil der deutschen Entwicklungszusammenarbeit, da es zur Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Partnerländer beiträgt. Damit wird auch der – aus Sicht vieler Mitgliedstaaten der Bewegung der Blockfreien Staaten wichtige – Aspekt der internationalen Kooperation aus Art. X BWÜ<sup>13</sup> und schließlich die sog. „präventive Sicherheitspolitik“, eine Leitlinie der deutschen Außen- und Sicherheitspolitik, umgesetzt.

Auch das Thema „Bioethik“ kommt in der Zusammenarbeit mit einzelnen Ländern zur Sprache. Beispielhaft dafür ist ein *Side Event* Deutschlands und Tunesiens in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Ethikrat zu diesem Fragenkreis beim BWÜ-Staatentreffen im Dezember 2014. Die Bundesregierung versucht allgemein, die hohen deutschen Standards in den Bereichen *Dual Use*

und Bioethik in Zusammenarbeit mit den deutschen Partnern zur Diskussionsgrundlage zu machen.

### III. Stärkung des Biowaffenverbots auf mehreren Ebenen

Das Biowaffenverbot wird also auf mehreren Ebenen gestärkt. Die Implementation Support Unit bietet organisatorische Unterstützung für das BWÜ und die Vertrauensbildenden Maßnahmen gewährleisten, wenn auch in geringem Maße, einen Informationsaustausch. Mit Blick auf die bevorstehende 8. Überprüfungskonferenz des BWÜ setzt sich die Bundesregierung außerdem dafür ein, die Instrumente des Regimes stärker zu nutzen. Diese Maßnahmen finden unter dem Dach des BWÜ statt. Daneben fördert die Bundesregierung einen sicheren Umgang mit als Biowaffen zu missbrauchenden Stoffen durch das Partnerschaftsprogramm für biologische Sicherheit und Gesundheitssicherstellung: Hier werden die biologische Sicherheit gestärkt und der Aspekt der Internationalen Kooperation nach Art. X BWÜ umgesetzt. Auf diesen Ebenen zeigt die Bundesregierung ihr Interesse an einer Stärkung des Verbots biologischer Waffen.

Die Autorin ist stellvertretende Referatsleiterin des Referats 243, Biologische und chemische Waffen; Abteilung für Abrüstung und Rüstungskontrolle im Auswärtigen Amt. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigene Auffassung der Autorin wieder.

12 Vgl. Erwägungsgrund 1 der Präambel zum BWÜ: „[Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens]entschlossen zu handeln, um wirksame Fortschritte auf dem Wege zur allgemeinen und vollständigen Abrüstung, einschließlich des Verbots und der Beseitigung aller Arten von Massenvernichtungswaffen, zu erzielen, und überzeugt, dass das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung chemischer und bakteriologischer (biologischer) Waffen sowie ihre Beseitigung durch wirksame Maßnahmen die Erreichung der allgemeinen und vollständigen Abrüstung unter strenger und wirksamer internationaler Kontrolle erleichtern wird.“

13 Vgl. Art. X Abs. 1 BWÜ: „Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens verpflichten sich, den weitest möglichen Austausch von Ausrüstungen, Material und wissenschaftlichen und technologischen Informationen zur Verwendung bakteriologischer (biologischer) Agenzien und von Toxinen für friedliche Zwecke zu erleichtern, und sind berechtigt, daran teilzunehmen. Vertragsparteien, die hierzu in der Lage sind, arbeiten ferner zusammen, um allein oder gemeinsam mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen zur Weiterentwicklung und Anwendung wissenschaftlicher Entdeckungen auf dem Gebiet der Bakteriologie



# Gunnar Jeremias

## *Die Regelung biosicherheitsrelevanter Forschung als effektiver Beitrag zur biologischen Rüstungskontrolle?*

### I. Problemaufriss

Eine akute Bedrohung durch biologische Waffen scheint derzeit nicht gegeben. Spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des zentralen multilateralen Vertrags zur biologischen Rüstungskontrolle, dem Biowaffenübereinkommen (BWÜ) 1975 hatten sämtliche Vertragsstaaten die noch nach dem Zweiten Weltkrieg offensive biologische Rüstungsprogramme unterhielten, diese offiziell eingestellt und vorhandene Bestände vernichtet.<sup>1</sup> Zwar sind seither insgesamt drei Fälle illegaler Programme aufgedeckt worden,<sup>2</sup> derzeit gibt es aber weder konkrete Hinweise auf entsprechende Aktivitäten in den Mitgliedstaaten, noch auf solche in Staaten außerhalb des Vertragsregimes. Einzige Ausnahme ist Syrien: Im Sommer 2014 wurde der Organisation zum Verbot Chemischer Waffen ein Programm zur Herstellung von Rizin bekanntgegeben<sup>3</sup> – Rizin fällt als biogenes Toxin ebenso unter das Chemiewaffenübereinkommen, wie unter das BWÜ.

Seit den Milzbrandbriefen in den USA (September und Oktober 2001) wird in den Stellungnahmen der Vertragsparteien auf den jährlichen BWÜ Staatentreffen vor allem der internationale Terrorismus als Bedrohungsszenario beschrieben. Doch auch hier lassen sich relativ wenige Fälle benennen: 2001 hatte ein ehemaliger Angestellter des US-Bioabwehrprogramms besonders aufwändig hergestellte und präparierte Milzbrandsporen, die zuvor in eben diesem Programm hergestellt worden waren, an Politiker und Journalisten verschickt; Anfang der 1990er Jahre hatte die japanische Aum-Shinrikyo Sekte mit großem Aufwand versucht, ebenfalls Milzbrandsporen sowie Ebola waffenfähig zu machen, war allerdings gescheitert und 1984 hatte eine indische Sekte versucht, bei möglichst großen Teilen der Bevölkerung des Städtchens The Dulles im US-Bundesstaat Oregon

durch die Kontaminierung von Salattheben Salmonellose und damit Bettlägerigkeit auszulösen, um der eigenen, bei den Kommunalwahlen antretenden Partei zu einem höheren Stimmanteil zu verhelfen.<sup>4</sup> Belastbare Berichte, dass Al Quaida versucht hätte, eine Biowaffenkapazität aufzubauen, finden sich nicht.<sup>5</sup> Auch die Schlagzeilen, die einen vom „Islamischen Staat“ erbeuteten Computer angesichts seiner Inhalte, die auf ein Interesse an biologischer Bewaffnung hindeuten sollten, als „Laptop of Doom“ bezeichneten,<sup>6</sup> erscheinen bei näherer Betrachtung als deutlich übertrieben.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand gibt es also derzeit in keinem Staat der Erde biologische Waffen oder Programme zu deren Entwicklung und Herstellung. Es ist zwar nicht möglich von dieser Lage auf die Zukunft zu schließen, im Grunde ist das BWÜ aber ein präventiver Rüstungskontrollvertrag. Ein Rüstungskontrollregime, das nicht versuchen muss, bestehende Bedrohungspotenziale aus Waffenarsenalen einzuhegen, sondern sich auf die Verhinderung künftiger Rüstungsprogramme konzentrieren kann, scheint unter günstigen Voraussetzungen zu bestehen – wäre da nicht das immanente Problem der fehlenden Verifikation im BWÜ. Seit die Verhandlungen zum Vertrag in den frühen 1970er Jahren begonnen hatten, steht der Malus zu Buche, dass die Mitglieder sich nicht zu einem entsprechenden Mechanismus durchringen konnten. Konkrete Verhandlungen, die die Einrichtung eines von einer internationalen Behörde geleiteten Inspektionsregimes zur Folge gehabt hätten, waren 2001 kurz vor ihrem Abschluss gescheitert; eine Neuauflage ist nicht in Sicht.

Entstanden wäre ein „klassisch“ zwischenstaatlicher Mechanismus zur Beobachtung von Compliance-relevantem Verhalten in biotechnischen Produktions- und Forschungseinrichtungen. Ein solcher Mechanismus wäre vermutlich geeignet, das Verbotssystem zu stärken,

1 Wheelis, Mark, Rózsa, Lajos und Dando, Malcolm (Hrsg) (2006): *Deadly Cultures: Biological Weapons since 1945*, London. Offensive Programme gab es in Frankreich, Großbritannien, Kanada, UdSSR und den USA.

2 Und zwar in Russland (Die UdSSR hatte ihr Programm heimlich bis zur Wende weitergeführt), Irak und Südafrika. Keiner dieser Fälle wurde im Regime verhandelt und/oder mit Sanktionen bewehrt; nicht zuletzt deshalb, weil die Aufdeckung der Programme jeweils im Zusammenhang mit grundlegenden Veränderungen in der institutionellen Organisation der Betreiberstaaten stand.

3 [https://www.opcw.org/index.php?eID=dam\\_frontend\\_push&docID=17532](https://www.opcw.org/index.php?eID=dam_frontend_push&docID=17532) (7.1.2015).

4 Georgiev, Vassil (2009), *Impact on Global Health*, Volume Two, NIH.

5 Ouaghran-Gormley, Sonia Ben (2014), *Barriers to Bioweapons: The Challenges of Expertise and Organization for Weapons Development*, Cornell University Press.

6 <http://foreignpolicy.com/2014/08/28/found-the-islamic-states-terror-laptop-of-doom/> (29.1.2015).

indem Technologieanwendungen in Universitäten, Unternehmen und deklarierten Einrichtungen militärischer biologischer Abwehrforschung zu einem gewissen Grad transparent würden. Vor allem durch die gestiegene Entdeckungswahrscheinlichkeit könnten (vor allem staatliche) Akteure so abgeschreckt werden, heimlich biologische Waffen zu entwickeln und zu produzieren - zweifelhaft ist indes, ob ein solcher Mechanismus auch geeignet wäre, die nichtbeabsichtigte Herstellung von missbrauchsfähigem Wissen zu erschweren, wie es potentiell im Rahmen „normaler“ biotechnischer Forschung produziert wird.

## II. Relevante Aktivitäten und Akteure

In den bisher bekannten BW-Programmen wurden Wissenschaftler von Regierungen damit beauftragt, biotechnisches Wissen gezielt so weiterzuentwickeln, dass eine Waffenfähigkeit der Pathogene oder Toxine hergestellt werden kann.<sup>7</sup> Obwohl sie auf dem Wissensschatz ziviler Forschung gründeten, waren dies also dezidiert auf einen militärischen Einsatz der Biotechnologie ausgelegte Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen. Mit Blick auf die Fragestellung dieses Artikels sind dabei zwei Feststellungen zu machen. Erstens: Auch diese Biowaffenprogramme basierten auf Grundlagenwissen, in dem die Möglichkeiten für eine missbräuchliche Weiterentwicklung bereits angelegt waren. Dieses immanente Dual-Use-Potenzial der Biotechnologie ist eines der Elemente, die sie zu einer Risikotechnologie machen. Zweitens: Das letzte bekannte große BW-Programm wurde bis ca. 1991 in der UdSSR betrieben. Seitdem lässt sich eine anhaltende rapide und globale Entwicklung in den Biowissenschaften und der zugehörigen Technik beobachten. Die umfassenden Missbrauchspotenziale bestehen derweil weiter, wobei verschärfend hinzukommt, dass in einem ständig wachsenden Feld auch die Produktion weiteren relevanten Wissens konstant zunimmt. Außerdem werden im Zuge der Weiterentwicklung gänzlich neue Bereiche erschlossen, die neue Möglichkeiten, aber eben auch Missbrauchspotenziale generie-

ren (z.B. Synthetische Biologie, Nanotechnologie, Systembiologie).<sup>8</sup> Zudem wird die Anwendung von Techniken preisgünstiger und schneller, verbreitet sich Wissen schneller und in Länder, die zunächst keinen Zugang zu dieser Technologie hatten und das Wissen wird auch einfacher handhabbar.<sup>9</sup> Kurz: Mit der Weiterentwicklung der Biotechnologie entstehen sicherlich neue Chancen, etwa für die Bekämpfung von Krankheiten, aber gleichzeitig entstehen auch neue Risiken. Damit ist nicht gesagt, dass diese Situation zwangsläufig zu neuen Biowaffenprogrammen führen wird. Es ist allerdings ebenso wenig ausgeschlossen, dass Akteure missbräuchlich auf dieses Wissen zurückgreifen werden. Meselson bemerkt zu Recht, dass jede Großtechnologie auch militärisch genutzt wird.<sup>10</sup> Gemeinsam mit der Beobachtung, dass sich die Diffusionsrichtung von Technologien in den vergangenen Jahrzehnten umgekehrt hat, früher also Großtechnologien eher im militärischen Kontext (weiter-)entwickelt wurden und sich dann kommerzielle Nutzungen daraus ableiteten, heute aber verstärkt zivile Entwicklungen in der Folge militärisch genutzt werden,<sup>11</sup> erklärt dies das Erfordernis eines hohen Niveaus von Wachsamkeit und von aktiven Maßnahmen zur Prävention.

Solche präventiven Maßnahmen gegen die Verwertung von biotechnischem Wissen und Technologie in militärischen Programmen oder durch Kriminelle sind in der Praxis oft deckungsgleich mit solchen, die auch Schädwirkungen verhindern sollen, die aus dem zivilen Normalbetrieb resultieren. Diese Maßnahmen werden unter dem Begriff Biosicherheit, bzw. mit den englischen Begriffen Biosafety und Biosecurity beschrieben. Die englische Trennung von Safety und Security diskriminiert Betriebssicherheit (die jedenfalls in den Vorreiterstaaten der Biotechnologienutzung in der Praxis lange etabliert ist) von der Vorbeugung von Missbrauch. Safety steht also nicht im Kontext von „Dual-Use“, sondern es sollen durch entsprechende Maßnahmen Unfälle und der aus Unwissen hervorgehende unsachgemäße Umgang mit Agenzien und Labor- bzw. Produktionsausrüstung vermieden werden. Biosecurity blickt hingegen auf

7 Schäfer, Achim (2002), *Bioterrorismus und Biologische Waffen*, Berlin.

8 Zilinskas, R. A., Dando, M. and Nixdorff, K. (2011), *Biotechnology and Bioterrorism*. Encyclopedia of Bioterrorism Defense, 1–14.

9 Dem letztgenannten Argument wird häufig entgegengesetzt, dass nicht unterschätzt werden dürfe, dass praktisches Erfahrungswissen, das sich nur im Laufe langjähriger Ausbildung aneignen lässt, erforderlich ist, um biotechnische Experimente erfolgreich durchführen zu können. Damit kann aber allenfalls der Befürchtung begegnet werden, dass terroristische Gruppierungen ohne

fachlichen Hintergrund immer leichter Biowaffen Kapazitäten aufbauen könnten. Für ausgebildete Wissenschaftler hingegen sind viele Anwendungen in der Biotechnologie heute sicherlich schneller und mit weniger Aufwand durchzuführen, als früher.

10 Meselson, Matthew (2000), *Averting the hostile exploitation of biotechnology*, in: *Chemical and Biological Conventions Bulletin*, No. 48, 16–19.

11 Wiemken, Uwe (2006), *Hochtechnologien in der Wehrtechnik*, in: Spur, Günter (Hrsg): *Wachstum durch Technologische Innovation*, 123–129.

die „dunkle Seite“ der Dual-Use-Problematik, die die Biotechnologie in besonderem Umfang betrifft.<sup>12</sup> Security-Maßnahmen sollen dabei verhindern, dass aus dem Potenzial einer missbräuchlichen Verwendung ein begangener Missbrauch wird - aus dual-use also misuse wird. Trotz dieser unterschiedlichen Zielsetzungen gibt es doch eine Reihe von Überschneidungen bei der Ausgestaltung konkreter Maßnahmen. Das gilt z.B. für Regelungen zum Zutritt zu Laboren, Handhabung, Lagerung, technische Barrieren, etc.<sup>13</sup>

Wie in allen komplexen Systemen kann das Risiko von Unfällen und Missbrauch nicht vollkommen verhindert werden, so dass zwischen Nutzen und Risiken des Technologiebetriebs abgewogen werden muss. Die Entwicklung von und die Entscheidung über konkrete Maßnahmen, die in der Praxis erforderlich, durchführbar und erfolgversprechend sind, wird dabei regelmäßig nur von Biowissenschaftlern oder in Zusammenarbeit mit ihnen durchführbar sein. Zur Identifizierung von Punkten an denen sinnvoll angesetzt werden kann, ist die Erkenntnis hilfreich, dass „nicht alles gleichermaßen dual-use“ ist.<sup>14</sup> Zum Umgang mit der Frage, welche Tätigkeiten also unter besondere Beobachtung und Regelungsversuche gestellt werden sollen, haben sich vor etwa zehn Jahren zunächst zwei Ansätze entwickelt, namentlich der erregerbasierte Ansatz, der davon ausgeht, dass das Arbeiten mit bestimmten Agenzien<sup>15</sup> Risiken induziert und der aktivitätenbasierte Ansatz, der Experimente mit bestimmten Zielsetzungen<sup>16</sup> unter Risikovorbehalt stellt.

Beide Ansätze haben gemein, dass mit den benannten Forschungsaktivitäten, bzw. Forschungsobjekten in der Tat größere Schadwirkungen erzielt werden können, als mit anderen – es in der Ausprägung von dual-use also qualitative Unterschiede gibt. Seit etwa 2008 wird der Begriff Dual-Use Research of Concern (DURC) in der Debatte genutzt. Obschon in dieser Formulierung eine Qualifizierung als besonders bedenkliche Forschung

nicht getroffen wird, werden als Beispiele für DURC vor allem solche Experimente angeführt, bei denen das Missbrauchspotenzial im Verhältnis zum erwarteten Nutzen hoch ist.<sup>17</sup> So werden häufig die Reaktivierung des Erregers der Spanischen Grippe von 1918, die Kombination von Erregern der „Schweine-“ und der „Vogelgrippe“ durch die Forschergruppen um Kawaoka und Fouchier oder die Synthese des Poliovirus genannt.<sup>18</sup> DURC bezeichnet aber eben nur Hinweise auf ein größeres Risiko und keinesfalls einen tatsächlich bevorstehenden Missbrauch. Für sämtliche Verwendungen der gelisteten Erreger und Experimente existieren vielfältige legitime Anwendungen.<sup>19</sup> Eine bessere Eingrenzung risikobehafteter Experimente und bedenklicher Forschungsaktivitäten bietet daher vermutlich ein kombinierter Ansatz, wie er in etwa in der Stellungnahme des Deutschen Ethikrats entwickelt wird.<sup>20</sup> Das Problem Biosecurity reicht aber über die engen Grenzen des Labors hinaus, betrifft also nicht nur die forschersche Produktion von Unsicherheit, sondern ebenso die damit in Zusammenhang stehende Verbreitung von entsprechendem Wissen, Erregern (auch synthetische DNA/RNA) und die Labor- und Produktionsinfrastruktur etc.

Für dieses Teilproblem der biologischen Rüstungskontrolle stellt sich daher die Anforderung, dass die Adressaten potenzieller Regelungen nicht (ausschließlich) Staaten sind, sondern darüber hinaus erstens gezielt die Wissenschaftler (die epistemic community), die das Feld mit ihrem Erfahrungswissen, ihren Netzwerken und mit ihrer Neugierde bestimmen, und zweitens auch die Akteure, die die Durchführung von Wissenschaft von außen beeinflussen, angesprochen werden sollen. Dabei handelt es sich zur Hauptsache um Finanziers von DURC, also teils um eine Reihe von Staaten, zu einem erheblichen Teil aber um kommerzielle Akteure. Es sollte in der Debatte um die Regelung biosicherheitsrelevanter Forschung nicht vergessen werden, dass das Ideal des freien Forschers, dessen Motivation ausschließlich die

12 Nixdorff, Kathryn (2006), Biological Weapons Convention, in: R. Avenhaus, N. Kyriakopoulos, M. Richard, G. Stein (Hrsg.) *Verifying Treaty Compliance*; Berlin and Heidelberg: Springer, 107-134.

13 Dickmann, Petra et al. (2014), *Safe and Secure Biomaterials: A Risk-Based Alternative Approach*, Chathamhouse.

14 NSABB (2010), *Biosecurity - Proposed Framework for the Oversight of Dual Use Life Sciences Research*; Washington D.C.

15 Liste etwa beim Center for Disease Control and Prevention unter <http://emergency.cdc.gov/agent/agentlist.asp> (29.1.2015).

16 Entsprechende Auflistungen finden sich bei verschiedenen Autoren, zusammengefasst bei Suk, Jonathan E. equal contributor, Anna Zmorzynska equal contributor, Iris Hunger, Walter Biederbick, Julia Sasse, Heinrich Maidhof, Jan C. Semenza (2011), *Dual-Use Research and Technological Diffusion: Reconsidering the Bioterrorism Threat Spectrum in PLOS Pathogens*.

17 Knowles, Lori P. (2012), *Current Dual-Use Governance Measures*,

in: Jonathan B. Tucker (2012), *Innovation, Dual Use, and Security: Managing the Risks of Emerging Biological and Chemical Technologies*, MIT Press, 45-66.

18 Kwik Gronvall, Gigi (2013), *H5N1: A Case Study for Dual-Use Research*, CFR Working Paper.

19 Die meistzitierte Studie zur Zusammenfassung relevanter Experimente ist der sogenannte Fink-Report. Dieser führt auch Versuche zur Verbesserung der Waffenfähigkeit von Erregern an, wobei diese Art von Experimenten klar nicht dual-use ist. Wenn ein Erreger waffenfähig gemacht wird, ist eine friedliche Anwendung kaum antizipierbar, NSABB (2004), *Biotechnology in an age of Terrorism*, Washington D.C.

20 Deutscher Ethikrat (2014), *Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft*, 83 ff.

Suche nach der objektiven Wahrheit ist, in der biotechnischen Praxis kaum noch anzutreffen ist. Biotechnologieforschung ist oftmals, wenn nicht zum überwiegenden Teil, durch kommerzielle Interessen motiviert. Das gilt auch für einen Großteil der Forschung an Universitäten. Von Hans-Peter Dürr stammt der Satz, dass Technologie die Wissenschaft aus dem Elfenbeinturm vertrieben hat. In kaum einem anderen Feld wird so deutlich, wie in der Biotechnologie, dass kommerzielle Verwertbarkeit mindestens ebenso stark die Entwicklung von Technologie beeinflusst wie „klassische“ Grundlagenforschung.<sup>21</sup> Bestimmte Produkte, wie etwa Impfstoffe werden vermutlich ausschließlich von kommerziellen Akteuren entwickelt und vertrieben.

### III. Welche Maßnahmen?

Dieser Hintergrund ist zu bedenken, wenn über das Spektrum der Möglichkeiten zur Regelung biosicherheitsrelevanter Forschung und die Wirkung von Regelungen nachgedacht wird: Welche Wirkung entfalten Maßnahmen in akademischen Institutionen und in profitorientierten Unternehmen und wie kann gesetzgeberisches Handeln zur Risikominimierung bei transnationalen Unternehmen die gewünschte Wirkung entfalten? Während die zweite Frage im Rahmen dieses Artikels nicht beantwortet werden kann, erscheint es folgerichtig, das Prinzip der Prävention, das die gesamte biologische Rüstungskontrolle bestimmt, auch auf die Regelung von DURC anzuwenden. Risiken können am effektivsten vermieden oder verringert werden, wenn Aktivitäten, die zu ihrer Entstehung beitragen bereits im Vorfeld verhindert werden, oder solche, die zu einer Verringerung des Risikos beitragen, rechtzeitig begonnen werden. Präventive Maßnahmen zur Risikominimierung wurden bereits in verschiedenen Zusammenhängen, nicht zuletzt auch in der Stellungnahme des Deutschen Ethikrats vorgeschlagen. Die darin vorgeschlagenen Präventionsmaßnahmen umfassen unter anderem gesetzliche Regelungen, wie etwa zur Einrichtung einer DURC-Kommission, die im Vorfeld der Durchführung entsprechender Experimente eine verpflichtende Beratung der

durchführenden Institution durchführt, die Aufnahme entsprechender Inhalte in Lehre und Fortbildung, das Aufstellen eines bundesweiten Verhaltenskodex für Wissenschaftler, sowie Prävention durch eine verantwortungsvolle Vergabepaxis bei der Verteilung öffentlicher Forschungsgelder.<sup>22</sup>

Zur Regulierung wird also ein Ansatz vorgeschlagen, der auf einer Kombination von Maßnahmen beruht, die durch materielles Recht definiert werden und solchen, die im Bereich des informellen soft law angesiedelt sind.<sup>23</sup> Diese Vorschläge können hier nicht eingehend beschrieben und schon gar nicht abschließend bewertet werden, es sollen aber einige Fragen aufgeworfen werden, die möglicherweise zur Beurteilung ihrer Effektivität beitragen können. So ist fraglich, inwieweit eine Umsetzung der DURC-Definition wie in der Stellungnahme empfohlen umfassend genug ist.<sup>24</sup> Zwar wird hier der Problematik Rechnung getragen, dass weder ein agenzien- noch ein aktivitätenbasierter Ansatz zur Beurteilung von DURC-induzierten Risiken ausreichend ist, ob es aber effektiv ist, nur die gelisteten Arbeiten mit gelisteten Erregern (oder gänzlich neu geschaffenen, bedrohlichen biologischen Agenzien) für die externe Beurteilung durch eine DURC-Kommission vorzuschlagen, kann diskutiert werden. So zeigt etwa das Beispiel der Forschung an Mäusepocken von 2001,<sup>25</sup> dass auch Arbeiten an nicht in den bestehenden Listen geführten Erregern zu gefährlichen Ergebnissen führen können, weil Erkenntnisse die an eng verwandten Erregern gewonnen wurden, direkt auf gelistete Erreger übertragbar sein können.<sup>26</sup> Insofern wäre auch der Auftrag an eine Kommission, die entsprechende Experimente beurteilen soll, möglicherweise zu kurz formuliert.

Dass die durchführenden Forscher künftig aber nicht mehr alleinverantwortlich die aus ihrer Arbeit resultierenden Risiken bewerten sollen, ist sicherlich Voraussetzung für effektive Prävention. Eine Selbstbeurteilung ist nicht nur aus grundsätzlichen Erwägungen ein Problem (die Beurteilung eines eigenen Projekts ist naturgemäß mit Interessenskonflikten behaftet), sondern erfordert neben einem entsprechenden Problembewusstsein auch das methodologische Wissen, risikobehaftete Forschung

21 Dürr, Hans-Peter (2010), Warum es ums Ganze geht, München.

22 Deutscher Ethikrat (2014), Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft, 187 ff.

23 Wilms, Hans Christian (2010), Scientific Freedom and Social Responsibility: Conflicts in the Ethical Regulation of Science; in: Informationspapiere der Max-Planck-Forschungsgruppe „Demokratische Legitimation ethischer Entscheidungen“, Silja Vöneky (Hrsg.).

24 Deutscher Ethikrat (2014), Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft, 191 ff.

25 Jackson, Ronald J., Ian A. Ramshaw et al. (2001): Expression of

Mouse Interleukin-4 by a Recombinant Ectromelia Virus Suppresses Cytolytic Lymphocyte Responses and Overcomes Genetic Resistance to Mousepox, in: J Virol, Feb 2001, 75(3), 1205–1210.

26 Damals wurde an der Australian National University ein Experiment durchgeführt, in dem das Mäusepockenvirus als Genfahre in einem „Impfstoff“ gegen Schwangerschaften eingesetzt werden sollte. Die in das Virus eingebauten und mit ihm transportierten Informationen bewirkten aber auch eine 100%ige Letalität des Virus, ungeachtet vorheriger Impfungen oder bestehender Resistenzen (Jackson et al. 2001). Dieses Experiment könnte genauso für das Humanpathogen Orthopoxvirus variola wiederholt werden.

zu erkennen und zu vermeiden. Das kann im Extremfall die Bereitschaft einschließen, auf Erkenntnisgewinn zu verzichten, häufig wird das Problem aber durch alternative Experimente oder Simulationen zu beheben sein.<sup>27</sup>

Das Problem der Implementierung einer Kommission zur ex-ante-Beurteilung von Risiken aus biowissenschaftlicher Forschung wäre immer noch vorhanden, aber nicht ganz so drängend, wenn es in der epistemic community ein Problembewusstsein in Hinblick auf die Risiken bestünde. Nun gibt es nicht allzu viele Daten zur Quantifizierung der Ausprägung eines solchen Risikobewusstseins und der damit zusammenhängenden persönlichen Verantwortung.<sup>28</sup> Es gibt aber starke Hinweise, dass dieses Bewusstsein in Universitäten und Industrie eher schwach ausgeprägt ist. So ist bekannt, dass das Thema Biosecurity, im Gegensatz zu gesetzlich vorgeschrieben Biosafetyinhalten, in den deutschen universitären Lehrplänen nicht vorkommt.<sup>29</sup> Eine aktuelle kursorische Überprüfung der Ergebnisse dieser Studie führte ebenfalls ausschließlich zu negativen Ergebnissen. Es ist auch nicht anzunehmen, dass entsprechende Inhalte in der wissenschaftlichen Aus- und Fortbildung in naher Zukunft verstärkt verankert werden – jedenfalls nicht aus einer Selbsterkenntnis der die Lehre koordinierenden Gremien heraus. Aus Kreisen der Konferenz biowissenschaftlicher Fachbereiche und des Verbandes Biologie, Biowissenschaften und Biomedizin ist die Ansicht zu hören, dass das „moralische Niveau“ an deutschen Universitäten „durchgängig so hoch“ sei, dass die vollen Lehrpläne an dieser Stelle „nicht erweiterungsbedürftig“ seien. Nun ist Nichtwissen zunächst ein epistemologisches Phänomen und wird erst dann zu einem moralischen Problem, wenn (Selbst-) Erkenntnis aktiv vermieden wird. In jedem Fall kann die Nichtaufnahme der um die Thematik der Biosecurity erweiterten biosicherheitsrelevanten Lehre als Indikator für ein nur gering ausgeprägtes Problembewusstsein angesehen werden. Folge-

richtig kann befürchtet werden, dass aus dem Nichterkennen des Problems auch kein Verantwortungsbeusstsein entspringen wird (gleiches kann für den Bereich der Fortbildung antizipiert werden).

Die mangelhaft ausgeprägte Ausbildung im Bereich Biosecurity ist kein auf Deutschland beschränktes Problem. Anekdotische Evidenz ergibt für andere EU-Staaten ein sehr ähnliches Bild. Zwar gibt es einige Initiativen, die entsprechende Inhalte entwickeln und zur Nutzung anbieten, z.B. an der Universität Bradford.<sup>30</sup> Gespräche mit daran Beteiligten zeigen aber, dass es nur selten dazu kommt, dass diese Inhalte auch in die Lehre übernommen werden.<sup>31</sup> Insofern sind Maßnahmen zur Einhegung der aus DURC resultierenden Gefahren in vielen, wenn nicht allen, europäischen Staaten erforderlich.

Zur Regelung der hochgradig risikobehafteten aber gesetzlich kaum definierbaren Forschungsaktivitäten bieten sich vor allem Verhaltenskodizes für Wissenschaftler an. In der Tat wurden in den vergangenen Jahren einige solcher Kodizes entwickelt, die explizit diese Problematik aufgreifen. Exemplarisch seien für die deutsche Forschungslandschaft der Kodex der Max-Planck-Gesellschaft, der gemeinsame Kodex der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Leopoldina und der des Robert Koch Instituts genannt.<sup>32</sup> Doch auch in anderen Ländern<sup>33</sup> und von Zusammenschlüssen kommerzieller Akteure, wie etwa der International Association Synthetic Biology<sup>34</sup> wurden Kodizes entwickelt.

Es wurde bereits angeführt, dass kommerzielle Akteure mindestens ebenso stark in biosicherheitsrelevante Forschungsaktivitäten eingebunden sind, wie akademische Institutionen und darüber hinaus auch viele Produkte oder Produktionstechniken eine hohe Biosecurityrelevanz aufweisen. Daher kann auch für die Regelung der Aktivitäten dieser Akteure eine Mischung aus gesetzlichen Regelungen, soft law und Selbstregulierung im Sinne einer Verantwortungskultur greifen. Initiativen

27 Colin A. Russell, Smith, Derek J. et al. (2012), The Potential for Respiratory Droplet-Transmissible A/H5N1 Influenza Virus to Evolve in a Mammalian Host, *Science* 22 June 2012: Vol. 336 no. 6088, 1541-1547.

28 In diesem Zusammenhang wäre es auch interessant, möglicherweise bestehende persönliche und institutionelle Haftung zu thematisieren. Allerdings ist das mögliche Schadensausmaß (etwa analog zur Kerntechnik) kaum zu bestimmen.

29 Hoppe, Jan (2010), Biosecurity aspects in life science programmes at German universities. A survey, Forschungsstelle Biologische Waffen und Rüstungskontrolle, ZNF, Universität Hamburg.

30 Bollaert, Cathy und Whitby, Simon (2012), Online applied dual-use biosecurity education: a case study from the University of Bradford; in: *Med Confl Surviv.* 2012 Jan-Mar, 28(1), 59-71.

31 Aktuell scheinen die EU und ihre Mitglieder vorwiegend in der Nachbarschaft der EU und in anderen Partnerländern bemüht,

Problembewusstsein zu säen. Beispielhaft seien hier das Deutsche Biosicherheitsprogramm des Auswärtigen Amtes und das „International Network of Universities and Institutes for Raising Awareness on Dual-Use Concerns in Biotechnology“ (Project 18 in der CBRN Centers of Excellence, Initiative von UNICRI und der EU) genannt.

32 RKI: [http://www.rki.de/EN/Content/Institute/Dual\\_Use/code\\_of\\_conduct.html](http://www.rki.de/EN/Content/Institute/Dual_Use/code_of_conduct.html) (29.1.2015); MPG: <http://www.mpg.de/198043/Forschungsfreiheit> (29.1.2015); DFG und Leopoldina: [http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/reden\\_stellungnahmen/2014/dfg-leopoldina\\_forschungsrisiken\\_de\\_en.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2014/dfg-leopoldina_forschungsrisiken_de_en.pdf) (29.1.2015).

33 BWPP BioWeapons Monitor 2014: <http://www.bwpp.org/documents/BWM%202014%20WEB.pdf> (29.1.2015).

34 [www.ia-sb.eu](http://www.ia-sb.eu) (29.1.2015).

wie der Wiesbaden-Prozess zur Umsetzung der Sicherheitsratsresolution 1540 (2004)<sup>35</sup> binden wichtige kommerzielle Akteure ein, dennoch ist die Reichweite solcher Initiativen bei weitem nicht umfassend und bleiben freiwillige Selbstverpflichtungen ein Instrument, das in erster Linie auf Vertrauen in diese Akteure setzt.

Unabhängig von der Art des Akteurs stoßen geplante präventive Maßnahmen an ihre Grenzen, wenn beispielsweise ein Experiment (ggf. auch trotz vorheriger Reflexion möglicher aus dem Erkenntnisgewinn erwachsender Risiken) unerwartet Missbrauchspotenziale schafft. Für solche Fälle wird regelmäßig diskutiert, ob Eingriffe in die Publikationspraxis erfolversprechende Maßnahmen sind. Das oben erwähnte Mäusepockenexperiment war nicht der erste Fall, für den diskutiert wurde, ob die Publikation wissenschaftlicher Erkenntnisse verantwortbar ist. Der Stakeholderdialog, der von den Forschern initiiert wurde und die Australische Regierung, das finanziell hinter dem Projekt stehende Unternehmen, die Vereinten Nationen und eine zivilgesellschaftliche Organisation in die Debatte eingebunden hatte, ist aber beispielgebend für einen verantwortungsvollen Umgang mit unerwartet problematischen gentechnischen Forschungsergebnissen. Dies spiegelt die Vielschichtigkeit der involvierten Interessen wider und machte das Problem einer breiteren Fachöffentlichkeit bewusst.

In diesem, wie auch in späteren Fällen wurden die Ergebnisse letztlich ohne Einschränkungen publiziert.<sup>36</sup> Es mag Fälle geben, in denen eine solche Publikationspraxis als nicht angebracht erscheint, allerdings werden sich Erkenntnisse, die in öffentlichen Projekten erarbeitet wurden, zum einen ohnehin nur schwer geheim halten lassen und ist zum anderen (wenn auch nicht an dieser Stelle) zu diskutieren, ob die Herstellung öffentlicher Transparenz letztlich nicht risikoärmer ist, als eine vermeintlich kontrollierte Weitergabe des Wissens nur an ausgewählte Empfänger. In der Praxis werden diese Entscheidungsprozesse ohnehin vor allem von der Durchsetzung partikularer Interessen der Wissenschaftler, der Verleger, die sich im Wettbewerb mit anderen Zeitschriften befinden und anderer Akteure bestimmt werden, so dass eine mögliche Intervention von Beratergremien, wie dem NSABB in den USA, nicht allein die Vorgehen bestimmen wird. Letztlich wird es sich kaum vermeiden lassen, dass im Betrieb einer Risikotechnolo-

gie auch künftig weitere Erkenntnisse mit immanemem Risiko erlangt und veröffentlicht werden.

#### IV. Implementierung

Die Regelung biosicherheitsrelevanter Aktivitäten geschieht also unter schwierigen Voraussetzungen. Der Gegenstand ist komplex: Eine ex-ante-Definition problematischer Forschungsaktivitäten und die Abwägung von Chancen und Risiken ist nur für wenige, besonders exemplarische Fälle (s.o.) eindeutig vorzunehmen, in der epistemic community lässt sich kein stark ausgeprägtes oder verbreitetes Problembewusstsein erkennen und die vielen beteiligten Akteure bringen ihre je eigenen Interessen in die politischen Prozesse der Mehrebenen-Governance ein. Am vielversprechendsten sind daher am ehesten Ansätze, in denen nationale Gesetzgebung und multilaterale Vereinbarungen als erforderliche Unterstützung effektiverer Instrumente auf der Ebene der Bildung einer „Kultur der Verantwortung“ fungieren.

Diese Kultur muss so global sein, wie die Technologie und ihre Risiken. Insofern ist zu fragen, ob nicht eine von zivilgesellschaftlich-akademischen Akteuren organisierte „Asilomar 2.0“ Konferenz gelingen könnte, die das Ziel hätte, eine gemeinsame Erklärung zum verantwortlichen Umgang mit Pathogenen, ihrer Erforschung und Produktion zu verabschieden. Auf der Asilomar Konferenz zu rekombinanter DNS im Jahr 1975 hatten Wissenschaftler Richtlinien für einen verantwortungsvollen Umgang mit bestimmten gentechnischen Methoden entwickelt. Ein Nebeneffekt war die Verortung des Risikodiskurses in einer breiteren Öffentlichkeit. Aktive Teilnehmer einer Nachfolgekonzferenz wären die im Bereich aktiven akademischen Einrichtungen, die nationalen Akademien der Wissenschaften, die unabhängigen nicht-universitären Forschungseinrichtungen, Unternehmen, Stiftungen und Verlage; aber eben auch die Staaten in ihrer Doppelfunktion als Gesetz- und Geldgeber. Eine solche Konferenz könnte mit den jährlichen Expertentreffen zum BWÜ in Genf verschränkt werden und wäre auch die Umsetzung entsprechender Forderungen aus der BWÜ Überprüfungskonferenz 2002.<sup>37</sup> Eine Erklärung könnte betonen, dass zur Stärkung des völkerrechtlichen Vertrags zum Bann biologischer Waffen und unter Würdigung der, in Umsetzung der UNSR

35 [http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Friedenspolitik/Abruestung/Projekte/141120-Industriedialog\\_Konf.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Friedenspolitik/Abruestung/Projekte/141120-Industriedialog_Konf.html) (29.1.2015).

36 Gottron, Frank und Shea, Dana A. (2013): Publishing Scientific

Papers with Potential Security Risks: Issues for Congress; in: CRS Report for Congress, R 42606.

37 [www.un.org/disarmament/WMD/Bio/pdf/bwccnf17.pdf](http://www.un.org/disarmament/WMD/Bio/pdf/bwccnf17.pdf) (29.1.2015).

1540 (2004), möglichst effektiven nationalen Gesetzgebungen Verbote bestimmter Aktivitäten wohl nur in Ausnahmefällen möglich sind, Forscher aber im Rahmen einer Verantwortungskultur im Zweifel auf Erkenntnis verzichten, wenn zu große Risiken produziert würden.

Zumindest für die Implementierung von Verträgen der multilateralen Rüstungskontrolle ist eine Kombination von Maßnahmen der eher informellen Sphäre, wie freiwilliger Selbstverpflichtungen, Regulierung durch Verhaltenskodizes einerseits und gesetzlicher Regulierung auf nationaler Ebene und im internationalen Kontext ein neuer Ansatz. Denn hier steht im Gegensatz zu „klassisch“ staatlichem Handeln im Regime nicht die Frage nach dem Complianceverhalten von Vertragsmitgliedern im Mittelpunkt. Einzelnormen (insbesondere das Entwicklungs-, Herstellungs-, Erwerbs- und Besitzverbot aus Artikel I und das Proliferationsverbot aus Artikel III, aber auch das Gebot zur technischen Kooperation aus Artikel X) aus dem Vertrag könnten jedoch auch durch soft-law-Regelungen, wie etwa einem globalen Code of Conduct gestärkt werden. Was zur besseren Implementierung des BWÜ aber auf die eine oder andere Weise gelingen muss, ist eine Verhaltensänderung der Verantwortlichen, die ihre immanente Verantwortung reflektieren sollten.

## V. Fazit

Die Regelung biosicherheitsrelevanter Forschung in einem Regelungsmechanismus, der auf europäischer

und nationaler Gesetzgebung verankert ist, in zentralen Punkten aber auch auf soft law beruht, ist eine für Rüstungskontrollregime ungewöhnliche Konstruktion. Nichtsdestotrotz kann dies ein erfolgversprechender, ja sogar ein notwendiger Weg zur Stärkung des multilateralen Regimes zum Verbot biologischer Waffen sein. Selbst wenn das institutionelle Problem des Regimes gelöst werden sollte und ein zwischenstaatlicher Compliancemechanismus etabliert werden könnte, wäre dieser vermutlich kaum in der Lage in erforderlicher Weise mit dem besonders ausgeprägten dual-use-Problem auf dem Feld der Biotechnologie umzugehen. Präventive biologische Rüstungskontrolle beginnt notwendig in den zivilen akademischen und firmeneigenen Laboren und in den Köpfen der dort tätigen Wissenschaftler. Verantwortungsvolles Handeln, im Sinne eines möglichen Verzichts auf forschende Aktivitäten, die zur Produktion besonders großer und unnötiger Risiken führen, ist eine Verhaltensweise, die nur begrenzt verordnet werden kann. Angesichts des hohen Globalisierungsgrades der Biotechnologie sollte angestrebt werden, die Verabredung eines Verhaltenskodex auf transnationaler Ebene zu koordinieren. Die Asilomar-Konferenz von 1975 hat gezeigt, dass eine solche Anstrengung gelingen kann.

Dr. phil. des. Gunnar Jeremias ist Leiter der Forschungsstelle Biologische Waffen und Rüstungskontrolle am Carl Friedrich von Weizsäcker Zentrum für Naturwissenschaft und Friedensforschung an der Universität Hamburg.



# Hans Dieter Klenk

## *Die Influenzaforschung und das Dual-Use-Problem*

Dass Infektionserreger und Toxine für die biologische Kriegsführung und ähnliche Zwecke missbraucht werden können, ist seit langem bekannt (Tabelle 1). Mit den 2002 in den USA verübten Milzbrandanschlägen trat das Problem in das Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit und schuf sehr schnell eine Atmosphäre allgemeiner Beunruhigung. In der Folge erfuhren wissenschaftliche Arbeiten besondere Aufmerksamkeit, bei denen nicht auszuschließen war, dass von ihnen ein Gesundheitsrisiko für die Bevölkerung ausgehen könnte. Dazu gehörten u.a. die Herstellung des Poliomyelitisvirus durch chemische Synthese<sup>1</sup> sowie gentechnische Modifikationen an einem Mäusevirus, die nicht, wie beabsichtigt, zu einer Steigerung, sondern zu einer Blockade des Immunschutzes führten.<sup>2</sup> Aus dieser Situation heraus wurde 2005 das National Science Advisory Board für Biosecurity (NSABB)<sup>3</sup> als Beratungsorgan für die US-Regierung gegründet. Das NSABB war sich dabei von Anfang an der Dual-Use-Problematik bewusst, d. h. der Tatsache, dass wissenschaftliche Forschung häufig zu Ergebnissen führt, die nicht nur für nützliche, sondern auch für schädliche Zwecke angewendet werden können. Es galt deswegen, klare Kriterien für die Abgrenzung besonders risikobehafteter Projekte von allen anderen Forschungsvorhaben zu finden und dabei den wissenschaftlichen Fortschritt nie aus den Augen zu verlieren. Besonders risikoreiche Forschung wird jetzt als Dual Use Research of Concern (DURC) bezeichnet, bei der durch das NSABB sieben Kategorien unterschieden werden (Tabelle 2). In den meisten dieser Fälle zielen die experimentellen Maßnahmen darauf ab, einen Erreger mit Eigenschaften zu versehen, die er ursprünglich nicht hatte (sog. Gain of Function-Experimente /GOF-Experimente).

Dies gilt in besonderem Maße für einige Arbeiten auf dem Gebiet der Influenzaforschung, die in den letzten Jahren erhebliches Aufsehen erregt haben.<sup>4</sup> Diese Untersuchungen hatten die Erhöhung der Übertragbarkeit und der Ausbreitungsfähigkeit sowie die Veränderung des Wirtsbereichs dieser Erreger zum Ziel und sind damit den DURC-Kategorien 4 und 5 des NSABB zuzuordnen.

Influenza-A-Viren gehören zu den wichtigsten Krankheitserregern des Menschen. Aufgrund ihrer hohen genetischen Flexibilität verändern sie sich ständig, so dass es zu keinem dauerhaften Immunschutz und damit zu den jährlichen Epidemien kommt. Darüber hinaus imponieren diese Viren durch ein breites Wirtsspektrum, wobei man heute davon ausgeht, dass Vögel das Reservoir darstellen, aus dem die Erreger gelegentlich auf andere Spezies übertragen werden und sich dann an den neuen Wirt anpassen. Wenn auf diese Weise ein bislang unbekanntes Virus beim Menschen auftaucht, kann es zur Pandemie kommen, wie dies 1918, 1957, 1968, 1977 und 2009 der Fall war. Dabei handelt es sich in der Regel um ein dramatisches Ereignis, auch wenn die Folgen nicht immer so verheerend sind wie 1918 bei der Spanischen Grippe. Die Faktoren, die Pathogenität, Wirtsspezifität und andere biologische Eigenschaften der Erreger bestimmen, verstehen wir bislang nur in Ansätzen. Ihre genaue Kenntnis ist jedoch für die Kontrolle und Bekämpfung der Influenza, insbesondere für die Früherkennung von Pandemien, unerlässlich. Die auf dem Gebiet der Influenzaforschung tätigen Virologen messen dabei in ihrer überwiegenden Mehrheit GOF-Experimenten größte Bedeutung bei.<sup>5</sup>

1 Cello/Paul/Wimmer, Chemical synthesis of poliovirus cDNA: generation of infectious virus in the absence of natural template, *Science*, 297 (2002), Nr. 5583, 1016.

2 Jackson/Ramsay/Christensen/Beaton/Hall/Ramshaw, Expression of Mouse Interleukin-4 by a Recombinant Ectromelia Virus Suppresses Cytolytic Lymphocyte Responses and Overcomes Genetic Resistance to Mousepox, *J. Virol.* 75 (2001), Nr. 3, 1205.

3 Siehe dazu <http://oas.od.nih.gov/office-biotechnology-activities/biosecurity/nsabb> (21.1.2014).

4 Herfst/Schrauwen/Linster/Chutinimitkul/de Wit/Munster/Sorrell/Bestebroer/Burke/Smith/Rimmelzwaan/Osterhaus/Fouchier, Airborne transmission of influenza A/H5N1 virus between ferrets, *Science*, 336 (2012), Nr. 6088, 1534; Imai/Watanabe/Hatta/Das/Ozawa/Shinya/Zhong/Hanson/Katsura/Watanabe/Li/Kawakami/Yamada/Kiso/Suzuki/Maher/Neumann/Kawaoka, Experimental

adaptation of an influenza H5 HA confers respiratory droplet transmission to a reassortant H5 HA/H1N1 virus in ferrets, *Nature*, 486 (2012), Nr. 7403, 420; Linster/van Boheemen/de Graaf/Schrauwen/Lexmond/Manz/Bestebroer/Baumann/van Riel/Rimmelzwaan/Osterhaus/Matrosovich/Fouchier/Herfst, Identification, characterization, and natural selection of mutations driving airborne transmission of A/H5N1 virus, *Cell*, 157 (2014), Nr. 2, 329.

5 Schultz-Cherry/Webby/Webster/Kelso/Barr/McCauley/Daniels/Wang/Shu/Nobusawa/Hamure/Tashiro/Harada/Watanabe/Odagiri/Ye/Grohmann/Harvey/Engelhardt/Smith/Hamilton/Claes/Dauphin, Influenza gain-of-function experiments: their role in vaccine virus recommendation and pandemic preparedness. *mBio* 5 (6): e02430-14, <http://mbio.asm.org/content/5/6/e02430-14.full> (6.2.2015).

Als Hauptkandidat, der eine zukünftige Pandemie auslösen könnte, galt lange Zeit das H5N1-Virus, eines der sogenannten Vogelgrippeviren. Dieses Virus hat sich im letzten Jahrzehnt über weite Teile der Erde ausgebreitet, wobei ihm Millionen von Vögeln zum Opfer gefallen sind. Beim Menschen wurden bislang nur wenige Infektionen beobachtet, die allerdings in der Regel einen sehr schweren Verlauf hatten. Dass das Virus bislang nicht zu einer Pandemie führte, beruht in erster Linie darauf, dass es im Gegensatz zu humanen Influenzaviren nicht auf dem Luftweg von Mensch zu Mensch übertragen wird. Von zentraler Bedeutung für die Influenzavirusforschung der letzten Jahre war deswegen die Frage, ob und auf welche Weise H5N1-Viren diese Eigenschaft erwerben können.

Wichtige Antworten darauf haben in ihren bereits erwähnten Studien die Arbeitsgruppen von Y. Kawaoka in den U.S.A. und R. Fouchier in den Niederlanden geliefert.<sup>6</sup> Diese Studien wurden an Frettchen (*Mustela putorius furo*) durchgeführt, das wegen der Ähnlichkeit der Krankheitssymptome als besonders gutes Tiermodell für die Influenza beim Menschen gilt. Durch Kombination gentechnischer und klassisch-virologischer Methoden konnten H5N1-Viren so verändert werden, dass sie auf dem Luftweg von einem Tier zum anderen übertragen wurden. Obwohl beide Gruppen bei ihrem Vorgehen unterschiedliche Wege einschlugen, kamen sie zu erstaunlich ähnlichen Ergebnissen. Es zeigte sich nämlich, dass die Adaption an das Frettchen auf ganz wenigen Mutationen beruhte, die das Andocken des Virus an die Zelloberfläche, sein Eindringen in die Zelle sowie die Replikation des Virusgenoms veränderten. Auch wenn aus anderen Untersuchungen bereits bekannt war, dass diese Mutationen wichtige Eigenschaften der Influenzaviren, z. B. Wirtsspektrum und Pathogenität, beeinflussen, und wenn es offen bleiben muss, wie weit die am Frettchen gemachten Beobachtungen auf den Menschen übertragen werden können, so haben die Arbeiten doch sehr große Bedeutung. Sie zeigen nämlich, dass der Wirtswechsel ein bei weitem nicht so komplexer Prozess sein muss, wie bislang gemeinhin angenommen, und dass die entscheidende Konstellation genetischer Verän-

derungen durchaus auch in der Natur auftreten könnte. In der Tat wird in einer weiteren Publikation darauf hingewiesen, dass ein Teil der Mutationen bereits recht häufig in H5N1-Feldisolaten beobachtet wird, so dass es u.U. nur noch ein kleiner Schritt bis zur völligen Anpassung an den Menschen sein könnte.<sup>7</sup> Darüber hinaus findet man bei dem neuen Vogelgrippevirus vom Subtyp H7N9, das im letzten Jahr zum ersten Mal auftrat und bereits zahlreiche schwere Infektionen beim Menschen hervorrief, fast genau dieselben Mutationen.<sup>8</sup> Insgesamt zeigen diese Untersuchungen, dass Vogelgrippeviren eine erhebliche Bedrohung für den Menschen darstellen, dass somit eine weltweite Überwachung notwendig ist und dass wir nun ganz bestimmte Merkmale kennen, auf die wir bei der Überwachung besondere Aufmerksamkeit richten müssen.

Die Arbeiten über die aerogene Übertragung von aviären Influenzaviren beim Frettchen riefen sofort eine sehr kontrovers geführte Diskussion hervor, in der einerseits die Bedeutung der Ergebnisse für die Früherkennung neu auftretender Influenzaviren und die schnelle Entwicklung spezifischer Impfstoffe und Therapeutika hervorgehoben, auf der anderen Seite aber die Gefahr einer Pandemie beschworen wurde, die von den veränderten Viren ausgehen könnte.<sup>9</sup> Die Influenzavirologen einigten sich deswegen 2012 darauf, die Weiterführung derartiger Experimente zunächst bis zu einer tiefer gehenden Risiko-Nutzen-Abschätzung auszusetzen. Da die Fachwissenschaftler in ihrer Mehrheit zu dem Schluss kamen, dass der Nutzen dieser Untersuchungen eindeutig überwiegt, wurde das Moratorium nach einem Jahr aufgehoben. Eine ganze Reihe wichtiger Fragen stehen aber immer noch aus Sicht der Naturwissenschaftler ungeklärt im Raum. Dazu gehören Kontrollmaßnahmen: Sollen diese vor Projektaufnahme, z.B. bei der Bewilligung der Fördermittel, oder vor der Veröffentlichung der Forschungsergebnisse stattfinden? Sollen Forschungsergebnisse ohne brisante Details, d.h. in zensierter Form, veröffentlicht werden? Sollen die Veröffentlichungen auf eine begrenzte Leserschaft beschränkt werden? Soll die Veröffentlichung derartiger Studien ganz verboten werden? Wichtig ist schließlich die Frage

6 Herfst et al. (Fn. 4); Linster et al. (Fn. 4).

7 Russell/Fonville/Brown/Burke/Smith/James/Herfst/van Boheemen/Linster/Schrauwen/Katzelnick/Moesterin/Kuiken/Maher/Neumann/Osterhaus/Kawaoka/Fouchier/Smith, The potential for respiratory droplet-transmissible A/H5N1 influenza virus to evolve in a mammalian host, *Science*, 336 (2012), Nr. 6088, 1541.

8 R. Gao/ B. Cao/ Y. Hu/ Z. Feng/ D. Wang/ W. Hu/ J. Chen/ Z. Jie/ H. Qiu/ K. Xu/ X. Xu/ H. Lu/ W. Zhu/ Z. Gao/ N. Xiang/ Y. Shen/ Z. He/ Y. Gu/ Z. Zhang/ Y. Yang/ X. Zhao/ L. Zhou/ X. Li/ S. Zou/

Y. Zhang/ X. Li/ L. Yang/ J. Guo/ J. Dong/ Q. Li/ L. Dong/ Y. Zhu/ T. Bai/ S. Wang/ P. Hao/ W. Yang/ Y. Zhang/ J. Han/ H. Yu/ D. Li/ G.F. Gao/ G. Wu/ Y. Wang/ Z. Yuan/ and Y. Shu, Human infection with a novel avian-origin influenza A (H7N9) virus. *N Engl J Med*, 368 (2013), Nr. 20, 1888.

9 Klenk, Aerogene Übertragung von Vogelgrippeviren beim Frettchen, *Naturwissenschaftliche Rundschau*, 65 (2013), 538; Lipstick/Galvani, Ethical alternatives to experiments with novel potential pandemic pathogens, *PLoS Med*, 11 (2014), Nr. 5.

nach den Kontrollorganen. Reicht die Selbstkontrolle der Wissenschaftler? Sollen Zeitschriftenherausgeber kontrollieren? Brauchen wir neue staatliche Organe, wie sie vom Deutschen Ethikrat gefordert werden,<sup>10</sup> oder können wir ein in Gestalt der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit<sup>11</sup> bereits bestehendes Gremium mit der Aufgabe betrauen, wie dies von der Gesellschaft für Virologie vorgeschlagen wurde?<sup>12</sup> Grundsätzlich gilt jedoch, dass auf DURC-Projekte nicht verzichtet

werden kann, wenn wir Fortschritte im Kampf gegen hochpathogene Erreger machen wollen.

Prof. Dr. Hans-Dieter Klenk ist Träger der Robert-Koch-Medaille, Mitglied der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina und war vor seiner Emeritierung Direktor des Marburger Instituts für Virologie an der Philipps-Universität.

Erreger	Übertragung von Mensch zu Mensch	Letalität	Gegenmaßnahmen
<i>Milzbrand</i>	Nein	≤ 80%	Antibiotika
<i>Pest</i>	Ja	90-100%	Antibiotika
<i>Tularämie</i>	Nein	≤ 60%	Antibiotika
<i>Enzephalitiden</i>	Ja	≤ 50%	(Impfung)
<i>Pocken</i>	Ja	≤ 90%	Impfung
<i>Hämorrh. Fieber</i>	Ja	≤ 100%	keine
<i>Rizin</i>	Nein	≤ 100%	keine
<i>Botulinum-Toxin</i>	Nein	≤ 90%	keine



1. Steigerung der Schädlichkeit eines Infektionserregers oder Toxins
2. Aufhebung der Immunität oder der Wirksamkeit einer Immunisierung ohne medizinische oder veterinärmedizinische Berechtigung
3. Resistenzvermittlung gegen therapeutische oder prophylaktische Maßnahmen sowie Aufhebung der diagnostischen Nachweisbarkeit
4. Steigerung von Stabilität, Übertragbarkeit oder Ausbreitungsfähigkeit eines Erregers oder Toxins
5. Änderung des Wirtsbereichs eines Erregers oder Toxins
6. Steigerung der Empfindlichkeit einer Wirtspopulation
7. Herstellung eines neuartigen Krankheitserregers oder Toxins oder Wiederherstellung eines verschwundenen Erregers oder Toxins

10 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit- Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft, 2014, <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-biosicherheit.pdf> (21.1.2014).

11 Die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) bewertet bisher Biosafety-Risiken bei gentechnischen Verfahren nach dem Gentechnikgesetz.

12 Die Gesellschaft für Virologie äußert sich zur Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, in GFV Newsletter 6/2014, <http://www.g-f-v.org/sites/default/files/newsletter%2006-2014-Ethikrat%20Biosicherheit.pdf> (21.1.2014).

13 National Science Advisory Board for Biosecurity (NSABB), Proposed Framework for the Oversight of Dual Use Life Sciences Research: Strategies for Minimizing the Potential Misuse of Research Information, 2007, 18-22, [http://oba.od.nih.gov/biosecurity/pdf/Framework%20for%20transmittal%200807\\_septo7.pdf](http://oba.od.nih.gov/biosecurity/pdf/Framework%20for%20transmittal%200807_septo7.pdf) (16.1.2013).



Kathryn Nixdorff  
*Biosafety and Biosecurity*  
*Relevant Life Sciences Work: Protection from*  
*Bio-Warfare and Bio-Terrorism*

### Zusammenfassung

Fortschritte in den lebenswissenschaftlichen Arbeiten haben in den vergangenen Jahren neue und verbesserte Ansätze zur Bekämpfung von Krankheiten und zur Beförderung von Gesundheit im Allgemeinen gebracht. Solche Forschungen sind weiterhin essentiell. Gleichzeitig können die Ergebnisse einiger dieser Arbeiten für nichtfriedliche Zwecke missbraucht werden; sie sind mit einem sogenannten Dual-Use-Charakter (doppelte Verwendbarkeit) behaftet, der es besonders schwer macht, den Nutzen zu ernten und gleichzeitig die damit verbundenen Risiken zu minimieren. Die relevanten Entwicklungen beziehen sich vor allem auf die Forschungsbereiche der Genomforschung, der synthetischen Biologie, der Systembiologie, der Bioinformatik, der Nanotechnologie und der Targeted-Delivery-Technologien. Auf internationaler Ebene kommen die Bemühungen sehr schleppend voran, Risikomanagementprogramme, die die Gefahren des Missbrauchs entschärfen könnten, abzufassen und zu etablieren. Die Entwicklungen in Wissenschaft und Technik standen stets im Mittelpunkt der 1972 vereinbarten B-Waffenkonvention (Übereinkommen vom 10. April 1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen) und mit den rasanten Entwicklungen in den Lebenswissenschaften in den letzten Jahren haben diese kontinuierlich an Relevanz gewonnen. Seit 2005 werden die Mitgliedsstaaten der Konvention speziell aufgefordert, ihre Aktivitäten in Richtung Risikovorsorge bzw. Risikomanagement bekannt zu machen, sodass optimale Verfahren (best practices) ausfindig gemacht werden können. Bis jetzt haben sehr wenige Staaten darauf reagiert, nämlich die Vereinigten Staaten von Amerika (USA), deren Risikomanagementsystem schon implementiert worden ist und die Niederlande, dessen Risikovorsorgeprogramm

zwar abgefasst aber noch nicht implementiert ist. Jetzt hat auch Deutschland reagiert. In Antwort auf eine Anfrage der Bundesregierung an den Deutschen Ethikrat, hat der Ethikrat eine Stellungnahme dazu verfasst, mit Empfehlungen zu einem kohärenten Regelungssystem, das den Missbrauch von Forschung und Forschungsergebnissen in den Lebenswissenschaften minimieren und verhindern soll. Um auf der internationalen Ebene vorwärts zu kommen und bis andere Staaten diesen Beispielen folgen, sollten die Mitgliedsstaaten der BWC schon mit diesen drei detaillierten Risikomanagementprogrammen in einem Arbeitsgruppenformat beginnen, optimale Verfahren aus diesen Systemen ausfindig zu machen, die mit allen Mitgliedsstaaten als Wegweiser zur Risikovorsorge diskutiert werden können.

### I. Introduction: life sciences work of relevance to biosecurity

Advances in science and technology over the past few years have initiated new and improved approaches to countering disease and promoting health in general. This progress in the life sciences is absolutely essential. At the same time, the rapidity with which the advances occur and the possibilities for misuse that they reveal give us a clear indication that we have reached a critical point in being able to deal effectively with the biosecurity implications of these developments.

Progress in *genomics* is enabling the ever increasingly rapid and cost effective analysis of genes and their regulatory elements as well as facilitating high through-put nucleic acid synthesis, which in turn is enabling the modification of even very complex microorganisms to meet designer specifications.<sup>1</sup> *Synthetic biology* is advancing beyond sophisticated engineering of microorganisms to perform new tasks by outfitting them with DNA-based biological circuits built from standardized biological

1 National Human Genome Research Institute, DNA Sequencing Costs. Data from the NHGRI Genome Sequencing Program. <http://www.genome.gov/27532012>.  
2 A. Prindle/J. Selimkhanov/H. Li et al., Rapid and Tunable Post-translational Coupling of Genetic Circuits, 508 Nature (2014), 387,

doi: 10.1038/nature13238.

3 K. Adamala/J. W. Szostak, Nonenzymatic Template-Directed RNA Synthesis Inside Model Protocells 342 Science (2013), 1098, doi: 10.1126/science.1241888; D.G. Gibson/J.I. Glass/C. Lartigue et al.,

parts.<sup>2</sup> Sub-fields of synthetic biology are now reaching into the realm of creating artificial life from chemical components.<sup>3</sup>

Advances in *systems biology* are revealing new potential targets for disrupting the careful balance of vital physiological functions.<sup>4</sup> This is a field of biology that seeks to understand the working of complex physiological systems within and between cells on a molecular level. An enormous amount of knowledge is accumulating through this work that pinpoints vital cellular targets and ways of affecting those systems; either positively, towards better health or negatively, towards disruption of the proper, balanced function of those systems.

*Bioinformatics* has to do with a whole array of enabling functions for modern life sciences work, including the storage and recall of genomics data, the directed design of gene segments and genes on up to entire genomes of microorganisms, directed design of therapeutic drugs as well as the modelling of the interactions between molecules.<sup>5</sup> Bioinformatics also enable the global distribution and exchange of knowledge. Indeed, bioinformatics plays a decisive role in all areas of life sciences work today.

*Nanotechnology* is the study of materials on a nano scale (a nanometer is one-billionth of a meter). It is most relevant for biosecurity in the creation of nanoparticles with a size between 1-100 nanometers. These particles can be designed to have specific size, form and physical-chemical properties that can promote improved delivery of bioactive substances such as pharmaceutical drugs across nasal and respiratory passages as well as the blood-brain-barrier for therapeutic purposes.<sup>6</sup> At the same time nanoparticles coupled with new methods for ma-

king substances more soluble across mucous membranes could be used to deliver biological warfare agents more effectively, for example in the form of aerosols.

Indeed, concerns about advances in science and technology that could lead to the creation of novel biological warfare agents are compounded by the recognition that new and improved ways of delivering bioactive substances are already at hand and will be developed further at a rapid pace.<sup>7</sup> As outlined above, nanotechnology has contributed greatly to improved delivery of bioactive substances over the aerosol route, the method that has always been preferred for delivering biological weapons.<sup>8</sup> However, the emerging interest over the past decade in developing viral vectors to deliver vaccines and for use in targeted cancer, drug and immunotherapy<sup>9</sup> has caused biosecurity concerns that this may be an effective way to deliver biological agents as weapons. The strategy is to outfit viruses with foreign genes encoding bioactive substances that will be delivered to a host after infection by the virus. The host activates those genes to direct the synthesis of the encoded substance, which then exerts its effects.

Viruses are very efficient in infecting cells and delivering genes, nevertheless, *non-viral vectors* (artificial viruses) are being actively developed to overcome some of the disadvantages of viral vectors such as safety, manufacturing problems, host immunity and limited carrying capacities.<sup>10</sup> The most recent developments in this direction are the so-called *nanorobots*.<sup>11</sup> These are nanoparticles composed of a polymer-based framework enclosing a bioactive substance e.g. DNA or protein. They are outfitted with surface molecules that can dock onto desi-

- Creation of a Bacterial Cell Controlled by a Chemically Synthesized Genome, 329 *Science* (2010), 52; M. A. Bedau/E. C. Parke/U. Tangen/B. Hantsche-Tangen, Social and Ethical Checkpoints for Bottom-up Synthetic Biology or Protocells, *Systems and Synthetic Biology* 3 (2009), 65, doi: 10.1007/s11693-009-9039-2.
- 4 K. Thiel, Systems Biology, Incorporated?, 24 *Nature Biotechnology* (2006), 1055; A. Aderem/J.N. Atkins/C. Ansong et al., A Systems Biology Approach to Infectious Disease Research. Innovating the Pathogen-Host Research Paradigm, 2 *mBio* (2010), e00325-10, doi: 10.1128/mBio.00325-10; B.A Kidd/L. A. Peters/E.E. Schadt/J.T. Dudley, Unifying Immunology with Informatics and Multiscale Biology, 15 *Nature Immunology* (2014), 118.
- 5 L. Yao/J.A. Evans/A. Rzhetsky, Novel Opportunities for Computational Biology and Sociology in Drug Discovery, 27 *Trends in Biotechnology* (2009), 531.
- 6 S. Suri/H. Fenniri/B. Singh, Nanotechnology-Based Drug Delivery Systems, 2 *Journal of Occupational Medicine and Technology* (2007), 16; F. Andrade/D. Rafael/M. Videira et al., Nanotechnology and pulmonary delivery to overcome resistance in infectious diseases, 65 *Advanced Drug Delivery Reviews* (2013), 1816.
- 7 National Research Council, *Globalization, Biosecurity, and the Future of the Life Sciences*, (2006), National Academies Press, Available at <http://www.nap.edu/catalog/11567.html> (29.8.2014);
- K. Nixdorff, Advances in Targeted Delivery and the Future of Bioweapons, 66 *Bulletin of the Atomic Scientists* (2010), 24.
- 8 See [http://www.globalsecurity.org/wmd/intro/bio\\_delivery.htm](http://www.globalsecurity.org/wmd/intro/bio_delivery.htm) (29.8.2014); U.S. Department of Defense, *The Militarily Critical Technologies List. Part II: Weapons of Mass Destruction Technologies*, Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition and Technology (1998). Available at <http://www.fas.org/irp/threat/mctl98-2/mctl98-2.pdf> (29.8.2014).
- 9 P.A. Gilbert and G. McFadden, Poxvirus Cancer Therapy 1 Recent Patents on Anti-Infective Drug Discovery (2006), 309.
- 10 K.L. Douglas, Toward Development of Artificial Viruses for Gene Therapy. A Comparative Evaluation of Viral and Non-Viral Transfection, 24 *Biotechnology Progress* (2008), 871.
- 11 S.M. Douglas/I. Bachelet/G.M. Church, A Logic-Gated Nanorobot for Targeted Transport of Molecular Payloads; 335 *Science* (2012), 831; J. Elbaz/I. Willner, DNA Origami. Nanorobots Grab Cellular Control, 11 *Nature Materials* (2012), 276; S.C. Lenaghan/Y. Wang/N. Xi et al., Grand Challenges in Bioengineered Nanorobotics for Cancer Therapy, 60 *IEEE (Institute of Electrical and Electronic Engineers) Transactions on Biomedical Engineering* (2013), 667.

gnated cells, signalling the vector to open up and release its bioactive payload. Some nanorobots are being developed to be taken up by cells and upon a signal, release their bioactive substances inside the cell. Even though non-viral vectors have not been as efficient as viral vectors in delivering genes to host cells,<sup>12</sup> there is a great deal of interest in developing them further.

## II. The International Governance Problem

Urgent attention is needed in dealing adequately and responsibly with the risks of misuse that are inherent in life science work of dual use character. Although there has been a substantial amount of thought put into minimizing the risks involved in this work, the governance proposals made to date are not in any way keeping pace with the developments.

In effect, all work with biological agents for non-peaceful purposes is prohibited by the Biological Weapons Convention (BWC)<sup>13</sup>, which was agreed in 1972 and came into force in 1975. In Article I of the convention, each member state<sup>14</sup> agrees never to develop, stockpile or otherwise acquire or retain biological agents that have no justification for peaceful purposes. Thus, at the same time, the convention allows work with all biological agents for peaceful purposes. With this formulation, called the general purpose criterion, the convention prohibits biological weapons, but does not hinder scientific progress, and it is not a captive of the technological development of the 1970s. In this regard, all new technological developments in the life sciences to date are unequivocally covered by the convention, as has been determined at all Review Conferences of the BWC, including the last one in 2011.<sup>15</sup> This is the great strength of the convention.

At the same time, the problem with the convention in this context is that it has no effective way of assuring compliance. It was not politically possible at the time of negotiation of the BWC for the states parties to agree on

a verification regime<sup>16</sup>, and the text gives no indication of how to deal with the biosecurity risk of misuse of material and knowledge resulting from dual use work in the life sciences. Negotiations starting in 1995 over a Protocol to the BWC that would strengthen the convention with, among other measures, a detailed verification programme, failed in 2001 to be agreed upon.<sup>17</sup> In Article IV of the convention the states parties are charged not only with prohibiting biological weapons but also with *preventing* their (*mis*)use, again without providing any procedure for accomplishing this.

The evolution of the work of the BWC has taken place at different levels of undertakings. At the top level, the BWC itself contains legally binding obligations, or the things that States Parties **MUST** do. No new legally binding measures have been agreed since the treaty was signed and came into force. At the next level, the review conferences, which are generally held every five years, reach “additional agreements” as to how to implement the obligations of the BWC; these are considered to be politically (as opposed to legally) binding obligations, or the things the States Parties **SHOULD** do. Finally, the intersessional processes (ISPs), yearly meetings which have taken place since 2003 between the review conferences, have led to the development of “common understandings” on elements that might be useful; these are shared national positions on mechanisms that might strengthen the implementation of the BWC, or the things States Parties **COULD** do.<sup>18</sup> These common understandings are clearly the weakest form of agreements reached in the BWC process.

In this regard the states parties to the BWC have since 2003, within the ISPs, tried to “promote common understandings and effective action” on specific topics of greatest relevance to the BWC that could strengthen the convention. One topic that continues to be taboo is, however, verification of the convention; instead, states parties try to reach agreements on other topics, which have over the years included strengthening the implementati-

12 Fn. 10, 871.

13 United Nations 1972, Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, United Nations General Assembly Resolution 2826 (XXVI). Available at [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/C4048678A93B6934C1257188004848Do/\\$file/BWC-text-English.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/C4048678A93B6934C1257188004848Do/$file/BWC-text-English.pdf) (29.8.2014)

14 As of August 2014, there are 170 States Parties and 10 signatories. 16 states have neither signed nor ratified the convention. For lists, see [http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/7BE6CBBEA0477B52C12571860035FD5C?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/7BE6CBBEA0477B52C12571860035FD5C?OpenDocument) (29.8.2014).

15 United Nations 2011, Final Document of the Seventh Review Conference. The Seventh Review Conference of the States Parties to the Convention on the Prohibition of the Development,

Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction. UN Doc. BWC/CONF.VII/7. Available at [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=BWC/CONF.VII/7](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=BWC/CONF.VII/7) (29.8.2014).

16 M.I. Chevrier, History of BTWC Disarmament, in: K. McLaughlin/K. Nixdorff (eds.), BWPP Biological Weapons Reader, 2009, 13. Available at [http://www.bwpp.org/documents/BWPP%20BW%20Reader\\_final+.pdf](http://www.bwpp.org/documents/BWPP%20BW%20Reader_final+.pdf) (29.8.2014).

17 D. Butler, Bioweapons treaty in disarray as US blocks plans for verification, 414 Nature (2001), 675.

18 P.D. Millett, The Biological Weapons Convention: Content, Review Process and Efforts to Strengthen the Convention, in: K. McLaughlin/K. Nixdorff (eds.), BWPP Biological Weapons Reader, 2009, 19, 30. Available at [http://www.bwpp.org/documents/BWPP%20BW%20Reader\\_final+.pdf](http://www.bwpp.org/documents/BWPP%20BW%20Reader_final+.pdf) (29.8.2014).

on of the convention, cooperation and assistance within the convention, surveillance of disease outbreaks, security and oversight of biological agents, codes of conduct and awareness-raising education of life scientists about dual-use biosecurity issues. Under the “effective action” part of the process, states parties are called upon to recommend specific actions that can, however, only be agreed on at the next scheduled Review Conference. The BWC is presently in the middle of its third ISP (2012–2015), which was established at the Seventh Review Conference (Fn 15). So far most observers agree that the States Parties have reached many common understandings, but have promoted little to no effective action.<sup>19</sup>

For example, the topic of the review of developments in science and technology of relevance to the convention has been intensively dealt with as one of three standing agenda items in this present ISP. Within this process the mandate is to (1) review the most relevant developments, (2) consider the implications of these developments and (3) recommend risk management measures that can mitigate (minimize) the risks that these developments carry. There has up to now been much activity in the way of dealing with the first two elements, but very little consideration of the governance issue (Fn 19). Nevertheless, the member states have been called upon to communicate their efforts and experiences in implementing measures for strengthening biological risk management, voluntary codes of conduct and education and awareness-raising about dual-use biosecurity issues in the life sciences. Only a few states have responded to this call with the drafting of biosecurity-oriented risk management policies giving detailed descriptions of procedure; these policies include the oversight system of the USA<sup>20</sup>, which has been implemented, and the proposed oversight and awareness-raising system of The Netherlands, which is in the implementation process.<sup>21</sup>

### III. Germany’s Response

Now Germany has acted in this context. In 2012 the Federal Government of Germany commissioned the German Ethics Council to draft an opinion as to whether the existing regulations and other measures such as codes of conduct were sufficient to minimize the risk of or even prevent the misuse of developments in life sciences work. The German Ethics Council took this opportunity to analyze the issue of freedom versus responsibility in life science work in the context of biosecurity. It came to the conclusion that additional biosecurity regulatory measures were needed, and made recommendations to the German government in 2014 toward a coherent regulatory system for minimizing/preventing the misuse of advances in life sciences work.<sup>22</sup>

The recommendations contain a balanced set of measures that allow scientists working in the field to demonstrate that they act responsibly in carrying out their research programmes, with sufficient regulations to guide them in taking the steps needed in this process in order to minimize misuse of their work. Education of life scientists about dual-use-biosecurity issues is placed first in the recommendations, reflecting the recognition that this is considered to be an essential biosecurity governance measure; that only when life scientists understand the issues will they be able to recognize the potential risks and be convinced of the necessity for minimizing those risks. Indeed, Peter Hale, founder of the Foundation for Vaccine Research stated in an interview in *ScienceInsider* that the Opinion “for the first time, contains a set of substantive recommendations that will hopefully inform/inspire debate and action in other countries” and that “The report should be required reading for governments around the world”.<sup>23</sup>

19 K. Nixdorff, The 2013 Meeting of Experts to the BWC, with a Focus on the Standing Agenda Item Review of Science and Technology Developments, Policy Paper 2, Biochemical Security 20130 Project (2013); M. Dando, To What Extent Was the Review of Science and Technology Made More Effective and Efficient at the 2013 Meeting of BTWC States Parties? Policy Paper 5, Biochemical Security 20130 Project (2014). Both papers are available at <http://biochemsec2030.org/policy-outputs/> (20.2.2015).

20 United States, United States Government Policy for Oversight of Life Sciences Dual Use Research of Concern (2012). Available at <http://www.phe.gov/s3/dualuse/Documents/oversight-durc.pdf> (29.8.2014).

21 Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Improving

Biosecurity, Assessment of Dual-Use Research (2013). Available at <https://www.knaw.nl/shared/resources/actueel/publicaties/pdf/advies-biosecurity-engels-web> (29.8.2014).

22 Deutscher Ethikrat, Stellungnahme, Biosicherheit- Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft (2014). Available at <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-biosicherheit.pdf> (29.8.2014). English Version available at <http://www.ethikrat.org/files/opinion-bi><http://www.ethikrat.org/files/opinion-biosecurity.pdf> (21.1.2015).

23 M. Enserink, ScienceInsider, German Ethics Council: Government Should Regulate Dangerous Research, *ScienceInsider* (2014). Available at <http://news.sciencemag.org/europe/2014/05/> (29.8.2014).

Until other states follow these examples, a way forward at the international level would be for the States Parties to the BWC to start analyzing these three detailed risk management systems in a working group setting, with conclusions and recommendations about best practices reported to the next Meeting of States Parties as guidelines for those states that as yet have no risk management programme in place.

Prof. Kathryn Nixdorff ist emeritierte Professorin am Institut für Mikrobiologie und Genetik an der TU Darmstadt.



# Elif Özmen

## *Wissenschaft. Freiheit. Verantwortung.*

### *Über Ethik und Ethos der freien Wissenschaft und Forschung*

#### ÜBERSICHT

- I. Biosicherheit als normative Herausforderung
- II. Freiheit: Das epistemische Ethos der Wissenschaft
- III. Verantwortung: Die ethische Dimension der Wissenschaft
  1. Der Zusammenhang von Fortschritt und Freiheit
  2. Das Verhältnis von Freiheit und Verantwortung
  3. Die konsequentialistische Praxis der Verantwortung und ihre deontologischen Grenzen

#### I. Biosicherheit als normative Herausforderung

Die Frage, Was und wozu ist Wissenschaft?, ist ein Gegenstand von philosophischen Reflexionen seit der Antike, wo *scientia* bereits durch einen Objektivitäts-, Begründungs- und Wahrheitsanspruch charakterisiert und auf diese Weise von Dogmen, Ideologien oder bloßen Meinungen unterschieden wurde. Gegenwärtig steht „Wissenschaft“ als Oberbegriff für die verschiedenen disziplinären Forschungen, die auf systematisch strukturierte und methodisch kontrollierte Weise Erkenntnisse über die Natur oder die menschliche Lebenswelt theorieförmig erfassen, um natürliche Phänomene zu erklären bzw. lebensweltliche Phänomene verstehbar zu machen. Objektivität, intersubjektive Überprüfbarkeit, Reproduzierbarkeit, Klarheit, Einfachheit, Kohärenz sind Merkmale solcher Theorien, die ihre „Wissenschaftlichkeit“ definieren.<sup>1</sup> Dieses Ethos der Wissenschaft – der epistemische, methodologische und institutionelle Kontext, in den sich das moderne Wissenschaftsverständnis einbettet – bildet sich, historisch betrachtet, erst in der Neuzeit aus. Was seit Aristoteles *theoria* hieß, meinte eine kontemplative, selbstgenügsame, mithin passive Schau ewiger unveränderlicher Dinge – und diese „bietet uns ja außer dem Denken und Betrachten sonst nichts.“<sup>2</sup> Demgegenüber beschränkt sich die *Scientia Nova* nicht mehr auf ein zweckfreies Wissenwollen, sondern sucht die Umsetzung, Anwendung und Nutzbarmachung des Wissens mithilfe von

Technik(en). In der einflussreichen wissenschaftstheoretischen Grundlegung dieser „neuen Wissenschaft“, dem 1620 erschienenen *Novum organum scientiarum* des Philosophen und Politikers Francis Bacon, wird ihr ein solcher praktischer Zweck geradezu eingeschrieben: *Ipsa scientia potestas est.*<sup>3</sup> Menschliches Wissen und Können ergänzen sich, Wissen ist eine Form von Macht, Wissenschaft und Machbarkeit verweisen aufeinander. Verbunden mit der hoffnungsfrohen Erwartung eines stetigen wissenschaftlichen (wie auch politischen und ethischen) Fortschritts wird ein technologisch-praktischer Imperativ zum festen Bestandteil von Wissenschaft und Forschung, der stetig dazu auffordert, jeder praktischen Umsetzungsmöglichkeit theoretischen Wissens, jeder Gelegenheit ihrer technischen Nutzbarmachung, zu folgen. Zugleich wirft diese „utopische Treibtendenz“ (Hans Jonas) des Baconschen Programms immer neue wissenschaftliche Fragestellungen auf und ermöglicht damit auch neuartige technische Nutzbarmachungen. Mithin ist unsere ganze „moderne Welt (...) das Produkt von Wissenschaft und Technik, wissenschaftlicher und technischer Rationalität. [Eine solche] Leonardo-Welt ist Ausdruck der Aneignung der Welt durch den Menschen und sie ist Ausdruck der Aneignung des Menschen durch die (angeeignete) Welt: sie löst nicht nur Probleme, indem Wissenschaft und Technik Probleme lösen; sie schafft auch Probleme.“<sup>4</sup>

Ein solches Problem, das erst durch die Entstehung der modernen Mikrobiologie (einschließlich ihrer gentechnischen, synthetischen, informations- und ingenieurwissenschaftlichen Zweige) und die potentiell risikobehaftete oder gar missbräuchliche Nutzung ihrer Forschungsergebnisse aufgekommen ist, wird gegenwärtig unter dem Begriff der „Biosicherheit“ diskutiert. Neben der Identifizierung biosicherheitsrelevanter Forschungsfelder und der Einschätzung ihres Gefahrenpotentials geht es um die ethische, politische und schließlich rechtliche Evaluierung dieser Forschungen und

1 Zur Geschichte und Systematik der Philosophie der Wissenschaften vgl. das Lemma „Wissenschaft“ von E. Brendel, in: P. Kolmer/A. G. Wildfeuer (Hrsg.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Band 3 (2011), 2588-2601.

2 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, in der Übersetzung von E. Rolfes (1995), 1177b.

3 *F. Bacon*, *Neues Organon*, Band 1, 1990, 81. Zu den Unterschieden von antikem (Aristotelischen) und modernem (Baconschen)

Wissenschaftsverständnis siehe *F. Cohen*, *Die zweite Erschaffung der Welt. Wie die moderne Naturwissenschaft entstand*, 2011; *E. Özmen*, *Die normativen Grundlagen der Wissenschaftsfreiheit*, in: *F. Voigt* (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion* (2012), 11-132.

4 *J. Mittelstraß*, *Von der Freiheit der Forschung und der Verantwortung des Wissenschaftlers*, in: *Ders., Leonardo-Welt. Über Wissenschaft, Forschung und Verantwortung* (1992), 155-173, 155.

derjenigen regulierenden und sanktionierenden Maßnahmen, die die Menschen, aber auch die Tiere, Pflanzen und die Umwelt vor den Gefahren schützen sollen, die durch den Umgang mit biologischen Agenzien (also potentiell schädlichen Mikroorganismen, Toxinen und anderen B-Waffen relevanten Stoffen) zu erwarten sind.<sup>5</sup> Die in der Wissenschafts- und Technikethik etablierten Prinzipien – etwa der vernünftigen Zweck-Mittel-Abwägung, Schadensvermeidung, Risikoabschätzung und das Vorsorge- und Verantwortungsprinzip – scheinen gegenwärtig nur mit Einschränkungen geeignet zu sein, um diese komplexe Evaluierung anzuleiten. Zum einen fällt hier eine begründete Gefährdungseinschätzung regelmäßig schwer, „da mit den Forschungsaktivitäten die relevanten Faktoren, wie zum Beispiel die Gefährlichkeit eines Erregers, erst verändert werden und ihre Ergebnisse und deren Auswirkungen auf andere gefahrenrelevante Faktoren mitunter nur schwer vorhersehbar sind.“<sup>6</sup> Es handelt sich, spieltheoretisch gesprochen, um eine Situation der Entscheidung unter Unsicherheit: den verschiedenen Weltzuständen können keine Eintrittswahrscheinlichkeiten zugeordnet werden. Ohne Wahrscheinlichkeitsannahmen gehen Risiko- und Technikfolgenabschätzungen aber ins Leere. Zum anderen sind in Zeiten der organisierten Großforschung die unterschiedlichen Forschungs- und Technikfelder so miteinander verknüpft, dass das Gefährdungspotential einzelner Forschungsprojekte selten isoliert betrachtet werden kann bzw. ihre zweifellos nützlichen und mutmaßlich missbrauchsanfälligen Potentiale keiner vernünftigen Zweck-Mittel-Abwägung zugeführt werden können. Zum dritten erschweren die Internationalisierung, Anonymisierung und Anwendungsorientierung der Big und Techno Science die Zuschreibung von Verantwortung für die mutmaßlichen Folgen von biosicherheitsrelevanter Forschung.<sup>7</sup> Wer sollte hier wem gegenüber für was Rechenschaft ablegen müssen? Zum vierten werden ganz grundsätzliche Fragen der Legitimität, Publizität und Zugäng-

lichkeit von Wissenschaft aufgeworfen. Sollte man beispielsweise auf die gentechnische Manipulation von Krankheitserregern, die sie virulenter und damit gefährlicher machen, als sie es natürlicherweise sind, nicht schlichtweg verzichten angesichts des dramatischen und unkontrollierbaren Schadens, den ein versehentliches Entweichen oder der ökonomische, kriminelle oder gar terroristische Missbrauch solcher hochaggressiven Viren bedeuten würde? Sollten Forschungen mit dualen Verwendungsmöglichkeiten, die also ein erhebliches Potential aufweisen, Wissen oder Technologien hervorzubringen, die sowohl nützlichen, wie auch schädlichen Zwecken zugeführt werden können, nicht restriktiver reguliert werden als die „normalen“ Wissenschaften? Könnten nicht zumindest die Methoden, Daten und Ergebnisse solcher Forschungen unveröffentlicht bleiben, deren missbräuchliche Nutzung das Leben und die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen gefährden würde? Schlussendlich: Kann und sollte die Freiheit der Wissenschaft, angesichts der dramatischen Gefahren, die biosicherheitsrelevante Forschungen mit sich bringen können, nicht eingeschränkt werden dürfen?

Die Stellungnahme des Deutschen Ethikrats „Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft“ aus dem Jahre 2014 bringt sowohl den komplexen und interdisziplinären Charakter dieses Problemfeldes zum Ausdruck wie auch die bis in das Selbstverständnis der Wissenschaft hineinreichenden Herausforderungen, vor die sich das Bemühen um eine einheitliche internationale rechtliche Regelung von biosicherheitsrelevanter Forschung (im Folgenden DURC - Dual Use Research of Concern) gestellt sieht. Den Vorbehalten, Ängsten und eschatologischen Szenarien, die angesichts einer vermeintlich grenzenlosen prometheischen Wissenschaft – in Bezug auf missbrauchsanfällige Forschung vielleicht auch grenzenlos bedrohlichen Wissenschaft – ausgemalt werden, stehen die Ansprüche und Hoffnungen gegenüber, die mit dem Baconschen Programm einer freien,

5 Eine besorgniserregende Biosecurity-Relevanz wird Forschungsarbeiten zugeschrieben, die Impfstoffe ineffektiv machen, Resistenzen erzeugen, die Virulenz von pathogenen Mikroorganismen erhöhen, Pathogene leichter übertragbar machen bzw. ihr Wirtsspektrum verändern, Diagnostik- oder Nachweismethoden zu umgehen ermöglichen oder ein biologisches Agens biowaffenfähig machen. Vgl. die entsprechende Auflistung des US-amerikanischen National Research Council, *Biotechnology Research in an Age of Terrorism*. Committee on Research Standards and Practices to Prevent the Destructive Application of Biotechnology, 2004, und die Ergänzungsvorschläge des Deutschen Ethikrates, *Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft* (2014), Abschnitt 11 und Anhang I.2.

6 Deutscher Ethikrat (Fn. 5), 47f.

7 Beide Ausdrücke stehen für einen epochalen Umbruch der Wissenschaftskultur und des Wissenschaftsverständnisses. Big Science

meint die Veränderung der von einzelnen Wissenschaftlern selbstständig an Universitäten betriebenen Wissenschaft hin zur quasi-industriellen Form der Forschung in Gruppen, an engumgrenzten Projekten, an internationalen, zumeist außeruniversitären, z.T. an Unternehmen gebundenen Forschungseinrichtungen, an denen der einzelne Wissenschaftler letztlich als weisungsgebundener Arbeitnehmer agiert. Vgl. *D. J. de Solla Price, Little science, big science* (1963). Hinter dem Begriff Technoscience steht die These, dass in der gegenwärtigen Wissenschaftspraxis wissenschaftliche Interessen, ihre technologischen Kontexte und ökonomischen Bedingungen miteinander verschmelzen, so dass die Vorstellung einer „reinen“ Wissenschaft illusionär und die Orientierung an Wahrheit überflüssig geworden seien. Vgl. A. Nortmann/H. Radder/G. Schieman (Hrsg.), *Science Transformed? Debating Claims of an Epochal Break*, 2011.

d.h. nur ihren eigenen epistemischen Regeln verpflichteten Wissenschaft verbunden sind. So ist auch für den Deutschen Ethikrat die Grundlage der ethischen und wissenschaftspolitischen Diskussion von DURC ein auf Selbstverpflichtung und Selbstkontrolle gründendes, „über Jahrhunderte von breitem Konsens in der Wissenschaftlergemeinschaft getragenes spezifisches internes Wissenschaftler-Ethos (...), [das] seit Beginn der Neuzeit die Grundlage für das Vertrauen [bildete], das die Wissenschaftler und die Wissenschaft in der Öffentlichkeit erfuhren.“<sup>8</sup> Dieses Ethos besteht in einem institutionalisierten Normengefüge, das Kriterien für Wissenschaftlichkeit und wissenschaftliches Arbeiten bestimmt und dadurch die Praxis der Gewinnung wissenschaftlichen Wissens funktional anleitet. Wie im nächsten Abschnitt ausgeführt werden wird, ist die Freiheit von Wissenschaft und Forschung konstitutiver Bestandteil dieses Ethos', mithin ein Merkmal guter Wissenschaft. Aber Wissenschaftsfreiheit hat nicht nur eine funktionale, sondern auch eine ethische Dimension, die im dritten Abschnitt verhandelt werden wird. In diesen Überlegungen zu Ethos und Ethik der Wissenschaft kommt auch das chronische Problem der Verantwortung der Wissenschaft zur Sprache, jedoch bleiben die Ausführungen auf das Konzept der Wissenschaftsfreiheit fokussiert. Dieses schuldet sich der Erwartung, dass sich die normativen Herausforderungen biosicherheitsrelevanter Forschung – die Probleme der Legitimität und gesellschaftlichen Akzeptanz der Wissenschaft sowie einzelner Forschungsfelder und –ziele einerseits, die Probleme des Vertrauens in die scientific community und in ihre Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstregulierung, Folgenabschätzung und eben auch Verantwortung andererseits – am Thema der Freiheit der Wissenschaft verdichten lassen.

## II. Freiheit: Das epistemische Ethos der Wissenschaft

Die moderne Wissenschaft als Methode und Praxis der Wissensbildung wird durch ein Ethos epistemischer Rationalität geleitet, das einerseits die rationale Güte der Forschungstätigkeit und ihrer Ergebnisse, mithin die

Wissenschaftlichkeit der Wissenschaft gewährleisten soll. Systematische Widerspruchsfreiheit, interne Kohärenz, Klarheit, aber auch Sparsamkeit und Eleganz (Ockham's Razor), Genauigkeit und Überprüfbarkeit sind bekannte und anerkannte Bestandteile dieses Ethos, die definieren, was als good scientific practice und wer als good scientist betrachtet werden muss. Zum anderen sichert dieses Ethos aber auch die Autonomie der Wissenschaft und die Unabhängigkeit der Wissenschaftler von politischen und gesellschaftlichen Interessenslagen.<sup>9</sup> Der Wissenschaftssoziologe Robert King Merton unternahm in den 1940er Jahren erste Untersuchungen, um eine Systematisierung dieses Normengefüges und seiner Funktionsweise zu leisten.<sup>10</sup> Das scientific ethos ist durch normative (und sozialwissenschaftlich zugängliche) institutionalisierte Imperative und Sanktionen, Begründungs- und Verfahrensregeln, Belohnungs- und Kritiksysteme konstituiert, die die Praxis der Wissenschaft und das Selbstverständnis der Wissenschaftsgemeinschaft methodisch anleiten. Merton fasst dieses Ethos in den vier sogenannten CUDOS-Prinzipien zusammen:<sup>11</sup>

- KOMMUNITARISMUS (commonalism). Wissenschaftliche Erkenntnisse sind das Resultat kollektiver und kooperativer Unternehmung und Anstrengung. Jeder hat das Recht auf Teilhabe und Zugang zu wissenschaftlichem Wissen.

- UNIVERSALISMUS (universalism). Wissenschaftliche Geltungsansprüche sind allgemein und objektiv. Ihre Bewertung erfolgt unabhängig von Personen, Status und Stellungen; sie folgt ausschließlich Argumenten und Sachverhalten.

- INTERESSELOSIGKEIT (disinterestedness). Wissenschaft wird nicht durch die persönlichen Präferenzen, eigennützigen Motive und subjektiven Meinungen der Wissenschaftler, sondern durch reines Erkenntnisinteresse, durch Wahrheit, geleitet.

- ORGANISIERTER SKEPTIZISMUS (organized scepticism). Wissenschaftliche Überzeugungen können Fehler und Irrtümer aufweisen. Sie stehen der wissenschaftlichen Kritik, Überprüfung und Revision jederzeit offen.

8 Deutscher Ethikrat (Fn. 5), 57f.

9 Vgl. hierzu meine Ausführungen in *Özmen* (Fn. 3) und *J. Nida-Rümelin*, Wissenschaftsethik, in: ders. (Hrsg.), *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung*. Ein Handbuch, 2. Aufl. (2005), 834-860, Abschnitt I.

10 Zugleich verfolgte Merton das Anliegen, die politischen und sozialen Voraussetzungen von „echter“ und von „Anti-Wissenschaft“ offenzulegen. Gute, ergo freie Wissenschaft verlange nach demokratischen und ethischen Sozialstrukturen. Demgegenüber könne es in anti-demokratischen (genauer: nationalsozialisti-

schen) unethischen und unfreien Gesellschaften genaugenommen überhaupt keine echte Wissenschaft geben, vgl. *R. K. Merton*, *Science and the Social Order*, EA (1938), in: ders., *The Sociology of Science. Theoretical and Empirical Investigations* (1973), 254-266; *ders.*, *A Note on Science and Democracy*, *Journal of Legal and Political Sociology* 1 (1942) 115-26.

11 Benannt nach den englischen Anfangsbuchstaben der Prinzipien, siehe *R. K. Merton*, *The Normative Structure of Science*, EA (1942), in: ders., *The Sociology of Science. Theoretical and Empirical Investigations* (1973), 267-278.

Während sich Merton auf die scientific community und ihr gemeinschaftliches Ethos konzentriert, rücken ab den 1970er Jahren mit der Frage nach der Verantwortung der Wissenschaft für ihre risikoreichen technischen Anwendungen die Individualtugenden des einzelnen Wissenschaftlers in den Vordergrund. Der Mediziner und Nobelpreisträger André Cournand zählt zu diesem scientist's code eine Reihe von moralischen Tugenden, die die epistemische Integrität und Qualität der Wissenschaft sichern sollen: „an attempt was made to reformulate the norms of science with explicit reference to the conduct of individual scientists. In that effort (...) the moral attitudes necessary for the effective working of the scientific community were emphasised.“<sup>12</sup> Zu den Tugenden des idealen Wissenschaftlers gehören demzufolge:<sup>13</sup>

- OBJEKTIVITÄT (objectivity). Persönliche Leidenschaften, Wünsche und Präferenzen des Wissenschaftlers haben jederzeit zurückzustehen, da sie unvereinbar sind mit der intellektuellen Redlichkeit, Unaufgeregtheit und Unparteilichkeit, die die wissenschaftliche Tätigkeit vom Einzelnen verlangt.

- EHRlichkeit (honesty). Die Auswahl der Probleme, Hypothesen und Mittel, die die Forschungstätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers leiten, ist von diesem gewissenhaft, einsichtig und ehrenhaft vorzunehmen.

- TOLERANZ (tolerance). Dem kreativen Potential anderer Wissenschaftler, ihrer Forschungstätigkeit sowie ihren Forschungsergebnissen gebührt Respekt und Aufmerksamkeit, gerade dann, wenn diese den eigenen wissenschaftlichen Überzeugungen widersprechen.

- DISZIPLINIERTER SKEPSIS (doubt of certitude). Wissenschaftliche Überzeugungen, Hypothesen, Methoden und Forschungsergebnisse stellen keine Gewissheiten oder absoluten Wahrheiten dar und sind mit gebührender und vernünftiger Skepsis zu betrachten und durch kontinuierliche Kritik zu überprüfen.

- SELBSTLOSE HINGABE (unselfish engagement). Die wissenschaftliche Tätigkeit hat ihre eigenen inhärenten Zwecke, denen der einzelne Wissenschaftler uneigennützig, unparteilich und altruistisch folgen soll.

Es ist das Verdienst von Cournand, auf die individuelle Verantwortung für das epistemische Ethos der Wissenschaft hingewiesen zu haben, aber auch auf die Unzu-

länglichkeiten eines bloß internen Normengefüges, das zwar ein funktionales Ethos bereitstellen mag, aber den externen Anforderungen und Herausforderungen wenig entgegen kann, denen die zur Großforschung veränderten Natur- und Lebenswissenschaften seit Mitte des 20. Jahrhunderts unweigerlich unterliegen. Cournand fordert die Ergänzung der wissenschaftsinternen kollektiven Ethos- und individuellen Ethik-Normen um eine neue ethics of development: „the [scientific] code should explicitly take cognizance of the fact that the scientist is an individual who lives in a society which has ends other than the cognitive ends of scientists, and that the cognitive achievements of scientists do not always and necessarily serve these ends.“<sup>14</sup> Die Verteidigung der Autonomie der Wissenschaft darf also nicht mit der ganz anders gelagerten These der Autarkie der Wissenschaft verwechselt werden. Zwar folgt Wissenschaft ihren eigenen Zwecken – und ist in diesem Sinne frei von politischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Finalisierungen zu halten –, aber sie ist nicht ethisch neutral oder indifferent, ohne Verantwortung für ihre möglichen technischen Anwendungen und gesellschaftlichen Folgen. Forschungen, die dem menschlichen Wohl (human welfare) oder den freiheitlich-demokratischen Werten (liberal and democratic traditions) zuwiderlaufen, sind wissenschaftsintern und –extern kritisch zu evaluieren.<sup>15</sup>

Dass die Freiheit der Wissenschaft sie nicht von Verantwortung entbindet, wird auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 5 Abs. 3 GG herausgestellt. In dem Hochschulurteil aus dem Jahre 1973 heißt es: „Damit sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‚etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes‘ (Wilhelm von Humboldt) ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden.“ Als „frei“ gelten dem Gericht „insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seiner Verbreitung“; dazu dient „ein Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung auf den Prozeß der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse“.<sup>16</sup> An diesen Formulierungen zeigt sich, dass mit der Rede von „Wahrheit“ als Zweck der Wissenschaft kein metaphysisch hypostasierter Wahrheitsanspruch konstatiert

12 A. Cournand/M. Meyer, *The Scientist's Code*, *Minerva* 14 (1976), 79–96.

13 A. Cournand/H. Zuckerman, *The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future*, *Studium Generale* 10 (1970), 941–962.

14 Cournand/Meyer (Fn. 12), 90.

15 A. Cournand, *The Code of the Scientist and Its Relationship to Ethics*, *Science* 198 (1977) 699–705.

16 BVerfGE 35, 79 (113).

wird, sondern (Wilhelm von Humboldt zitierend) Wahrheit im Sinne einer regulativen Idee, als „etwas noch nicht ganz Gefundenem und auch nie ganz Aufzufindendem“. Diese für Wissenschaft und Forschung konstitutive Wahrheitsorientierung unterliegt der Bedingung der Freiheit. Wer also die Freiheit der Wissenschaft beschneidet, behindert das Bemühen um Wahrheit und damit den Zweck der Wissenschaft selbst. Die Idee der Wissenschaft und die Idee der freien Wissenschaft verweisen aufeinander; die Freiheit von Wissenschaft und Forschung ist eine Bedingung der Möglichkeit, dass eine realitätsnahe erkenntnisorientierte Wahrheitssuche gelingt.<sup>17</sup> Aber zugleich ist Freiheit ohne Verantwortung nicht zu haben: Die Freiheit von Fremdbestimmung verpflichtet die wissenschaftliche Gemeinschaft und ihre Mitglieder zu verantwortlicher Selbstbestimmung. Deswegen wird das „Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung“ im selben Argumentationszug verknüpft mit der „persönlichen und autonomen Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers“. Zwar ist die Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre als ein defensives und konstitutives Individualrecht ohne Gesetzesvorbehalt garantiert, so dass die Einschränkung des Schutzbereichs des Grundrechts der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit nur durch eine Kollision mit gleichwertigen Rechtsgütern begründet werden kann (namentlich Würde, Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit oder Tier- und Umweltschutz, die den Rang von Staatszielen haben).<sup>18</sup> Aber zugleich wird auf eine nicht-rechtliche Ebene der Regulierung und Kontrolle verwiesen, nämlich die Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers und der Wissenschaftsgemeinschaft. Interne Verantwortung trägt der Wissenschaftler gegenüber den Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Externe Verantwortung im Sinne der Rechenschaftspflicht für die möglichen Anwendungen und Folgen seiner Forschung ist hingegen kein konstitutiver Bestandteil des epistemischen Ethos der Wissenschaft oder der Integritätsnormen des einzel-

nen Wissenschaftlers, sondern eine genuin ethische Norm.

### III. Verantwortung: Die ethische Dimension der Wissenschaft

Die Ergänzung des wissenschaftsinternen, weitgehend funktionalen epistemischen Ethos um eine wissenschaftsexterne Ethik der Verantwortung wird seit der Beteiligung von Wissenschaftlern an der Entwicklung von militärischen Massen- bzw. Weltvernichtungswaffen (also seit dem Manhattan Projekt in den 1940er Jahren) diskutiert. Ab den 1960er Jahren (in Verbindung mit der ökologischen Kritik des technologischen Imperativs) nehmen diese Forderungen eine systematische wissenschaftsethische Form an.<sup>19</sup> Während sich die Anlässe für eine solche ethische Evaluierung fortsetzen (gegenwärtig stehen vor allem die modernen Gen- und Biotechnologien und damit auch DURC im Fokus) und die öffentliche Kritik, vielleicht auch die gesellschaftliche Skepsis gegenüber der Wissenschaft (oder jedenfalls gegenüber einzelnen Forschungsfeldern) eher zunimmt,<sup>20</sup> bleibt die Frage nach der Verantwortung der Wissenschaft umstritten. Wie bei anderen externen Zwecken, seien sie ökonomischer, politischer oder gesellschaftlicher Provenienz, könnte auch bei ethischen Zwecksetzungen eine Konventionalisierung, Funktionalisierung oder Finalisierung – und damit eine Verletzung des epistemischen Ethos, eine Gefährdung der Autonomie der Wissenschaft – befürchtet werden. Da die ehemals strikte Trennung zwischen Grundlagenforschung und anwendungsorientierter Forschung aber zunehmend verschwimmt, erscheint eine gänzliche Zurückweisung externer Verantwortung, wie sie noch für Forscher wie Werner Heisenberg oder Edward Teller charakteristisch war, aber weder zeit- noch sachgemäß. Dieser Zuwachs an Verantwortung und die damit verbundene Veränderung des innerwissenschaftlichen Selbstverständnisses wird auch

17 Vgl. hierzu die systematischen Ausführungen von T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen*, 2012.

18 Somit kann nur die Kollision mit anderen Grundrechten oder gleichwertigen Rechtsgütern eine Einschränkung des Schutzbereichs des Grundrechts der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit begründen, vgl. R. Scholz, Art. 5 Abs. III, in: Th. Maunz / G. Düring et al. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Band 1, 2001; E. Denninger, Art. 5 Abs. III, in: R. Bäuml et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 1 (1989); H. Wagner, *Zur Stellung der Forschungsfreiheit im Gefüge der Grundrechte*, in: Ders. (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung. Forschungsfreiheit und staatliche Regulierung*, 2002, 229-266; I. Augsberg, *Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit*, in: F. Voigt (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung,*

*Normativität und Funktion* (2012), 65-89.

19 Für den deutschen Sprachraum sind hier die Beiträge der Wissenschaftler um Jürgen Habermas und Carl Friedrich von Weizsäcker am Starnberger Max Planck Institut zur Erforschung der Lebensbedingungen der wissenschaftlich-technischen Welt zu nennen sowie die Arbeiten von Hans Jonas. Siehe G. Böhme/W. van den Daele/W. Krohn, *Die Finalisierung der Wissenschaft*, in: *Zeitschrift für Soziologie* 2 (1973), 128-144; H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, (1979); J. Habermas, *Technik und Wissenschaft als „Ideologie“*, (1981).

20 Hierzu A. Bora/D. Kaldewey, *Die Wissenschaftsfreiheit im Spiegel der Öffentlichkeit*, in: F. Voigt (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion* (2012), 9-36.

durch die Ethik-Kodizes der wissenschaftlichen Gesellschaften und andere Formen und Ebenen der Institutionalisierung und organisierten Selbstregulierung einer ethisch verantwortbaren Forschung und Wissenschaft belegt.<sup>21</sup> Wenngleich sich also die ethische Verantwortung der Wissenschaft für ihre möglichen Anwendungen und Folgen nicht seriös abweisen lässt, bleibt die Frage, wem diese Verantwortung sinnvoll und/oder effektiv zugewiesen und wie sie ausgeübt werden kann, diskussionswürdig. Man könnte einerseits dafür argumentieren, Verantwortung zu individualisieren, um sich über solche fach- und ethikkundigen einzelnen Wissenschaftler der Autonomie der Wissenschaft zu versichern. Andererseits könnte die Verantwortung der Wissenschaft auch durch externe Akteure, d.h. politisch-rechtlich „von außen“ gesteuert werden. Beide Positionen argumentieren letztlich für eine Entlastung der Wissenschaft: erstere für eine Abwehr von äußerer Regulierung und den damit verbundenen Gefahren der Fremdsteuerung der Wissenschaft, die in Spannung zu ihrem epistemischen Ethos, insbesondere ihrem Autonomieanspruch, steht. Die zweite Position plädiert für eine vollständige Verantwortungsentlastung der Wissenschaft, sei es, weil ein solches ethisches Rechtfertigungserfordernis nicht zum Wissenschaftsethos passe, sei es, weil der einzelne Wissenschaftler durch diese Verantwortungszuschreibung heillos überfordert wäre. Als radikale Endpunkte des weiten Spektrums von Standpunkten, die in der zeitgenössischen Wissenschaftsethik vertreten werden, markieren diese beiden Positionen das Spannungsfeld, innerhalb dessen sich die ethische Diskussion (und die sich daran anschließende politische und rechtliche Regulierung) von biosicherheitsrelevanter Forschung bewegen und bewahren muss. Eine Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist meines Erachtens weder zu erwarten, noch anzustreben. Denn die Forderung nach strikter Internalisierung und Individualisierung der Verantwortung stellt sowohl eine kognitive und ethische Überforderung des Einzelnen als auch eine Unterschätzung der Wissenschaft als eines gesellschaftlichen Subsystems dar. Demgegenüber birgt der Vorschlag, Verantwortung zu externalisieren mittels einer Abkoppelung ethischer Anwendungsfragen von ihren theoretischen Grundlagen die Gefahr der Banalisierung der normativen Dimensionen der Wissenschaft selbst. Daher kann es auch im Falle von DURC lediglich um eine sensible Abwägung von Freiheit einerseits – der individuellen Berechtigung und gesellschaftlichen Verpflichtung zu

Forschung und Wissenschaft –, und von Verantwortung andererseits – der individuellen und gesellschaftlichen Pflicht zum vernünftigen und gerechten Umgang mit Risiken und Schäden – gehen. Die folgenden Überlegungen zum Verhältnis von Wissenschaft, Fortschritt, Freiheit und Verantwortung werfen eher Fragen auf als dass sie Argumente für eine solche Abwägung bereitstellen. Aber vielleicht haben sie ihre Berechtigung darin, auf die Pluralität von normativen Gesichtspunkten hinzuweisen, die es bei der Regulierung von DURC zu berücksichtigen gilt.

### 1. Der Zusammenhang von Fortschritt und Freiheit

Das moderne Wissenschaftsverständnis ist durch einen dynamischen Wissensbegriff charakterisiert, in welchem Fortschritt der zentrale Imperativ, Innovation das Ziel und der systematische Zweifel an den etablierten Theorien der Motor ist.<sup>22</sup> Die konstitutive Rolle und der inhärente Wert von Freiheit für das wissenschaftliche Ethos wurden bereits thematisiert. Aber die Freiheit der Wissenschaft von politischen, religiösen und ökonomischen Einmischungen und Begrenzungen ist nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich eine Freiheit zum wertfreien Wissenwollen und Machenkönnen, sondern ihrerseits ethisch affiziert. Das Ideal der freien Wissenschaft erhellt sich erst im Lichte einer Verpflichtung auf das menschliche Wohlergehen, was sich schon an den historischen wissenschaftsphilosophischen Anfängen des Baconschen Programms zeigen lässt. Hier wird die Legitimität einer freien Wissenschaft – und in diesem Zuge ihre Professionalisierung und Institutionalisierung – mit Verweis auf den Zusammenhang von wissenschaftlich-technischem mit ethischem und sozio-politischem Fortschritt gerechtfertigt. Die Freiheit der Wissenschaft führt zu Erkenntnissen und Erfindungen, die ihrerseits Freiheit ermöglichen, insbesondere die lebensweltliche Emanzipation von den Zwängen der äußeren und inneren Natur des Menschen. Das ist das keineswegs leer gebliebene Versprechen der modernen Wissenschaft: dass Forschung, Wissenschaft und Technik zu einer Humanisierung des menschlichen Lebens beitragen und somit einen ethischen Effekt zeitigen. In einer wissenschaftlich-technischen Zivilisation wird es uns besser gehen, wir werden als bessere Menschen unter humaneren Lebensbedingungen zusammenleben können. Eine Bedingung der Erfüllung dieses dauerhaften Versprechens ist aber, geradezu paradox anmutend, die Freiheit der Wissenschaft von solchen ethischen oder sonstigen

<sup>21</sup> Vgl. Deutscher Ethikrat (Fn. 5), Abschnitt 7.

<sup>22</sup> Vgl. E. Özmen, *Ecce homo faber! Anthropologische Utopien und das Argument von der Natur des Menschen*, in:

J. Nida-Rümelin/K. Kufeld (Hrsg.), *Die Gegenwart der Utopie. Zeitkritik und Denkwende* (2011), 101-124.

gesellschaftlichen Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeitvorgaben.

## 2. Das Verhältnis von Freiheit und Verantwortung

Das Fortschrittsversprechen von Wissenschaft und Technik erscheint auch gegenwärtig noch glaubwürdig und wünschenswert genug, wiewohl wir nicht nur die humanisierenden, sondern auch die zerstörerischen Effekte der angewandten Wissenschaft kennen und fürchten gelernt haben. Wenngleich also das Baconsche Programm die zeitgenössische Wissenschaftskultur und ihre gesellschaftliche Wertschätzung noch immer prägt, ist es doch um eine neue und bittere Einsicht ergänzt worden. In einer anderen Zeit, unter anderen historischen und gesellschaftlichen Bedingungen konnte man (vielleicht) wie der Physiker Max Born der Auffassung sein, dass Wissenschaft „nie zum Schlechten führen könne, weil die Suche nach Wahrheit an sich gut sei.“ Für das Gelingen und die Legitimität einer solchen Wissenschaft mag das epistemische Ethos, das wissenschaftsinterne Normengefüge von Regeln, Imperativen, Freiheiten und Verantwortungen, nicht nur notwendig, sondern auch hinreichend sein. Aber, so Born weiter, „Das war ein schöner Traum, aus dem wir durch die Weltereignisse geweckt worden sind. Auch die festesten Schläfer erwachten, als im August 1945 die ersten Atombomben auf japanische Städte fielen.“<sup>23</sup> Die Erkenntnis, dass sich das Zerstörungspotential der Wissenschaft und das Missbrauchspotential der Forschung seit Mitte des 20. Jahrhunderts drastisch erhöht, ja vielleicht sogar qualitativ verändert haben, lassen eine normative Ergänzung der funktionellen wissenschaftlichen Selbstkontrolle und Selbstregulierung unumgänglich erscheinen. Der prominenteste, philosophisch mit dem Namen von Hans Jonas verbundene Vorschlag für ein solches ethisches Surplus der Wissenschaft ist das Prinzip Verantwortung: „Handle so, daß die Wirkungen deiner Handlungen verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden. Handle so, daß die Wirkungen deiner Handlung nicht zerstörerisch sind für die künftige Möglichkeit solchen Lebens. Gefährde nicht die Bedingungen für den indefiniten Fortbestand der Menschheit auf Erden.“<sup>24</sup>

Für Hans Jonas ist der Adressat des Verantwortungsimperativs primär die wissenschaftliche Gemeinschaft; das Prinzip Verantwortung wird auf die Fähigkeit und den Willen zur verantwortlichen Selbstbeschränkung von For-

schung und Wissenschaft gegründet. Eine solche wissenschaftsinterne Verantwortungsethik erscheint schon deswegen notwendig, weil natürlich auch die externe normative Evaluierung, z.B. der ethischen und rechtlichen Dimensionen von DURC durch den Deutschen Ethikrat, auf wissenschaftlichen Sachverstand angewiesen ist. Das ist weniger trivial, als es auf den ersten Blick erscheinen mag, jedenfalls dann, wenn wir uns Wissenschaftler nicht in zwei verschiedenen Modi denken wollen, einmal aus wissenschaftsinterner Perspektive, rein der Wissenschaft und Forschung verpflichtet, einmal aus wissenschaftsexterner Perspektive, z.B. als Mitglied einer Ethik-Kommission, in der Lage und aufgefordert, die eigene Wissenschaft normativ zu evaluieren. Insofern die Wissenschaft ein kollektives und öffentliches Gut ist, zu dessen Freiheitsgarantie übrigens auch die staatliche Förderung, insbesondere die Finanzierung durch die Bürgerschaft gehört, findet die Unterscheidung von „interner“ und „externer“ Verantwortung ohnehin ihre Grenze in dem Erfordernis der gesamtgesellschaftlichen Anerkennung von Wissenschaft und Forschung. Diesem Erfordernis kann nur durch die Bereitschaft der scientific community entsprochen werden, an den außerwissenschaftlichen Diskussionen über Wissenschaft zu partizipieren, mit der Öffentlichkeit zu kommunizieren, sie zu informieren, gegebenenfalls auch Rechenschaft abzulegen und in diesem Sinne Verantwortung zu übernehmen.

Zugleich gibt es aber eine Kluft zwischen den wissenschaftlich-technischen und den moralischen Kompetenzen der scientific community – diese kann (und sollte) die ethische Evaluierung bestimmter Forschungsfelder gar nicht autonom leisten, sondern bleibt auf eine gesamtgesellschaftliche Evaluierung und eine externe, insbesondere rechtliche Regulierung angewiesen. Auch die unterschiedlichen Geschwindigkeiten von Fortschritten in der Wissenschaft und ihren zum Teil ineins gegebenen Anwendungsmöglichkeiten einerseits und der Zeit, die eine vernünftige ethische Evaluierung benötigt, sprechen für eine solche außerwissenschaftliche Beurteilung und Regulierung von DURC, dessen Wirkungen sich tatsächlich als unverträglich erweisen könnten mit der „Permanenz [unbeschädigten] menschlichen Lebens auf Erden“.

## 3. Die konsequentialistische Praxis der Verantwortung und ihre deontologischen Grenzen

Wenn Verantwortung, wie es in Jonas' Formulierung anklingt, als Rechenschaftspflicht für die potentiell zerstörerischen und gefährlichen „Wirkungen von Hand-

23 M. Born, Von der Verantwortung des Naturwissenschaftlers. Gesammelte Vorträge (1965), 192.

24 H. Jonas 1979 (Fn. 19), 36.

lungen“ verstanden wird, liegt eine konsequentialistische Interpretation nahe. Das Prinzip Verantwortung könnte dann in Begriffe und Methoden der Folgenabschätzung übersetzt, operationalisiert und dadurch auch rationalisiert werden. Eine rationale Risikopraxis gründet auf entscheidungstheoretischen Kriterien – etwa cost-benefit-Abwägungen, dem precautionary principle oder, bei Situationen der Unsicherheit, wie sie für DURC charakteristisch sind, dem Maximin-Kriterium. Aber neben den Gründen, die für eine epistemische und vor allem ethische Unzulänglichkeit konsequentialistischer Rationalität im Allgemeinen und innerhalb der Risikoethik im Besonderen sprechen,<sup>25</sup> stellt sich eine grundsätzlichere Frage nach der wissenschaftsethischen Relevanz bzw. der Reichweite der Folgenabschätzung und Risikoabwägung. Wenngleich eine Ethik der Verantwortung den möglichen Missbrauch von biosicherheitsrelevanter Forschung, d.h. ihre potentiellen schädlichen Konsequenzen, zum Gegenstand hat, hat eine Beschränkung auf die risikoethische Evaluierung dieser Konsequenzen die Tendenz, normative Prinzipien zu marginalisieren (bzw. für irrational oder unwissenschaftlich zu erklären), die sich einer konsequentialistischen Logik verweigern, die also kategorischer bzw. deontologischer Natur sind. Zu diesen deontologischen Prinzipien gehört etwa die „Autonomie“, die in Bereichsethiken wie der Medizinethik oder der politischen Ethik eine zentrale Rolle spielt, wenn es um die Legitimität und die Grenzen von Handlungen geht, die das einzelne Individuum und seine Freiheit betreffen, über sich, seinen Körper und sein Leben, selbst zu bestimmen. In der ethischen Evaluierung von DURC wird dieses normative Grundprinzip meinem Eindruck nach allerdings selten diskutiert. Es ist eine offene Frage, ob und in welcher Weise Autonomie in die ethische Beurteilung biosicherheitsrelevanter Forschung aufgenommen werden könnte (z.B. in Form eines Zustimmungsvorbehalts der Bürger/-innen). Ein zweites deontologisches Prinzip setzt der Instrumentali-

sierung von Menschen und damit auch jeder Risikoabwägung klare Grenzen: das Prinzip „Menschenwürde“. Wiewohl in ethischer, politischer und auch rechtlicher Hinsicht zu Unklarheit und Mehrdeutigkeiten neigend, hat dieses Prinzip sich in bemerkenswerter Weise in dem Teil der Wissenschaftsethik fest etabliert, in dem es um die Forschungen am Menschen geht, in der Ethik der Lebenswissenschaften. Eine weitere offene und diskussionswürdige Frage scheint mir daher, ob und in welcher Weise das Prinzip der Menschenwürde für die ethische Evaluation von DURC in Anschlag gebracht werden kann.

Mit diesen abschließenden Hinweisen auf mögliche normative Erweiterungen des ethischen Instrumentariums soll vor allem auf die Problematik einer konsequentialistisch verengten Praxis der wissenschaftlichen Verantwortung hingewiesen werden.<sup>26</sup> Dass die ethische Bewertung und politische und rechtliche Regulierung von DURC dadurch weiter erschwert und kompliziert werden könnten, muss angesichts der Bedeutung und des Wertes von Freiheit der Wissenschaft und Forschung hingenommen werden. Der Pluralismus und die Komplexität der Normen, die für das Ethos und die Ethik der Wissenschaft charakteristisch sind und in diesem Beitrag skizziert wurden, bilden auch für die ethische Evaluierung einzelner besorgniserregender Forschungsfelder einen angemessenen normativen Rahmen.

Prof. Elif Özmen ist Professorin für praktische Philosophie an der Universität Regensburg. Sie hat Philosophie, Wissenschaftsgeschichte und Deutsche Philologie studiert und sich zu begründungstheoretischen Problemen der Philosophie des Liberalismus habilitiert. Zu ihren derzeitigen Forschungsinteressen gehört die Frage nach Wahrheitsansprüchen und Kritik in der Demokratie und nach der Relevanz anthropologischer Topoi in moralischen und politikethischen Theorien.

25 Für diese Kritik stehen insbesondere die Arbeiten von *Julian Nida Rümelin*, vgl. *ders.*, *Kritik des Konsequentialismus*, 2. Aufl. (1995), und *J. Nida-Rümelin/B. Rath/J. Schulenburg*, *Risikoethik* (2012).

26 So auch Deutscher Ethikrat (Fn. 5), Abschnitt 4.

# Thomas A. C. Reydon

## *Epistemologische Aspekte der Anwendung des Vorsorgeprinzips bei Biosicherheitsfragen\**

### ÜBERSICHT

- I. Einführung: Besitzt das Vorsorgeprinzip normative Kraft?
- II. Das Vorsorgeprinzip bei Biosicherheitsfragen
- III. Das Verantwortungsprinzip bei Biosicherheitsfragen
- IV. Ausblick – Wie können Biosecurity-Fälle bewertet werden?

### **I. Einführung: Besitzt das Vorsorgeprinzip normative Kraft?**

In seiner im Mai vergangenen Jahres veröffentlichten Stellungnahme zur Sicherheitsproblematik in den Biowissenschaften mit dem Titel *Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft* nimmt der Deutsche Ethikrat Bezug auf zwei Prinzipien, die bei der Beurteilung von Biosicherheitsmaßnahmen sowie der Begründung von Schutzmaßnahmen eine Rolle spielen können.<sup>1</sup> Diese Prinzipien sind, erstens, das in der öffentlichen Diskussion zur Umweltproblematik weit verbreitete Vorsorgeprinzip, das auch in der Politik der Europäischen Union eine wichtige Rolle spielt, und, zweitens, das in der philosophischen Risikoethik viel diskutierte Verantwortungsprinzip.<sup>2</sup> Das Vorsorgeprinzip besagt, dass es bei Anwendung einer neuen Technologie auch ohne das Vorliegen einer konkreten Risikoabschätzung möglich sein muss, vorsorglich Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Das Verantwortungsprinzip bezieht sich auf unsere Verantwortung für das Fortbestehen menschlichen Lebens und besagt, dass alle Handlungen (und insbesondere Anwendungen neuer Technologien) dieses Fortbestehen nicht gefährden dürfen. Beide Prinzipien werden im Folgenden näher erläutert.

Die Erwägungen des Ethikrats beziehen sich primär auf das Vorsorgeprinzip; das Verantwortungsprinzip spielt in der Stellungnahme des Ethikrats eine deutlich untergeordnete Rolle. In Frage steht für den Ethikrat ins-

besondere die Tauglichkeit des Vorsorgeprinzips als normative Bewertungsgrundlage für Biosicherheitsfragen sowie als argumentatives Element für die Begründung weitgehender Schutzmaßnahmen, darunter auch Einschränkungen der Forschungsfreiheit in der Form von Forschungs- oder Publikationsverboten.

Während der Ethikrat dem Vorsorgeprinzip eine Rolle als normative Bewertungsgrundlage von Biosicherheitsfragen beimisst, möchte ich im Folgenden zeigen, dass in wichtigen Fällen weder das Vorsorgeprinzip noch das Verantwortungsprinzip eine gute Grundlage für die Bewertung von Biosicherheitsfragen oder die Begründung von Schutzmaßnahmen sein können.

Wie in der internationalen Diskussion üblich, macht der Ethikrat einen grundlegenden Unterschied zwischen *Biosafety* und *Biosecurity* als zwei Problembereiche, die unterschiedliche Regulierungsfragen aufwerfen.<sup>3</sup> Beide Wörter lassen sich zwar im Deutschen mit „Biosicherheit“ übersetzen, sie besitzen jedoch deutlich unterschiedliche Konnotationen. Die *Biosafety*-Problematik bezieht sich auf die Möglichkeit von (unbeabsichtigten) Unfällen in der biowissenschaftlichen Forschung oder bei der Anwendung von neuen Biotechnologien bzw. neuen Produkten biowissenschaftlicher Forschung. *Biosecurity*-Fragen hingegen beziehen sich auf die Möglichkeit, dass Ergebnisse biowissenschaftlicher Forschung oder auch neue biotechnologische Anwendungen und Produkte absichtlich missbraucht werden, z. B. für terroristische Zwecke. Solche Fälle werden üblicherweise auch als „*Dual-Use*“-Fälle bezeichnet, da es um eine mögliche doppelte Verwendung wissenschaftlicher Forschung – den intendierten Gebrauch und einen möglichen Missbrauch – geht. Der Missbrauchsaspekt bringt in *Biosecurity*-Fällen die Absichten und Interessen verschiedenster Individuen und Gruppierungen als – typischerweise kaum einschätzbare – Faktoren ins Spiel. Diese Faktoren, so die Überlegung, spielen in *Biosafety*-

\* Ich danke Herrn *Simon Lohse*, Herrn *Gero Kellermann* und Herrn *Constantin Teetzmann* für hilfreiche Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Artikels.

1 Deutscher Ethikrat, *Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft* (Stellungnahme), Berlin: Deutscher Ethikrat, 2014, 12 ff., <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-biosicherheit.pdf> (21.1.2015).

2 In ihrer Mitteilung zum Vorsorgeprinzip misst die Europäische Kommission dem Vorsorgeprinzip eine zentrale Rolle mit Bezug auf den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen sowie der Umwelt

bei – dazu: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission COM 2000(1): Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, Brüssel, 12-13.

3 Zum Hintergrund der Begriffe ‚*Biosafety*‘ und ‚*Biosecurity*‘ siehe z. B. das Hintergrunddokument *Biosafety and Biosecurity* der Vereinten Nationen, [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/46BE0B4ACED5FoEoC125747Bo04F447E/\\$file/biosafety+background+paper+-+advanced+copy.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/46BE0B4ACED5FoEoC125747Bo04F447E/$file/biosafety+background+paper+-+advanced+copy.pdf) (12.07.2014).

Fällen hingegen keine Rolle, sodass die zwei Arten von Biosicherheitsproblemen unterschiedliche Arten der Regulierung erfordern würden.

Der Unterschied zwischen einer *Biosafety*-Problematik und einer *Biosecurity*-Problematik soll zwei Arten von Situationen des Unwissens widerspiegeln. Fälle der *Biosafety*-Problematik werden dadurch gekennzeichnet, dass es im Rahmen biowissenschaftlicher Forschung oder bei der Anwendung neuer Biotechnologien zu verheerenden Unfällen kommen kann. Wenn die möglichen Unfallszenarien gut bekannt sind und die Eintrittswahrscheinlichkeiten dieser verschiedenen Szenarien gut eingeschätzt werden können (in der Entscheidungstheorie spricht man dann von *Risikosituationen*), können die etablierten Regelwerke des Risikomanagements eingesetzt werden. Man befindet sich in solchen Fällen zwar in einer Situation der begrenzten Unwissenheit bezüglich zukünftiger Ereignisse (man weiß ziemlich genau, was auftreten *kann*, aber nicht, was tatsächlich auftreten *wird*), jedoch sind die bestehenden Risiken gut abschätzbar. Bestehen zu den Unfallszenarien oder deren Eintrittswahrscheinlichkeiten jedoch größere Unsicherheiten, sodass eine Risikoabschätzung nicht gut möglich ist (die Entscheidungstheorie spricht von Situationen der *Ungewissheit*), dann kann auf das Vorsorgeprinzip zurückgegriffen werden, das Schutzmaßnahmen auch ohne eine hinreichende Risikoabschätzung ermöglichen würde. In *Biosecurity*-Fällen hingegen hat man immer mit grundlegenden Unsicherheiten bezüglich der Eintrittswahrscheinlichkeiten der verschiedenen Szenarien zu tun: Es geht hier schließlich um die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit, dass bestimmte Forschungsergebnisse, materielle Produkte biowissenschaftlicher Forschung (wie z. B. Toxine oder hochpathogene Viren) oder Technologien absichtlich für terroristische oder sonstige kriminelle Zwecke missbraucht werden. Aber wie will man solche Wahrscheinlichkeiten einschätzen? Eine Risikoeinschätzung ist in den meisten *Biosecurity*-

Fällen nur sehr unvollständig möglich, sodass *Biosecurity*-Fälle im Gegensatz zu *Biosafety*-Fällen grundsätzlich immer Unsicherheitssituationen sind, für die – so der Ethikrat – das Vorsorgeprinzip eine besondere Bedeutung hat.<sup>4</sup>

Bezüglich *Biosecurity*-Fragen kommt der Ethikrat dementsprechend zu dem Schluss, dass sich „[f]ür die *normative Beurteilung* solcher Szenarien [...] in Ermangelung besser geeigneter Prinzipien das Vorsorgeprinzip heranziehen“ lässt.<sup>5</sup> Es ließen sich, so der Ethikrat, „keine Argumente erkennen, die zu einer Aufgabe des Vorsorgeprinzips [...] als *normativen Bewertungsmaßstab* für die Gewährleistung von *Biosecurity* zwingen“ würden.<sup>6</sup> Vielmehr ließen sich „plausible Gründe darstellen, die mit Blick auf *Biosecurity* auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips in Verbindung mit den Schutzpflichten des Staates für seine Bürger ein weitreichendes Spektrum von Vorsorge- und Abwehrmaßnahmen bis hin zur Einschränkung oder dem Verbot von Forschungsvorhaben im Prinzip rechtfertigen können“.<sup>7</sup> In der Tat wird das Vorsorgeprinzip (zumindest in einigen der vorliegenden Formulierungen) auch von einigen Philosophinnen und Philosophen als normatives Prinzip gesehen, das zu Entscheidungsprozessen in Situationen von Unsicherheit hinzugezogen werden kann.<sup>8</sup> Mit Bezug auf eine solche Anwendung des Vorsorgeprinzips bei *Biosecurity*-Fragen stellt sich jedoch die Frage, ob das Vorsorgeprinzip überhaupt in der Lage ist, eine wirkliche normativ-begründende Rolle als Bewertungsmaßstab für die Gewährleistung von *Biosecurity* zu spielen. Bei der Erörterung dieser Frage müssen die Entstehungsgeschichte des Vorsorgeprinzips, die verschiedenen Formulierungen dieses Prinzips sowie die mit diesen Formulierungen verknüpften Inhalte mit in Betracht gezogen werden.

Ich möchte in diesem Beitrag dafür argumentieren, dass das Vorsorgeprinzip in Fällen eines möglichen Missbrauchs biowissenschaftlicher Forschung *nicht* als normative Grundlage für die Bewertung solcher Fälle

4 *Dual-Use*-Fälle sind wesentlich Fälle der Unsicherheit, nicht eines wissenschaftlich abschätzbaren Risikos. Das heißt jedoch, dass in solchen Fällen die bekannte Risikoethik auch nicht zum Tragen kommen kann. Dazu: Ethikrat, op. cit., 168–170. Zum Unterschied zwischen Risiko und Unsicherheit bzw. Ungewissheit, siehe z. B. J. Nida-Rümelin, Ethik des Risikos, in: ders. (Hg.), *Angewandte Ethik: Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung*, Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, 1996, 807–830, 810; J. Nida-Rümelin, Ethik des Risikos, in: ders., *Ethische Essays*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2002, 344–368, 347; J. Nida-Rümelin, B. Rath / J. Schulenburg, *Risikoethik*, Berlin: De Gruyter, 2012; D. Birnbacher / B. Wagner, *Risiko*, in: M. Düwell / K. Steigleder (Hg.): *Bioethik: Eine Einführung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2003, 435–446; T.A.C. Reydon, *Wissenschaftsethik: Eine Einführung*, Stuttgart: Ulmer/UTB, 2013, 87–93.

5 Ethikrat, op. cit., 170; eigene Kursivierung.

6 Id., 173; eigene Kursivierung.

7 Id. Der Ethikrat schreibt außerdem: „Da andererseits bioterroristische Anschläge und sonstige Schädigungen von Menschen und der Lebenswelt, die vom Verursacher als solche intendiert sind, durch den Missbrauch von lebenswissenschaftlicher Forschung und Forschungsergebnissen nicht ausgeschlossen werden können, muss sich eine *normative Bewertung* in diesen Fällen *insbesondere auf das Vorsorgeprinzip stützen*.“ (Id., 169; eigene Kursivierung).

8 Z. B. D.B. Resnik, Is the precautionary principle unscientific?, *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Science* 34, 2003, 329–344, 330; F. Kuhlau, A.T. Höglund, K. Evers / S. Eriksson, A precautionary principle for dual use research in the life sciences, *Bioethics* 25, 2011, 1–8, 2.

geeignet ist. Dabei beziehe ich mich insbesondere auf die Bewertung der Notwendigkeit von Schutzmaßnahmen oder gar von Maßnahmen zur Einschränkung der Freiheit der Forschung. Der Grund ist, dass das Vorsorgeprinzip im Wesentlichen auf die Existenz epistemischer Lücken hinweist: Gerade weil wir nicht genug über die möglichen Anwendungen eines bestimmten Wissensbestands bzw. einer bestimmten Technologie wissen, d. h. uns in einer Situation *epistemischer Unsicherheit* befinden, gebietet das Vorsorgeprinzip uns, mit größter Vorsicht vorzugehen. Allerdings sind in *Biosecurity*-Fällen diese epistemischen Lücken nicht von einer solchen Art, dass das Vorsorgeprinzip tatsächlich ein Werkzeug sein könnte, um mit diesen Lücken umzugehen – so meine These. Darüber hinaus werde ich versuchen zu zeigen, dass sowohl die moralphilosophische Begründung des Vorsorgeprinzips als auch dessen Formulierungen mit Problemen behaftet sind, die das Prinzip in der Praxis schwer anwendbar machen.

## II. Das Vorsorgeprinzip bei Biosicherheitsfragen

Das Vorsorgeprinzip wurde in den 1970er und 1980er Jahren als politisches Entscheidungsprinzip in der öffentlichen und politischen Diskussion über den Umgang mit Umweltproblemen eingeführt.<sup>9</sup> Seine Wurzeln liegen nicht in der Moralphilosophie – das Vorsorgeprinzip tritt erst nach seiner Veröffentlichung in politischen Dokumenten als Diskussionsobjekt in der moralphilosophischen Literatur auf.<sup>10</sup> Dementsprechend wird das Vorsorgeprinzip oft primär als politisches Steuerungsprinzip – als „a guide for using scientific considerations in social/legal decision-making contexts“<sup>11</sup> – und nicht so sehr als moralische bzw. moralphilosophische

Maxime angesehen.<sup>12</sup> Durch diese Entstehungsgeschichte sowie die fehlende Verankerung in der moralphilosophischen Diskussion genießt das Vorsorgeprinzip innerhalb der philosophischen Gemeinschaft nach Ansicht einiger Autoren keinen sehr guten Ruf: „it remains ill-defined, and its philosophical reputation is low“.<sup>13</sup> Kurz zusammengefasst ist das Problem, dass das Vorsorgeprinzip sowohl (1.) einer eindeutigen moralphilosophischen Fundierung als auch (2.) einer eindeutigen Formulierung und (3.) eindeutiger moralischer bzw. regulativer Implikationen entbehrt. Das heißt: Während sich die meisten Personen für das Vorsorgeprinzip aussprechen und es allgemein als eine gute Sache angesehen wird, weiß letztlich niemand so genau, worin das Prinzip begründet ist, was es beinhaltet und was es genau für die Praxis bedeutet.<sup>14</sup>

Um die mögliche Bedeutung des Vorsorgeprinzips für die normative Bewertung von *Biosafety*- und *Biosecurity*-Fällen beurteilen zu können, sollen zuerst einige allgemeine Grundzüge des Prinzips skizziert werden. Obwohl keine eindeutige Formulierung des Vorsorgeprinzips existiert und das Prinzip in stark unterschiedlichen Formulierungen vorliegt (dazu später mehr), beziehen sich alle Formulierungen des Prinzips auf die Frage, ob in Fällen epistemischer Unsicherheit Schutzmaßnahmen gegen eventuelle Schäden ergriffen werden können oder gar sollen. So spricht die Weltkommission für Ethik in Wissenschaft und Technologie der UNESCO, COMEST, in ihrer Arbeitsdefinition des Vorsorgeprinzips von Fällen, in denen das Auftreten von *Schäden auf Grund einer wissenschaftlichen Analyse als plausibel aber ungewiss* erachtet werden muss, und erklärt, dass in solchen Fällen Schutzmaßnahmen geboten sind.<sup>15</sup> Für die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips gelten demen-

9 Die Geschichte des Vorsorgeprinzips ist in der Literatur verbreitet diskutiert worden. Siehe z. B.: A. Jordan / T. O’Riordan, The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics, in: C. Raffensperger / J. Tickner (Hg.), *Protecting Public Health & the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington, DC: Island Press, 1999, 15–35, 19 ff.; S.M. Gardiner, A core precautionary principle, *Journal of Political Philosophy* 14, 33–60, 35 ff.; M. Ahteensu / P. Sandin, The precautionary principle, in: S. Roeser, R. Hillerbrand, P. Sandin / M. Peterson (Hg.), *Handbook of Risk Theory*, Dordrecht: Springer, 2012, 961–978, 965–966; Nida-Rümelin, Rath / Schulenburg, op. cit., 105ff.; Reydon, op. cit., 87–93.

10 Nida-Rümelin, Rath / Schulenburg, op. cit., 105–106.

11 C.F. Cranor, Learning from the law to address uncertainty in the precautionary principle, *Science and Engineering Ethics* 7, 2001, 313–326, 315.

12 Eine gegenteilige Meinung vertritt z. B. Gardiner, op. cit., 40.

13 Gardiner, op. cit., 33.

14 „[T]he Precautionary Principle still has neither a commonly

accepted definition nor a set of criteria to guide its implementation. [...] While it is applauded as a ‘good thing,’ no one is quite sure about what it really means or how it might be implemented.“ Siehe Jordan / O’Riordan, op. cit., 22. Das Vorsorgeprinzip wurde in der Literatur stark kritisiert und ist nach wie vor Gegenstand einer kontroversen Debatte. Für eine Übersicht einiger weit verbreiteten Einwände gegen das Vorsorgeprinzip sowie Verteidigungen gegen diese Einwände, siehe P. Sandin, M. Peterson, S.O.Hansson, C. Rudén / A. Juthe, Five charges against the precautionary principle, *Journal of Risk Research* 5, 2002, 287–299; M. Ahteensu, Defending the precautionary principle against three criticisms, *Trames* 11, 2007, 366–381; P. Sandin, Common-sense precaution and varieties of the precautionary principle, in: T. Lewens (Hg.), *Risk: Philosophical Perspectives*, Abingdon: Routledge, 99–112; A. Stirling, The precautionary principle, in: J.K. Berg Olsen, S.A. Pedersen / V.F. Hendricks (Hg.), *A Companion to the Philosophy of Technology*, Chichester: Wiley-Blackwell, 2009, 248–262; Nida-Rümelin, Rath / Schulenburg, op. cit., 119–122. 15 COMEST, *The Precautionary Principle*, Paris: UNESCO, 2005, 14.

sprechend zwei Voraussetzungen: (i) Es muss eine Situation *epistemischer Unsicherheit* vorliegen – d.h., wir müssen uns in einer Wissenslage befinden, die an und für sich nicht als Grundlage für eine schlüssige Risikoabschätzung ausreicht, die wiederum Schutzmaßnahmen begründen würde.<sup>16</sup> (ii) Es muss allerdings auch eine *begründete* Gefährdungsvermutung vorliegen, d.h., die Annahme einer Gefährdung darf nicht lediglich auf bloßen Befürchtungen oder Ängsten beruhen.<sup>17</sup> Die Gefährdungsvermutung darf also nicht rein hypothetischer Natur sein, sondern muss aus einer Wissenslage hervorgehen, die ausreichend ist, um eine potentielle Gefährdung zu begründen, aber nicht ausreichend, um auch entsprechende Schutzmaßnahmen begründen zu können. Eine solche Situation liegt z. B. vor, wenn konkrete Gefahren benannt und plausibel gemacht werden können, aber es nicht möglich ist, die entsprechenden Eintrittswahrscheinlichkeiten einzuschätzen.

Hier zeigt sich bereits ein wesentlicher Unterschied zwischen *Biosafety*-Fällen und *Biosecurity*-Fällen. In Fällen der ersteren Kategorie beziehen sich die beiden Voraussetzungen (i) und (ii) auf den Gegenstand der betreffenden biowissenschaftlichen Forschung. Wenn in *Biosafety*-Fällen die Wissenslage über den Forschungsgegenstand ausreichend ist, um eine gute Gefährdungseinschätzung (d. h. eine Einschätzung der Unfallrisiken) zu ermöglichen und Schutzmaßnahmen zu begründen, liegt eine Risikosituation vor. Folgt aus der Wissenslage hingegen, dass von einer wirklichen Gefährdung gesprochen werden kann, ohne dass jedoch die Wahrscheinlichkeiten von Unfällen oder das zu erwartende Ausmaß der Schäden konkret angegeben werden können, so kann das Vorsorgeprinzip ins Spiel gebracht werden. In solchen Situationen der Ungewissheit können unter Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip dennoch Schutzmaßnahmen eingeleitet werden. Es muss hervorgehoben werden, dass in solchen Fällen die getroffenen Schutzmaßnahmen lediglich vorläufig sein können: Sie gehen ja paradoxerweise aus der Tatsache hervor, dass die Wissenslage gerade *keine* Schutzmaßnahmen begründen kann, sodass sie den Status von nicht hinreichend begründeten Maßnahmen haben. Diese allerdings können nur vorläufig als legitim angesehen werden, nämlich so lange bis eine hinreichende Be-

gründung bzw. eine hinreichende wissenschaftliche Analyse der Gefährdungssituation vorliegt. Die argumentative Rolle des Vorsorgeprinzips liegt hier also darin, dass es in solchen Situationen ein Gebot zur weiteren Forschung impliziert, d. h. ein Gebot, durch weitere Untersuchungen am Forschungsgegenstand Situationen der Unsicherheit in Risikosituationen umzuwandeln, in denen Schutzmaßnahmen durch die Wissenslage begründet werden können.<sup>18</sup>

In *Biosecurity*-Fällen wäre ein ähnliches Argumentationsschema unter Einbeziehung des Vorsorgeprinzips jedoch nur mit großen Schwierigkeiten anwendbar. Hier beziehen sich die Voraussetzungen (i) und (ii) primär auf externe Umstände, wie z. B. die geopolitische Lage, konkrete Informationen über Aktivitäten terroristischer Gruppen, usw. – es geht ja um die Möglichkeit absichtlichen Missbrauchs – und erst in zweiter Linie auf den Forschungsgegenstand. In *Biosecurity*-Fällen wird eine Anwendung des Vorsorgeprinzips in Situationen der Ungewissheit dementsprechend nicht darauf ausgerichtet sein können, solche Situationen durch weitere wissenschaftliche Forschung an dem eigentlichen Forschungsgegenstand in Risikosituationen umzuwandeln. Außerdem wird davon auszugehen sein, dass eine solche Umwandlung in den meisten Fällen nicht erreichbar sein wird, da die Wahrscheinlichkeiten eines absichtlichen Missbrauchs eines Gegenstands nie gut abschätzbar sind. Somit stellt sich die Frage, welche argumentative bzw. begründende Rolle das Vorsorgeprinzip bei der Beurteilung von *Biosecurity*-Fällen spielen könnte.

Um die mögliche Rolle des Vorsorgeprinzips in *Biosecurity*-Fällen zu klären, sollen zuerst die verschiedenen Formulierungen des Vorsorgeprinzips näher betrachtet werden. Obwohl das Vorsorgeprinzip mittlerweile in vielen politischen Dokumenten enthalten ist, existiert keine eindeutige Formulierung des Prinzips. Allgemein wird zwischen starken und schwachen Varianten des Prinzips unterschieden.<sup>19</sup> Laut der stärksten Variante, die z. B. in der sog. *Erd-Charta* aufgenommen ist, dürfen Handlungen nur dann ausgeführt werden, wenn ihre Unschädlichkeit explizit nachgewiesen ist.<sup>20</sup> Mit Bezug auf biosicherheitsrelevante Forschungsprojekte würde die stärkste Version des Vorsorgeprinzips die Durchfüh-

16 Siehe auch Kuhlau et al., op. cit., 5; Nida-Rümelin, Rath / Schulenburg, op. cit., 108.

17 Siehe auch Cranor, op. cit., 318; Die Europäische Kommission sieht den Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips in „Fällen, in denen aufgrund einer objektiven wissenschaftlichen Bewertung berechtigter Grund für [...] Besorgnis besteht“, siehe: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, op. cit., 2-3 (eigene Kursivierung). Auch die COMEST-Definition des Vorsorgeprinzips geht

davon aus, dass die Begründung wissenschaftlicher Natur sein muss. Dies scheint mir jedoch nicht unbedingt notwendig, so lange die Begründung als ausreichend erachtet wird.

18 Vgl. Kuhlau et al., op. cit., 7.

19 Nida-Rümelin, Rath / Schulenburg, op. cit., 118-119; Ethikrat, op. cit., 79 ff.

20 Siehe den Text der Erd-Charta von 2005, Grundsatz 6, [http://erd-charta.de/fileadmin/Materialien/Erd-Charta\\_Text.pdf](http://erd-charta.de/fileadmin/Materialien/Erd-Charta_Text.pdf) (21.1.2015).

zung eines Projekts erst dann erlauben, wenn der Nachweis der Unschädlichkeit der zu erwartenden Ergebnisse erbracht ist. Für *biosafety*-relevante Projekte würde ein solcher Nachweis allerdings durch weitere Forschung geliefert werden müssen: Um die potenzielle Schädlichkeit der Ergebnisse gut einschätzen zu können, müsste die betreffende Forschung zumindest zum Teil tatsächlich ausgeführt werden.<sup>21</sup> Da die stärkste Version des Vorsorgeprinzips dies allerdings gerade verbietet, kann es in diesem Rahmen leicht einen nicht erfüllbaren Anspruch darstellen. In *Biosecurity*-Fällen sind die Anforderungen der stärksten Version des Vorsorgeprinzips gleichermaßen unerfüllbar, jedoch aus anderen Gründen: Hier stellt sich die Frage, ob es überhaupt möglich wäre nachzuweisen, dass der Missbrauch von bestimmten Forschungsergebnissen unwahrscheinlich oder gar ausgeschlossen ist. Die stärkste Version des Vorsorgeprinzips ist dementsprechend weder in *Biosafety*-Fällen noch in *Biosecurity*-Fällen anwendbar.

Die weit verbreitete schwache Formulierung des Vorsorgeprinzips, die z. B. in der *Rio-Erklärung* der Vereinten Nationen von 1992 enthalten ist, besagt, dass eine unsichere Wissenslage nicht gegen Schutzmaßnahmen sprechen darf.<sup>22</sup> Angewendet bei der Bewertung von biosicherheitsrelevanten Forschungsprojekten würde die schwache Version also lediglich die *Möglichkeit* von Schutzmaßnahmen (darunter ggf. auch Einschränkungen der Forschungsfreiheit) begründen, ohne jedoch spezifische Maßnahmen zu fordern oder gar zu fordern, dass überhaupt irgendwelche Maßnahmen getroffen werden sollten. In *Biosafety*-Fällen folgen auch diesem schwachen Prinzip keine konkreten Maßnahmen – insbesondere kann auch kein Forschungsgebot aus diesem Prinzip abgeleitet werden, da das Prinzip ja lediglich die bloße Möglichkeit von Maßnahmen offen zu halten versucht. Konkrete Maßnahmen müssen anderweitig begründet werden, z.B. durch die unter Punkt (ii) geforderte, begründete Gefährdungsvermutung in Verbindung mit den Schutzpflichten des Staates (z. B. mit Bezug auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit). Das Gleiche gilt für *Biosecurity*-Fälle. Auch hier können

konkrete Schutzmaßnahmen nicht aus dem Vorsorgeprinzip hergeleitet werden. Allerdings ergibt sich – anders als in *Biosafety*-Fällen – hier die Notwendigkeit von bestimmten konkreten Schutzmaßnahmen bereits aus Analysen der momentanen geopolitischen, wirtschaftlichen usw. Situation, die belegen, dass die Möglichkeit des Missbrauchs von bestimmten Forschungsergebnissen mehr als eine bloße Befürchtung ist. Weil die momentane geopolitische Lage uns bereits gute Gründe gibt um anzunehmen, dass eine *tatsächliche* Missbrauchsfahr besteht (ohne dass jedoch Informationen über konkrete Absichten einzelner Personen oder Gruppierungen, z. B. zu einem geplanten Attentat, vorliegen), ergibt sich die Möglichkeit (ebenso wie die Notwendigkeit) von Schutzmaßnahmen hier bereits aus der Gefährdungsvermutung in Verbindung mit den Schutzpflichten des Staates. Das schwache Vorsorgeprinzip fügt dieser Begründung nichts hinzu. Man braucht daher das Vorsorgeprinzip (in der schwachen Formulierung) nicht noch zusätzlich ins Spiel zu bringen und es erfüllt in *Biosecurity*-Fällen keine weitere argumentative Rolle.

Statt der stärksten Version des Vorsorgeprinzips, die oft als extrem und sogar irrational angesehen wird, und der schwachen Version, die oft als leer und zahnlos abgelehnt wird, enthalten viele politischen Dokumente eine zwischen diesen beiden Extremen liegende, moderate Version des Vorsorgeprinzips.<sup>23</sup> Laut dieser moderaten Version des Vorsorgeprinzips sind in unsicheren Wissenslagen Schutzmaßnahmen geboten. Eine solche Formulierung lautet z. B.: „When and where serious and credible concern exists that legitimately intended biological material, technology or knowledge in the life sciences pose threats of harm to human health and security, the scientific community is *obliged* to develop, implement and adhere to precautionary measures to meet the concern.“<sup>24</sup> Auch der Deutsche Ethikrat lehnt in seiner Stellungnahme zu Biosicherheit die stärkste Lesart des Vorsorgeprinzips ab und scheint stattdessen eine eher moderate Version des Vorsorgeprinzips anzunehmen, obwohl auch die Anwendung einer schwachen Version nicht ausgeschlossen wird.<sup>25</sup> Der Ethikrat spricht diesbe-

21 Der Philosoph Hans Jonas sowie der Soziologe Ulrich Beck haben auf ähnliche Probleme hingewiesen. Siehe dazu Abschnitt III.

22 Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, Grundsatz 15; <http://www.un.org/depts/german/conf/agenda21/rio.pdf> (21.1.2015).

23 Gardiner, op. cit., 33: „[T]he recent literature tends to distinguish between weak and strong versions of the principle, and to regard the first as vacuous and the second as extreme, myopic and irrational.“

24 Kuhlau et al., op. cit., 8; eigene Kursivierung. Die bekannteste moderate Formulierung ist zu finden in der Abschlusserklärung

der sog. Wingspread Conference von 1998: „When an activity raises threats of harm to human health or the environment, *precautionary measures should be taken* even if some cause and effect relationships are not fully established scientifically“ (Wingspread Statement on the Precautionary Principle, vielfach veröffentlicht, z. B.: <http://www.sehn.org/wing.html> (21.1.2015), eigene Kursivierung). Eine andere bekannte moderate Formulierung ist in der bereits zitierten Stellungnahme zum Vorsorgeprinzip der Weltkommission für Ethik in Wissenschaft und Technologie der UNESCO zu finden (COMEST, op. cit., 14).

25 Ethikrat, op. cit., 78-81, 173.

züglich von dem „Grundsatz, dass in Situationen der Ungewissheit zwar *Maßnahmen der Schadensabwehr geboten sind*, wenn schwerwiegende negative Folgen für hochrangige Güter wie Menschenleben oder die Umwelt durch risikoreiche Handlungen drohen, darüber hinaus jedoch nicht per se eine Pflicht zum Unterlassen der Handlung abgeleitet werden kann.“<sup>26</sup> Obwohl das moderate Vorsorgeprinzip die Ergreifung von Schutzmaßnahmen in Unsicherheitssituationen gebietet statt diese lediglich zu ermöglichen, erfüllt es – wie das schwache Vorsorgeprinzip auch – m. E. in *Biosecurity*-Fällen keine wirkliche argumentative Funktion. Der Grund ist auch hier, dass die unter Punkt (ii) gelieferten Daten und Argumente gegen den Hintergrund der üblichen Schutzpflichten des Staates an und für sich bereits eine hinreichende Begründung von Schutzmaßnahmen darstellen und ein zusätzliches, allgemeines Gebot, Maßnahmen zu ergreifen, dieser Begründung nichts hinzufügt.

Der Punkt ist, dass in Situationen der Ungewissheit Schutzmaßnahmen nicht durch die Gefährdungsvermutung allein begründet werden können, sondern es zusätzlicher Begründungsprinzipien bedarf. Weil in *Biosecurity*-Fällen die Schutzpflichten des Staates diese ergänzende Rolle bereits erfüllen, bedarf es nicht noch zusätzlich des Vorsorgeprinzips. Darüber hinaus eignet sich das Vorsorgeprinzip nicht zur Begründung konkreter Maßnahmen (außer einem Gebot zur weiteren Forschung an dem Forschungsgegenstand zur Überführung einer Situation der Ungewissheit in eine Risikosituation, das allerdings in *Biosecurity*-Fällen keine Anwendung finden kann). In beiden Fällen – im Falle des bei *Biosecurity*-Fragen angewendeten schwachen Vorsorgeprinzips sowie im Falle des bei solchen Fragen angewendeten moderaten Vorsorgeprinzips – Schutzmaßnahmen (darunter ggf. auch Einschränkungen der Forschungsfreiheit oder Publikationsverbote) bereits durch das Bestehen einer Missbrauchsgefahr begründet, ohne dass die bloße Ermöglichung solcher Maßnahmen durch das Vorsorgeprinzip noch zusätzlich benötigt wäre. Der Grund dafür liegt darin, so möchte ich zumindest behaupten, dass das Vorsorgeprinzip – zwar nicht explizit, aber zumindest seinem Geiste nach – ein *Streben nach Selbstaufhebung* beinhaltet. Das Prinzip kommt dann ins Spiel wenn die Situation eine solche ist, dass zwar eine begründete Gefährdungswahrnehmung existiert, aber dennoch die

Notwendigkeit von Schutzmaßnahmen nicht aus der vorliegenden Wissenslage abgeleitet werden kann. Eine solche Situation sollte allerdings nicht fort dauern: Weil das Vorsorgeprinzip (in der moderaten Formulierung) die Möglichkeit von Schutzmaßnahmen begründet, so lange keine bessere Begründung vorliegt, enthält es implizit auch die Aufforderung, nach einer solchen besseren Begründung zu suchen. Das Vorsorgeprinzip ist also im Wesentlichen auf die Überwindung von Situationen ausgerichtet, in denen es erst Gültigkeit bekommt. Während in *Biosafety*-Fällen hieraus ein Gebot zu weiteren Forschung abgeleitet werden kann, gibt es in *Biosecurity*-Fällen keine solche Möglichkeit zur Selbstaufhebung des Vorsorgeprinzips.<sup>27</sup> Hinzu kommen die oben bereits angesprochene fehlende moralphilosophische Fundierung des Vorsorgeprinzips sowie die Frage nach der besten Formulierung des Prinzips, die eine Anwendung des Vorsorgeprinzips in *Biosecurity*-Fällen zusätzlich erschweren.

Gibt es moralphilosophisch besser fundierte Prinzipien, die das Vorsorgeprinzip bei der Bewertung von Biosicherheitsfragen ersetzen könnten? Im Folgenden möchte ich mich kurz einer möglichen Alternative zum Vorsorgeprinzip zuwenden, nämlich dem in der Philosophie breit diskutierten Verantwortungsprinzip.

### III. Das Verantwortungsprinzip bei Biosicherheitsfragen

Das „Prinzip Verantwortung“, das durch den Philosophen Hans Jonas in seinem 1979 zuerst erschienenen Hauptwerk mit dem gleichen Titel formuliert wurde, kann als impliziter Vorgänger des Vorsorgeprinzips gelten.<sup>28</sup> Jonas' Verantwortungsprinzip war und ist nach wie vor ein einflussreiches Element in der moralphilosophischen Diskussion. Obwohl es eine ähnliche Stoßrichtung hat wie das etwa zur gleichen Zeit formulierte Vorsorgeprinzip und es in der Literatur oft zusammen mit dem Vorsorgeprinzip diskutiert wird, spielte das Verantwortungsprinzip weder bei der Formulierung der Vorsorgeprinzips eine explizite Rolle, noch wird es üblicherweise in der moralphilosophischen oder rechtsphilosophischen Literatur zur Begründung dieses Prinzips hinzugezogen. Die beiden Prinzipien sind daher gesondert zu betrachten.

26 Ethikrat, op. cit., 80; eigene Kursivierung.

27 Zu einem solchen Forschungsgebot, siehe auch Ethikrat, op. cit., 81, 85 & 181.

28 Maßgeblich: H. Jonas, Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer

Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984; H. Jonas, Technik, Medizin und Ethik, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. Siehe dazu auch: Reydon, op. cit., 84–87.

Jonas' Ausgangspunkt bei der Formulierung seines Verantwortungsprinzips war die rasante Entwicklung von Wissenschaft und Technologie im 20. Jahrhundert, die laut Jonas durch einen grundlegenden Wandel im Charakter von Wissenschaft und Technologie gekennzeichnet war. Jonas argumentierte, dass das Aufkommen der industriellen Massenproduktion im 20. Jahrhundert sowie vielfältiger Möglichkeiten zur großflächigen Anwendung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse und Technologien einen Verlust der Selbstkontrolle von Wissenschaft und Technologie zur Folge gehabt hat. Jede Anwendung einer neuen Technologie, so Jonas, neige jetzt dazu „ins ‚Große‘ zu wachsen“, indem die lokale Anwendung einer neuen Technologie – zu einem bestimmten Ort und einem bestimmten Zeitpunkt begrenzt – nicht nur für die lokale Bevölkerung gravierende Folgen haben könne, sondern auch für weit vom Ort der Anwendung entfernt lebende Menschen sowie für zukünftige Generationen. Während üblicherweise nur die lokale Bevölkerung bzw. die unmittelbar betroffenen Personen über die Anwendung einer neuen Technologie mitbestimmen dürfen, hätten die mittelbar Betroffenen, die, wie Jonas hervorhebt, „hierbei keine Stimme hatten“, allerdings auch ein Recht darauf, bei der Beschlussfassung über die Anwendung einer neuen Technologie zumindest in Vertretung berücksichtigt zu werden.<sup>29</sup> Entscheidend in Jonas' Analyse ist der Gedanke, dass die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts aufgetretene Skalenvergrößerung mit Bezug auf wissenschaftliche und technologische Anwendungen eine Skalenvergrößerung unseres Verantwortungsbereichs mit sich gebracht hat: Im Gegensatz zur „klassischen“ Technik, bei der die Folgen der Anwendung wissenschaftlichen und technischen Wissens üblicherweise auf die unmittelbare Umgebung beschränkt blieben, betrifft heute fast jede Anwendung einer neuen Technologie große Teile der gegenwärtigen und zukünftigen Weltbevölkerung.<sup>30</sup> Und weil die meisten der tatsächlich betroffenen Menschen im Beschlussprozess über die Anwendung keine Stimme haben, sind diejenigen mit einer Stimme im Beschlussprozess dazu verpflichtet, die Interessen aller betroffenen stellvertretend für sie zu vertreten, so Jonas.

Jonas weist nun darauf hin, dass diese neue Sachlage einen neuen Umgang mit Naturwissenschaft und Technologie, d. h. neue moralischen Regeln und Richtlinien und vielleicht sogar eine neue Wissenschafts- und Technologieethik erfordere.<sup>31</sup> Wie er am Anfang seines Buchs *Das Prinzip Verantwortung* schreibt: „Der endgültig entfesselte Prometheus, dem die Wissenschaft nie genannte Kräfte und die Wirtschaft den rastlosen Antrieb gibt, ruft nach einer Ethik, die durch freiwillige Zügel seine Macht davor zurückhält, dem Menschen zum Unheil zu werden.“<sup>32</sup> Jonas' Projekt ist dementsprechend die Entwicklung einer neuen „Ethik für die technologische Zivilisation“ (wie der Untertitel seines Buchs *Das Prinzip Verantwortung* lautet), in dessen Zentrum ein Bewusstsein der Verantwortung steht, welche die Menschheit für ihr eigenes Fortbestehen trägt – ein Element, das nach Jonas in der seinerzeit gängigen Ethik nicht präsent war. Jonas weist darauf hin, dass die bestehende Ethik sich primär auf zwischenmenschliche Beziehungen richtet, d. h., dass sie erörtert, wie Menschen miteinander umgehen sollen (oder auch, mehr allgemein, wie Menschen mit anderen Lebewesen umgehen sollten).<sup>33</sup> Hier kritisiert Jonas nicht nur die Tatsache, dass durch den Fokus auf zwischenmenschliche Beziehungen „[a]lle Gebote und Maximen überlieferter Ethik [eine] Beschränkung auf den unmittelbaren Umkreis der Handlung“ zeigen,<sup>34</sup> sondern auch, dass dabei die Existenz der Menschheit einfach vorausgesetzt wird und nicht selbst als Objekt moralischer Reflexion hervortritt. Der kategorische Imperativ der kantischen Ethik, z. B., ist laut Jonas mit der Nicht-Existenz der Menschheit vereinbar: „Es liegt aber kein Selbstwiderspruch in der Vorstellung, dass die Menschheit einmal aufhöre zu existieren, und somit auch kein Selbstwiderspruch in der Vorstellung, dass das Glück gegenwärtiger und nächstfolgender Generationen mit dem Unglück oder gar Nichtexistenz späterer Generationen erkaufte wird.“<sup>35</sup> Die kantische Ethik sagt uns also, wie Menschen miteinander umgehen sollten, unter der Voraussetzung, dass es überhaupt Menschen gibt – sie sagt uns nicht, dass wir für das Fortbestehen der Menschheit auch eine Verantwortung tragen würden. Die durch Jonas diagnostizierte Charakterwandlung der

29 Jonas, 1987, op. cit., 45.

30 Jonas' Überlegungen waren maßgeblich durch das Aufkommen der Atomtechnologie in der Energieproduktion sowie durch die Möglichkeit eines eskalierenden Konflikts mit Einsatz von Atomwaffen geprägt. In diesen Beispielen geht es primär um die Unbegrenztheit der Folgen des Gebrauchs neuer Technologien. Ein ähnlicher Gedanke ist enthalten in der These der „Welt als Labor“ des Soziologen Ulrich Beck, in der es allerdings vielmehr um die Unbegrenztheit der möglichen Folgen der wissenschaftlichen Forschung geht: Um die Sicherheit von Atomkraftwerken

empirisch feststellen zu können, muss zuerst ein funktionierendes Atomkraftwerk gebaut werden, das als Experiment dienen kann. Siehe dazu U. Beck, Die Welt als Labor, in: ders., Politik in der Risikogesellschaft: Essays und Analysen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, 154-166.

31 Jonas, 1984, op. cit., 15, 58.

32 Id., 7.

33 Id., 23. Jonas' Kritik galt in erster Linie der kantischen Ethik.

34 Id.

35 Id., 35; Kursivierung im Original.

Naturwissenschaft und der Technologie im 20. Jahrhundert zeigt jedoch, dass insbesondere die Existenz der Menschheit selbst auch in den Bereich des Moralischen fallen sollte, da die neue Naturwissenschaft und Technologie uns die Möglichkeit gegeben hat, die Existenz der Menschheit mit unseren Handlungen (negativ, aber auch positiv) zu beeinflussen.

Jonas möchte dementsprechend die bestehende Ethik um einen neuen Imperativ ergänzen, der in einer bekannten Formulierung lautet: „Handle so, dass die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden.“<sup>36</sup> Diese Formulierung zeigt, dass es Jonas nicht um das bloße Fortbestehen der Art *Homo sapiens* geht, sondern um das Fortbestehen einer Menschheit, deren Mitglieder ein menschenwürdiges Leben führen – es geht Jonas um „echtes“ menschliches Leben, um die menschliche Lebensform. Dementsprechend beinhaltet das Verantwortungsprinzip das Gebot, Maßnahmen zu ergreifen, die gewährleisten, dass es auch für nachfolgende Generationen möglich ist, ein menschenwürdiges Leben zu führen. Der moralische Imperativ des Verantwortungsprinzips kann laut Jonas in der Praxis mittels einer „Heuristik der Furcht“ umgesetzt werden, die beinhaltet, dass in Fällen von Ungewissheit über die Wahrscheinlichkeiten der möglichen – positiven wie negativen – Folgen einer neuen Technologie der pessimistischsten Prognose immer das größte Gewicht beigemessen werden sollte.<sup>37</sup> Das heißt, in Fällen in denen es mehrere Szenarien gibt und wir die Eintrittswahrscheinlichkeiten der verschiedenen Szenarien schlecht einschätzen können, sollten wir vorsichtshalber vom schlechtesten Szenario ausgehen.

In einer ähnlichen Weise wie das Vorsorgeprinzip beruht also auch das Verantwortungsprinzip wesentlich auf der Unterscheidung zwischen Risiko und Ungewissheit bzw. Unsicherheit, und besagt, dass in Unsicherheitssituationen vorsichtshalber von dem schlechtesten Szenario ausgegangen werden sollte. Einerseits macht die Tatsache, dass das Verantwortungsprinzip durch eine philosophische Argumentation begründet ist, es zu einem eigenständigen und damit stärkeren Prinzip als das Vorsorgeprinzip. Andererseits sorgt genau diese Grundlage bei der Anwendung des Prinzips in Biosicherheitsfällen für unerwünschte Konsequenzen. Dadurch dass

die philosophische Begründung auf die Permanenz menschenwürdigem Leben abzielt, greift das Verantwortungsprinzip lediglich in Fällen, in denen genau diese Permanenz bedroht ist – d. h., in solchen Fällen, in denen tatsächlich die Gefahr besteht, dass in Zukunft kein menschenwürdiges Leben auf Erden mehr möglich ist. Bei den meisten Biosicherheitsfragen geht es jedoch um die Gefahr, dass durch Unfälle im Labor oder bei der Anwendung einer Technologie oder auch durch Missbrauch von biowissenschaftlichem Wissen oder Produkten erhebliche Schäden für einzelne Personen oder Personengruppen entstehen. Zu denken wäre an das Entweichen eines genetisch modifizierten Bakteriums aus einem Hochsicherheitslabor oder den Gebrauch von Biomaterialien für terroristische Anschläge. An sich ist in solchen Fällen jedoch nicht unbedingt die weitere Existenz der Menschheit oder das Fortbestehen „echten“ menschlichen Lebens bedroht. Selbst bei terroristischen Anschlägen von extremer Brutalität ist die Reichweite des Anschlags typischerweise beschränkt und ist nicht die gesamte Menschheit oder das „echte“ menschliche Leben als solches bedroht. Das heißt, dass in solchen Fällen das Verantwortungsprinzip gar nicht greifen würde – oder stärker, dass der Missbrauch von Biomaterialien für einen terroristischen Anschlag mit einer beschränkten Reichweite mit dem Jonasschen Verantwortungsprinzip vereinbar ist. Das Verantwortungsprinzip hat, so könnte man sagen, ein zu großes Ziel im Blick und ignoriert die Verantwortung, die wir dafür haben, Schäden für einzelne Personen oder Gruppen von Personen zu vermeiden.<sup>38</sup> Dadurch lässt es sich bei den meisten Biosicherheitsfragen nicht anwenden.

#### IV. Ausblick – Wie können *Biosecurity*-Fälle bewertet werden?

Zusammenfassend lässt sich zu der Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips und des Verantwortungsprinzips bei Biosicherheitsfragen Folgendes sagen: Das Vorsorgeprinzip kann bei Biosicherheitsfragen im Prinzip angewendet werden, stößt dann allerdings auf erhebliche Probleme, wie ich zu zeigen versucht habe. Erstens würde es, abhängig von der gewählten Formulierung, lediglich die *Möglichkeit* von Schutzmaßnahmen begründen

36 Id., 36.

37 Id., 8, 70 ff., 392; Jonas, 1987, op. cit., 67.

38 Diese Kritik bezieht sich allerdings nur auf die Anwendbarkeit des Verantwortungsprinzips bei Biosicherheitsfragen und darf nicht als allgemeine Kritik am Verantwortungsprinzip verstanden werden. Wie bereits angemerkt, hat Jonas das Verantwortungsprinzip als *Ergänzung* der bereits bestehenden Ethik eingeführt, um einen besonderen Fall abzudecken, der von der vorhandenen Ethik nicht abgedeckt wird. Da die Vermeidung von Schäden für

Einzelpersonen und Gruppen von Personen bereits durch die vorhandene zwischenmenschliche Ethik abgedeckt wird, braucht das Verantwortungsprinzip solche Fälle nicht noch zusätzlich abzudecken. Dass das Jonas'sche Verantwortungsprinzip bei Biosicherheitsfragen schlecht anwendbar ist, liegt demnach daran, dass die meisten Biosicherheitsfälle gar nicht erst in den Bereich von Tatbeständen fallen, für die das Verantwortungsprinzip überhaupt gedacht war.

(darunter auch Maßnahmen zur Einschränkung der Forschungsfreiheit), aber es würde keine *konkreten* Maßnahmen legitimieren. Es würde höchstens begründen, dass Maßnahmen getroffen werden können oder gar sollen, aber nicht *in welcher Weise* solche Maßnahmen realisiert werden könnten oder sollten. Zweitens würde das Vorsorgeprinzip in *Biosafety*-Fällen ein Gebot zur weiteren Erforschung der Thematik begründen, um die Unsicherheitssituation in eine Risikosituation zu überführen, und damit gerade *gegen* Einschränkungen der Forschungsfreiheit sprechen. Drittens würde das Vorsorgeprinzip bei Anwendung auf *Biosecurity*-Fragen überhaupt nichts begründen: Schutzmaßnahmen zur Abwendung von Schäden werden in solchen Fällen bereits durch allgemeine Erwägungen, Grundsätze und Pflichten zum Schutz von Leib, Leben, Freiheit usw. im Zusammenhang mit Analysen der momentanen geopolitischen wirtschaftlichen usw. Lage ausreichend begründet. Das Vorsorgeprinzip fügt dieser Begründung nichts hinzu. Hinzu kommen die Probleme bezüglich der Formulierung des Vorsorgeprinzips: Was genau das Prinzip leisten kann, hängt stark von seiner Formulierung ab. Welche Formulierung in einem Dokument gewählt wird, scheint aber primär eine Sache des politischen Willens sowie der erfolgten Verhandlungen zu sein und von der Tatsache abzuhängen, dass das Vorsorgeprinzip ein primär politisches Prinzip ist, das nicht ausreichend durch philosophische Argumente begründet ist. Als normativer Bewertungsmaßstab für die Gewährleistung von *Biosecurity*, wie der Ethikrat es vorschlägt, ist das Vorsorgeprinzip demnach nicht geeignet.<sup>39</sup> Zusätzlich habe ich versucht zu zeigen, dass auch das philosophisch besser begründete Jonas'sche Verantwortungsprinzip bei Biosicherheitsfragen schlecht anwendbar ist.

Wenn die im Vorangegangenen vorgestellten Überlegungen richtig sind, stellt sich unmittelbar die Frage, wie Biosicherheitsfragen denn bewertet werden können. Insbesondere für *Biosecurity*-Fragen ist dies ein gravierendes Problem, weil dort die Plausibilität der Gefährdungseinschätzung nicht aus rein wissenschaftlichen Erwägungen abgeleitet werden kann. Dementsprechend

kann hier nicht die Hoffnung bestehen, dass die bestehende Unsicherheitssituation durch zusätzliche wissenschaftliche Forschung am eigentlichen Forschungsgegenstand in eine Risikosituation umgewandelt werden kann, die dann mit Hilfe der bewährten Instrumente der Risikoethik und des Risikomanagements bearbeitet werden kann.

Als Antwort auf diese Frage möchte ich für *Biosecurity*-Fragen die folgende Herangehensweise vorschlagen.<sup>40</sup> Der Vorschlag beruht auf dem Gedanken, dass die Suche nach allgemeingültigen Bewertungsmaßstäben für Biosicherheitsfragen, wie das Vorsorgeprinzip oder das Verantwortungsprinzip, eine fehlgeleitete Suche sein könnte, weil Biosicherheitsfälle einzigartig sind. Es gibt selbstverständlich einzelne Gemeinsamkeiten zwischen verschiedenen Fällen, aber es gibt keinen Grund zu der Annahme, dass es auch Gemeinsamkeiten gibt, die für den gesamten Problembereich der Biosicherheit gelten. Biosicherheitsfälle, so möchte ich vorschlagen, konstituieren eine Gruppe von Fällen, zwischen denen höchstens Familienähnlichkeiten existieren, aber die als Gruppe nicht ausreichend homogen ist, um mit Hilfe von allgemeinen Prinzipien, Maximen, Regeln usw. reguliert werden zu können.<sup>41</sup> Statt der Suche nach allgemeinen Grundsätzen für Bewertung und Regulierung könnte vielmehr der Aufbau einer Bibliothek von Präzedenzfällen in Betracht genommen werden, in der Orientierungswissen für spezifische Fälle gesammelt wird.<sup>42</sup> Fälle, für die es bislang noch keine solchen Präzedenzfälle gibt, würden dabei als Testfälle für bereits existierende sowie mögliche Regulierungsmaßnahmen fungieren. Bei späteren Fällen, die eine Ähnlichkeit zu vorliegenden Präzedenzfällen aufweisen, könnte dann auf dokumentierte Präzedenzfälle zurückgegriffen und versucht werden, aus diesen positive Lehren zu ziehen und frühere Fehler zu vermeiden. Eine solche Herangehensweise mag nicht befriedigend sein und Gefahren nicht ausreichend vermeiden können, da mit jedem neuen Präzedenzfall Neuland betreten wird, für das wir in nicht ausreichendem Maße Orientierungswissen besitzen. Aber diesbezüglich scheint die vorgeschlagene Herangehens-

39 Ethikrat, op. cit., p. 173. Laut Ethikrat „lassen sich plausible Gründe darstellen, die mit Blick auf *Biosecurity* auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips in Verbindung mit den Schutzpflichten des Staates für seine Bürger ein weitreichendes Spektrum von Vorsorge- und Abwehrmaßnahmen bis hin zur Einschränkung oder dem Verbot von Forschungsvorhaben im Prinzip rechtfertigen können“, 173. Ich hoffe, gezeigt zu haben, dass das Vorsorgeprinzip hier keine argumentative Rolle spielt und keinerlei über die aus den Schutzpflichten des Staates folgende Begründung von Maßnahmen hinausgehenden, zusätzlichen Begründungen liefert.

40 Aus Platzgründen muss dieser Vorschlag hier unbegründet und unausgearbeitet bleiben.

41 Der Begriff der Familienähnlichkeit als *terminus technicus* der Philosophie geht auf den Philosophen Ludwig Wittgenstein zurück.

42 Z. B. im Rahmen der ELSI 2.0-Initiative – siehe J. Kaye, E.M. Meslin, B.M. Knoppers, E.T. Juengst, M. Deschênes, A. Cambon-Thomsen, D. Chalmers, J. de Vries, K. Edwards, N. Hoppe, A. Kent, C. Adebamowo, P. Marshall & K. Kato, ELSI 2.0 for genomics and society, Science 336, 673-674.

weise zumindest nicht schlechter dazustehen als die verfügbaren Alternativen.

Abschließend sollte die Rolle der einzelnen Wissenschaftlerin bzw. des einzelnen Wissenschaftlers noch kurz beleuchtet werden. Die Frage, wie schwerwiegend die zu erwartenden Schäden eines möglichen Missbrauchs von biowissenschaftlichem Wissen oder von Biomaterialien wären, ist auch eine biowissenschaftliche Frage. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler haben somit eine Rolle bei der Beantwortung dieser Frage. Ich möchte dafür plädieren (ohne hier jedoch eine argumentative Begründung zu liefern), aus dieser Tatsache eine „Pflicht zur Expertentätigkeit“ abzuleiten, die als Teil des wissenschaftlichen Berufsethos aufgefasst werden sollte. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler hätten dementsprechend als Mitglieder der wissenschaftlichen *Community* eine (nicht festgeschriebene, oder gar juristisch begründete) Verpflichtung, gefragt oder auch ungefragt ihre relevante Fachexpertise in die Bewertung von Biosicherheitsfällen einzubringen. Als Teil des wissenschaftlichen Berufsethos wäre eine solche Verpflichtung z. B. mit der Verpflichtung zur Teilnahme als Gutachterin bzw. Gutachter an *Peer-Review*-Prozessen vergleichbar: Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sind selbstverständlich nicht dazu verpflichtet, jeder einzelnen Anfrage zum Peer Review eines zur Ver-

öffentlichung eingereichten Artikels zu entsprechen, aber als Mitglied einer bestimmten *Community* haben sie dennoch eine implizite Pflicht, einen eigenen Beitrag zum *Peer-Review*-Prozess zu liefern indem sie regelmäßig Manuskripte beurteilen. Für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die selbst an einem *Biosecurity*-relevanten Forschungsprojekt beteiligt sind, könnte z. B. auch die (implizite) Verpflichtung in Erwägung gezogen werden, begleitend zum eigentlichen Forschungsprojekt wissenschaftliche und technologische Voraussetzungen hypothetischer Missbrauchsszenarien zu erforschen.<sup>43</sup> Bei der Erwägung solcher Verpflichtungen sollte jedoch immer bedacht werden, dass diese nicht durch allgemeine Prinzipien wie das Vorsorgeprinzip oder das Verantwortungsprinzip begründet werden können – solche Verpflichtungen liegen vielmehr im Bereich des ethischen Handelns als Mitglied einer Berufsgemeinschaft als im Bereich des moralischen Handelns.

Thomas Reydon ist Juniorprofessor für Philosophie der Biologie am Institut für Philosophie der Leibniz Universität Hannover und Vorstandsmitglied des Centre for Ethics and Law in the Life Sciences (CELLS) der Leibniz Universität Hannover. Informationen und Kontakt: [www.reydon.info](http://www.reydon.info); [reydon@ww.uni-hannover.de](mailto:reydon@ww.uni-hannover.de).

43 Dies parallel zu der Abschätzung von Risiken in *biosafety*-relevanten Projekten. Allerdings müsste in *biosecurity*-relevanten Projekten mit hypothetischen Szenarien gearbeitet werden, da keine Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeiten möglich ist.

## Volker Stollorz

### Warum Journalisten das „Dual-Use-Research of Concern“-Dilemma thematisieren

Wir leben in einer Einwanderungsgesellschaft für wissenschaftliches Wissen. Wissenschaft ist Erbauerin und Zerstörerin sozialer Welten und das Tempo der von ihr hervorgebrachten Veränderungen beschleunigt sich in modernen Gesellschaften. Forschung setzt ständig neue Spielfiguren auf das Schachbrett der sozialen Welt, verändert zudem deren Spielregeln. Im Ergebnis kann der Fortschritt in den Wissenschaften manchmal auch die Grundlagen vertrauter rechtlicher Regelungen untergraben. In der Diskussion um Experimente zum „Anschärfen“ von potentiellen Seuchenerregern liegt ein solcher Fall vor. Wissenschaftler können synthetische Mikroben komplett am Reißbrett erschaffen und dabei das Erbgut von Erregern mit einer Art molekularer Textverarbeitung beinahe nach Belieben redigieren, editieren oder komplett neuschreiben. In zivilen Hochsicherheitslaboratorien entstehen immer häufiger sogenannte neuartige, „potentiell pandemische Pathogene“ (PPP), die in der natürlichen Evolution der Lebewesen bisher fehlten.<sup>1</sup> Der Einwand, der Mensch könne nichts schaffen, was nicht auch die Natur hervorbringen würde, geht grundsätzlich fehl: Ohne den Menschen hätte es nicht Hunderte von Hunderassen gegeben, die er aus dem Wolf gezüchtet hat.<sup>2</sup> Mit Hilfe experimenteller Methoden lassen sich natürliche Einschränkungen aushebeln, die natürliche Selektion von Erregern simulieren und beschleunigen im Sinne einer erzwungenen Evolution.

Die Debatte um „Biosafety“ und „Biosecurity“ in den mächtigen Lebenswissenschaften gehört in die breite Öffentlichkeit, eben weil dabei auch die Grenzen der Forschungsfreiheit im Zeitalter der synthetischen Biologie neu ausgelotet werden müssen. Bei Experimenten mit in der Natur bisher nicht existierenden PPP wie z.B. den bei Säugetieren übertragbaren Vogelgrippeviren handelt es sich um einen besonders heiklen Risikotyp durch Forschung, die technologische Herstellung sogenannter „low probability, high consequential risks“, mit denen sich Gesellschaften seit jeher schwer tun. Ein eher obskures Beispiel war die Ablehnung einer Verfassungsbeschwerde durch das Bundesverfassungsgericht. Darin versuchte eine Beschwerdeführerin darzulegen, in der Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire (CERN) in Genf könnten nach einer in der kernphysikalischen Wissenschaft diskutierten Theorie sogenannte „Miniatur-Schwarze-Löcher“ erzeugt werden. Eine besondere, am CERN geplante Versuchsreihe berge das „Risiko einer Zerstörung der Erde“, daher müsse der Staat die Experimente unterbinden.<sup>3</sup>

Bisher beruhen die rechtlichen Einhegungen möglicher „Biosecurity“-Risiken in den Lebenswissenschaften im Kern auf der einfachen Idee, den materiellen Transport und Export von „Dual-Use“-Gütern bei Bedarf einzuschränken.<sup>4</sup> In den USA wird Forschern in Hochsicherheitslaboratorien zudem vorgeschrieben, bei Expe-

1 Marc Lipsitch, PLOS Medicine, May 20, 2014: „Ethical Alternatives to Experiments with Novel Potential Pandemic Pathogens“: <http://www.plosmedicine.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pmed.1001646> (21.1.2015).

2 Simon Wain-Hobson, EMBO Mol Med., Nov 2013, S. 1 (3) „Pandemic influenza viruses: time to recognize our inability to predict the unpredictable and stop dangerous gain-of-function.“

3 Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hatte 2010 diese Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfGK 17, 57). Sie sei unzulässig, weil die Beschwerdeführerin nicht substantiiert darlege, dass sie durch die ablehnenden Gerichtsentscheidungen in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt sei. Ein schlüssiger Vortrag der Beschwerdeführerin, der von ihr befürchtete Schaden werde eintreten, fehle. Für die Darlegung der Möglichkeit eines solchen Schadenseintritts genüge es insbesondere nicht, Warnungen auf ein generelles Misstrauen gegenüber physikalischen Gesetzen, also gegenüber theoretischen Aussagen der modernen Naturwissenschaft zu stützen. Namentlich im Bereich der theoretisch weit fortgeschrittenen Naturwissenschaften erforderten vernünftige

Zweifel zudem ein hinreichendes fachliches Argumentationsniveau. Dabei könne man sich nicht wie die Beschwerdeführerin auf solche Hilferwägungen beschränken, die ihrerseits mit dem bewährten, anerkannten Hintergrundwissen des jeweiligen Faches in Widerspruch stünden und nach ihrem eigenen Vortrag bislang weder wissenschaftlich publiziert, noch auch nur in Umrissen theoretisch ausgearbeitet worden seien. Ebenso wenig reiche es für einen schlüssigen Vortrag aus, dass die Beschwerdeführerin Schadensereignisse als mögliche Folge der Versuchsreihe ankündige und diese Ankündigung damit zu begründen suche, dass sich die Gefährlichkeit der Versuchsreihe eben in den von ihr für möglich gehaltenen Schadensereignissen manifestiere. Ein solches Vorgehen hinzunehmen hieße, Strategien zu ermöglichen, beliebige Forschungsanliegen durch entsprechend projektspezifische Warnungen zu Fall zu bringen; <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg10-014.html> (21.1.2015).

4 In Deutschland finden sich dazu Regelungen in der Gentechnik-Sicherheitsverordnung, in der Biostoffverordnung, in der Dual-Use-Verordnung der EG und im Außenwirtschaftsrecht.

rimenten mit bestimmten „Select-Agents“, die absichtlich oder unabsichtlich in falsche Hände geraten könnten, besondere Vorsicht walten zu lassen.<sup>5</sup> US-Forscher müssen daher inzwischen auch bei bestimmten Erregern vor der Durchführung bestimmter Versuche Genehmigungen einholen, im Extremfall ihre Ergebnisse mit „Select-Agents“ sogar geheim halten, um eine Weitergabe der genetischen Informationen über PPP in unbefugte Hände zu verhindern oder deren Risiken zumindest zu minimieren.<sup>6</sup> Diese Regelungen betreffen in den USA allerdings nur den Bereich von mit Bundesmitteln bezahlter oder in Bundeseinrichtungen durchgeführter Forschungen.

Ähnliche Regularien gelten zum Beispiel auch für Forschungsarbeiten mit den angeblich letzten auf der Welt verbliebenen Pockenviren-Stämmen, die in der Natur weltweit durch Impfungen ausgerottet wurden. Alle hochansteckenden Pockenviren sollen aktuell nur noch in zwei Laboratorien in den USA und Russland lagern. Alle Forschungen mit den letzten verfügbaren Pockenstämmen unterliegen strengen Vorkehrungen, geplante Experimente und selbst solche mit Fragmenten der DNA des Erregers werden von einem Gremium der WHO bewertet, dokumentiert und genehmigt.<sup>7</sup> Ein solches Kontrollregime basiert letztlich auf einer zentralen Annahme, die künftig durch den technologischen Fortschritt hinfällig wird: dass die Kontrolle der unerwünschten Verbreitung von Pockenviren durch eine Kontrolle des Zugangs zu den materiell an wenigen Orten vorhandenen Virenstämmen erfolgen kann. Es ist eben diese Annahme, die durch rasante Fortschritte der Synthetischen Biologie ausgehebelt wird. Selbst wenn ein Hochsicherheitslaboratorium künftig einen dort allein verfügbaren Erreger oder einen erzeugten, neuartigen PPP absolut sicher verwahrt und vor Ort alle Biosicherheits-Regeln strikt einhält, könnten unabhängige Akteure mit virologischer Expertise dieses neuartige PPP oder künftig auch das Pockenvirus durch Erbgut-Synthese wiederauferstehen lassen. Voraussetzung dafür wäre alleine die öffent-

liche Verfügbarkeit der besonderen genetischen Baupläne solcher Erreger. Technisch können kleinere Pathogene wie Influenza-Viren im Prinzip schon heute allein durch Kenntnis ihres Erbguts komplett synthetisiert werden, wenn ihr Erbgut in zugänglichen Datenbanken publiziert wurde. Genau eine solche Veröffentlichung ist nicht nur bei den Pocken, sondern auch bei dem Influenza-Virus H1N1 bereits erfolgt. Letzterer löste 1918 eine verheerende Pandemie aus, der 20 bis 50 Millionen Menschen weltweit zum Opfer gefallen sein sollen. Biologische „Wiederauferstehungen“ aus der reinen Erbinformation werden in wenigen Jahren an vielen Orten der Erde auch mit „Select Agents“ und neuartigen PPP möglich sein, die für ihre Anzucht und Vermehrung nötige technische Expertise wird sich vermutlich rasch verbreiten.

Es ist der immaterielle Charakter des genetischen Codes der die bisherigen Regularien der Biowaffen-Konvention, des Biosicherheitsrechts und der Exportkontrollgesetze unterläuft. Die E-Mail eines deutschen Forschers an eine US-Fachzeitschrift mit der Erbgut-Sequenz eines neuartigen PPP kann den Export eines „Select Agents“ im Sinne der EU-Dual-Use-Verordnung darstellen, weil dieser auch den Export von genetischer Information meinen kann. Stellte ein Forscher dieselbe Erbgut-Sequenz in Deutschland einfach ins Netz, unterläge er trotz vergleichbarem Risiko zumindest nicht der Exportkontrolle. Es ist die Immaterialität der Erbsubstanz aus der Dürrenmatts Diktum aus seinem Drama „Die Physiker“ folgt: „Was alle angeht, können auch nur alle lösen.“

Zumindest erscheint es im öffentlichen Interesse angesichts der technologischen Möglichkeiten unausweichlich, dass bereits der Forschungsprozess und die Herstellung von PPP im Labor in den Fokus von Biosecurity-Regulierungen geraten. Genau deshalb ist die öffentliche Debatte um die Freiheit und Verantwortlichkeit von Wissenschaftlern und der Wissenschaft entbrannt.<sup>8</sup> Die öffentlich relevante Frage lautet, wie sich For-

5 Siehe etwa die „National Select Agents and Toxin List“ der USA vom April 2014: <http://www.selectagents.gov/Select%20Agents%20and%20Toxins%20List.html>, (2.9.2014).

6 „Hinweise und Regeln zum verantwortlichen Umgang mit Forschungsfreiheit und Forschungsrisiken“, Max Planck Gesellschaft 2010: [https://www.mpg.de/200127/Regeln\\_Forschungsfreiheit.pdf](https://www.mpg.de/200127/Regeln_Forschungsfreiheit.pdf) (21.1.2015), United States Government Policy for Oversight of Life Sciences Dual Use Research of Concern (March 2012): <http://www.phe.gov/s3/dualuse/Documents/us-policy-durc-032812.pdf> (2.9.2014).

7 Advisory Group of Independent Experts to review the smallpox research programme (AGIES) Report to the World Health Organization, Geneva, Switzerland, November 2013: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/97034/1/WHO\\_HSE\\_PED\\_CED\\_2013.3\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/97034/1/WHO_HSE_PED_CED_2013.3_eng.pdf) (2.9.2015).

8 Im Bereich der zivilen Erreger-Forschungen liegen sich verschiedene Lager und Disziplinen über Kreuz bei der wissenschaftlichen Bewertung von Nutzen und Risiken heikler „Gain of Function-Experi-

mente“, die potenziell pandemische Krankheitserreger erst erschaffen könnten. Mitglieder der „Cambridge Working Group“ (<http://www.cambridgeworkinggroup.org>, 21.1.2015) forderten kürzlich eine moderne Version eines „Asilomar-artigen“ Prozesses, in dem Forscher Regeln und belastbare Risikoanalysen entwickeln, um die Menschheit einerseits vor potentiellen Pandemieerregern in der Natur schützen zu können, bei diesen Forschungen aber „höchstmögliche Sicherheitsstandards“ zu garantieren. Sie fordern bis dahin ein Moratorium für bestimmte „Gain of Function“-Versuche mit potentiellen Pandemieerregern aus der Familie der Vogelgrippeviren und Corona-Viren. Als Replik auf diesen Aufruf konterte eine ebenso prominent besetzte Gruppe von Forschern unter dem Banner „Scientists for Science“ (<http://www.scientistsforscience.org>, 21.1.2015), man müsse selbst heikle Experimente wagen, die bestehenden strengen Regularien reichten aus und die Restrisiken ließen sich durch verantwortliche Forschung minimieren. Einig sind sich beide Seiten bisher nur in einem Punkt: man müsse endlich miteinander reden.

schungsfreiheit und der Schutz der Verfassung neu ausbalancieren lassen im Lichte des Fortschritts, um möglichen Schaden von der Bevölkerung abzuwenden.

Der Deutsche Ethikrat hat sich kürzlich in seinem Bericht „Biosicherheit - Freiheit und Verantwortung der Forschung“ zum Beispiel mit der Frage beschäftigt, ob „Experimente, die einen Krankheitserreger gefährlicher machen, überhaupt gefördert und durchgeführt und ihre Ergebnisse veröffentlicht werden sollen.“<sup>9</sup> Soll es zum Beispiel zum Schutz vor einem unbeabsichtigtem Entweichen oder dem Missbrauch durch Bioterroristen Einschränkungen oder Forschungsverbote bei der Arbeit mit im Labor angeschärften Seuchenerregern geben? Was passiert, wenn es die mächtigen Werkzeuge der synthetischen Biologen auch „Bösewichten“ erlauben, etwa den ausgerotteten Pockenerreger aus seiner im Internet veröffentlichten DNA im Labor wieder zum Leben zu erwecken?

Aus dem bisher Gesagten dürfte klar sein, dass Forscher aus Sicht der Öffentlichkeit beim Umgang mit im Labor erzeugten PPP nicht alleine entscheiden dürfen, wie weit ihre Freiheit reicht. Das „Dual-Use-Research of Concern“-Dilemma im Zeitalter der synthetischen Biologie mikrobieller Genome bedeutet für Forscher zunächst: Sie sollten es nicht länger verharmlosen. Schon das Herstellen oder das Speichern der genetischen Sequenz eines potentiell pandemischen Pathogens auf den lokalen Servern einer Universität kann ein „Biosecurity“-Risiko darstellen. Auch deshalb stellt sich die Frage nach den Schranken der Forschungsfreiheit in aller Schärfe neu. Das Risiko des Missbrauchs von Forschung lässt sich zudem durch umfassende Maßnahmen der Laborsicherheit nicht vollkommen vermeiden, wenn sich Erbinformationen allein immateriell verbreiten.

Das erklärt die Wucht auch des öffentlichen Streits um die von Ron Fouchier an der Universität Rotterdam und Yoshihiro Kawaoka an der Universität Madison in Wisconsin hergestellten PPPs - also bei Säugetieren übertragbare Vogelgrippeerreger H5N1, die es in der Natur bisher noch nicht gibt. Wir haben in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung über diese Versuche und die Debatte von Beginn an ausführlich berichtet, weil aus

Sicht der Öffentlichkeit gilt: Selbst wenn Fouchier und Kawaoka alle ihnen gesetzten Regeln strikt einhalten und aus ihren Laboratorien kein PPP freigesetzt werden kann, könnten dieselben neuartigen Viren mit den beschriebenen Methoden doch andernorts anhand der in den Wissenschaftszeitschriften „Science“ und „Nature“ veröffentlichten Gensequenzen nachgebaut werden. Das Rezept und die Werkzeuge ihrer Herstellung sind nun öffentlich. Sobald aber das Wissen einmal in der Welt ist, kann es nicht mehr zurückgeholt werden. Ein PPP, das es in der Natur (noch) nicht gibt, kann mit seiner bloßen Existenz in einem Labor im Prinzip weltweit bekannt werden. Sobald genetische Informationen eines PPP veröffentlicht werden, kann es künftig von kompetenten Dritten im Guten wie im Bösen hergestellt werden.

Was folgt aus diesen Fakten? Zunächst einmal muss die Öffentlichkeit zumindest erfahren, was wo passiert und warum.<sup>10</sup> Welche Risiken bestimmte Forschungen mit PPP beinhalten, welcher Nutzen mit welchen Argumenten behauptet wird. Die Forscher müssen ihre persönlichen Forschungsinteressen dabei zurückstellen und sich auch einer öffentlichen Debatte stellen. Vor allem Forschungen zu „Gain of function“-Experimenten an potentiell pandemischen Mikroben stellen ein echtes Dilemma dar, wie es am Beginn der Entwicklung der Gentechnologie 1975 in Asilomar schon einmal zu Tage trat.<sup>11</sup> Welche Art von Forschung sollte unterbleiben weil sie zu riskant erscheint? Wenn sehr riskante Forschung betrieben wird, welche Vorsichtsmaßnahmen sollten dann ergriffen werden, um das Risiko von absichtlichen oder unabsichtlichen Freisetzungen zu minimieren? Wenn Ergebnisse von heiklen Experimenten bereits vorliegen, sollten Artikel mit den Erkenntnissen dann frei und detailliert öffentlich verfügbar werden, damit jeder, also auch „bad guys“ eigene Lektionen daraus ziehen kann? Rechtfertigt der potentielle Nutzen der Experimente „low probability but high consequential risk“ einzugehen, wenn wir anerkennen, dass wir es mit Risiken der Verbreitung immaterieller genetischer Information zu tun haben? Wie weit dürfen Forscher gehen, wenn sie neuartige PPP im Labor herstellen? Macht es etwa Sinn, tödliche Ebolaviren zu züchten, die auch über

9 Deutscher Ethikrat 2014: „Biosicherheit, Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft: <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-biosicherheit.pdf> (2.9.2014).

10 Übrigens sind auch die indirekten Biosafety-Folgen der Herstellung von PPPs nicht trivial. Je attraktiver die Forschung an PPPs in Bezug auf mögliche Reputationsgewinne in der Wissenschaft ist, desto stärker steigt das Freisetzung-Risiko, wenn Forscher an Orten Erreger herstellen, deren Entkommen sie nicht sicher kontrollieren können. Unfälle in Hochsicherheitslaboratorien kommen vor, vor allem dort, wo die Standards nicht so hoch sind wie in den besten BSL-4 Laboratorien der industriellen Welt. Und

selbst dort passieren Fehler, wie die Berichte über Vogelgrippeerreger, die bei der US-Seuchenbehörde CDC aus dem BSL-4 Hochsicherheitsstrakt versehentlich verschickt wurden, beweisen. Selbst kleine Wahrscheinlichkeiten des Eintretens von Biosicherheitsrisiken potenzieren sich mit der Anzahl der Laboratorien, die „Gain of Function“-Forschung mit PPPs durchführen. Es herrscht derzeit nicht einmal Klarheit, wie viele Hochsicherheitslaboratorien mit welchen Standards weltweit existieren.

11 [www.cambridgeworkinggroup.org](http://www.cambridgeworkinggroup.org); [www.scientistsforscience.org](http://www.scientistsforscience.org) (21.1.2015).

die Luft übertragbar sind, um die Wirkung von Impfstoffen zu testen? Welcher Nutzen entgeht Gesellschaften, wenn sie bestimmte Experimente verbieten? Dürfen unverhältnismäßige Risiken für geschützte Güter eingegangen werden, wenn sehr hohe Risiken mit sehr großen Chancen einhergehen?

Vor allem gilt es zu diskutieren, wer solche Fragen beantworten und Entscheidungen treffen sollte? Die Wissenschaftler allein? Die Gremien der Wissenschaft in Selbstverantwortung? Wo beginnt die Verantwortung der Regierungen? Welche Rolle kann und soll die öffentliche Debatte spielen? Was sollte geschehen, wenn Regelungen in einem Land das Dilemma nicht adressieren können, sondern ein internationaler Konsens für den Umgang mit „Dual-Use-Research of Concern“ unabdingbar wäre, um Risiken zu minimieren?

Als Wissenschaftsjournalist registriere ich zunächst, dass es bei vielen dieser Fragen einen echten innerwissenschaftlichen Dissens gibt.<sup>12</sup> Die Influenza-Forscher können derzeit weder relevante Dual-Use-Risiken ihrer Forschungen kontrollieren noch einen direkten, unmittelbaren Nutzen ihrer Forschung für die Menschheit plausibel machen. Auch fehlt der Nachweis, dass das Herstellen von in der Natur nicht vorkommenden Vogelgrippeviren Erkenntnisse liefert, die anders nicht erhoben werden können. Die von einigen Mitgliedern des Deutschen Ethikrats geforderte Beweislastumkehr für bestimmte Forschungsprojekte an PPP halte ich für dringend geboten. Zumindest bei solchen Erregern, welche die Natur bisher nicht hervorgebracht hat, sondern von Forschenden neu geschaffen werden mit dem Potenzial, Epidemien oder sogar Pandemien und schwere Krankheiten auszulösen. Ich denke, besondere Schutzpflichten auslösende, hochgefährliche Mikroorganismen lassen sich definieren und auch bestimmte Typen von Experimenten, die besonderer Beachtung bedürfen. Ebenso dringend erforderlich scheint mir, die Entwicklung internationaler Regeln zu forcieren, die das Ziel haben müssen, den immateriellen Charakter der genetischen Information zur Grundlage der künftigen Regulierungsbemühungen im Sinne der „Biosecurity“ zu machen.

Auch Haftungsregelungen bestimmter Klassen von Experimenten sind entsprechend ihrem Gefährdungspotential anzupassen.<sup>13</sup>

Als Wissenschaftsjournalist denke ich, es gibt bestimmte experimentelle Forschungen im Bereich von PPP, die nach dem ethischen Diktum „Do no Harm“ unterbleiben sollten. Für welche Bereiche der Synthetischen Biologie die Forschungsfreiheit eingeschränkt werden sollte, darüber lohnt es sich öffentlich unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu streiten. Ich denke, dem Wissenschaftsjournalismus fällt hierbei vor allem die Aufgabe zu, die Wissenschaft zu beobachten und sie mit den Erwartungen der Öffentlichkeit zu konfrontieren. Diese kritische Alarmerungs- und Thematisierungsfunktion hat der Journalismus bei dieser kniffligen Debatte zu erfüllen versucht mit dem Ergebnis, dass Forscher sich nun verstärkt rechtfertigen müssen, warum sie tun, was sie tun. Das kann kein Schaden sein, wie immer die weitere Diskussion verläuft. Auf entscheidende Regelungslücken hat die Völkerrechtlerin Silja Vöneky von der Universität Freiburg als Leiterin der Biosicherheitsarbeitsgruppe im Deutschen Ethikrat in einem Interview in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung hingewiesen: „Wir haben noch kein kohärentes System, im Grunde nur ein Regelwerk des 20. Jahrhunderts, das nicht wirklich auf mögliche bioterroristische Herausforderungen im 21. Jahrhundert passt.“<sup>14</sup> Mit Blick auf die aktuellen Konfliktherde etwa in Syrien und dem Irak wächst derzeit die Sorge, biologische Waffen könnten Teil von Terrorstrategien werden.<sup>15</sup> Bekannt ist auch, dass die Aum-Sekte aus Japan in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts vor den Giftgas-Anschlägen in der Tokioter U-Bahn auch mit biologischen Waffen experimentieren wollte und angeblich versuchte, in den Besitz von Ebolaviren zu kommen.<sup>16</sup>

Schließen möchte ich meinen kurzen Diskussionsbeitrag mit einem Zitat von Paul Berg, der 1975 einer der Initiatoren der Konferenz von Asilomar war, wo die bis heute weithin gültigen Prinzipien zur „Biosafety“ in Gentechnologielaboratorien, die mit rekombinanter

12 Volker Stollorz, FAZ 31.8.2014: „Darf man Ebola zum Fliegen bringen? <http://www.faz.net/aktuell/wissen/medizin/riskante-labor-experimente-darf-man-ebola-lungengaengig-machen-13126312.html> (2.9.2014).

13 Interview mit Rüdiger Wolfrum von Volker Stollorz, FAZ 6.11.2013: „Manches darf man nur denken“: <http://www.faz.net/aktuell/wissen/experimente-mit-riskanten-viren-manches-darf-man-nur-denken-12645939.html> (2.9.2014).

14 Interview mit Silja Vöneky von Volker Stollorz, FAZ 14. 5. 2014: „Mit Mikroorganismen entstehen neue Gefahrenquellen“: <http://www.faz.net/aktuell/wissen/biosicherheit-mit-mikroorganismen-entstehen-neue-gefahrenquellen-12932319.html> (2.9.2014).

15 Harald Doornbos und Jenan Moussa, in Foreign Policy, 28.8.2014: „Found: the islamic states terror laptop of doom“: [http://www.foreignpolicy.com/articles/2014/08/28/found\\_the\\_islamic\\_state\\_terror\\_laptop\\_of\\_doom\\_bubonic\\_plague\\_weapons\\_of\\_mass\\_destruction\\_exclusive](http://www.foreignpolicy.com/articles/2014/08/28/found_the_islamic_state_terror_laptop_of_doom_bubonic_plague_weapons_of_mass_destruction_exclusive) (2.9.2014).

16 Carus, Seth W., Bioterrorism and biocrimes: The illicit use of biological agents since 1900, 2001, S. 49, online verfügbar unter [http://www.ndu.edu/centercounter/full\\_doc.pdf](http://www.ndu.edu/centercounter/full_doc.pdf) (8.8.2014).

DNA arbeiten, erstmals diskutiert wurden. Der Nobelpreisträger der kalifornischen Universität Stanford warnte im April 2012 auf dem Höhepunkt der „Dual-Use-Research of Concern“-Debatte auf einer Tagung der Royal Society in London vor allem vor der Hybris der Forscher: „With synthetic biology you have recombinant DNA on steroids, so designer organisms deserve a lot more oversight. Hubris, the very antithesis of prudence,

runs very high among scientists. There is an incredible ability to rationalize or even ignore potential risks in their own work. But being able to predict the outcome of an experiment with 100 percent certainty is beyond any of us, indeed it is the unexpected result we are always alert for.“<sup>17</sup>

Der Autor ist freier Wissenschaftsjournalist aus Köln.

17 Vortrag und Diskussion von *Paul Berg* auf der Konferenz „H5N1 research: biosafety, biosecurity and bioethics“ der Royal Society in London: <https://www.youtube.com/watch?v=46YloeRkY2U&feature=youtu.be> (2.9.2014).



# Constantin Teetzmann

## *Mit Missbrauchsrisiken begründete rechtliche Beschränkungen der Forschung in den Biowissenschaften*

Mit der Diskussion um Missbrauchsrisiken in den Biowissenschaften sind Forderungen nach der Beschränkung der biowissenschaftlichen Forschung verbunden. Zunächst fragt sich jedoch, inwieweit die Forschung bereits jetzt wegen dieser Risiken rechtlich eingeschränkt ist.

Forscherin F ist in einem Hochsicherheitslabor tätig. Regeln zur Vorbeugung von Unfällen sind in ihrem Labor, wie für diese Sicherheitsstufe vorgesehen, Normalität.<sup>1</sup> Verschiedene Vorgaben sichern den Laborbetrieb dagegen ab, dass Erreger unbeabsichtigt nach außen dringen. Doch wenn F an dem arbeitet, was andere als „Killerviren“ bezeichnen, stellt sich noch ein anderes Problem: Die hochansteckenden Erreger, an denen sie forscht, lassen sich womöglich absichtlich als biologischer Kampfstoff einsetzen und ihre Forschungsergebnisse können vielleicht zur Entwicklung solcher Kampfstoffe missbraucht werden.

Nun ist relevant, welchen Beschränkungen ihre Forschung wegen dieses Missbrauchsrisikos unterliegt. Vier Bereiche werden in diesem Beitrag auf solche Beschränkungen untersucht, die das Problem des *dual use* bewältigen und damit anders als die Regeln der Unfallvorbeugung in Laboren, welche sogenannte *biosafety* bezwecken, sogenannter *biosecurity* dienen sollen:<sup>2</sup> Erstens die Durchführung von Forschungsvorhaben, zweitens Publikationen, drittens nicht öffentliche Kommunikation und viertens internationale Forschungskooperationen.

Beschränkungen könnten sich für diese Bereiche einerseits aus dem Biowaffenverbot der Biowaffenkonvention und andererseits aus Genehmigungspflichten des Exportkontrollrechts ergeben. Es wird sich jedoch zeigen, dass das Biowaffenverbot nicht auf friedliche For-

schung übergreift; und die Genehmigungspflichten werden sich in ihrer derzeitigen Ausformung als rechtlich nur teilweise tragbar erweisen.

### **I. Durchführung von Forschungsvorhaben**

Die Durchführung von Forschungsvorhaben unterliegt keinen Beschränkungen wegen Missbrauchsrisiken. Selbst dem Biowaffenverbot des Art. I Biowaffenkonvention<sup>3</sup> ist dies nicht zu entnehmen.

Nach Art. I Nr. 1 Biowaffenkonvention sind Herstellung und Entwicklung von Agenzien und Toxinen, die nicht zu friedlichen Zwecken gerechtfertigt sind, verboten. Dieses zwischenstaatliche Verbot gilt für Forscherin F nicht unmittelbar, für sie gilt der wortgleiche Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zum Biowaffenübereinkommen von 1983.<sup>4</sup>

Der Artikel hat eine zweistufige Struktur von Verbot und Rechtfertigung: Das Herstellen oder Entwickeln von Agenzien und Toxinen wird auf der ersten Stufe verboten. Das Verbot gilt nicht, wenn die Herstellung und Entwicklung zu friedlichen Zwecken gerechtfertigt ist. Das ist die zweite Stufe.

Dieser zweistufigen Struktur entspricht ein zweifacher Forschungsbezug. Erstens stellt sich die Frage, wann Forschung überhaupt als Entwicklung von Agenzien und Toxinen zu verstehen ist. Zweitens ist zu prüfen, wann dies zu friedlichen Zwecken geschieht.

Die Konvention enthält kein ausdrückliches Forschungsverbot. Als Grund für den Verzicht gelten drohende Abgrenzungsprobleme zwischen defensiver und offensiver militärischer Forschung.<sup>5</sup> Defensiv bezeichnet

1 Siehe für diesen Bereich: *Teetzmann*, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, 2014, FIP 4/2014, S. 19 ff.

2 Zu den Begriffen biosafety, biosecurity, dual use siehe *ebd.*, S. 2 f. und in diesem Heft die Ausführungen in den Aufsätzen von *Jeremias*, *Reydon*, *Trute* und *Vöneky*.

3 Art. I Biowaffenkonvention: Übereinkommen vom 10. April 1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen, 10.4.1972, in Kraft seit 26.3.1975, BGBl. 1983 II 132; 1015 UNTS 163; „Jeder Vertragsstaat dieses Übereinkommens verpflichtet sich,

1. mikrobiologische oder andere biologische Agenzien oder - ungeachtet ihres Ursprungs oder ihrer Herstellungsmethode - Toxine, von Arten und in Mengen, die nicht durch Vorbeugungs-

Schutz- oder sonstige friedliche Zwecke gerechtfertigt sind... niemals und unter keinen Umständen zu entwickeln, herzustellen, zu lagern oder in anderer Weise zu erwerben oder zu behalten.“

4 Gesetz zu dem Übereinkommen vom 10.4.1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen, 25.2.1983, BGBl. 1983 II 132.

5 *Kischlat*, Das Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen, 1976, S. 153 f.; *Goldblat*, The Biological Weapons Convention, Int'l Rev. Red Cross 1997, S. 251; *Roffey*, Biological weapons and potential indicators of offensive biological weapon activities, SIPRI Yearbook 2004, S. 557 (559).

den militärischen Schutz vor Biowaffeneinsätzen durch technische Einrichtungen, Impfstoffe oder ähnliches. Offensiv ist, was zur Schädigung von Menschen, Tieren oder der Umwelt genutzt wird oder genutzt werden kann.<sup>6</sup> Defensive Forschung war gewollt, offensive nicht.<sup>7</sup>

Da offensive Forschung verhindert werden soll, ist Art. I Biowaffenkonvention so zu verstehen, dass offensive Forschung verboten ist. Dem steht auch die Wortwahl „Entwicklung“ nicht entgegen.<sup>8</sup> Zwischen Entwicklung und Forschung besteht keine strenge Trennung, vielmehr wird in anderen Rechtsinstrumenten Forschung sogar explizit als Teil der Entwicklung genannt.<sup>9</sup> Inhalt der Forschung muss jedoch dem Wortlaut nach sein, dass Agenzien oder Toxine entwickelt werden. Als Entwicklung sollte daher alle Forschung zu verstehen sein, die offensives Potential von Agenzien oder Toxinen ermöglicht, indem über die Agenzien oder Toxine Erkenntnisse gewonnen werden, die einem Waffeneinsatz dienlich wären, weil zum Beispiel der Schädigungsgrad des Erregers oder die Stabilität gegen Umwelteinflüsse erhöht werden.<sup>10</sup>

Auf der ersten Stufe gilt also: Jede Forschung mit Agenzien, die offensives Potential hat, unterliegt zunächst Art. I Biowaffenkonvention. Auf der zweiten Stufe fragt sich, ob diese Forschung zu friedlichen Zwecken gerechtfertigt ist.

Friedliche Zwecke sind nicht definiert. Forschung wird in der Staatenpraxis pauschal den friedlichen Zwecken zugeordnet.<sup>11</sup> Das gilt auch, wenn trotz des Verfolgens friedlicher Zwecke Forschung offensives Potential hat. Das Missbrauchsrisiko ist hier irrelevant. Wenn auf eine Forschungsregelung verzichtet wurde, weil zwischen offensiver und defensiver militärischer Forschung Abgrenzungen schwer fallen, und damit im verborgenen Bereich militärischer Forschung Missbrauchsrisiken

hingenommen wurden, müssen erst recht im normalerweise nicht von Geheimhaltung geprägten Bereich ziviler Forschung Missbrauchsrisiken akzeptiert werden.

Auch wenn sich ein friedlicher Zweck benennen lässt, wäre denkbar, für eine Rechtfertigung zu fordern, dass die Forschung für den genannten Zweck geeignet und erforderlich ist. Vor dem Ziel der Konvention, der Verhinderung offensiven Biowaffenpotentials, kann man Forschung in Frage stellen, die offensives Potential schafft, obwohl die Forschung für den vorgegebenen Zweck keinen Nutzen erwarten lässt oder obwohl für die Forschungsziele alternative und gleichermaßen geeignete Wege vorhanden sind.

Diese Bedenken lassen sich zwar mit den Zielen der Biowaffenkonvention begründen, eine rechtliche Beschränkung ergibt sich aber nicht. Art. I Biowaffenkonvention fragt nicht, ob die Forschung sinnvoll ist. Art. X Abs. 2 Biowaffenkonvention<sup>12</sup> verbietet sogar eine Durchführung der Konvention, die friedliche Forschung – ohne Differenzierung danach, ob sinnvoll oder nicht – behindern würde. Diese Vorgabe des Art. X Abs. 2 ist auch bei der Auslegung des Verbots des Art. I zu beachten.

Forschung zu friedlichen Zwecken, die Erkenntnisse über das offensive Potential von Agenzien erzeugt, geschieht mithin in vollem Einklang mit Art. I Abs. 1 Biowaffenkonvention.<sup>13</sup> Das Biowaffenverbot des Art. I Biowaffenkonvention ist für Missbrauchsrisiken blind.

Wenn Forscherin F also Forschung durchführt, welche trotz gleichwertiger Alternativen Erkenntnisse schafft, die zur Schädigung von Mensch, Tier oder Umwelt missbraucht werden können, kann man dies vor dem Hintergrund der Ziele der Biowaffenkonvention kritisieren. An der Durchführung friedlicher Forschung hindert sie die Konvention jedoch trotz Missbrauchsrisiken nicht.

6 Miller/Selgelid, Ethical and Philosophical Consideration of the Dual-Use Dilemma in the Biological Sciences, 2008, S. 11.

7 Kischlat (Fn. 5), S. 153 f.; United Kingdom, Working paper on microbiological warfare, UN Doc. ENDC/231, in: United Nations Disarmament Commission, Official Records, 1969, S. 43 (Rn. 7).

8 So aber Kischlat (Fn. 5), S. 152–155.

9 Begriffsbestimmungen in Anhang I EG-Dual-Use-Verordnung: Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, Abl. L 134/1.

10 Vgl. die Indikatoren offensiver Forschung in Leitenberg, Assessing the biological weapons and bioterrorism threat, 2005, S. 72 f.; BTWC Meeting of the States Parties, Report, 19.12.2012, UN Doc. BWC/MSP/2012/5, Annex I Rn. 9.

11 Teil A Kriegswaffenliste (Anhang zu § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG):

„Vorrichtungen, Teile, Geräte, Einrichtungen, Substanzen und Organismen, die zivilen Zwecken oder der wissenschaftlichen, medizinischen oder industriellen Forschung auf den Gebieten der reinen und angewandten Wissenschaft dienen“; „bona fide research“; § 175.3 US Code Title 18: Biological Weapons Anti-Terrorism Act of 1989 (US Congress); „research“, Art. 6 Abs. 1 lit. a Tschechisches Biowaffengesetz: Act 281/2002 Coll. of 30 May 2002 on Some Measures Related to a Ban on Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Amendments to the Trades Licensing Act (Tschechische Republik), 30.5.2002.

12 Zu Art. X Biowaffenkonvention siehe Fn. 35.

13 Dies wird auch durch Staatenpraxis (vgl. Leitenberg, Assessing the biological weapons and bioterrorism threat, 2005, S. 69 f.; van Aken, Aufrüstung im Reagenzglas, W & F 19 (2001) Nr. 4, S. 59) und travaux préparatoires (vgl. Kischlat (Fn. 5), S. 142) unterstützt, a.A. Leitenberg (Fn. 10), S. 80.

## II. Publikationen

Während Publikationen im Inland keinen Beschränkungen unterliegen, sieht es anders aus, wenn von der Europäischen Union aus jenseits der Grenzen des Unionsgebiets veröffentlicht wird. Das hat sich auch schon in der Praxis gezeigt: Von den Behörden der Niederlande wurde 2012 eine Publikation zur Übertragbarkeit des A/H5N1-Virus in der amerikanischen Zeitschrift *Science* einer Genehmigungspflicht unterworfen.<sup>14</sup> Grundlage war die Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5. Mai 2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck (EG-Dual-Use-Verordnung). Die Verordnung beschränkt die Ausfuhr ziviler Güter, die militärisch verwendet werden können. Sie enthält die Publikationsbeschränkung für missbrauchsgefährdete Forschung auf EU-Ebene. Es besteht aber auch eine Genehmigungspflicht nach deutschem Recht. Im Ergebnis wird sich die europäische Regelung angesichts der Wissenschaftsfreiheit nicht, die deutsche nur bei enger Auslegung aufrechterhalten lassen.

### 1. EG-Dual-Use-Verordnung

Die Ausfuhr von Technologien zur Entwicklung und Herstellung einer Vielzahl von Agenzien nach Ländern außerhalb der Europäischen Union ist nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Anhang I Nr. 1E001, 1C351-1C354 EG-Dual-Use-Verordnung genehmigungspflichtig. Ausgenommen sind jedoch nach den Allgemeinen Technologie-Anmerkungen der Verordnung Technologien, die allgemein zugänglich sind, und die Grundlagenforschung. Zudem gibt es eine allgemeine Ausfuhrgenehmigung in Anhang IIa EG-Dual-Use-Verordnung, nach der Technologien grundsätzlich in bestimmte Länder frei ausgeführt werden dürfen.<sup>15</sup>

Technologie kann nach den Begriffsbestimmungen im Anhang I der EG-Dual-Use-Verordnung in technischen Unterlagen verkörpert sein. Als Unterlagen werden Blaupausen, Pläne und ähnliches erfasst, aber auch Beschreibungen und Anweisungen in Schriftform.<sup>16</sup> Ihnen ist gemein, dass sie dem Nachbau des von ihnen Beschriebenen dienen. Wissenschaftliche Publikationen,

die bloße Beobachtungen wiedergeben – man denke an die Sequenzen natürlicher Viren – sind daher keine technischen Unterlagen. Publikationen jedoch, die Informationen zur Entwicklung und Herstellung gelisteter Agenzien enthalten, sind technische Unterlagen. Diese Informationen müssen nicht unbedingt das Forschungsergebnis sein, sie können auch in der Beschreibung der Methode enthalten sein.

### a) Ausnahme allgemein zugänglicher Informationen

Nicht genehmigungspflichtig sind Publikationen, wenn die relevanten Informationen allgemein zugänglich sind. Nach ihrem Wortlaut greift die Ausnahme für allgemein zugängliche Informationen erst, wenn der Inhalt der Publikation schon allgemein zugänglich ist.<sup>17</sup> F unterläge weiter der Genehmigungspflicht, wenn sie einen Aufsatz bei einer Zeitschrift im Ausland einreichen will oder auf einem ausländischen Server veröffentlicht. Gegen die Genehmigungspflicht sprechen jedoch drei Punkte: Ein Vergleich mit der freien Ausfuhr von Informationen für Patentanmeldungen, ein Blick in den Herkunftsstaat der Kontrolle technischer Unterlagen, die USA, und vor allem die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGRCh).

### aa) Ungleichbehandlung gegenüber Patentanmeldungen

Die Ausfuhr technischer Unterlagen, soweit sie für die Patentanmeldung erforderliche Informationen enthalten, ist nach der Dual-Use-Verordnung nicht genehmigungspflichtig. Damit stellt sich das Problem, ob die unterschiedliche Behandlung von Patentanmeldungen und Publikationen mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 EUGRCh vereinbar ist. Diese Informationen werden nach Ausfuhr erst im Ausland geprüft und bei Erteilung des Patents veröffentlicht. Auch bei Publikationen in ausländischen Medien wird in der Regel erst geprüft und dann veröffentlicht. Der Umgang mit Informationen für die Patentanmeldung ist also der Publikation im Ausland im Wesentlichen vergleichbar. Es ist nicht ersichtlich, dass der Unterschied von Publikationen in ausländischen Zeitschriften und von Patentanmeldungen für die Vorbeugung der Verbreitung der genehmigungspflichtigen Technologien von solcher Bedeutung wäre, dass die unterschiedliche Behandlung

14 Rechtbank Noord-Holland, Goederen voor tweeërlei gebruik, Urteil, 20.9.2013 – Az. AWB 13/792.

15 Australien, Japan, Kanada, Neuseeland, Norwegen, Schweiz (einschließlich Liechtenstein), Vereinigte Staaten von Amerika.

16 Begriffsbestimmungen in Anhang I EG-Dual-Use-Verordnung.

17 Das gilt vor allem für die englische Formulierung der Ausnahme „has been made available“. BAFA, Merkblatt über Verantwortung

und Risiken beim Wissenstransfer - Teil II. Unterrichts- und Genehmigungspflichten, 2004, S. 8; Berndt, Die Ausfuhrkontrolle von Know-how, 2008, S. 87; Wolfgang/Simonsen, Know-how-Transfer in Wirtschaft und Wissenschaft, in: Ehlers/Hahn/Lechleitner/Wolfgang, Risikomanagement im Exportkontrollrecht, 2004, S. 107 (111).

sich rechtfertigen ließe. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet daher, dass entweder auf die Ausnahme für Patentanmeldungen verzichtet oder auch die Publikation im Ausland von der Genehmigungspflicht ausgenommen wird.

#### bb) Rechtslage in den USA

Herkunftsland der Exportkontrolle für Technologien sind die Vereinigten Staaten. Dort wurden Konflikte zwischen Sicherheitsbehörden und Forschungsgemeinschaft mit dem Ergebnis ausgetragen, dass die Ausnahme für allgemein zugängliche Informationen entwickelt wurde.<sup>18</sup> Die Technologiekontrolle wurde dann in das Wassenaar Arrangement, bzw. dessen Vorläufer, die Liste des Coordinating Committee for Multilateral Export Controls, aufgenommen. Den Inhalt dieser nicht rechtsverbindlichen Vereinbarung hat die EU in der EG-Dual-Use-Verordnung übernommen. Auf dem Weg in die EG-Dual-Use-Verordnung hat die Ausnahme für allgemein zugängliche Informationen im Vergleich zu den US-Regelungen einen wesentlichen Teil verloren: In den USA gilt die Ausnahme auch für „[Technologien,] die allgemein zugänglich gemacht werden sollen“.<sup>19</sup> Von den Export Administration Regulations ist zu jeder Zeit alle Forschung nicht erfasst, bei der Forscher die Freiheit haben, wissenschaftliche Informationen ohne andere Beschränkungen oder Zeitverzögerungen zu publizieren.<sup>20</sup> Eine eigenständige Exportkontrolle von Publikationen findet praktisch nicht statt.

#### cc) Prior Restraint und Wissenschaftsfreiheit

Der Blick in die USA hat auch Bedeutung für den dritten Punkt, die Bewertung der Genehmigungspflicht anhand der Wissenschaftsfreiheit. In den USA haben Gerichte schon Exportkontrollen für Technologien wegen nicht hinreichend geregelter *prior restraints* (Vorabbeschränkungen) des *first amendments* (der Meinungsfreiheit) der US-Verfassung, als verfassungswidrig eingestuft.<sup>21</sup> In der EU besteht dieses Problem ebenfalls.

Für wissenschaftliche Äußerungen gilt in der Europäischen Union Art. 13 EUGRCh, die Freiheit der Wissenschaft. Ohne eine ausführliche grundrechtliche Bewertung sei hier auf den Aspekt der *prior restraints*, der

Vorabbeschränkungen, eingegangen. Für die Grundrechtecharta ist nach Art. 52 Abs. 3, 53 EUGRCh die Europäische Menschenrechtskonvention Mindeststandard. In der für die Interpretation der Konvention wesentlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>22</sup> finden sich besondere Anforderungen, damit Vorabbeschränkungen rechtmäßig sind. Vorabbeschränkungen sind alle Beschränkungen von Meinungsäußerungen vor deren Veröffentlichung und Verbreitung. Dazu gehören auch Genehmigungspflichten für Publikationen.

Nach der Rechtsprechung des EGMR zu Vorabbeschränkungen ist insbesondere eine gesetzliche Regelung erforderlich, die eine strikte Kontrolle über den Umfang der Beschränkungen erlaubt und eine effektive richterliche Überprüfung zur Verhinderung eines Missbrauchs der Genehmigungsbefugnis gewährleistet.<sup>23</sup> Mit anderen Worten: Der Richter braucht ein Gesetzesprogramm, anhand dessen er entscheiden kann, ob die Genehmigungsentscheidung richtig oder falsch war. Für die Genehmigung der Ausfuhr von Publikationen ist Art. 12 Abs. 1 Dual-Use-Verordnung Gesetzesprogramm. Er gibt vor, dass bei der Entscheidung über eine Genehmigung „alle sachdienlichen Erwägungen“ zu beachten seien. Darauf folgt eine Liste besonders beachtenswerter Punkte, die aber auch nicht viel bestimmter ist. Damit räumt die Vorschrift den Behörden praktisch unbegrenztes Ermessen ein. Das entspricht nicht dem Kriterium der strikten Kontrolle des Gerichtshofs für Menschenrechte. Damit verstößt die Genehmigungspflicht für Publikationen in ihrer derzeitigen Ausgestaltung gegen die Wissenschaftsfreiheit der Grundrechtecharta.

#### b) Ausnahme der Grundlagenforschung

Neben allgemein zugänglichen Informationen sind auch Publikationen der Grundlagenforschung von der Ausfuhrkontrolle befreit. Das soeben gefundene Ergebnis, die Genehmigungspflicht für Publikationen verstoße gegen Art. 13 EUGRCh, müsste revidiert werden, wenn schon mit dieser Ausnahme der Wissenschaftsfreiheit genügt würde.<sup>24</sup>

18 Siehe dazu *Fogleman/Viator*, *The Critical Technologies Approach*, *BYU J. Pub. L.* 4 (1990), S. 293; *Gerjuoy*, *Controls on Scientific Information Exports*, *Yale L. & Pol’y Rev.* 3 (1984-1985), S. 447.

19 § 734.3 (b) (3) (i) EAR: Code of Federal Regulations Title 15, Part 134 - Export Administration Regulations (United States), Stand 8.4.2014: “Publicly available technology and software... that: (i) Are already published or will be published as described in §734.7 of this part”.

20 § 734.8 EAR.

21 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Bernstein v. United States Department of Justice*, Decision (withdrawn), 6.5.1999 – Az. 97-16686, F.3d 176 (1999), 1132.

22 Der EGMR ist nach Art. 19, 55 EMRK für zwischenstaatliche Streitbelegungen über die EMRK ausschließlich zuständig. Auch in der Grundrechtecharta wird die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR deutlich: Im fünften Absatz der Präambel wird die Rechtsprechung als eine Quelle der in der Charta kodifizierten Rechte benannt.

23 EGMR, *Ekin/Frankreich*, Urteil, 17.7.2001 – Az. 39288/98 (Rn. 58); EGMR, *Observer und Guardian/Vereinigtes Königreich*, Urteil, 26.11.1991 – Az. 13585/88 (Rn. 60).

24 So die Behauptung in *BAFA, Technologietransfer und Non-Proliferation*, 2011, S. 9.

Grundlagenforschung ist nach der Dual-Use-Verordnung nur gegeben bei „experimentellen oder theoretischen Arbeiten hauptsächlich zur Erlangung von neuen Erkenntnissen über grundlegende Prinzipien von Phänomenen oder Tatsachen, die nicht in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck gerichtet sind“. Es muss das Erkenntnisinteresse auf grundlegende Prinzipien, also auf hinter einzelnen Phänomenen stehende Gesetzmäßigkeiten, gerichtet sein und die Forschung darf nicht in erster Linie für eine Verwendung außerhalb der Wissenschaft geschehen.

Die Ausnahme für Grundlagenforschung allein ist jedoch für die Wissenschaftsfreiheit nicht ausreichend. Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch angewandte Forschung. Ihr kann man ohne Änderung der Genehmigungsvorschriften nur genügen, wenn man die Ausnahme für allgemein zugängliche Informationen auch auf noch zu publizierende Informationen ausweitet. Es spricht also auch die Wissenschaftsfreiheit für eine solche Ausweitung.

## 2. Außenwirtschaftsverordnung

Neben der Exportbeschränkung aus der EG-Dual-Use-Verordnung besteht auch eine Beschränkung der Ausfuhr von technischen Unterlagen, die unverzichtbar für die Entwicklung und Herstellung oder Verwendung von Agenzien für den Kriegsgebrauch sind, in Länder außerhalb der Europäischen Union. Sie ergibt sich aus § 8 Abs. 1 Nr. 1 AWV i.V.m. Nr. 0022b3, 0007a-0007g Ausfuhrliste. Auch hier sind allgemein zugängliche Informationen, wissenschaftliche Grundlagenforschung und Patentanmeldungen ausgenommen. Es gilt das zu der EU-Regelung Gesagte.

Die Genehmigungspflicht kollidiert mit dem auch für wissenschaftliche Publikationen geltenden<sup>25</sup> Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Die Genehmigungspflicht kann vor dem Zensurverbot nur bestehen, wenn sie nicht als systematische Inhaltskontrolle freier Kommunikation durchgeführt wird.<sup>26</sup> Sie darf nur den Akt der Ausfuhr, nicht jedoch die Inhalte der Publikation betreffen. Es könnte daher die Genehmigungspflicht dadurch verfassungskonform ausgelegt werden, dass sie lediglich die Prüfung gebietet, ob jenseits der Kommunikation rechtswidrige Zwecke verfolgt werden.<sup>27</sup> Auch einer solchen Auslegung könnte jedoch die im Grundgesetz vorbehaltlose Wissenschaftsfreiheit entgegenstehen: Die

Belastung für die wissenschaftliche Kommunikation ist hoch und die zu erwartenden Zahl missbräuchlicher Ausfuhr, die durch eine Genehmigungspflicht sich effektiv aufhalten lassen, dürfte gering sein, wenn das Genehmigungsverfahren nur inhaltsneutral durchgeführt wird. Damit entstehen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Genehmigungspflichten.

Lediglich dem Kriterium strikter Kontrollierbarkeit des EGMR genügt die deutsche Regelung ohne weiteres: Nach § 8 Abs. 1 AWG ist eine Genehmigung „zu erteilen, wenn zu erwarten ist, dass die Ausfuhr den Zweck der Genehmigungspflicht nicht oder nur unwesentlich gefährdet.“ Die erheblichen Rechtsbegriffe sind voll justizierbar, Ermessensspielraum wird keiner eingeräumt.

Problem dieser Genehmigungskriterien dürfte jedoch erneut die Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes sein: Die Gefährlichkeit der Ausfuhr der Publikation wird vermutet. Damit wird die Publikationsfreiheit in ihr Gegenteil verkehrt. Einen für gerechtfertigte Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit erforderlichen Ausgleich der betroffenen Verfassungsgüter würde dies nur beinhalten, wenn die Vermutung auch der typischen Gefährlichkeit der Informationen entspricht. Angesichts des weiten Umfangs der betroffenen Agenzien (die Kontrolle ist nicht auf bestimmte Arten von Erregern beschränkt) ist eine typische Gefährlichkeit dieser Informationen fragwürdig.

Den Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Ausfuhrkontrolle nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 AWV kann nur begegnet werden, wenn der Umfang der Genehmigungspflichten hinreichend eng ist. Die Genehmigungspflichten betreffen Technologien, die für die Herstellung von Agenzien „für den Kriegsgebrauch“ „unverzichtbar“ sind. Das bedeutet, dass die Technologie „besonders dafür verantwortlich“ sein muss, dass die „Leistungsmerkmale und Charakteristiken“ zur Steigerung der Wirksamkeit bei der „Schädigung von Mensch, Tier, Umwelt oder Material“ „erreicht oder überschritten“ werden.<sup>28</sup> Es kommt also nicht darauf an, dass die Technologie für den Kriegsgebrauch bestimmt oder zumindest alternativlos ist. In einem weiten Verständnis der Definition würde jede zivile Technologie erfasst, die dazu genutzt werden kann, den Schädigungsgrad von Agenzien zu erhöhen. Verkleinern lässt sich die Menge erfasster Technologien, wenn das Definitionsmerkmal „besonders dafür verantwortlich“ so verstanden wird, dass nur Technologie zur Erhöhung des Schädigungsgrades erfasst wird, für die

25 Zum Verhältnis von Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG: *Fehling*, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 268 mwN; *Trute*, „...that nature is the ultimate bioterrorist“ in diesem Heft, Abschnitt V. 2. S. 113; a.A. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit, 2014, S. 91.

26 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 174.

27 *Teetzmann* (Fn. 1), S. 15.

28 Siehe „unverzichtbar“ und „für den Kriegsgebrauch“ in den Begriffsbestimmungen zu Teil I Ausfuhrliste (Anlage 1 zur AWV).

auch die technischen Bedingungen vorhanden sind, um sie unmittelbar für den Kriegsgebrauch zu benutzen. Dann besteht auch zwischen Technologie und zu schützendem Gut ein derart enges Verhältnis, dass von einer typischen Gefährlichkeit der Informationen ausgegangen werden kann, und dann dürfte die Zahl der Kontrollen so gering sein, dass die Genehmigungspflicht sich noch als verhältnismäßig einstufen lässt.

Forscherin F muss sich ihre Ausfuhr also auch nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 AWV genehmigen lassen. Diese Genehmigungspflicht ist nur bei restriktiver Auslegung mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG zu vereinbaren. Sie kollidiert mit dem Zensurverbot und muss auf Technologien beschränkt werden, die unmittelbar für den Kriegsgebrauch eingesetzt werden können.

### 3. Zwischenergebnis: Vorhandene, aber teilweise rechtswidrige Ausfuhrbeschränkungen

Führt also Forscherin F Informationen zur Herstellung von Agenzien aus, indem sie im Ausland publiziert, muss sie sich dies grundsätzlich genehmigen lassen. Das gilt nicht, wenn sie oder andere die Informationen schon veröffentlicht haben oder sie Grundlagenforschung betreibt. Aber auch sonst, wenn F im Ausland publiziert, sprechen einige Argumente gegen eine Genehmigungspflicht. Solche Argumente ergeben sich aus dem Vergleich mit der Patentausnahme sowie aus dem Blick auf die Regelungssituation in den USA. Vor allem führen die grundrechtlichen Vorgabe einer strikten Kontrollierbarkeit von Vorabbeschränkungen bzw. das Zensurverbot zu Zweifeln an den Genehmigungspflichten. Die deutschen Regeln müssen daher eng ausgelegt werden und die Genehmigungspflicht aus der EG-Dual-Use-Verordnung ist deswegen rechtswidrig.

### III. Nicht öffentliche Kommunikation

Die Ausfuhrbeschränkungen, die für Publikationen gelten, erfassen jeweils auch die nicht öffentliche Kommunikation durch Ausfuhr technischer Unterlagen oder andere technische Unterstützung. Für technische Unterstützung sehen zudem §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 51 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AWV Genehmigungspflichten vor.

#### 1. Ausfuhrkontrollen

Damit ist auch Kommunikation, die nicht auf Veröffentlichung ausgerichtet ist, nach Art. 3 Abs. 1 EG-Dual-Use-Verordnung und § 8 Abs. 1 Nr. 1 AWV genehmigungspflichtig. Diese Beschränkungen kann man wegen der schon zuvor zu den Publikationen diskutierten Punkten anzweifeln. In Bezug auf Zensurverbot und EGMR-Rechtsprechung zu Vorabbeschränkungen macht es jedoch einen wesentlichen Unterschied, dass es sich nicht um öffentliche Kommunikation handelt.

Soweit nach Art. 3 Abs. 1 EG-Dual-Use-Verordnung nicht öffentliche Kommunikation genehmigungspflichtig ist, ist die Rechtsprechung des EGMR für Vorabbeschränkungen nicht übertragbar. Öffentliche Kommunikation spielt in der Judikatur des EGMR eine Sonderrolle<sup>29</sup> und die Argumentation des Gerichtshofs, der die Sonderbehandlung von Vorabbeschränkungen mit dem öffentlichen Wettbewerb der Ideen begründet,<sup>30</sup> lässt sich kaum auf nicht öffentliche Kommunikation übertragen.

Das gleiche Problem wirft die Genehmigungspflicht für nicht öffentliche Kommunikation nach § 8 Abs. 1 AWV in Bezug auf das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG auf. Hier ist jedoch die Genese der Vorschrift eindeutig: Bis zur redaktionellen Bearbeitung am Ende der Beratungen des parlamentarischen Rates bezog sich das Zensurverbot allein auf Presse, Theater, Rundfunk und Vorträge.<sup>31</sup> Individualkommunikation sollte vom Zensurverbot nicht erfasst werden.<sup>32</sup> Daher steht die nicht öffentliche Kommunikation auch nicht unter dem Schutz des Zensurverbots aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG.

Auch hier bestehen allerdings Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Genehmigungspflichten. Zwar wird die Kontrolle, die nicht durch Inhaltsneutralität begrenzt ist, wesentlich effektiver sein als die Ausfuhrkontrolle von Publikationen, aber die Zahl der erfassten unbedenklichen Kommunikationsvorgänge dürfte noch mal wesentlich höher sein.

Bei der Bewertung der Genehmigungspflicht des Art. 3 Abs. 1 EG-Dual-Use-Verordnung für nicht öffentliche Kommunikation gilt zunächst, dass die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 EUGRCh nach Art. 52 Abs. 1 EU-

29 Z.B. EGMR, Thorgeier Thorgeirson/Island, Urteil, 25.6.1992 – Az. 13778/88 (Rn. 63); EGMR, Castells/Spanien, Urteil, 23.04.1992 – Az. 11798/85 (Rn. 43); EGMR, Riolo/Italien, Urteil, 17.07.2008 – Az. 42211/07 (Rn. 63).

30 EGMR, Ekin/Frankreich, Urteil, 17.7.2001 – Az. 39288/98 (Rn. 56); EGMR, Observer und Guardian/Vereinigtes Königreich, Urteil, 26.11.1991 – Az. 13585/88 (Rn. 60).

31 Doemming (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, 1951, S. 85.

32 *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2011, S. 875 (Rn. 94).

GRCh unter einfachem Gesetzesvorbehalt steht und die Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht weniger streng als im deutschen Recht zu prüfen ist.<sup>33</sup> Dennoch dürfen die Belastungen für die Wissenschaftsfreiheit nicht zu dem von dem Genehmigungspflichten zu erwartenden Gewinn an Sicherheit außer Verhältnis stehen. Die Menge der erfassten Kommunikationsvorgänge muss daher kompensiert werden, indem in der Genehmigungspraxis Belastungen für die Wissenschaft vermieden werden. Genehmigungsverfahren müssen schnell und unkompliziert durchgeführt werden und Wissenschaftlern müssen, soweit möglich, Globalgenehmigungen, das heißt Genehmigungen die eine Gruppe mehrerer Kommunikationsvorgänge, z.B. einen Forschungsverbund, zusammenfassen, erteilt werden.

Auch bei der deutschen Regelung lässt sich die Verhältnismäßigkeit der Genehmigungspflichten bezweifeln. Ein hinreichender Ausgleich lässt sich erneut nur gewährleisten, wenn „unerlässlich für den Kriegsgebrauch“ wie schon bei Publikationen eng ausgelegt wird, Genehmigungsverfahren schnell und unkompliziert sind und die Masse einzelner Kommunikationsvorgänge mit Sammelgenehmigungen nach § 4 WV (das deutsche Pendant zur Globalgenehmigung) aufgefangen wird.

## 2. Genehmigung sonstiger technischer Unterstützung nach Unterrichtung

Die Genehmigungspflichten nicht öffentlicher Kommunikation gehen noch weiter. § 49 Abs. 1 Nr. 1 AWV unterwirft die Erbringung technologischer Unterstützung durch Deutsche oder Inländer in Nicht-EU-Ländern einer Genehmigungspflicht, wenn der Inländer durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) darüber unterrichtet wurde, dass die Unterstützung zur Verwendung im Zusammenhang mit biologischen Waffen bestimmt ist. Die technische Unterstützung im Inland gegenüber einem Ausländer ist nach § 51 Abs. 1, 2 AWV genehmigungspflichtig, wenn der Inländer durch das BAFA über die Bestimmung zur Verwendung im Zusammenhang mit biologischen Waffen oder über den Zusammenhang mit einer militärischen Endverwendung in Ländern, gegen die ein Embargo verhängt wurde,<sup>34</sup> unterrichtet worden ist.

Das Außenwirtschaftsrecht kennt als Beispiele technischer Unterstützung Unterweisungen, die Vermittlung von Fertigkeiten, Schulung, Beratungsdienste und die Weitergabe technischer Unterlagen. Wesentlich ist nur, dass Wissen so kommuniziert wird, dass der Kommuni-

kationsempfänger es für die Verwendungszusammenhänge nutzen kann. Jede Kommunikation von Wissenschaftlern, die nutzbare Informationen zur Entwicklung oder Herstellung von Agenzien enthält, ist also technische Unterstützung.

Hier findet über den Zusammenhang mit bestimmten Verwendungen eine punktuelle Anknüpfung an eine konkrete Gefahrensituation statt. Das bedeutet im Vergleich zu allgemeinen Technologiekontrollen eine erheblich geringere Belastung für die Forschenden. Zudem wird die Genehmigungspflicht nur bei Unterrichtung durch das BAFA ausgelöst. Beachtet man, dass Umfang und Zahl der Unterrichtungen durch das BAFA gesteuert und damit auf einem angemessenen Maß gehalten werden können, ist eine Verhältnismäßigkeit der Genehmigungspflicht gewährleistet.

Damit ist die nicht öffentliche Kommunikation in Form technischer Unterstützung nach Unterrichtung durch das BAFA in den Fällen der §§ 49 Abs. 1, 51 Abs. 1, 2 AWV genehmigungspflichtig.

## 3. Zwischenergebnis: Restriktiv zu handhabende Beschränkungen der Kommunikation mit dem Ausland

F muss bei jeder nicht öffentlichen Kommunikation mit dem Ausland betreffend der Herstellung und Entwicklung gelisteter Agenzien sich diese genehmigen lassen. Die Verhältnismäßigkeit der Genehmigungspflichten ist zwar fragwürdig, kann aber durch enge Auslegung und durch eine angemessene Durchführung der Genehmigungsverfahren noch gewährleistet werden. F muss sich auch Kommunikation in Drittländern oder mit Ausländern genehmigen lassen, bei der sie durch das BAFA unterrichtet wurde, dass diese im Zusammenhang mit der Verwendung für biologische Waffen oder mit einer militärischen Endverwendung in Embargoländern steht. Zumindest dabei ist von einer Verhältnismäßigkeit der Vorschriften auszugehen.

## IV. Internationale Kooperation

Kommunikationsbeschränkungen belasten internationale Forschungsk Kooperationen. Die Biowaffenkonvention kann mangels unmittelbarer Wirkung für Forscherin F in der Frage, wie internationale Forschungsk Kooperationen im Angesicht des Missbrauchsrisikos zu bewerten sind, eigentlich außen vor bleiben. Dennoch ist Deutschland an die Konvention gebunden und auch die EG-Dual-Use-Verordnung verweist in Erwägungsgrund 3 auf die internationalen Verpflichtungen der Mitglied-

33 Teetzmann (Fn. 1), S. 125 ff.; Kingreen, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, 2011, Art. 52 EU-GRCharta, Rn. 65 ff.

34 § 51 Abs. 2 AWV verweist hier auf Art. 4 Abs. 2 EG-Dual-Use-Verordnung.

staaten. Daher sollte hier noch darauf verwiesen werden, dass die Kommunikationsbeschränkungen mit dem besonderen Schutz internationaler Forschungs Kooperationen in der Biowaffenkonvention kollidieren. Art. X Abs. 1 Biowaffenkonvention verpflichtet zur Erleichterung internationaler Kooperation und Abs. 2 schützt diese vor einer sie behindernden Durchführung des Biowaffenverbots.<sup>35</sup>

Absatz 1 begründet eine Rechtspflicht<sup>36</sup> zur Erleichterung des Austauschs von wissenschaftlichen und technologischen Informationen zur Verwendung bakteriologischer Agenzien für friedliche Zwecke. Die Idee hinter dieser Pflicht ist für die Missbrauchsdiskussion höchst relevant:

Internationale Kooperation in der friedlichen Forschung soll verhindern, dass im Geheimen nicht friedliche Forschung betrieben werden kann.<sup>37</sup>

Art. X kann man im Spannungsverhältnis zu Art. III, dem Verbot der Verbreitung von Biowaffen, sehen. Die Vertragsstaaten der Konvention betonen jedoch, dass dieser Artikel nicht Art. X, also der internationalen Forschungs Kooperation, entgegengesetzt werden kann.<sup>38</sup>

Letztlich formuliert der Art. X Abs. 2 einen Vorrang friedlicher Forschungs Kooperation vor einer Prävention durch Isolation. Dort heißt es, die Konvention sei so durchzuführen, dass die wirtschaftliche und technologische Entwicklung und die internationale Kooperation im Bereich friedlicher bakteriologischer Tätigkeiten nicht behindert werde. Es muss nur nachgewiesen werden, dass friedliche Zwecke verfolgt werden. Gelingt einmal dieser Nachweis, kann ein abstraktes Missbrauchsrisiko nicht zur Beschränkung der Kooperation genügen. Eine Grenze dürfte jedoch gegeben sein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Kooperation miss-

braucht wird. Dann können begründete Zweifel an der Friedlichkeit der Zwecke erhoben werden.

Genehmigungspflichten, die auf solchen begründeten Zweifeln aufbauen, sind die §§ 49 Abs. 1, 51 Abs. 1, 2 AWW. Sie knüpfen an konkrete Verwendungszusammenhänge an und kollidieren daher nicht mit Art. X Abs. 2 Biowaffenkonvention.

Die Genehmigungspflichten der Art. 3 Abs. 1 EG-Dual-Use-Verordnung und des § 8 Abs. 1 AWW berücksichtigen hingegen nicht, ob friedliche Zwecke verfolgt werden und ob konkrete Anhaltspunkte für Missbrauchsabsichten bestehen. Der bloße Umgang mit Agenzien kann noch keinen solchen konkreten Anhaltspunkt bilden, da sonst immer Zweifel an der Friedlichkeit begründet wären.

Fraglich ist nur, ob Genehmigungspflichten schon als Behinderung internationaler Forschungs Kooperationen zu bewerten sind. Der Wortlaut spricht dafür: Im Französischen heißt es, dass *jede* Behinderung<sup>39</sup> vermieden werden soll. Die Staatenpraxis ist in der Frage der Exportkontrollen jedoch gespalten. Einerseits sind die Staaten des Wassenaar Arrangements auch Vertragsparteien der Biowaffenkonvention, andererseits kritisieren die blockfreien Staaten Exportkontrollen als ungerechtfertigte Behinderung.<sup>40</sup> In der Situation einer sich so widersprechenden Staatenpraxis ist dem Wortlaut der Konvention grundsätzlich Vorzug zu geben.<sup>41</sup>

Führen Genehmigungspflichten ohne Anhaltspunkte für Missbrauchsabsichten zu tatsächlichen Behinderungen internationaler Forschungs Kooperation sind sie also mit Art. X Abs. 2 Biowaffenkonventionen nicht vereinbar. Jede Forschungs Kooperation im Rahmen von Art. I Biowaffenkonvention muss jedoch mit friedlichen Zwecken gerechtfertigt werden. Es kann nicht im Rahmen von Art. X Abs. 2 Biowaffenkonvention gewollt sein, den

35 Art. X Biowaffenkonvention

„1. Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens verpflichten sich, den weitestmöglichen Austausch von Ausrüstungen, Material und wissenschaftlichen und technologischen Informationen zur Verwendung bakteriologischer (biologischer) Agenzien und von Toxinen für friedliche Zwecke zu erleichtern, und sind berechtigt, daran teilzunehmen. Vertragsparteien, die hierzu in der Lage sind, arbeiten ferner zusammen, um allein oder gemeinsam mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen zur Weiterentwicklung und Anwendung wissenschaftlicher Entdeckungen auf dem Gebiet der Bakteriologie (Biologie) zur Krankheitsverhütung oder zu anderen friedlichen Zwecken beizutragen.

2. Dieses Übereinkommen ist so durchzuführen, dass es keine Behinderung für die wirtschaftliche und technologische Entwicklung der Vertragsstaaten des Übereinkommens oder für die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet friedlicher bakteriologischer (biologischer) Tätigkeiten darstellt, einschließlich des internationalen Austausches von bakteriologischen (biologischen) Agenzien und Toxinen sowie von Ausrüstungen für die Verarbeitung, Verwendung oder Herstellung bakteriologischer

(biologischer) Agenzien und von Toxinen für friedliche Zwecke im Einklang mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens.“

36 Seventh BTWC Review Conference, Final Declaration, in: Final Document of the Seventh Review Conference, 2012, UN Doc. BWC/CONE.VII/7, S. 9, Rn. 50.

37 United States of America/Lederberg, Statement made at the informal meeting held on 5.8.1970, in: United Nations Disarmament Commission, Official Records, 1973, UN Doc. DC/234, S. 54 (56).

38 Seventh BTWC Review Conference (Fn. 36), Rn. 10.

39 „à éviter toute entrave“.

40 BTWC Meeting of the States Parties, Measures for full, effective and non-discriminatory Implementation of the Article X, 13.8.2013, UN Doc. BWC/MSP/2013/MX/WP.17, Rn. 3, 5; Seventh BTWC Review Conference, Implementation of Article X of the Convention: Background information document submitted by the Implementation Support Unit, 23.11.2011, UN Doc. BWC/CONE.VII/INF.8, Rn. 177.

41 A.A. Joyner, International law and the proliferation of weapons of mass destruction, 2009, S. 92, 118.

Behörden die Gelegenheit zu verwehren, zu kontrollieren, ob friedliche Zwecke gewollt sind. Zudem kann eine Unterscheidung zwischen Behinderungen und bloßen Belästigungen getroffen werden. Es dürfte auch über das Ziel des Schutzes internationaler Forschungskooperation hinausgehen, wenn Kontrollen verboten wären, die Schutz vor Proliferation gewährleisten und nicht mit einem Schaden für die Forschungskooperation verbunden sind. Um solche Schäden zu vermeiden, bedarf es, wie schon im Angesicht der Wissenschaftsfreiheit, schneller und unkomplizierter Genehmigungsverfahren.

Die Biowaffenkonvention schützt die internationale Kooperation friedlicher Forschung, solange keine konkreten Anhaltspunkte für einen Missbrauch gegeben sind. Daher ist erforderlich, dass, wenn F sich trotz Fehlens solcher Anhaltspunkte Kommunikation mit dem Ausland genehmigen lassen muss, die Verfahren so durchgeführt werden, dass sie keine tatsächliche Behinderung im internationalen Forschungsaustausch darstellen. Allein: F kann sich auf diesen Schutz nicht berufen, da die Biowaffenkonvention nur zwischen den Vertragsstaaten, nicht deren Bürgern, gilt.

#### **V. Schluss: Keine Beschränkungen im Inland, begrenzte Kommunikation mit dem Ausland**

Es ergibt sich also, dass F, während sie im Inland rechtlich unbeschränkt forschen kann, bei der Kommunikation mit dem Ausland trotz des Schutzes internationaler Forschungskooperation in der Biowaffenkonvention einige Beschränkungen beachten muss.

Die Durchführung von Forschungsvorhaben in den Biowissenschaften wird nicht wegen Missbrauchsrisiken beschränkt. Bedenken bestehen höchstens bei nicht erforderlichem offensivem Potential.

Die Publikation von Informationen über die Herstellung von Agenzien im Ausland ist hingegen genehmigungspflichtig. Davon sind allgemein zugängliche Informationen und die Grundlagenforschung ausgenommen. Nicht ausgenommen ist die Veröffentlichung von Informationen. Die Ausnahme für allgemein zugängliche In-

formationen sollte jedoch auf Ausfuhren zum Zweck der Veröffentlichung ausgeweitet werden. Die Genehmigungspflichten sind vor allem unter grundrechtlichen Gesichtspunkten fragwürdig. Die derzeitige Ausgestaltung der Genehmigungspflicht aus der EG-Dual-Use-Verordnung verstößt gegen die Wissenschaftsfreiheit, die Genehmigungspflicht aus der Außenwirtschaftsordnung bedarf einer restriktiven Auslegung.

Zwar wird die nicht öffentliche Kommunikation wie die Publikation im Ausland beschränkt, die Beschränkungen sind jedoch nicht im gleichen Maße Zweifeln ausgesetzt. Die punktuellen Genehmigungspflichten der §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 51 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AWV nach Unterrichtung über einen konkreten Verwendungszusammenhang sind verhältnismäßig, die Ausfuhrkontrollen müssen hingegen so ausgelegt und angewandt werden, dass es nicht zu übermäßigen Belastungen der Forschenden kommt.

Die Beschränkung grenzüberschreitender Kommunikation belastet auch die internationale Forschungskooperation. Internationale Kooperation friedlicher Forschung wird aber in der Biowaffenkonvention gegen die Argumentation mit der Prävention einer Biowaffenaufrüstung geschützt. Behinderungen lassen sich nur bei konkreten Anhaltspunkten rechtfertigen und anlasslose Kontrollen müssen so durchgeführt werden, dass sie noch keine tatsächliche Behinderung für die Forschung darstellen. F jedoch kann sich wegen der rein zwischenstaatlichen Wirkung der Konvention nicht darauf berufen.

Biowissenschaftlerin F muss also im derzeitigen Recht nicht befürchten, dass die Durchführung ihrer Forschung wegen Missbrauchsrisiken eingeschränkt wird. Sie muss aber damit rechnen, dass ihre Kommunikation mit dem Ausland, auch in Form von Publikationen, genehmigungspflichtig ist.

Der Autor ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht, Abteilung II (Völkerrecht und Rechtsvergleichung) und am Kompetenznetzwerk für das Recht der zivilen Sicherheit an der Universität Freiburg.



Hans-Heinrich Trute

„...that nature is the ultimate bioterrorist“ –  
Wissenschaftsfreiheit in Zeiten eines entgrenzten  
Sicherheitsdiskurses

Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Herausforderungen durch die Forschung

1. Sicherheitsrelevante Entwicklung

a) Die Risiken der Influenza-Forschung

b) Die Gain-of-Function Experimente

c) Biosafety und Biosecurity

d) Single Use, Dual Use oder Multiple Use

2. Zusammenfassung: Die mehrfache Ungewissheit

III. Wissenschaftsfreiheit und konkurrierende Rechtsgüter

1. Die Wissenschaftsfreiheit als Handlungs- und Kommunikationsfreiheit

a) Die Forschung als Handlungspraxis

b) Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit

2. Mögliche Einschränkungen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts

3. Die Risikoabwägung: Nur eine Risiko-Nutzen-Analyse?

4. Einschränkungen durch die EMRK

IV. Die Forschungsfreiheit: Einschränkungen und Verbote

1. Allgemein

2. Forschungsverbote oder -einschränkungen zur Wissensbeschränkung oder -unterdrückung

V. Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit

1. Wissensdistributionsverbote

a) Die Eigenschaften des Wissens

b) Anknüpfungen an die Handlungen Dritter

2. Das Problem des Zensurverbots

VI. Rahmenbedingungen der Forschungsförderung

VII. Ethikkodizes: Selbst- oder Fremdregulierung?

VIII. Schluss

In Zeiten eines entgrenzten Sicherheitsdiskurses werden Wissenschaftler schnell zu verantwortungslosen, verrückten Gesellen,<sup>1</sup> die um ihres überspannten Wissenschaftler-Egos, ihrer Reputation oder ökonomischer Interessen willen die Menschheit mit hochriskanten Experimenten gefährden und nebenbei Terroristen das Wissen zum Bau hochgefährlicher, die Menschheit bedrohender Bio-Waffen liefern. Anlass zu diesen Szenarien sind spektakuläre Forschungen der Influenza-Forscher, insbesondere die sogenannten *Gain-of-Function* (GOF) Experimente.<sup>2</sup> Letzter Anlass der Erregung in einer Kette von Experimenten war die Rekonstruktion des Virus der Spanischen Grippe durch *Reverse Genetics*.<sup>3</sup>

Zur Einhegung oder Verhinderung solcher oftmals als zu riskant empfundenen Experimente, zumal in einem Bereich, der wie wenige andere Gegenstand von Untergangsvisionen ist,<sup>4</sup> sollen Reflexionslasten, Selbstverpflichtungen, neue Ethikkommissionen, Forschungseinschränkungen, Forschungsverbote, Publikationseinschränkungen und -verbote helfen. Vor dem Hintergrund auch medial hochgetriebener Risiken wirkt die Wissenschaftsfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG schnell wie aus der Zeit gefallen. Als vorbehaltloses Grundrecht ist sie allerdings eine Grenzmarkierung, die in ihrer Bedeutung offenbar minimiert werden muss. Dazu steht der seit 9/11 gepflegte, entgrenzte Sicherheitsdiskurs zur Verfügung, der auch in anderen Feldern seine enormen Rechnungen zu Lasten von Freiheitsgarantien präsentiert. Der hochrangige Zweck der Sicherheit, die diffuse Bedrohung durch Terrorismus, die nicht näher spezifi-

1 Der nicht eben für Übertreibungen bekannte *Lord May* schrieb im Hinblick auf die Rekonstruktion des Virus der Spanischen Grippe von 1918: „The work they are doing is absolutely crazy. The whole thing is exceedingly dangerous“ (...) „Yes, there is a danger, but it's not arising from the viruses out there in the animals, it's arising from the labs of grossly ambitious people.“, zitiert nach *Connor*, American Scientists controversially recreate deadly Spanish Flu Virus, *The Independent*, 11.6.2014; *Wain-Hobson* vom Institut Pasteur (Paris) wird mit den Worten zitiert: „It's madness, folly. It shows the profound lack of respect for the collective decision. Making process we've always shown in fighting infections. If society, the intelligent layperson, understood what was going on, they would say ‚What the F are you doing‘“, zitiert nach *Sample*, Scientists condemn ‚crazy‘ ‚dangerous‘ creation of deadly airborne flu virus, *The Guardian*, 11.6.2014.

2 Als *Gain-of-Function* Experimente bezeichnet man diejenigen Experimente, die die Übertragung auf Mammalia und die Pathogenität von Viren im Wege genetischer Änderung des Virus verändern. Eine informierte Diskussion der Risiken und der potentiellen Vorteile findet sich bei *Casadevall/Imperiale*, Risks and benefits of Gain-of-Function Experiments with Pathogens of Pandemic Potential, Such as Influenza Virus: a Call for a Science-Based Discussion, *MBio* (5/4), 2014, S. 1-5.

3 *Watanabe*, Circulating Avian Influenza Viruses Closely Related to the 1918 Virus Have Pandemic Potential, *Cell Host & Microbe* (15/6), 2014, S. 692-705.

4 Zu den Ängsten vor Epidemien vgl. *Eckart*, Die Erregung der Erreger, *Süddeutsche Zeitung* v. 2.3.2015 S. 11.

ziert werden kann, da sie überall und jederzeit manifest werden kann, soll dann jede Einschränkung von Freiheitsrechten rechtfertigen. Der vorgeblich gute Zweck heiligt die Mittel.

Man muss die unter den Stichworten *Biosafety* und *Biosecurity* diskutierten Sicherheitsprobleme nicht leugnen, um sich gleichwohl zu wundern, mit welcher leichten Hand Grundrechtsgarantien einem mehr oder weniger strukturierten Abwägungsdiskurs und einem Ethikregime anheim gegeben werden, um Sicherheitsgewinne zu erzielen, deren Charakteristika vor allem darin bestehen, dass sie abstrakt und intransparent bleiben. Wo die Bedrohungsszenarien diffus bleiben und die Anhaltspunkte für ihre Relevanz das Licht der Öffentlichkeit scheuen, kann der Sicherheitsgewinn nicht bemessen werden. Man kennt das aus anderen Bereichen: Je diffuser die Bedrohungsszenarien und möglichen Sicherheitsprobleme sind, desto mehr wird ein schon in die Terminologie hineinreichender Überbietungsdiskurs gepflegt, bei dem enorme Schadenspotentiale beschworen werden, die dann das Nichtwissen über reale Bedrohungen ausgleichen sollen.<sup>5</sup> Wenn etwa die wissenschaftliche Publikation als Bauanleitung für Massenvernichtungswaffen medial konstruiert wird, ist ein Verbot offenkundig nicht mehr rechtfertigungsbedürftig. So gerät die Wissenschaftsfreiheit unter Rechtfertigungsdruck. In der allfälligen Abwägung hat der Forscher dann den Nutzen seiner Tätigkeit darzustellen, um gegenüber den solchermaßen stets überwältigenden Risiken bestehen zu können. Der Hinweis, die Forschung ermögliche Wissen, das auch für die Gesundheit mittelfristig Bedeutung haben könne, wird als zu diffus bewertet, im Gegensatz zu den schneller einleuchtenden Bedrohungsszenarien, die freilich oftmals ohne jede Konkretisierung daherkommen. Damit wird eine Asymmetrie in die Diskussion eingeführt, die Rückwirkungen für die Wissenschaftsfreiheit hat.

Nachfolgend werden zunächst die Szenarien der Forschung und ihre Risiken etwas genauer beleuchtet und insbesondere die Struktur der Gefährdung deutlicher

herausgearbeitet. Vor diesem Hintergrund kann die Wissenschaftsfreiheitsgarantie dann der Problemlage entsprechend differenziert nach Forschung und Kommunikation entfaltet werden.

## II. Herausforderung durch die Forschung

Gegenüber den oben angedeuteten Szenarien ist zunächst das Gefährdungsproblem einer näheren Analyse zu unterziehen. Dabei geht es sowohl um die Art wissenschaftlicher Experimente und die Publikation der Erkenntnisse, als auch um die Struktur der Gefährdung, von der die Rede ist.

Wie immer, wenn die Wissenschaft und ihre Freiheitsgarantie in der Kritik stehen, ist dies nicht zuletzt durch Fortschritte der Wissenschaft selbst induziert, durch das erhöhte Auflösungs- und Rekombinationsvermögen derselben,<sup>6</sup> das gesellschaftliche Erwartungen begründet und enttäuscht, vorhandene Routinen, Lebens- und Geschäftsmodelle verändert oder ethisch neu zu bewertende Optionen eröffnet und damit als riskant wahrgenommen wird. Die Forschung wird dabei von einem Risikodiskurs begleitet, in dem nicht nur plausible Risikoszenarien entworfen werden, sondern auch wenig realitätstaugliche Überbietungs- oder Verharmlosungs-szenarien. Dies galt in der Risikodebatte, der Stammzellforschung, der Reproduktivmedizin, der grünen und roten Gentechnik ebenso wie in der Nanotechnologie und für die Hirnforschung darf in naher Zukunft Ähnliches erwartet werden.<sup>7</sup> Nicht selten reagiert die Politik mit Regulierung auf die Überbietungsszenarien.<sup>8</sup> Das droht auch im vorliegenden Fall, nicht nur in Deutschland. Jedenfalls aber wirft es stets aufs Neue das Problem der Abstimmung von Wissenschaft und Gesellschaft auf.

### 1. Sicherheitsrelevante Entwicklungen

Nicht zu verkennen ist, dass sich die Umstände der Forschung in erheblicher Weise verändert haben, keineswegs nur durch terroristische Bedrohungen, sondern

5 Vgl. die ausführliche Diskussion bei *Miller/Selgelid/van der Bruggen*, Report on Biosecurity and Dual Use Research. A Report for the Dutch Research Council, 2011, S. 22 ff., die objektive und subjektive Risikoeinschätzungen unterscheiden und die Zwänge der Politik angesichts subjektiver Einschätzungen betonen, ohne dabei freilich die Risiken der Politik selbst zu übersehen. Allerdings dürften weder die subjektiven Einschätzungen unabhängig von Politik sein, noch dürften allein auf der Basis von subjektiven Risikoeinschätzungen Einschränkungen von Grundrechten ohne Weiteres zu rechtfertigen sein.

6 Dazu und zum Folgenden Deutscher Ethikrat, Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft, 2014, S. 27 ff., <http://www.ethikrat.org/publikationen/stellungnahmen/biosicherheit> (5.3.2015).

7 Bei letzterer zeigen sich allerdings Enttäuschungserscheinungen; vgl. einerseits Das Manifest. Was wissen und können Hirnforscher heute?, <http://www.spektrum.de/thema/das-manifest/852357> (22.1.2015); dagegen Memorandum „Reflexive Neurowissenschaft“, <https://www.psychologie-heute.de/home/lesenswert/memorandum-reflexive-neurowissenschaft/> (22.1.2015).

8 Zur Kritik vgl. bereits *Trute*, Wissenschaft und Technik, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 88 Rn. 1; zur Diskussion aus der Sicht der Bioethik vgl. zu den Überbietungs- und Verharmlosungsdiskursen *Scott*, Toward a Better Bioethics, *SciEngEth* (15), 2009, S. 283–291.

auch durch die Globalisierung und nicht zuletzt durch die Entwicklungen in der Wissenschaft selbst.<sup>9</sup> So werden in der Virusforschung seit geraumer Zeit gentechnische Methoden eingesetzt, um die Pathogenität und die Transmissibilität von Erregern zu untersuchen und diese zu verändern. Durch Fortschritte der Lebenswissenschaften, der Bioinformatik und der Genomforschung sowie der Entwicklung schneller und kostengünstiger Sequenzierungsverfahren wird die Analyse von Pathogenitätsfaktoren deutlich verbessert. Die Systembiologie ermöglicht Erkenntnisse über Wirt/Erreger-Verhältnisse. Insgesamt eröffnet das Ensemble verschiedener Entwicklungen avancierte Schritte. Diese dienen letztlich dem Ziel, verbesserte Therapieansätze zu entwickeln. Aber in der Veränderung der Pathogenität und Transmissibilität können auch nicht unerhebliche Risiken erzeugt werden. Von einer anderen Seite drängen – wie auch sonst in der Wissenschaft – Bewegungen wie Citizen Science<sup>10</sup> oder hier die Open-Access-Biologie in den Vordergrund und nähren Befürchtungen,<sup>11</sup> mit dem Erwerb günstigen Forschungsequipments in diesem Bereich könnten wissenschaftliche Ergebnisse auch von „Laien“ zu terroristischen Zwecken genutzt werden.<sup>12</sup> Daher sind nicht mehr nur die Risiken der Forschung

selbst Gegenstand der Besorgnis (Biosafety), sondern auch die mögliche Nutzung der Forschungserkenntnisse durch Terroristen (Biosecurity). Im Hinblick auf den letzteren Aspekt werden dann schon terminologisch aus anderen Bereichen bekannte Semantiken übertragen, wie die Dual-Use-Problematik, die dann als Dual Use Research of Concern (DURC)<sup>13</sup> auf dem Display der Wissenschaftsfreiheitsdebatte erscheint.<sup>14</sup> Insoweit hat sich schon der Kontext der Forschung erheblich verändert.

#### a) Die Risiken der Influenza-Forschung

Der Ausgangspunkt der gegenwärtigen Debatte liegt, wie schon gesagt, in durchaus sicherheitsrelevanten Forschungen insbesondere der Influenza-Community, ist aber keineswegs darauf beschränkt. Dies galt etwa schon für die Rekonstruktion des Erregers der Spanischen Grippe von 1918 in jahrelanger Arbeit durch drei renommierte wissenschaftliche Institutionen mit dem Ziel, Impfstoffe zu entwickeln.<sup>15</sup> Auch davor und danach hat es Rekonstruktionen verschiedenster Viren gegeben.<sup>16</sup> Anlass der Debatte waren indes vor allem zwei im Jahre 2012 zur Veröffentlichung führenden Experimente,<sup>17</sup> die zum Ziel hatten, mittels mutierter Varianten des H5N1-

9 Miller/Selgelid/van der Bruggen, Report (Fn. 5), S. 22 ff.

10 Vgl. dazu Fincke, Citizen Science, 2014.

11 Unter dem Stichwort De-Skilling wird dies ausführlich debattiert, vgl. Chyba, Biotechnology and the Challenge to Arms Control, Arms Control Today (36) 2006, S. 11-17; Epstein, The Challenges of Developing Synthetic Pathogens, Bulletin of the Atomic Scientists, 2008. Dabei ist eine technologiezentrierte Sichtweise unübersehbar, die gleichsam eine De-Professionalisierung der Systembiologie zu einem Lego-Baustein-Arrangement innerhalb weniger Jahre annimmt; dieses ist theoretisch wenig überzeugend und empirisch nicht validiert. Vgl. auch das Resumé von Tucker, Can Terrorists Exploit Synthetic Biology? New Atlantis, 2011, S. 74 f.: „In sum, although certain aspects of parts-based synthetic biology may well become more accessible to non-experts, the field's explicit de-skilling agenda is far from becoming an operational reality.“; ebenso National Science Advisory Board for Biosecurity, Addressing Biosecurity Concerns Related to the Synthesis of Select Agents, 2006.

12 Zweifeln zu Recht Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 41, mit dem Hinweis auf notwendige Expertise und vor allem das erforderliche tacit knowledge; ebenso Miller/Selgelid/van der Bruggen, Report (Fn. 5), S. 15: „(...) a rather high hypothetical value (...)“.

13 United States Government Policy for Oversight of Life Sciences Dual Research of Concern, [http://osfp.od.nih.gov/sites/default/files/resources/United\\_States\\_Government\\_Policy\\_for\\_Oversight\\_of\\_DURC\\_FINAL\\_version\\_032812\\_1.pdf](http://osfp.od.nih.gov/sites/default/files/resources/United_States_Government_Policy_for_Oversight_of_DURC_FINAL_version_032812_1.pdf) (22.1.2015): „For the purpose of this Policy, DURC is life sciences research that, based on current understanding, can be reasonably anticipated to provide knowledge, information, products or technologies that could be directly misapplied to pose a significant threat with broad potential consequences to public health and safety, agricultural crops and other plants, animals, the environment, material, or national security.“; Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 83 ff.

14 Nicht zuletzt die Entscheidung eines niederländischen Gerichts, eine Regierungsentscheidung aufrechtzuerhalten, nach der Wissenschaftler eine Exportgenehmigung auf der Grundlage der Dual-Use Verordnung für eine Veröffentlichung über eines der 2012 zur Veröffentlichung anstehenden Experimente (siehe Fn. 17); dazu auch Butler, Pathogen-research laws queried, Nature (403) 2013, S. 19.

15 Taubenberger/Kash, Insights on influenza pathogenesis, from the grave, Virus Res. (162), 2011, S. 2-7; Taubenberger et al., Characterization of the reconstructed 1918 Spanish Influenza virus polymerase genes, Nature (437), 2005, S. 889-893; Tumpey et al., Characterization of the reconstructed 1918 Spanish influenza pandemic virus, in: Science (310/5745), 2005, S. 77-80; ausführliche Darstellung der Gründe auch in CDC, Reconstruction of the 1918 Influenza Pandemic Virus, <http://www.cdc.gov/flu/about/qa/1918flupandemic.htm> (22.1.2015); zu den ermöglichten Fortschritten vgl. auch Taubenberger et al., Reconstruction of the 1918 influenza virus: unexpected rewards from the past. mBio (3/5), 2012, e00201-12. doi:10.1128/mBio.00201-12; für eine kurze Schilderung und Analyse vgl. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 51 f.

16 Vgl. die Nachweise bei Tucker, Terrorists (Fn. 11), S. 69-81.

17 Imai et al., Experimental adaptation of an influenza H5HA confers respiratory droplet transmission to a reassortant H5HA/H1N1 virus in ferrets, Nature (486/7403), 2012, S. 420-428; Herfst et al., Airborne transmission of influenza A/H5N1 virus between ferrets, Science (336/6088), 2012, S. 1534-1541; eine Schilderung des langen Prozesses der Konzeption und Durchführung der Arbeiten findet sich bei Fouchier/Herfst/Osterhaus, Public Health and Biosecurity. Restricted Data on Influenza H5N1 Virus Transmission, Science (335/6069), 2012, S. 662-663; vgl. auch die Nachweise bei Lipsitch/Galvani, Ethical Alternatives to Experiments with Novel Potential Pandemic Pathogens, PLoS Med (11/5), 2014, e1001646.

Virus zu prüfen, ob diese auch im Luftwege übertragen werden können (anders als der Wildtyp, der nur bei Körperkontakt und ohnehin selten übertragen werden kann). Die erregte Debatte führte zunächst zur Empfehlung des amerikanischen National Science Advisory Boards für Biosecurity (NSABB), die Ergebnisse nicht zu publizieren; am Ende aber wurden die überarbeiteten Ergebnisse publiziert. Es folgte ein einjähriges freiwilliges Moratorium für entsprechende Versuche.<sup>18</sup> Umstritten aber bleiben diese weiterhin,<sup>19</sup> befeuert nicht zuletzt durch weitere Experimente, wie die Herstellung des Virus der Spanischen Grippe von 1918 durch die Forschungsgruppe um Yoshihiro Kawaoka aus in wilden Enten gefundenen Fragmenten, mit dem Ziel die Übertragungsmöglichkeiten des Virus zu analysieren.<sup>20</sup>

#### b) Die Gain-of-Function Experimente

Es sind vor allem bestimmte sog. Gain-of-Function (GOF) Experimente und die mit ihnen verbundenen wirklichen oder vermeintlichen Risiken,<sup>21</sup> die die Kritik herausfordern. Diese hat mittlerweile zu einem (erzwungenen) Moratorium durch den Stopp der öffentlichen US-amerikanischen Finanzierung von bestimmten GOF-Experimenten geführt.<sup>22</sup>

Allerdings zeigt eine ausführliche Diskussion der Artikel von 2012, die Auslöser der erneuten Debatte waren und sind,<sup>23</sup> dass ungeachtet der Abwägung von Risiken und Nutzen doch verhältnismäßig wenig über die Ausbreitungsbedingungen von Influenza-Viren bekannt ist und dass eine breit angelegte Ausbreitungsforschung notwendig ist, auch in der Anlage der bisherigen GOF-

Experimente. Eine mittlerweile als Aufreger fungierende Schlussaussage ist: „In considering the threat of bioterrorism or accidental release of genetically engineered viruses, it is worth remembering that nature is the ultimate bioterrorist.“<sup>24</sup>

#### c) Biosafety und Biosecurity

Es dürfte kaum einem Zweifel unterliegen, dass bestimmte GOF-Experimente mit erheblichen Risiken einhergehen können. Dieser Risikoaspekt (Biosafety) soll in erheblichem Umfang durch Anforderungen an den Forschungsprozess und die Labor- und Arbeitssicherheit abgefangen werden. Die Risiken für das Forschungspersonal ebenso wie die Risiken einer unbeabsichtigten Freisetzung sollen dabei durch die Einstufung des Gefahrenpotentials und entsprechende Sicherheitsanforderungen soweit reduziert werden, dass sie als hinnehmbar angesehen werden können. Soweit ersichtlich ist bisher keine belegte Freisetzung eines solchermaßen veränderten Virus aufgetreten,<sup>25</sup> wohl aber mögen Meta-Analysen dafür sprechen, dass die Möglichkeit eines unbeabsichtigten Entweichens kaum je ausgeschlossen werden kann.<sup>26</sup>

Befürchtet wird darüber hinaus, dass die Materialien und das generierte Wissen zur Produktion von biologischen Massenvernichtungswaffen durch Terroristen benutzt werden könnte (Biosecurity). Im Ausgangspunkt gilt es dabei festzuhalten, dass nicht etwa Forscher und Forscherinnen verdächtigt werden, etwas Illegales vorzuhaben und zum Bioterrorismus beizutragen. Zwar kann man mit guten Gründen davon ausgehen, dass es

18 Vgl. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 9 ff.

19 *Treva*, Do not censor science in the name of biosecurity, *Nature* (486), 2012, S. 295; *Butler*, Freeze on mutant-flu research set to thaw, *Nature* (486/7404), 2006, S. 449–450; *Dickmann/Dorsten/Becker*, Wir müssen die Risiken aushalten, *FAZ*, 20.12.2012.

20 *Watanabe*, Circulating Avian Influenza (Fn. 3); *Connor*, American Scientists controversially recreate deadly Spanish Flu Virus, *The Independent*, 11.6.2014.

21 Eine informierte Diskussion der Risiken und der potentiellen Vorteile findet sich bei *Casadevall/Imperiale*, Risks and Benefits (Fn. 2); *Lipsitch/Galvani*, Ethical Alternatives (Fn. 17).

22 *Kaiser*, Researchers rail against moratorium on risky virus experiments, *Science*, 22.10.2014, <http://news.sciencemag.org/biology/2014/10/researchers-rail-against-moratorium-risky-virus-experiments> (21.1.2015).

23 *Doherty/Thomas*, Dangerous for ferrets: lethal for humans?, *BMC Biol.* (10), 2012, S. 10; *Fouchier et al.*, Preventing pandemics: the flight over flu, *Nature* (481), 2012, S. 257–259; *Osterholm/Kelley*, Mammalian-transmissible H5N1 influenza: facts and perspective, *MBiol* (3), 2012, S. 2; *Palese*, Don't censor life-saving science, *Nature* (481), 2012, S. 115; *Webster*, Mammalian-transmissible H5N1 influenza: the dilemma of dual-use research, *MBio* (3), 2012, S. 1; *Morens/Subbarao/Taubenberger*, Engineering H5N1 avian influenza viruses to study human adaptation, *Nature* (486), 2012, 335; *Fouchier et al.*, Gain-of-Function-Experiments on

H7N9, *Science* (341), 2013, <http://www.sciencemag.org/content/341/6146/612.full.pdf> (21.1.2015).

24 *Morens/Subbarao/Taubenberger*, Engineering H5N1 (Fn. 23), S. 338; Vgl. dort (S. 335–340) die ausführliche Diskussion der beiden Artikel einschließlich der medialen Übertreibungen und des derzeitigen Stands der Forschung; auch die ausführliche Rekonstruktion der Debatte bei *Casadevall/Imperiale*, Risks and benefits (Fn. 2); vgl. auch WHO, Report on technical consultation on H5N1 research issues, 2012, [http://www.who.int/influenza/human\\_animal\\_interface/mtg\\_report\\_h5n1.pdf?ua=1](http://www.who.int/influenza/human_animal_interface/mtg_report_h5n1.pdf?ua=1) (21.1.2015); *Perez*, Hung up on the Wrong Questions, *Science* (335), 2012, S. 799–801; krit. etwa *Wain-Hobson*, The Gain-of-Function Experiment of Great Concern, *mBio* (5/5), 2014, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4205792/> (21.1.2015).

25 Das ist allerdings umstritten. *Lipsitch/Galvani*, Ethical Alternatives (Fn. 17) gehen unter Berufung auf *Webster et al.*, Evolution and ecology of influenza A viruses, *Microbiol Rev* (56), 1992, S. 152–179 davon aus, dass ein H1N1 Influenza Strang, der von 1977–2009 virulent war, aus einem Laborunfall stammen soll („is thought to have originated“). Der Verweis ist allerdings nicht überzeugend und das Ergebnis als solches wiederum der Kritik ausgesetzt vgl. *Sample*, Virus experiments risk unleashing global pandemic, study warns, *The Guardian*, 21.5.2014.

26 *Lipsitch/Bloom*, Rethinking Biosafety in Research on Potential Pandemic Pathogens, *mBio* (3/5), 2012, S. 1–3.

auch aus dem Inneren eines Labors heraus zu bioterroristischen Anschlägen kommen kann. Folgt man den Untersuchungen des FBI, soll die Freisetzung des Milzbrandregens Anthrax 2001 in den USA von einem Forscher einer amerikanischen Militärforschungseinrichtung erfolgt sein, auch wenn Zweifel an dieser Version bleiben.<sup>27</sup> Aber dieses Szenario dürfte eher mit Maßnahmen der Laborsicherheit zu adressieren sein, als mit dem Verbot oder der Einschränkung von Forschung und Publikationen. Es ist vor allem das von Wissenschaftlern produzierte Wissen mit Dual-Use Potential, das als riskant gilt. Daran ist zweierlei bedeutsam: Es wird der eher seltene Fall sichtbar, in dem Ansprüche auf Sicherheit dazu führen sollen, Wissen entweder nicht zu generieren oder nicht zu publizieren,<sup>28</sup> weil es von anderen genutzt werden kann, um damit schädliche Absichten zu verfolgen.<sup>29</sup> Die mögliche Verwendung durch Dritte wird zum Ausgangspunkt von Regulierungsinteressen<sup>30</sup> und zwar nicht gegenüber denjenigen, die schädliche Verwendungen beabsichtigen, sondern denjenigen, die zu weiteren wissenschaftlichen Erkenntniszwecken dieses Wissen (und die damit verbundenen Artefakte in Form von wissenschaftlichen Objekten) generieren.<sup>31</sup>

#### d) Single Use, Dual Use oder Multiple Use

Der Begriff des Dual Use, der das Stichwort für Regulierungsinteressen abgibt, hat dabei eine erstaunliche Karriere hinter sich.<sup>32</sup> Dieser Begriff suggeriert eine

bestimmte Eigenschaft der Produkte, Technologien und des Wissens, die die Regulierungsinteressen rechtfertigt.

aa) Er diene zunächst der Bezeichnung einer wissenschaftspolitischen Position der Nachkriegszeit, die Spillover-Effekte der Militärtechnologie in den privaten industriellen Bereich und umgekehrt als einen Weg benannte, angemessene Innovationen trotz Reduktion der Militärforschung in diesem Bereich zu erzielen. Die Unterscheidung von bene- und malevolenten Nutzungsmöglichkeiten ein und derselben Technologie kam erst später hinzu. Auch seine Nutzung im Bereich der Life Sciences datiert verhältnismäßig spät. Auch die Biowaffen-Konvention kennt diesen Begriff nicht, sondern legt in Art. 10 ausdrücklich ein Gewicht auf die internationale Zusammenarbeit und den Austausch von Agenzien und Toxinen zu friedlichen Zwecken.<sup>33</sup> Dies steht im Einklang mit der WHO-Politik über einen Austausch der Viren und Erreger im Rahmen des PIP Frameworks, insbesondere die weniger entwickelten Staaten an der Entwicklung von Mitteln und auch an der Forschung im Sinne einer effektiven Pandemie-Präventionspolitik teilhaben zu lassen.<sup>34</sup> Erst im Gefolge der Anthrax-Briefe im Kontext von 9/11 ist diese Begrifflichkeit zu einer Grundfrage der Forschung aufgewertet worden.<sup>35</sup>

Dies trifft zusammen mit der Fragmentierung der internationalen Ordnung und den damit verbundenen Schwierigkeiten, ein stabiles Exportkontrollregime zu etablieren.<sup>36</sup> Wo die Bedrohung nicht mehr allein von

27 Das FBI hat in seiner abschließenden Erklärung Bruce Ivins, Forscher in dem U.S. Army Medical Research Institute for Infectious Diseases (USAMRIID) als verantwortlichen Täter ausgemacht, der im Jahre 2008 wenige Tage vor der Anklageerhebung Selbstmord beging. Allerdings verbleiben nach der Untersuchung etwa der National Academies of Science weiterhin Zweifel an dieser Version; vgl. die Presseerklärung der NAS v. 5.02.2011 <http://www8.nationalacademies.org/onpinews/newsitem.aspx?RecordID=13098> (22.1.2015); eine neue Studie des Government Accountability Office ist ebenfalls skeptisch im Hinblick auf die vom FBI gezogenen Schlüsse; vgl. *Broad*, Inquiry in Anthrax Mailings Had Gaps, Report Says, New York Times, 20.12.2014, S. A 13.

28 Das Exzeptionelle betonen auch *Marchant/Pope*, The Problems with Forbidding Science, *SciEngEth* (15), 2009, S. 375-394, 376.

29 Dies ist allerdings nicht ohne historische Präzedenzfälle; vgl. ausführlich *Laughlin*, Das Verbrechen der Vernunft. Betrug an der Wissensgesellschaft, 2008.

30 Es darf auch nicht übersehen werden, dass die Restriktion der Proliferation des Wissens und der Fertigkeiten im Umgang mit den genetisch rekonstruierten oder veränderten Viren (vgl. etwa *Butler, Freeze* (Fn. 19)) auch zur Aufrechterhaltung einer Ungleichverteilung des Wissens führt, die für das Feld von Pandemien schon im Allgemeinen hohe Risiken begründet. Dazu und zu den Ansätzen der WHO die Ungleichverteilung im Rahmen des internationalen Pandemierahmens zu berücksichtigen *Trute*, How to deal with pandemics? (i.E.) (preprint unter [\[minervaextremelaw.haifa.ac.il/images/Trute-2014-How\\\_to\\\_deal\\\_with\\\_pandemics.pdf\]\(http://minervaextremelaw.haifa.ac.il/images/Trute-2014-How\_to\_deal\_with\_pandemics.pdf\) \(22.1.2015\); WHO, Report on technical consultation on H5N1 research issues, 2012, \[http://www.who.int/influenza/human\\\_animal\\\_interface/mtg\\\_report\\\_h5n1.pdf?ua=1\]\(http://www.who.int/influenza/human\_animal\_interface/mtg\_report\_h5n1.pdf?ua=1\) \(22.1.2015\); \*Fouchier/Herfst/Osterhaus\*, Restricted Data \(Fn. 17\), S. 662 f., mit der zutreffenden Bemerkung, dass die Restriktionen dem WHO-Ansatz des Sharings mit den betroffenen Ländern im Rahmen des PIP Framework widersprechen; ebenso \*Faden/Karron\*, The Obligation to Prevent the Next Dual-Use Controversy, \*Science\* \(335\), 2012, S. 802-804.](http://</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

31 Bisher hat es kaum bekannte Fälle der Verwendung von Agenzien zu terroristischen Zwecken gegeben, jenseits der wenigen, immer wieder bemühten Versuche vor längerer Zeit, wie etwa dem Anschlag der AUM-Sekte in Tokio, dessen genauere Analyse ebenfalls erhebliche Zweifel an der Begründung von Überbietungsszenarien gibt; vgl. auch *Miller/Selgelid/van der Bruggen*, Report (Fn. 5), S. 22 mit der Frage, ob dies nicht die Frage nach der Rechtfertigung von Einschränkungen aufwirft.

32 *Miller/Selgelid/van der Bruggen*, Report (Fn. 5), S. 8 ff.; *Reppy*, Managing Dual Use in an Age of Uncertainty, *The Forum* (4/1), 2006, S. 1-7.

33 Zur Reichweite im Hinblick auf die missbrauchsanfällige Verwendung *Teetzmann*, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung – Gutachten für den Deutschen Ethikrat, 2014, S. 132 f.

34 *Trute*, How to Deal (Fn. 30).

35 *Miller/Selgelid/van der Bruggen*, Report (Fn. 5), S. 11 ff., 18 ff.

36 *Reppy*, Managing Dual Use (Fn. 32), S. 1-7.

Staaten ausgeht, die unschwer als mögliche Adressaten von Einschränkungen oder Verpflichtungen in Anspruch genommen werden können, fällt die Schaffung eines stabilen Rahmens schwerer. Ungeachtet dessen ist der Begriff des Dual Use alles andere als klar.<sup>37</sup> Jedenfalls nimmt er im Bereich der Biowissenschaften eine neue Bedeutung an, insofern er nicht mehr in erster Linie auf Exporteinschränkungen bezogen wird, sondern zudem Verbote oder Einschränkungen der Generierung von Wissen legitimieren soll. Offenkundig wird er in dem amerikanischen Kontext zudem häufig anders verwendet als im europäischen. Während im amerikanischen Kontext eher die Technologie und ihre (damit abstrakte) Gefährlichkeit als solche betont wird, soll in Europa eher der Anwendungskontext bedeutsam sein.<sup>38</sup> Auch wenn dies eine Simplifikation der Zusammenhänge darstellen mag, so bringt dies unterschiedliche Ansätze der Risikoeinschätzung zum Ausdruck und mag erklären, warum es in den USA leichter fällt, bestimmte Agenzien und Praktiken generell als gefährlich einzustufen und daraus regulatorische Konsequenzen abzuleiten. Die unbesehene Übertragung in einen anderen Kontext hat dann Folgen für das Risikokzept.

bb) Mit der Übertragung der Dual-Use-Problematik auf die Influenza-Forschung wird darüber hinaus leicht übersehen, dass es hier, jedenfalls soweit es nicht Agenzien etc. betrifft, nicht um die Beurteilung der möglichen Risiken von Produkten geht, sondern, sieht man einmal von den Risiken der Experimente selbst ab, um die Risiken des Gebrauchs von Wissen. Wissen aber ist eine Konstruktion des Verwenders, also desjenigen, der Informationen und Kommunikate rezipiert und in einen Kontext von Relevanzen einfügt,<sup>39</sup> was immer derjenige sagen wollte, der sie zunächst geäußert hat. Von daher ist Dual-Use nicht eine Eigenschaft des Wissens, sondern die Zuschreibung von Verwendungsmöglichkeiten bzw. deren Realisierung. Multiple Use steht für die Funktion der immer wieder neuen Anregung, vorhandene Informationen und Wissen für Neues umzucodieren. Das unterscheidet Wissen von Produkten, die üblicherweise in einem Kontext des Bekannten verhältnismäßig gut verortet werden können. Sie sind gewissermaßen gefrore-

nes und damit eng gekoppeltes Wissen im Rahmen einer Technologie, deren künftige Verwendung jedenfalls in gewissem Umfang bestimmt werden kann. Eine Zentrifuge, das weiß man, kann für vielfältige industrielle und wissenschaftliche Zwecke verwendet werden, aber eben auch im Rahmen der Produktion von Atomwaffen. Das ist bei Wissen im Ausgangspunkt anders. Selbst wenn es auf den ersten Blick scheint, als könnte man die künftigen Verwendungen einigermaßen bestimmen, so lässt sich die Verwendung in der Zeit nicht wirklich übersehen. Es lässt sich nicht ausschließen, dass Wissen später in einem anderen Kontext von Bedeutung ist, und sei es nur als Anregung zur Veränderung von Fragestellungen.<sup>40</sup> Darin liegt aber gerade ein wesentliches Argument für die prinzipielle Öffentlichkeit der Wissenschaft. Daher ist es schwer, hinreichend sichere Kriterien für die Bestimmung von Risiken der Verwendung von Wissen zu bestimmen.

cc) Im vorliegenden Kontext wird zudem unterstellt, dass dieses Wissen (ganz im Sinne der abstrakten Gefährdung) ohne Weiteres für eine malevolente Verwendung genutzt werden kann. Schon allgemein gilt, zumal in den Laborwissenschaften, dass erst eine Mischung aus implizitem Wissen einer Forschungspraxis, informellen Kommunikationen und explizitem und damit verallgemeinerungsfähigem Wissen es ermöglicht, Ergebnisse zu erzielen.<sup>41</sup> Erst eine anspruchsvolle Praxis in Hochsicherheitslaboren macht diese Ergebnisse und ihre Weiterverwendung möglich. Um diesem Problem zu entgegen, soll die Einschränkung einer *direkten Verwendbarkeit* das Ausufern der Dual-Use Problematik verhindern.<sup>42</sup> Nur bei „Kochrezepten“ der Forschung solle es zu Einschränkungen kommen. Der Vergleich ist instruktiv. Wäre es – um in dem Bild zu bleiben – so einfach aus Kochrezepten Sternemenüs zu produzieren, ein jeder könnte Sternekoch sein, vielleicht nach einiger Übung. Das suggestive Bild des Kochrezepts oder der direkten Verwendbarkeit geht an den anspruchsvollen Voraussetzungen der Praxis der Wissenschaften vorbei.<sup>43</sup> Es braucht stets mehr als veröffentlichtes Wissen, um Erkenntnisse dieser Art zu replizieren und in malevolente Verwendungen zu transformieren.<sup>44</sup>

37 Forge, A Note on the Definition of „Dual Use“, SciEngEth (16), 2010, S. 111–118.

38 Pustovitz/Williams, Philosophical aspects of Dual Use Technologies, SciEngEth (16), 2010, S. 17–31.

39 Trute, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, DV Beiheft 9, 2010, S. 14 f.

40 Von daher stellen die Definitionen von Dual Use denn auch auf den gegenwärtigen Zeithorizont ab; vgl. Müller/Selgelid/van der Bruggen, Report (Fn. 5), S. 33.

41 Gläser, Wissenschaftliche Produktionsgemeinschaften, 2006, S. 107 ff.; Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 41; Allgemein Loenhoff, Implizites Wissen. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven, 2012.

42 Vgl. auch DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit und Wissenschaftsverantwortung. Empfehlungen zum Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung, 2014, S. 13 (ohne zusätzliches Wissen/ ohne aufwendige Umsetzungs- und Anwendungsprozesse).

43 Tucker, Terrorists (Fn. 11), S. 69–81 mwN.

44 Vgl. auch Tucker, Terrorists (Fn. 11), S. 70 f.

dd) Darüber hinaus: Veröffentlicht wird nicht ein Rezept von Massenvernichtungswaffen (von denen es bekanntlich diverse im Netz geben soll, was technologisch viel enger gekoppelte Atom-Waffen angeht),<sup>45</sup> sondern etwa die Veränderung der Pathogenität eines Virus und/oder seiner Transmissibilitätsbedingungen, also gleichsam „angeschärfte“ Varianten dieses Virus.<sup>46</sup> Aber diese sind noch lange keine Massenvernichtungswaffe. Für eine Transformation in einer Massenvernichtungswaffe bedürfte es der Umsetzung des Erregers in ein anderes Setting,<sup>47</sup> welches im Übrigen wieder in unzähligen Versuchen gehärtet werden müsste,<sup>48</sup> die wiederum nur unter höchsten Sicherheitsbedingungen erfolgen könnten. Andernfalls würde die Versuchsdurchführung auch gleichzeitig das Ende des Versuchs für die beteiligten Personen bedeuten. Der Deutsche Ethikrat kommt daher in seiner Sach-Analyse der derzeitigen und absehbaren Entwicklung zu der Einschätzung, dass je anspruchsvoller die Technologien sind, desto unwahrscheinlicher es ist, dass sie eine terroristische Gefahr darstellen.<sup>49</sup> Das schließt naturgemäß nicht aus, dass die wissenschaftliche Entwicklung weiter geht und damit auch erhöhte Risiken begründet werden können. Es macht aber deutlich, auf welchen anspruchsvollen Voraussetzungen die Dual-Use-Problematik im Bereich der Wissenschaft gründet, jedenfalls dann, wenn sie mit der Veröffentlichung von Wissen zu tun hat.

## 2. Zusammenfassung: Die mehrfache Ungewissheit

Schon daran wird deutlich, dass man es in diesem Bereich versuchter Regulierung der Wissenschaft mit einer mehrfachen Ungewissheit zu tun hat.<sup>50</sup> Diese bezieht sich einerseits auf die Risiken der Forschung selbst (Forschungsrisiken), also der Experimente, andererseits auf die Risiken der Kommunikation der Ergebnisse (Wissensrisiken). Im ersteren Bereich ist die Situation strukturell durchaus vergleichbar mit den bisherigen Risiken der Gen-Forschung. Voraussetzungsvoller ist indes der Umgang mit Wissen. Zum einen ist es schon

missverständlich, hier von einer Dual-Use-Problematik auszugehen, denn Wissen ist in vielfältiger und unabsehbarer Weise verwendbarer: Multiple Use statt Dual Use (Verwendungsungewissheit). Ungeachtet dessen lässt sich jedenfalls am Beginn der Forschung oftmals nicht absehen, was das Ergebnis der Forschung sein wird (Ergebnisunsicherheit).<sup>51</sup> Dann lässt sich auch eine Dual-Use-Problematik nicht hinreichend sicher bewerten. Ungeachtet dessen aber muss man sehen, dass selbst die bloße Möglichkeit einer malevolenten Nutzbarkeit noch nichts für eine Risikoanalyse hergibt, es sei denn man wollte die abstrakte Gefährdung schon ausreichen lassen. Man hat also eine Reihe von Dimensionen der Risiken in der künftigen Verwendung zu unerwünschten Zwecken jenseits der bloßen theoretischen Möglichkeit zu berücksichtigen.

## III. Wissenschaftsfreiheit und konkurrierende Rechtsgüter

Vor diesem Hintergrund lassen sich die Grundzüge der Wissenschaftsfreiheitsgarantie entwickeln und in einem weiteren Schritt auf die hier in Rede stehenden Probleme beziehen. Dazu gilt es zunächst die Wissenschaftsfreiheitsgarantie sowohl als Forschungs- wie als Kommunikationsfreiheit zu entfalten, bevor wir auf die hier in Rede stehenden möglichen Gründe für Einschränkungen eingehen.

### 1. Die Wissenschaftsfreiheit als Handlungs- und Kommunikationsfreiheit

Dabei scheinen Biosafety und/oder Biosecurity zunächst unter dem Aspekt der Wissenschafts- bzw. Forschungsfreiheit keine wirklich neuen strukturellen Problemem aufzuwerfen. Vielmehr scheint es vor allem darum zu gehen, ob und inwieweit die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit zugunsten anderer Rechtsgüter eingeschränkt werden kann, ggf. eingeschränkt werden muss. Indes ist es im Hinblick auf die Risikoanalyse sinnvoll zwischen der experi-

45 Dazu und zu den Unterschieden zwischen A- und B-Waffen vgl. nur *Kelle/Schaper*, Terrorism using biological and nuclear weapons. A critical analysis of risks after 11 September 2001. PRIF Reports No. 64.

46 Dabei ist nach dem bisherigen Stand der Forschung schon unklar, ob eine Transmission direkt durch die Adaption eines Virus oder nur durch die weitere Anpassung eines ohnehin schon übertragenen Virus stattfinden kann. Darüber hinaus: „This suggests that de novo emergence of a human pandemic influenza virus is an extreme rare event that is not easily achieved in nature, and presumably would not be easily achieved by engineering a small number of laboratory mutations“; vgl. *Morens/Subbarao/Taubenberger*, Engineering H5N1 (Fn. 23), S. 335.

47 *Kuhn*, Defining the Terrorist Risk, Bulletin of the Atomic Scien-

tiests websites 2008, nimmt folgende, durchaus im Einzelnen und ihrem Zusammenwirken komplexe Schritte an: Herstellung des Agens in der erforderlichen Menge, Stabilisierung des Agens, die Überführung des Agens in Trockensubstanz oder Flüssigkeiten und die Entwicklung eines Übertragungssystems. Die Schlussfolgerung lautet: „The methods to stabilize, coat, store, and disperse a biological agent are highly complicated, known only to a few people, and rarely published.“

48 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 51.

49 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 53.

50 Vgl. auch *Thurnherr*, Biosecurity und die Publikation heikler Forschungsdaten aus grundrechtlicher Perspektive, 2014, S. 98 ff.

51 Zu Recht betont in DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 9.

mentellen Forschungspraxis und der Kommunikationsseite der Wissenschaft zu unterscheiden.

#### a) Die Forschung als Handlungspraxis

Der Forschungsfreiheit geht es um Handlungen zur Erzeugung neuen Wissens.<sup>52</sup> In ihren Schutzbereich einbezogen ist alles Handeln, das sich daran orientiert, neues Wissen zu erzeugen. Zur Forschung sind daher alle Tätigkeiten zu rechnen, die diesem Ziel dienen, also alle Handlungen der Vorbereitung, Durchführung und Fixierung der Ergebnisse, also etwa Ermittlung des Standes der Forschung, Materialsammlung (und ggf. -herstellung), Hypothesenbildung, experimentelle Überprüfung, Interpretation der Ergebnisse etc. Dies schließt entgegen früher gelegentlich vertretener Ansichten das Experiment in allen seinen Facetten mit ein.<sup>53</sup> In den Lebenswissenschaften ist dieses oft genug ein Experimentalsystem zur Erzeugung von Wissen, das gleichzeitig die Manipulation von vorhandenen Agenzien beinhaltet. Experimentalsysteme in diesem Sinne beinhalten nicht nur Instrumente und Aufzeichnungsapparaturen sondern und in den Biowissenschaften vor allem Modellorganismen,<sup>54</sup> also auch Agenzien, die manipuliert werden können, um damit einen neuen Organismus herzustellen, dessen Eigenschaften dann Gegenstand weiterer Forschung sind. Auch diese Experimente sind daher Teil der Forschungsfreiheit.

#### b) Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit

Wissenschaftsfreiheit ist darüber hinaus Kommunikationsfreiheit.<sup>55</sup> Diese wird als Unterfall und Spezialfall der Meinungsfreiheit angesehen.<sup>56</sup> Historisch ist dies zweifellos zutreffend; sie ist insofern sogar primär Kommunikationsfreiheit. Allerdings ist die Kommunikationsfreiheit durch eine Reihe von Besonderheiten gekennzeichnet, die einfache Übertragungen der Dogmatik der Meinungsäußerungsfreiheit erschweren.<sup>57</sup> Dies beginnt schon mit dem Grundrechtsträger, der im Falle der Meinungsfreiheit jedermann ist und sein kann, wohingegen

die Wissenschaftsfreiheit de facto und zumal in den hier relevanten Zusammenhängen gar nicht außerhalb spezifischer Berufsrollen und erworbener Qualifikationen ausgeübt werden kann. Die Thematisierung von De-Skilling-Prozessen<sup>58</sup> zeigt das ungeachtet ihrer Reichweite. Bedeutsam ist dies vor allem im Hinblick auf die Risikoeinschätzung, die die Bindung an die Berufsrolle und die damit verbundenen Qualifikationsprozesse berücksichtigen muss. Darüber hinaus ist die wissenschaftliche Kommunikation nicht auf ein Dafürhalten im Sinne von Meinungen bezogen, sondern auf die Mitteilung von neuem Wissen, Theorien, Methoden und Ergebnissen von Wissensgenerierungsprozessen. Es werden also in dieser Kommunikation Geltungsansprüche erhoben, die auch im Regelfall mit Tatsachen einhergehen, die als solche mitgeteilt und in bestimmte Zusammenhänge eingebettet werden. Insofern werden Tatsachen nicht als Voraussetzungen von Meinungen betrachtet, sondern sind als Aussagen über Tatsachen nachgerade ein Kern der wissenschaftlichen Kommunikation. Zudem ist der Bezugspunkt der wissenschaftlichen Öffentlichkeit im Ausgangspunkt ein anderer.<sup>59</sup> Dieser kann sich zwar mit der allgemeinen Öffentlichkeit überlappen, aber tut dies im Regelfall zunächst nicht, und selten ohne weitere Transformationsschritte von Format und Text. Insofern kommunizieren Wissenschaftler in der Regel zunächst mit Wissenschaftlern und verhandeln auf diesen Foren der wissenschaftlichen Öffentlichkeit mögliche Geltungsansprüche (übrigens nicht selten mündlich auf Konferenzen, im Rahmen von Vorträgen oder informeller Kommunikation).<sup>60</sup> Insofern ist zunächst einmal der Rezipientenkreis begrenzt.

Die wissenschaftliche Kommunikationsfreiheit ist in erster Linie ein Recht des einzelnen Wissenschaftlers (oder der Gruppe) zur Veröffentlichung, gleich in welcher medialen Form dies geschieht. Sie macht Wissen öffentlich und begründet damit Wissenschaft als fortlaufenden Kommunikationszusammenhang. Zugleich können die Selbststeuerungsmechanismen, wie etwa die Re-

52 *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisation, 1994, S. 121 ff.; *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 166 Rn. 9 f.

53 Vgl. dazu oben II. 1. b).

54 *Rheinberger*, Experimentalsysteme und epistemische Dinge, 2006, S. 29.

55 Das BVerfG spricht insofern von der Weitergabe der Forschungsergebnisse, ohne dies allerdings weiter auszudifferenzieren; vgl. dazu BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (40), st. Rspr. seit BVerfG, 29.5.1973, 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79 (112).

56 Vgl. dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 5 Rn. 120; *Pernice*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 5 III Rn. 64.

57 Mit Nuancen im Einzelnen auch *Mager*, Freiheit (Fn. 52), Rn. 11; *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR*, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 13.

58 Vgl. dazu oben Fn. 11.

59 Zu Erosionen dieses Befundes vgl. *Weingart*, Die Stunde der Wahrheit?, 2001, S. 232 ff.

60 So waren in den oben erwähnten Fällen der GOF-Experimente die Ergebnisse natürlich schon zuvor auf Konferenzen erörtert worden und damit zumindest zum Teil öffentlich geworden.

putationszuweisung an die Veröffentlichung anseilen. Dies wird noch deutlicher, wenn man in Rechnung stellt, dass das Medium der Öffentlichkeit der Validierung des Wissens dient und insoweit unverzichtbarer Teil des Qualitätssicherungsmechanismus der Wissenschaft ist. Nicht validiertes Wissen begründet neue Risiken für eben die Rechtsgüter, die durch Publikationsrestriktionen geschützt werden sollen.<sup>61</sup>

Von daher besteht auch zwischen der Forschung als Handlungspraxis und der Kommunikation ein unverzichtbarer Zusammenhang. Unveröffentlichte Forschung ist von daher aus vielen Gründen problematisch, nicht zuletzt, weil sie einem öffentlichen Qualitätstest durch andere nicht ausgesetzt worden ist. Damit aber nicht genug. Natürlich ist die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen ebenso für die Fortsetzung der Forschung wie auch für all diejenigen Aspekte unabdingbar, um derentwillen Forschung als frei garantiert und öffentlich alimentiert wird, von der Aufklärung, über die Innovation bis hin zur Revision von Weltbildern. Schon daran zeigt sich, dass die Kommunikationsfreiheit für sich gesehen auf eine Vielzahl von Aspekten verweist und gleichsam in sich multiple Aspekte aufnimmt, nicht nur die individuellen Aspekte, die die Forschungskommunikation legitimieren, sondern auch die Funktionsweise des Wissenschaftssystems selbst.<sup>62</sup>

## 2. Mögliche Einschränkungen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts

Die Wissenschaftsfreiheitsgarantie sieht sich – nicht zuletzt wegen ihrer vorbehaltlosen Gewährleistung – vielfältigen Versuchen einer Einhegung jenseits der bekannten dogmatischen Linien der Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte durch kollidierende verfas-

sungsrechtliche Positionen ausgesetzt.<sup>63</sup> Sie reichen von den Versuchen der Einschreibung ethischer Grenzen in den Schutzbereich,<sup>64</sup> über die Herausnahme des Experiments aus der Gewährleistung,<sup>65</sup> über andere Formen enger Konstruktionen der Forschungsfreiheit,<sup>66</sup> wie auch die Konzeption einer Art Nichtstörungsschranke bis hin zu dem Versuch, unter Rückgriff auf die Schutzpflichten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu einer Einschränkung zu kommen.<sup>67</sup> Sie lassen sich auch als Versuche lesen, die Wirkmächtigkeit der Wissenschaft, insbesondere ihre sowohl physische wie kognitive Risikodimension gleichsam mit der Gesellschaft abzustimmen.

Indes bedarf es dieser Anstrengungen zur Verkürzung des Schutzbereichs nicht. Vielmehr kann die Wissenschaftsfreiheitsgarantie auch als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht Einschränkungen unterliegen, die durch kollidierendes Verfassungsrecht begründet werden können.<sup>68</sup> Diese können in gesetzlichen Regelungen, in Entscheidungen aufgrund gesetzlicher Regelungen, Selbstregulierungen von Forschungseinrichtungen und Verpflichtungen oder Appellen zu Reflexionen mit bestimmten Inhalten liegen. Als Einschränkungen legitimierendes Gegenrecht fungiert hier regelmäßig die staatliche Schutzpflicht, insbesondere die Schutzpflicht für die Rechtsgüter von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), aber auch zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) und weiterer Vorschriften.<sup>69</sup> Dabei ist eine praktische Konkordanz anzustreben, die zugleich der Tatsache Rechnung trägt, dass auch die kollidierenden Verfassungsgüter Teil der als Einheit gedachten Rechtsordnung sind.

Dabei fordert das Verfassungsrecht im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einschrän-

61 Zutreffend DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 13 f.

62 Zur Struktur des Interessenkonflikts auch Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 94 ff.; vgl. auch Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 163 ff.

63 Dazu im vorliegenden Kontext Württemberg/Tanneberger, Biosicherheit und Forschungsfreiheit. Ordnung der Wissenschaft, 2014, S. 3 ff.; zur Situation in der Schweiz vgl. Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 27.

64 Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 400 ff.; krit. bereits Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 158 ff.; Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 15 f.

65 Diese Auffassung kann sich auf eine längere Tradition stützen, vgl. nur Smend, VVDStRL (4), 1928, S. 44 ff., 66; Köttgen, Deutsches Universitätsrecht, 1933, S. 114; ders., Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 291, 296 ff.; Wahl, Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem, in: Freiburger Universitätsblätter (95), 1987, S. 19 ff.; Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat, (42)

2003, S. 165 ff.; allgemein zur Durchsetzung der experimentellen Wissenschaft vgl. Stichweh, Die Autopoiesis der Wissenschaft, in: ders., Wissenschaft, Universität, Profession, 1994, S. 52, 59 f.

66 Krit. Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), BK-GG, 110. EGL, Stand: März 2004, Art. 5 III Rn. 146 ff.; differenzierend anhand eines Evidenzkriteriums Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 15 mwN.

67 Dazu sogleich III. 3.

68 BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (41); BVerfG, 28.10.2008, 1 BvR 462/06, BVerfGE 122, 89 (107); BVerfG 8.4.1981, 1 BvR 608/79, BVerfGE 57, 70 (99); BVerfG, 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327 (369); ausführlich Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 27 ff.; Mager, Freiheit (Fn. 52), Rn. 31 ff.; für den Bereich der Biosicherheit vgl. Teetzmann, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung – Gutachten für den Deutschen Ethikrat, 2014, S. 77 ff.

69 BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (41, 85).

kung nur, dass durch die entsprechende Regelung der Erfolg gefördert werden kann, nicht aber eine optimale Lösung.<sup>70</sup> Im Ergebnis muss der Ausgleich auf einer vertretbaren gesetzgeberischen Lösung beruhen.<sup>71</sup>

Insoweit kommt es auf die Lösung eines mehrstelligen Grundrechtsproblems an. Denn dabei spielen nicht nur die Intensität des Eingriffs, die dadurch bewirkten Schutzniveaus, vor allem aber die Schwellen der Gewissheit/Ungewissheit des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses, des Schutzniveaus ebenso das Ausmaß der eintretenden Schäden eine Rolle, sondern auch die Ziele der Forschung, insbesondere wenn sie darauf gerichtet sind, Schutzmaßnahmen (die auch gegenüber missbräuchlicher Verwendung zum Tragen kommen können) zu entwickeln ebenso wie die Notwendigkeit der Überprüfung der Ergebnisse in einem offenen Diskurs.

Im Hinblick auf die Eingriffsschwelle ist nicht schon die Denkbarkeit eines Kausalverlaufs ausreichend, sondern die durch tatsächliche Anhaltspunkte hinreichend gestützte Risikovorsorge.<sup>72</sup> Dabei kommt es entscheidend auf die Tatsachengrundlage an. Denn auch die vorgenannten Aspekte dürfen nicht jenseits hinreichend bestimmter Tatsachengrundlagen zum Einsatz kommen.<sup>73</sup> Auch hinsichtlich der Ermächtigung zu Risikoanalysen muss eine etwaige Einschränkung auf hinreichenden Anknüpfungstatsachen beruhen. Alles andere wäre eine Risikovorsorge ins Blaue hinein, die die Wissenschaftsfreiheit zu Gunsten anderer Rechtsgüter unverhältnismäßig minimiert.

### 3. Die Risikoabwägung: Nur eine Risiko-Nutzen-Analyse?

Im amerikanischen Kontext besonders ausgeprägt,<sup>74</sup> aber auch in Deutschland, findet sich nicht nur in der medialen Öffentlichkeit sondern auch in den Kodizes von Forschungseinrichtungen die Tendenz, die Risiko-

analyse in eine Risiko-Nutzen-Analyse zu verwandeln.<sup>75</sup> Die Argumentation läuft darauf hinaus, dass die Risiken der Forschung nur gerechtfertigt sind, wenn sie nicht unangemessen hoch für wichtige Rechtsgüter sind und durch den möglichen Nutzen für die Gesellschaft gerechtfertigt werden können. Während ersteres gleichsam klassische Risikoanalyse ist, wird mit dem zweiten Kriterium der Maßstab der Abwägung verschoben. Wissenschaft wird damit einer Nützlichkeitsrechtfertigung unterzogen.<sup>76</sup> Dies freilich führt in der Sache zu einer inkrementalen Veränderung der Gewährleistung. Sie fragt als individuelle Garantie ebenso wie als objektive Norm nicht danach, ob und inwieweit die Wissenschaft einen Nutzen hat (den sie schon durch die Gewinnung neuen Wissens erzielt). Insoweit ist auch scheinbar nutzlose Forschung geschützt und keineswegs eine mindere Form von Wissenschaft. Dies hat seinen guten Grund nicht zuletzt darin, dass es für die Nützlichkeit (Nutzlosigkeit) in der Sache kaum einen überzeugenden Maßstab gibt, der auch langfristig gerechtfertigt werden könnte.

Zugunsten der Wissenschaftsfreiheit ist daher, folgt man dem Bundesverfassungsgericht,<sup>77</sup> stets der diesem Freiheitsrecht zugrunde liegende Gedanke zu berücksichtigen, dass gerade eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitserwägungen freie Wissenschaft dem Staat und der Gesellschaft im Ergebnis am besten dient. Auch wenn das dahinter stehende Leitbild von Wissenschaft aus der Sicht der Wissenschaftsforschung zu mancher Kritik einladen mag, so ist das Widerlager einer freien Forschung gegenüber allfälligen Tendenzen ihrer Finalisierung unverzichtbar. Dieses aber lässt es nicht zu – übrigens auch nicht als ethische Verpflichtung<sup>78</sup> – die Forschung einer umfassenden Risiko-Nutzen-Abwägung zu unterwerfen. Das mag zwar nach Forschungstypen zu differenzieren sein,<sup>79</sup> für

70 BVerfG, 2.3.2010, 1 BvR 256, 263, 586/08, BVerfGE 125, 260 (317 f.); BVerfG, 4.4.2006, 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320 (345); BVerfG, 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279 (336).

71 BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (85 ff.).

72 Ausführlich in Auseinandersetzung mit BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1(41 f., 85 ff.), *Würtenberger/Tanneberger*, Biosicherheit (Fn. 63), S. 1, 6 ff.

73 In der Sache ähnlich *Würtenberger/Tanneberger*, Biosicherheit (Fn. 63), S. 7 f.

74 Vgl. *Lipsitch*: „This is a risky activity, even in the safest labs. Scientists should not take such risks without strong evidence that the work could save lives, which this paper does not provide“; zitiert nach *Sample* (Fn. 1); *Lipsitch/Plotkin/Bloom*, Evolution, Safety, and Highly Pathogenic Influenza Viruses, *Science* (336), 2012, S. 152–153; United States Government Policy for Oversight of Life Sciences Dual Research of Concern, [http://osf.od.nih.gov/sites/default/files/resources/United\\_States\\_Government\\_Policy\\_for\\_Oversight\\_of\\_DURC\\_FINAL\\_version\\_032812\\_1.pdf](http://osf.od.nih.gov/sites/default/files/resources/United_States_Government_Policy_for_Oversight_of_DURC_FINAL_version_032812_1.pdf)

(22.1.2015); *Casadevall/Imperiale*, Risks and benefits (Fn. 2); zur Rechtfertigung des Ansatzes vgl. die Stellungnahme von Mitgliedern des NSABB *Berns et al.*, Adaptions of Avian Flu Virus are a Cause for Concern, *Science* (335), 2012, S. 660–661.

75 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 193.

76 Ein nicht unerheblicher Teil der Debatte in den USA nutzt die Kosten-Nutzen-Analyse, wenn auch in diesen Fällen eine für das Wissenschaftssystem nicht untypische kognitive Ungewissheit besteht, so dass die jeweiligen Seiten der Medaille jeweils eine gewisse Betonung erfahren; aus der Vielzahl von Beiträgen vgl. nur *Casadevall/Imperiale*, Risks and benefits (Fn. 2); *Mahmoud*, Gain-of-Function-Experiments: Unproven Technique, *Science* (342/6156), 2012 S. 310–311.

77 BVerfG, 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327 (370); std. Rspr. BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, (87).

78 Vgl. dazu unten VI.

79 Vgl. insoweit auch den Ansatz von *Miller/Selgelid/van der Bruggen*, Report (Fn. 5), S. 40 ff.

Ressort- und sonstige Forschung mag es durchaus denkbar sein, Einschränkungen unter dem Nutzenaspekt vorzusehen, nicht aber für die akademisch-disziplinäre Forschung.<sup>80</sup> Insoweit sind nicht etwa die Risiken der Forschung und der Nutzen der Forschung abzuwägen, sondern das Freiheitsrecht und seine konkurrierenden Rechtsgüter.<sup>81</sup> Sofern allerdings die Forschung zugleich der Förderung anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter dient, ist dies allerdings im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.<sup>82</sup> Dies ist freilich etwas anderes, als von vornherein die Forschung einer Nützlichkeitsrechtfertigung zu unterziehen.

#### 4. Einschränkungen durch die EMRK

Gelegentlich wird eine Verstärkung der Einschränkungsmöglichkeit der Wissenschaftsfreiheit durch die EMRK erwartet. Die EMRK garantiert die Freiheit der Wissenschaft als Teil der Meinungsfreiheit, wobei nach vielfach vertretener Auffassung, die Freiheit der Forschung nicht eigenständig geschützt sein soll.<sup>83</sup> Es mag dahinstehen, ob dies in der Sache noch zutreffend ist.<sup>84</sup> Die Schranken des Art. 10 Abs. 2 EMRK sind dabei in bi-polaren Verhältnissen schon wegen Art. 53 EMRK kein Mandat zur Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG. Allerdings mag sich dies ändern, wenn in mehrpoligen Verhältnissen die günstigere nationale Vorschrift andere Garantien der EMRK beschränkt. Daher lässt sich in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen die Günstigkeit des einen Grundrechts nur dann und nur insoweit durchhalten, wie der kollidierende Anspruch nicht das Niveau der EMRK unterschreitet.<sup>85</sup> Anders gewendet:

Solange das Niveau der kollidierenden Garantie nicht unterschritten wird, vermittelt jedenfalls Art. 10 Abs. EMRK, unabhängig von jeder margin of appreciation, auch kein Mandat zur weitergehenden Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG. Die andernfalls geforderte Annäherung an das Niveau der Konvention lässt sich grundrechtschonend schon durch eine entsprechende Interpretation der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG erreichen, die dann die entsprechende weitergehende Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG schon vermittelt.

Art. 2 Abs. 1 EMRK, das Recht auf Leben als staatliche Schutzpflicht, kann insoweit Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit rechtfertigen, jedenfalls wenn und soweit die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG hinter dem Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 1 EMRK in der Kollision mit der Wissenschaftsfreiheit zurückbleibt. Insoweit trifft den Staat die Pflicht zur Schaffung eines angemessenen gesetzlichen und administrativen Rahmens, um eine effektive Abwehr von Gefahren für das Recht auf Leben zu gewährleisten.<sup>86</sup> Entscheidend ist nicht ein Minimalstandard des Schutzes sondern die Effektivität desselben.<sup>87</sup> Die Schutzpflicht wird insbesondere im Kontext gefährlicher Handlungen ausgelöst und umfasst durchaus weitreichende Vorkehrungen,<sup>88</sup> auch wenn die Wahl der Mittel letztlich im Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten verbleibt.<sup>89</sup> Sie besteht allerdings nur bei tatsächlicher und unmittelbarer Gefahr für das Rechtsgut.<sup>90</sup> Bei der Frage, ob der Staat die Schutzpflicht erfüllt hat, sind allerdings alle Umstände der Situation heranzuziehen, insbesondere auch andere von der Konvention geschützte Interessen.<sup>91</sup>

80 Vgl. den etwas rätselhaften Hinweis von BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (41).

81 Teetzmann, Rechtsfragen (Fn. 68), S. 89.

82 Zu den Konsequenzen für die Forschungsfreiheit vgl. unten VI.

83 Teetzmann, Rechtsfragen (Fn. 68), S. 106 f. mwN.

84 In EGMR Mustafa Erdoğan and others/Turkey, 27.5.2014, 346/04 u. 39779/04, Rn. 40, hat das Gericht immerhin ausgeführt: „In this connection, academic freedom in research and in training should guarantee freedom of expression and of action, freedom to disseminate information and freedom to conduct research and distribute knowledge and truth without restriction (see Recommendation 1762 (2006) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe). It is therefore consistent with the Court's case-law to submit to careful scrutiny any restrictions on the freedom of academics to carry out research and to publish their findings ...“.

85 Grabenwarter, Nationale Grundrechte und Rechte der EMRK, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR VI/2, § 169 Rn. 28.

86 Case of Centre for legal resources on behalf of Valentin Campaneu v. Romania, 17.7.2014, 47848/08, Rn. 130; Vilnes u.a./Norwegen, 5.12.2013, 52806/09, Rn. 160; Kolyadenko u.a./Russland, 28.2.2012, 17423/05 u.a., Rn.157-161, Öneriyıldız/Turkey [GC], 28.2.2012, 48939/99, § 89, ECHR 2004 XII.

87 Grabenwarter, European Convention on Human Rights, 2014, Art. 2 § 16.

88 In Öneriyıldız/Turkey [GC], 28.2.2012, 48939/99, führt das

Gericht aus: „This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.“

89 Case of Centre for legal resources on behalf of Valentin Campaneu/Romania, 17.7.2014, 47848/08, Rn. 130; Budayeva u.a./Russland, 20.3.2008, 15339/02, u.a. Rn. 134 f.

90 Case of Centre for legal resources on behalf of Valentin Campaneu/Romania, 17.7.2014, 47848/08, Rn. 130; Gongadze/Ukraine, 8.11.2005, 34056/02, Rn. 165.

91 Vilnes u.a./Norwegen, 5.12.2013, 52806/09, Rn. 161: „In assessing whether the respondent State complied with its positive obligation, the Court must consider the particular circumstances of the case, regard being had, among other elements, to the domestic legality of the authorities' acts or omissions, the domestic decision-making process, including the appropriate investigations and studies, and the complexity of the issue, especially where conflicting Convention interests are involved. The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.“

Die Schutzpflicht reicht zwar in gewisser Weise weiter als diejenige nach dem Grundgesetz und kann bei Gefahren jedenfalls ein *effektives Schutzniveau* verlangen. Indes dürfte die Schwelle im Hinblick auf das Vorliegen einer Gefahr eher höher liegen. Und ob die Schutzpflicht auch dann ausgelöst wird, wenn nicht die Forschung selbst oder die Publikation Dritter die Risiken auslösen, sondern diese durch das Verhalten anderer durch Nutzung der Forschungsergebnisse begründet werden, ist damit noch nicht gesagt. Der EGMR spricht insoweit von den inhärenten Risiken von Handlungen und dürfte damit die Zurechenbarkeit begrenzen. Im Ergebnis dürften daher erleichterte Eingriffsmöglichkeiten aus der EMRK im Regelfall kaum begründbar sein.

#### IV. Die Forschungsfreiheit: Einschränkungen und Verbote

##### 1. Allgemein

Forschungsverbote und -einschränkungen treffen die Wissenschaftsfreiheit jedenfalls dann in ihrem Kern, wenn sie zu einem Wissenserzeugungsverbot führen. Ungeachtet dessen ist natürlich zugunsten der genannten Rechtsgüter dann eine Einschränkung der Forschungstätigkeit gerechtfertigt, wenn damit eine rechtfertigungsfähiges Ziel verfolgt wird, dieses in gleicher Weise geschützt ist wie die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit und ein angemessener Ausgleich gefunden wird.

Zwar kommt dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit ein hohes Gewicht zu. Im Einzelfall können auch Eingriffe durch Forschungsverbote und -beschränkungen jenseits der Gefahrenschwelle gerechtfertigt sein,<sup>92</sup> wenn anders ein Lebensschutz nicht möglich ist. Dies dürfte jedenfalls insoweit gelten, als nicht aus gleichgewichtigen Schutzinteressen Dritter die Forschung selbst zu rechtfertigen ist, weil sie der Gewinnung von Erkenntnissen dient, die ihrerseits dem Lebensschutz dienen.<sup>93</sup> Als verfassungsrechtlich kaum haltbar würden sich daher Regelungen erweisen, die – jedenfalls wenn sie als gesetzliche Regelungen vorgesehen werden sollten – eine Beweislastumkehr zu Lasten der Forschungsfreiheit in den Fällen begründen wollen, in denen Erreger so verändert und damit neu geschaffen werden, dass außerhalb des Labors durch diese die Gefahr einer Epidemie hervorrufen, sofern nicht ein direk-

ter, konkreter und überwiegender Nutzen zur Abwehr von Gefahren für Leben oder Gesundheit wahrscheinlich ist.<sup>94</sup> Dies begründet nicht nur hinsichtlich der Nutzenkategorie erhebliche Bedenken, sondern auch deshalb, weil damit die Logik der Wissensakkumulation durch Forschung nachgerade unmöglich gemacht wird, die Sicherheitsanforderungen an die Durchführung gänzlich außer Betracht bleiben und damit eine Asymmetrie zu Lasten der Forschung begründet wird. Es liegt auf der Hand, dass damit eine genetische Forschung an pathogenen Erregern mit dem Ziel, diese zu verändern, deutlich erschwert wird – eine rechtlich schwer vertretbare Lösung. Schon aus Gründen eines angemessenen Ausgleichs gilt letztlich, dass vor allem Sicherheitsanforderungen legitimiert werden, die der Risikominimierung dienen. Insoweit dürfte regelmäßig ein Vorrang der Sicherheits- und Containment-Regelungen bestehen. Sie inhibieren die Forschung nicht, sondern begrenzen die Art der Durchführung im Hinblick auf damit verbundene Risiken. Nur soweit hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die betreffenden Regelungen unzureichend sind, kommen weitergehende Einschränkungen in Betracht.<sup>95</sup>

Auch wenn eine willkürliche oder unwillkürliche Freisetzung von hochpathogenen Erregern durchaus erhebliche Schäden zur Folge haben kann, so dürften sich Forschungsverbote nur unter sehr engen Voraussetzungen legitimieren lassen. Die Ambivalenz der Forschung insbesondere mit hochpathogenen Erregern und die Erzeugung neuer hochpathogener Erreger ist nicht nur legitim, sondern angesichts der Wissenslücken in diesem Bereich auch notwendig<sup>96</sup> oder doch zumindest sinnvoll, um wirksam Prävention und sei es auch nur in einer längerfristigen Perspektive gegenüber Pandemien zu gewährleisten. Nicht zuletzt aber macht ein Vergleich mit anderen Risiken, etwa der grünen Gentechnik mehr als deutlich, dass die Zulassung selbst der Freisetzung gentechnisch modifizierter Organismen, die ebenfalls mit erheblichen Risiken verbunden sein kann, nicht grundsätzlich zu inhibieren ist.<sup>97</sup> Auch wenn Unterschiede schon deshalb nicht zu verkennen sind, weil die grüne Gentechnik mit einem gestuften, lernenden System arbeitet, das die Unsicherheit schrittweise reduzieren soll, und erst dann die Freisetzung in Betracht kommt, so verbleiben doch am Ende erhebliche Unsicherheiten, die durchaus mit Risiken einhergehen, die aber in Kauf ge-

92 Allerdings nicht als Risikovorsorge „ins Blaue hinein“, sondern nur bei hinreichenden Anhaltspunkten, dass auf andere Weise ein Lebensschutz nicht möglich ist; vgl. dazu oben III. 2.

93 *Würtenberger/Tanneberger*, Biosicherheit (Fn. 63), S. 9.

94 So ein Teil des Deutschen Ethikrates in seiner Empfehlung für einen Forschungskodex aber auch hinsichtlich der Befugnisse einer

gesetzlich einzurichtenden DURC-Kommission, vgl. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 193, 197 f.

95 Dafür bestehen jedenfalls derzeit keinerlei Anhaltspunkte; vgl. dazu oben II. 1 c).

96 Vgl. dazu oben II. 1.

97 Vgl. BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 (40 ff.).

nommen werden (dürfen). Jedenfalls derzeit spricht nichts dafür, dass die vorhandenen Regelungen<sup>98</sup> unzureichend sind. Wo dies nach einer Evaluation und Risikobewertung der Fall sein sollte, dürften Verschärfungen der Laborsicherheit ausreichen, den unterschiedlichen Rechten hinreichend Rechnung zu tragen.

## 2. Forschungsverbote oder -einschränkungen zur Wissensbeschränkung oder -unterdrückung

Andere Gesichtspunkte sind in den Fällen gegeben, in denen die Forschung unterbunden werden soll, um die Generierung und Verteilung von Wissen zu unterbinden, wie es teilweise in den USA diskutiert wird. Die Forschung soll nicht stattfinden, weil das ggf. produzierte Wissen nicht verbreitet werden soll, da es als besonders sicherheitsrelevant eingeschätzt wird. Das derzeitige „Moratorium“ in den USA, das wesentlich ein Einfrieren der öffentlichen Förderung bis zu einer weiteren Klärung der Rahmenbedingungen ist, dürfte auch dieses Ziel haben. Der Grund liegt dann nicht etwa in der direkten Beeinträchtigung der Rechte Dritter oder öffentlicher Interessen, sondern beinhaltet eine Bewertung des Wissens, bevor es überhaupt generiert worden ist. Dies soll es im amerikanischen Kontext möglicherweise angesichts u.U. nicht einfacher zu überwindender Restriktionen des 1. Amendments erleichtern, Sicherheitsbelange durchzusetzen.<sup>99</sup> Eine solche Beschränkung steht indes vor schwer zu überwindenden Rechtfertigungslasten. Es ist schwer bzw. kaum prognostizierbar, welchen Gehalt ein künftiges Wissen hat.<sup>100</sup> Würde man es kennen, bräuchte man die Forschung ohnehin nicht. Im Übrigen kann das Ergebnis anders sein, als vorhergesehen<sup>101</sup> und auch die Methoden können sich ändern. Schon gar nicht kennt man die Aussagen im nötigen Detaillierungsgrad.<sup>102</sup> Eine der

intensivsten Eingriffe in die Forschungsfreiheit sind inhaltsbezogene Wissensgenerierungsverbote. Sie beseitigen die Ratio der Gewährleistung selbst. Es müsste also mit hinreichenden Anhaltspunkten prognostizierbar sein, dass unmittelbar aufgrund des Wissens eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter stattfindet. Dafür bestehen regelmäßig keine Anhaltspunkte. Zugleich werden die Anforderungen umgangen, die sich aufgrund des Zensurverbots ergeben.<sup>103</sup>

## V. Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit

Wissenschaftsfreiheit ist auch Kommunikationsfreiheit. Als solche ist sie auch für die Funktionsfähigkeit der Wissenschaft über die individuellen Aspekte hinaus bedeutsam.<sup>104</sup> Insoweit wird damit nicht nur Wissenschaftsfreiheit derjenigen begrenzt, die für die Erzeugung verantwortlich sind oder doch gewesen wären, es wird zugleich – für einen bestimmten Bereich – die Kontinuität von Wissenserzeugung, Modifikation, Variation und Verwerfung unterbrochen, also die Wissenschaft als Kommunikationszusammenhang beeinträchtigt.<sup>105</sup> Allerdings ist bisher ein Konflikt zwischen dem wissenschaftlichen Wissen und der Gesellschaft, jedenfalls in Deutschland, erheblich seltener, deutete sich aber immerhin schon in der Entzifferung des menschlichen Genoms an, wenngleich er eher auf die Beeinträchtigung des informationellen Selbstbestimmungsrechts bezogen ist.<sup>106</sup> Politisch motivierte Zugriffe auf die wissenschaftliche Kommunikation dürften bisher Seltenheitswert haben, auch wenn in anderen Rechtsordnungen durchaus aus Gründen der öffentlichen Sicherheit wie auch aus ideologischen Gründen<sup>107</sup> auf der Wissenschaftsfreiheit unterfallende Gehalte zurückgegriffen worden ist.<sup>108</sup>

98 Zu den vorhandenen Regelungen Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 104 ff.; Teetzmann, Rechtsfragen (Fn. 68), S. 5 ff.

99 Vgl. dazu Kraemer/Gostin, The Limits of Government Regulation of Science, Science (335), 2012, S. 1047-1049.

100 Dieser Aspekt wird schnell in den Hintergrund gedrängt, obwohl gerade in der Offenheit des Forschungsprozesses eine mögliche Ressource der Innovation steckt. Nicht umsonst gehört der organisierte Skeptizismus als Zurückhaltung eines endgültigen Urteils bevor die Fakten zur Hand sind, zu dem Ethos der Wissenschaften; dazu Weingart, Wahrheit (Fn. 59), S. 68 ff.

101 Vgl. dazu das Beispiel der Forschung von Jackson et al., Expression of Mouse Interleukin-4 by a Recombinant Ectromelia Virus Suppresses Cytosolic Lymphocyte Responses and Overcomes Genetic Resistance to Mousepox, Journal of Virology (75/3), 2001, S. 1205-1210.

102 Zu Recht betonen Miller/Selgelid/van der Bruggen, Report (Fn. 5), S. 47 die Notwendigkeit einer detaillierten Analyse der Risiken eines malevolenten Gebrauchs, um die Forschungsfreiheit überwinden zu können; die Ungewissheit betonend auch DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 9.

103 Vgl. dazu unten V. 2.

104 Vgl. dazu oben III. 1.

105 Ausführlich auch Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 95 ff.

106 Vgl. dazu etwa Trute, Wissenspolitik und rechtliche Regulierung – Am Beispiel der Erzeugung und Verwendung genetischer Daten, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 291 ff.

107 Etwa in der Beschlagnahme der Physik-Examensarbeit von John Phillips durch das US-amerikanische FBI, die sich auf der Grundlage öffentlich zugänglicher Quellen mit Konstruktionsprinzipien der A-Bombe befasste; dazu etwa Laughlin, Verbrechen (Fn. 29), S. 70 ff., sowie die Auflösung in Abwägungs- und Einschätzungsmechanismen bei Wilholt, Die Freiheit der Forschung, S. 52 f., aber auch die Versuche der Regierung von Bush, missliebige Ergebnisse der Wissenschaft in den Bereichen Klimawandel, Stammzellforschung etc. in Ressortforschungseinrichtungen zu unterdrücken; dazu Union of Concerned Scientists, Scientific Freedom and the Public Good, 2008, [http://www.ucsusa.org/sites/default/files/legacy/assets/documents/scientific\\_integrity/scientific\\_freedom.pdf](http://www.ucsusa.org/sites/default/files/legacy/assets/documents/scientific_integrity/scientific_freedom.pdf) (22.1.2015); vgl. auch Wilholt, aaO, S. 250 ff. mwN.

108 Dazu etwa die Versuche, die Evolutionsbiologie durch andere Konstrukte wie die Kreationenlehren zu ersetzen und die Lehre der Evolution zu inhibieren; dazu allgemein Laughlin, Verbrechen (Fn. 29).

### 1. Wissensdistributionsverbote

Wissensdistributionsverbote sollen dazu führen, dass bereits erzeugtes Wissen nicht, nur begrenzt oder verändert veröffentlicht oder nur einem begrenzten Kreis von besonders bestimmten Wissenschaftlern, Labors etc. zugänglich gemacht oder doch erst zu einem späteren Zeitpunkt veröffentlicht wird. Damit kann die Kommunikation über den wissenschaftlichen Inhalt und die wissenschaftliche Methode nicht erfolgen und damit auch nicht die Validierung innerhalb der wissenschaftlichen Kommunikationszusammenhänge.

Es finden sich für Wissensdistributionsverbote im Grunde zwei Anknüpfungspunkte, die in den Eigenschaften des Wissens liegen können oder die Handlungen Dritter, die das Wissen zu malevolenten Zwecken nutzen können, zum Kriterium machen.

#### a) Die Eigenschaften des Wissens

Nach dem oben Ausgeführten dürfte die Eigenschaft des Wissens als „gefährlich“ eine schwierige Klassifikationsaufgabe darstellen, da Wissen sich gerade durch die Vielzahl der Verwendungsmöglichkeiten kennzeichnen lässt, also im Grunde nicht abstrakt gefährlich ist, sondern kontextuell und zudem ohnehin mit einem zeitlichen Index versehen ist, der die Bewertung ändern kann.<sup>109</sup> Insofern wird man auch unter dem Aspekt der Risikoversorge – wenn überhaupt – allenfalls von einem Risiko ausgehen können. Dieses ist allerdings nicht nur schwer zu bestimmen, etwaige Beschränkungen müssen sich auch vor den Funktionen der Wissenschaftsfreiheitsgarantie rechtfertigen lassen. Das dürfte wohl nur dort der Fall sein können, wo in der Tat eine direkte Umsetzbarkeit in eine gefährliche Technologie in Rede steht und die Realisierung auch außerhalb von Hochsicherheitslaboren möglich ist, deren Kontrolle ohnehin permanent stattfindet oder jedenfalls stattfinden sollte. Dies dürfte von vornherein die Beschränkungsmöglichkeiten auf wenige Ausnahmefälle einschränken.

#### b) Anknüpfungen an die Handlungen Dritter

Die Anknüpfung an die Handlungen Dritter ist ebenfalls nur in geringem Umfang aussichtsreich. Schon ein Vergleich mit der Situation der Forschungspraxis zeigt insoweit deutliche Unterschiede, die auch Konsequenzen für die Beurteilung haben. Durch die Handlungspraxis der

Forschung können Rechtsgüter direkt beeinträchtigt werden und von daher ist es gerechtfertigt, diese Beeinträchtigungen zu verhindern. Bei den Kommunikationsfreiheiten ist dies in der Regel, wenn auch nicht immer, anders. Die Tatsache, dass andere das Wissen nutzen, wird dem Urheber des Wissens in der Regel nicht zugerechnet. Davon mag es Ausnahmen geben, aber diese bedürfen einer besonderen Rechtfertigung. Nur insoweit sind die Urheber des Wissens für den Gebrauch des Wissens verantwortlich. Es handelt sich, wenn überhaupt, um gestreckte Beeinträchtigungsvorgänge, die noch nicht einmal mit der höchst umstrittenen Figur des Zweckveranlassers im Polizeirecht vergleichbar sind.<sup>110</sup> Es würde sich um den Zugriff auf diejenigen handeln, die von ihrer grundrechtlich geschützten Kommunikationsfreiheit Gebrauch machen, weil unbekannte Dritte möglicherweise einen malevolenten Gebrauch beabsichtigen. Dies begrenzt die Möglichkeit des Zugriffs von vornherein. Darüber hinaus ist allerdings zu berücksichtigen, dass schon im Bereich der Meinungsfreiheit bei möglichen direkten Wirkungen der Meinungsäußerung von Verfassung wegen zu verlangen ist, dass eine zu präventiven Zwecken erfolgende Beschränkung nur aufgrund einer Gefahrenprognose möglich sein soll, bei der nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind.<sup>111</sup> Dies muss umso mehr bei diesen gestreckten Vorgängen gelten, wie sie hier in Rede stehen.

Darüber hinaus gilt: Es wird in keiner mir bekannten Prognose, die an das als riskant eingestufte Wissen anknüpft, ein realistisches Szenario einer terroristischen Bedrohung entfaltet. Es gab regelmäßig zum Zeitpunkt der Veröffentlichung keine indiziell, durch Tatsachen gehärtete Bedrohung, sondern eher abstrakte Gefährdungslagen.<sup>112</sup> Es geht hier allein um die Möglichkeit der künftigen, aber unbekanntem Verwendung durch Dritte. Das verdeutlicht das Exzeptionelle dieses Vorhabens. Schon aus diesem Grunde dürfte nur in Ausnahmefällen eine Beschränkung in Betracht kommen. Wo diese in Betracht kommt, sind gegenüber einem völligen Publikationsverbot immer auch mildere Formen der sachlichen, personellen oder zeitlichen Beschränkung vorrangig.<sup>113</sup> Damit sind doch recht enge Grenzen umschrieben, denen jede Einschränkung, die ohnehin nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen könnte, unterliegen würde.

<sup>109</sup> Vgl. dazu oben II. 1. d.

<sup>110</sup> Zur Kritik an dieser Figur vgl. BVerfG, 1.9.2000, 1 BvQ 24/00, NVwZ 2000, 1406 ff.; jüngst auch *Trute*, Zur Entwicklung des Polizeirechts 2009-2013, Die Verwaltung (46), 2013, S. 537, 544 mwN.

<sup>111</sup> Bloße Vermutungen reichen dafür unabhängig von dem Grad der zu verlangenden Wahrscheinlichkeit der Gefahrenprognose nicht

aus; so BVerfG, 8.12.2010, 1 BvR 1106/08, juris Rn. 15, AfP 2011, 43 ff. im Fall einer publikationsbeschränkenden Weisung nach § 68b Abs. 1 Nr. 4 StGB.

<sup>112</sup> Das scheint durch bei *Casadevall/Imperiale*, Risks and benefits (Fn. 2).

<sup>113</sup> DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn.42), S. 14.

## 2. Das Problem des Zensurverbots

Selbst wenn man die Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit aus Risikogründen im Ausnahmefall für zulässig erachten wollte, wäre jedenfalls eine Vorab-Kontrolle der Ergebnisse im Hinblick auf ihre Publikationswürdigkeit wegen des Zensurverbots zweifelhaft. Relevant ist dies im vorliegenden Kontext, da doch Genehmigungspflichten, Abhängigkeiten von Kommissionsvoten etc. als Maßnahmen vor der Veröffentlichung erörtert werden, sei es in Codes of Conducts, staatlich eingerichteten oder doch zumindest angereizten Selbstverpflichtungen oder auf gesetzlicher Grundlage durch DURC-Kommissionen.<sup>114</sup> Insofern stellt sich allerdings die Frage, ob solche Maßnahmen, jedenfalls wenn sie dem Staat zurechenbar sind, dem Zensurverbot unterfallen können.

Allerdings ist die Geltung des Zensurverbots für die Wissenschaft umstritten. Der Sache nach sprechen zwar auf den ersten Blick systematische Erwägungen dagegen, weil Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG nur für die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG Geltung zu beanspruchen scheint. Versteht man indes das Zensurverbot als Ausdruck einer verfassungsmäßigen Konturierung des Wesensgehalts der Kommunikationsgrundrechte,<sup>115</sup> wie richtigerweise angenommen wird, dann ist schwer zu sehen, warum dies nicht auch für die wissenschaftliche Kommunikationsfreiheit gelten sollte.<sup>116</sup> In jedem Fall aber würde es eine Wertungsschwelle umschreiben, die kaum zu überwinden ist. Denn es wäre erstaunlich und vom Sachbereich her kaum nahegelegt, dass die Schranken der Wissenschaftsfreiheit enger sind, als die der anderen Medienfreiheiten, die nicht vorbehaltlos garantiert sind. Auch diejenigen, die insoweit zwischen der Pressefreiheit und der Wissenschaftsfreiheit trennen, müssten die Frage beantworten, ob nicht schon deswegen, weil Wissenschaftler als Inhaltslieferanten dienen, die der Pressefreiheit vorgelagerte Ebene ebenfalls dem Zensurverbot unterfallen würde.<sup>117</sup>

Verbreitet wird bei den Kommunikationsfreiheiten auch die Tätigkeit von Vermittlern einbezogen. Das dürfte von der jeweiligen grundrechtlichen Ausgestaltung abhängen. Der Sache nach wird man bestimmte, für die Funktionsfähigkeit des Systems relevante Einrichtungen mit in die Wissenschaftsfreiheit einbeziehen.<sup>118</sup> Für die Aufnahme der Fachpublikationen spricht schon die Überlegung, dass diese unverzichtbarer Bestandteil der Funktionsweise des Wissenschaftssystems sind. Von daher sind sie in die Freiheit der Wissenschaft einzubeziehen. Andernfalls gilt das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG für Presseerzeugnisse ohnehin.

Allerdings wird die Einbeziehung von Vermittlungsfunktionen nur gegenüber einem präventiven Prüfgebot von *staatlichen Stellen* beeinträchtigt, nicht wenn sie Folge privater Selbstregulierung ist.<sup>119</sup> Hier kann den Staat allerdings eine objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Offenhaltung der Kommunikationswege treffen.<sup>120</sup> Dies auch für den Fall, dass aufgrund vorausseilenden Gehorsams zentrale Publikationen Selbstbeschränkungen aus eben den Gründen vornehmen, die vor Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG keinen Bestand haben. Publikationseinschränkungen formell privater, materiell aber staatlich (fast) vollständig finanzierter Forschungseinrichtungen – wie der DFG, Max-Planck-Gesellschaft, Teilen der Helmholtz-Gesellschaft oder der Leibniz-Gesellschaft – sind nicht in diesem Sinne private Einrichtungen, sondern solche, die entweder dem Staat zurechenbar sind oder bei denen zumindest aufgrund der Finanzierung und des Einflusses eine staatliche Verantwortung für die Einhaltung der freiheitlichen Standards besteht.<sup>121</sup>

## VI. Rahmenbedingungen der Forschungsförderung

Immer wieder findet sich der Hinweis, dass Begrenzungen der Forschungsförderung unter dem Stichwort Biosecurity, sei die Förderung nun programmgebunden oder nicht, nicht als Eingriff zu verstehen seien.<sup>122</sup> Beispiele für solche Grenzen sind etwa die Bindung von

114 Vgl. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 187 ff.

115 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 119), Rn. 170; für die Schweiz Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 54 ff, die allerdings eine Abwägung aus systematischen Gründen nach Maßgabe der Schweizer Verfassung für möglich hält.

116 Für die Kunstfreiheit BVerfG, 27.11.1990, 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (155); für die Wissenschaftsfreiheit Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 119), Rn. 173; Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl., 2014, Art. 5 Rn. 129; Fehling, GG (Fn. 66), Rn. 713; für die Schweiz aufgrund einer anderen verfassungsrechtlichen Lage anders Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 54 ff.

117 Zum Problem der Drittwirkung vgl. Bethge, GG (Fn. 116), Rn. 133.

118 Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 120, 690 ff.; Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 19; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., 2010, Art. 5 III Rn. 405.

119 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 5 I, II, Rn. 174 mwN.

120 Schmidt-Aßmann, Free Access to Research Findings and its Limitations, in: H. Novotny et al., The Public Nature of Science under Assault, 2005, S. 109, 113 ff.

121 Zu der unterschiedlichen Ausprägung der staatlichen Verantwortung vgl. Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 215 ff., 523 ff., 560 ff., 678 ff.

122 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 180.

Geldern für bestimmte GOF-Forschungen an Relevanzkriterien (nur, wenn ein wahrscheinlicher Ertrag für Aspekte der öffentlichen Gesundheit zu erwarten ist),<sup>123</sup> die Bindung an Codes of Conduct oder an die Voten von „Ethik“- oder Risikokommissionen (DURC-Kommissionen), um nur einige Beispiele zu nennen. In dieser Allgemeinheit ist Behauptung einer grundrechtlichen Irrelevanz einer „nur“ konditionierten Förderung indes unzureichend.<sup>124</sup>

Richtig ist, dass staatliche Leistungen zunächst einmal die Freiheitsausübung ermöglichen oder begünstigen und insofern nicht als Eingriff zu thematisieren sind; dies jedenfalls solange die Annahme als *freiwillig* angesehen werden kann. Für den Bereich der staatlich eingerichteten Forschung, etwa an den Hochschulen, wird man indes zum einen die Verpflichtung des Staates zur Einrichtung freier Wissenschaft ebenso berücksichtigen müssen, wie die Absenkung der Grundfinanzierung der Einrichtungen, um deren Orientierung an den Programmen externer Mittelgeber anzureizen.<sup>125</sup> Ob unter diesen Bedingungen, die stets eine Mischung von Teilhabe an den institutionellen Grundmitteln und den Bedingungen *externer Governance* durch Fördereinrichtungen noch von einer Freiwilligkeit gesprochen werden kann, müsste im Hinblick auf jedes wissenschaftliche Feld gesondert untersucht werden. Das mag hier dahinstehen. Aber es zeigt, dass selbst im Hinblick auf die Freiwilligkeit nicht unbesehen alte dogmatische Gewissheiten weitergetragen werden können.

Ungeachtet dieser Einschränkungen sind es allerdings die Lenkungswirkungen der Subventionen, die nicht nur durch die eben genannten spezifischen Anreizstrukturen verstärkt werden, die einer grundrechtlichen Rechtfertigung bedürfen.<sup>126</sup> Sie können ab einer gewissen Intensität eine eigenständige und damit rechtfertigungsbedürftige Belastung darstellen.<sup>127</sup> Dies gilt zumal dann, wenn die Lenkungswirkung auf der Grundlage von „Selbst“regulierungen in Form von Ethikkodizes erfolgt, die ihrerseits schon der Rechtfertigung bedürfen,<sup>128</sup> deren

Wirkung aber durch die Abhängigkeit von finanzieller Förderung noch einmal verstärkt werden soll.

Dabei ist es in der Sache unproblematisch, im Hinblick auf die mögliche Beeinträchtigung der Rechtsgüter durch die Forschung selbst auch Kriterien einer Risikovorsorge zur Anwendung zu bringen. Dies gilt auch für die Einrichtung von Kommissionen, die freilich – wie im Falle der DURC-Kommission, die vom Deutschen Ethikrat vorgeschlagen wird – vor allem als Risikobewertungskommissionen zusammengesetzt sind und nicht als allgemeine „Ethisierungs“-Kommissionen der Forschung. Dies unterscheidet den Sachbereich von den Ethik-Kommissionen, die eingerichtet werden, um ethische Aspekte der Forschung an Menschen zu bewerten. Darum geht es hier gerade nicht. Klar umschriebene Rechtsgutskollisionen der hier beschriebenen Art sind kein allgemeines Mandat zur Etablierung von Ethisierungsregimen oder einer beliebigen Kontextualisierung.<sup>129</sup>

Mögen also im Hinblick auf die Risiken der Forschung selbst Einschränkungen der Risikovorsorge gerechtfertigt werden können, so ist dies ungleich schwieriger im Hinblick auf das generierte Wissen. Etwaige Einschränkungen treffen nicht die „Verursacher“ sondern wollen Restriktionen im Hinblick auf die gesellschaftliche Nutzung des Wissens durchsetzen. In dem Maß, wie diese Einschränkungen angesichts der distanten Beeinträchtigungsvorgänge, der Ungewissheit der tatsächlichen Situation und der Bedeutung der Publikation für das Wissenschaftssystem nicht gerechtfertigt werden können, dürfen sie auch nicht etwa Förderentscheidungen zugrunde gelegt werden. Dies hat auch Vorwirkungen für die Konzeption etwaiger prozeduraler Vorkehrungen, wie etwa der Einrichtung von Kommissionen (DURC-Kommissionen).

Allerdings können Förderentscheidungen von der Einhaltung der Anforderungen von Codes of Conduct, also etwa der Einhaltung von Anforderungen der guten wissenschaftlichen Praxis, abhängig gemacht werden.

123 Vgl dazu bereits oben II. 1. a) aus der US-amerikanischen Debatte etwa die Position des US Departments of Health and Human Services *Patterson/Tabak/Fauci/Collins/Howard*, A Framework for Decisions about Research with HPAI H5N1 Viruses, *Science* (339), 2013, S. 1036-1037.

124 Dazu bereits ausführlich *Trute*, Die Forschung (Fn. 52) S. 632 ff.

125 Zu diesen Steuerungsimpulsen vgl. *Trute*, Politische und rechtliche Steuerung der Universitäten, (i.E.); *Trute/Pilniok*, Von der Ordinarien- über die Gremien- zur Managementuniversität, in: Jansen (Hrsg.), *Neue Governance der Forschung*, 2009, S. 21 ff.; *Sieweke*, *Managementstrukturen und outputorientierte Finanzierung im Hochschulbereich*, 2010.

126 Dazu ausführlich bereits *Lübbe-Wolff*, *Die Grundrechte als Ein-*

*griffsabwehrrechte*, 1988, S. 267 ff., 271 ff.; *Trute*, *Die Forschung* (Fn. 52), S. 632 ff.; *Breuer*, *Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 171 Rn. 96 ff.

127 Vgl. dazu *Trute*, *Die Forschung* (Fn. 52), S. 635 f.

128 Ausführlich zu den Ethikkodizes im Forschungsbereich und ihrer Wirkung *Wilms*, *Die Unverbindlichkeit der Verantwortung. Ethikkodizes der Wissenschaft im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, 2015, S. 134 ff.

129 Ausführlich zu den verschiedenen Formen *Schulze-Fielitz*, *Responses of the Legal Order to the Loss of Trust in Science*, in: *Novotny et al.*, *The Public Nature of Science under Assault*, 2005, S. 63 ff.

Dies jedenfalls insoweit, wie diese Ergebnisse innerwissenschaftlicher Reflexion sind, nicht aber dann, wenn sie externe Anforderungen an die Wissenschaft umsetzen. Dann mögen sie als „Selbstbegrenzungen“ thematisiert werden, dies ändert an ihrem Rechtfertigungsbedarf nichts. Diese werden sonst zu einem Einfallstor eines Ethisierungsregimes, das schwer zu operationalisierende und nicht in jeder Hinsicht zu rechtfertigende Anforderungen stellt.<sup>130</sup> Insoweit hat die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte prozedurale Vorwirkungen.

## VII. Ethikkodizes: Selbst- oder Fremdregulierung?

Selbstverständlich können unterhalb der Schwelle der Forschungs- und Publikationsverbote und -beschränkungen Maßnahmen im Bereich der Risikoversorge vorgesehen werden, die den Problemen mit weniger einschneidenden Maßnahmen entgegenwirken wollen. Insoweit mag man darüber nachdenken, die Selbstreflexionsfähigkeit der Wissenschaft durch Ausbildungsangebote und Reflexionslasten zu verstärken, um – wie es der Deutsche Ethikrat nennt – eine *culture of responsibility* zu schaffen.<sup>131</sup> Auch mag dies im Rahmen eines Forschungskodexes vorgenommen werden.

Eine Folgenverantwortung der Wissenschaftler lässt sich in unterschiedlicher Weise verstehen und konzipieren. Dabei markieren die rechtlichen Grenzen nur einen Baustein im Geflecht einer wissenschaftlichen Folgenverantwortung.<sup>132</sup> Der Sache nach geht es angesichts der Asymmetrie des Wissens zwischen der Wissenschaft und anderen Teilsystemen bzw. der Gesellschaft darum, Mechanismen der Folgenreflexion zu institutionalisieren. Diese können auf einer individuellen Entscheidung von Wissenschaftlern, der Selbstregulierung der Disziplinen, Fachgesellschaften oder Forschungseinrichtungen beruhen oder rechtlich angereizt werden. Insoweit ist eine Vielzahl von Varianten denkbar, die unterschiedliche rechtliche Probleme aufwerfen können.

Aus der Perspektive der Wissenschaftsfreiheitsgarantie ist dabei im Ausgangspunkt wichtig, dass nicht Inpflichtnahmen bewirkt werden, die durch rechtliche Regulierungen so nicht erreicht werden könnten.<sup>133</sup> Durch den Begriff der ethischen Verantwortung der Wissenschaft(ler) besteht die Gefahr einer inkrementalen Überspielung rechtlicher Grenzen. Dabei wird man nicht umhin können, nach dem Stand der Grundrechtsdogmatik die Kodizes, jedenfalls dann, wenn sie nicht eine Forschungspraxis widerspiegeln und rationalisieren, als mittelbare Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit behandeln zu müssen, wenn sie beschränkende Wirkungen – die auch im negativen Werturteil über eine Forschung liegen können – zur Folge haben und dem Staat zurechenbar sind.<sup>134</sup> Sie sind dann Fremd- und nicht Selbstregulierungen der Wissenschaft.

Als unproblematisch erweisen sich im Ausgangspunkt Appelle an die individuelle Verantwortung des Wissenschaftlers, die seine Entscheidungszuständigkeit betonen.<sup>135</sup> Anders wird dies schon dort, wo gesetzlich begründete Reflexionslasten institutionalisiert werden.<sup>136</sup> Auch wenn die Reflexion zu den Wirkungen der Forschung zur Eigenverantwortung des Wissenschaftlers gehört, so ist dies ein Eingriff, der allerdings durchaus gerechtfertigt werden kann.<sup>137</sup> Indes ist diese Reflexionslast nicht unbegrenzt, auch nicht was die Risiken der Forschung angeht. Insbesondere wird man zwischen den Risiken der Forschung und denen der Verwendung des Wissens unterscheiden müssen.<sup>138</sup> Wie gesehen verbleiben im Hinblick auf die Verwendung des Wissens erhebliche Ungewissheiten,<sup>139</sup> die sich nicht in abstrakte ethische Verbote zu Lasten der Forschung ummünzen lassen. Ebenso wenig kann dies dazu führen, dass – insoweit mag man zwischen Einrichtungen und ihrem Auftrag differenzieren müssen – umfassende Relevanz- und Nutzenabwägungen anzustellen sind.<sup>140</sup> Dies gilt dann natür-

130 Vgl. etwa Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 194, der alle öffentlichen und privaten Förderer darauf verpflichten möchte, der nicht einmal das US-amerikanische Forschungssystem folgt. Dies aber macht deutlich, dass der Sache nach das Argument, es handle sich „nur“ um eine Einschränkung der Förderung, nicht besonders überzeugend ist.

131 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), 190 f.

132 Dazu Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 158 ff.

133 Dies gilt insbesondere für die Versuche, die vorgeblich weniger grundrechtssensible Förderung der Forschung als Hebel zu nutzen, um ansonsten nicht durchsetzbare Forschungseinschränkungen oder -verbote durchzusetzen. Nicht frei davon ist die Empfehlung des Deutschen Ethikrates, Biosicherheit (Fn. 6), S. 179 f. Angesichts der oben dargelegten rechtlichen Rahmenbedingungen der Forschungsförderung dürfte dies deutlich an verfassungsrechtlichen Grenzen rühren.

134 Ausführlich zu dieser Problematik, Wilms, Unverbindlichkeit der Verantwortung (Fn. 128), S. 134 ff.; für das Schweizer Recht

auch Thurnherr, Biosecurity (Fn. 50), S. 40 ff.; Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 140 f.

135 Am Ansatzpunkt DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 10.

136 Fallkonstellation in BVerfG, 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327 (363 ff.).

137 Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 161; Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 33 mwN.

138 Trute, Die Forschung (Fn. 52), S. 162 ff.

139 Dazu oben unter II. 1. d); nicht unproblematisch daher DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 12, (auch die Folgen zu bedenken, die von Dritten damit verursacht werden können) soweit dies nicht allein den gut übersehbaren Kontext der Forschung, die Auftraggeber und Kooperationspartner betrifft.

140 In der Sache ähnlich Löwer, Freiheit (Fn. 57), Rn. 33; zweifelhaft daher DFG/Leopoldina, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 42), S. 12 (Chancen der Forschung/Risiken für Rechtsgüter).

lich auch für alle institutionalisierten Formen der Folgenverantwortung.

Schwieriger erweisen sich diejenigen Formen von „Selbst“-verpflichtungen, die zum einen deutlich auf mittelbare Verbindlichkeit durch Sanktionen setzen<sup>141</sup> und in ihrer Konsequenz auf eine durchgängige Ethisierung der biosicherheitsrelevanten Wissenschaft abzielen.<sup>142</sup> Zwar ist es richtig, dass Raum für eine Ergänzung des Rechts durch nichtrechtliche Verhaltensstandards in der deutschen Rechtsordnung besteht. Das Problem aber liegt darin, dass unter dem Label von Verantwortung und Selbstregulierung letztlich eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit beabsichtigt (oder zumindest in Kauf genommen) wird, die mit rechtlichen Instrumenten so einfach nicht erreicht werden könnte.

Dies würde etwa für die Genehmigungspflichten von Publikationen gelten, aber auch für diejenigen von Forschung, sofern diese an sich in legitimer Weise betrieben werden könnte. Insoweit weckt es doch nicht unerhebliche Zweifel, dass der Deutsche Ethikrat etwa die Wahl angemessener Forschungsziele und Forschungsmethoden festlegen und diese dann auch noch in einem deutschlandweit oder international einheitlichen Kodex geregelt sehen möchte.<sup>143</sup> Aber auch unterhalb dieser Schwelle wird man sich fragen müssen, wieweit eine Ethisierung reichen kann. So ist bedenklich, wenn eine umfassende Abwägung in einem definierten Bereich von Forschungsvorhaben stattfinden soll,<sup>144</sup> Risiko-Nutzen-erwägungen zu einem wesentlichen Kriterium werden,

bei bestimmten Risiken vermutet werden soll, dass der Schaden den Nutzen überwiegen soll<sup>145</sup> oder ein kontinuierliches Monitoring der bestimmter DURC-Forschungstätigkeit während der Projektdauer erfolgen soll.<sup>146</sup>

### VIII. Schluss

Dass die Wissenschaft mit der Veränderung ihrer Forschungspraxis und den daraus folgenden Risiken immer wieder die Frage nach der Abstimmung mit anderen rechtlich geschützten Interessen aufwirft, ist an sich nichts Neues. Von daher kann man auf gesicherte grundrechtsdogmatische Bestände zugreifen, ohne die nötigen Grenzziehungen in einer unstrukturierten Abwägung auflösen zu müssen. Neu ist der nunmehr beabsichtigte Zugriff auf das produzierte Wissen, dass inhibiert werden soll, weil Dritte davon einen malevolenten Gebrauch machen könnten. Das trifft die Wissenschaftsfreiheit in ihrem Kern und kann daher bestenfalls ein letztes Mittel sein, wo andere nicht ausreichen. Dies setzt eine Analyse der möglichen Gefährdungen voraus, nicht aber einen Überbietungsdiskurs der Konstruktion von Schreckensszenarien.

Hans-Heinrich Trute, Professur für Öffentliches Recht. Medien- und Telekommunikationsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg. Einer der Forschungsschwerpunkte des Autors ist das Recht der Wissenschaft.

141 Vgl. etwa Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 182.

142 Vgl. nochmals Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 183.

143 Vgl. Fn. 141, 142.

144 Der Deutsche Ethikrat verweist in seinem Vorschlag auch auf den aus den USA stammenden Katalog an Agenzien, der ganz offensichtlich auf der Basis einer abstrakten Gefährdung entworfen wurde, ohne sich jedoch auf eine Agenzienliste festzulegen; diese soll von der neu einzurichtenden DURC-Kommission erarbeitet und fortlaufend angepasst werden, vgl. Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 195 f., 201 ff.

145 In Teilen vertritt dies immerhin der Deutsche Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 193, 197 f., sofern nicht ein direkter, konkreter und überwiegender Nutzen für die Abwehr von Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen wahrscheinlich ist, in

Bezug auf solche GOF-Forschungsvorhaben, die zum Gegenstand haben oder bei denen abzusehen ist, dass die pathogene Wirkung eines Mikroorganismus so verstärkt wird, dass im Falle der Verbreitung außerhalb des Labors die Gefahr der Epidemie einer schwerwiegenden Erkrankung beim Menschen gegeben ist. Deutlicher kann man die Wissensasymmetrie zulaufen der Wissenschaft nicht aufspannen. Während man an sich einräumen muss, dass man bezüglich des Missbrauchsrisikos im Regelfall über die bloße Möglichkeit nicht hinaus kommt, soll bezüglich des Nutzens dann eine direkte, konkrete und überwiegende verlangt werden. Dass dies ein angemessener Ausgleich sein könnte, müsste erst einmal begründet werden können; vgl. auch bereits oben bei Fn. 94.

146 Deutscher Ethikrat, Biosicherheit (Fn. 6), S. 193.

# Silja Vöneky

## *Biosecurity – Freedom, Responsibility, and Legitimacy of Research*

### I. Introduction

The subjects of biosecurity and the containment of biological weapons remain highly relevant and important, particularly in times with as many instabilities as today. These instabilities at the national and international level become manifest in terrorist attacks, as in Madrid 2004, London 2005, Boston 2013, Paris 2015, and Copenhagen 2015, the establishment of a terrorist regime, the so-called IS (“Islamic State”), that controls areas in the Middle East, the new confrontation with Russia due to the annexation of the Crimea and the armed conflict in Ukraine.

Science seems to be far apart from any security concerns. Science is, as long as it is aimed toward peaceful purposes, characterized by often fruitful cooperation between different researchers in different parts of the world, searching for knowledge, striving to improve the living conditions by fighting climate change, hunger, major diseases, like Ebola, and pandemics caused by an influenza virus or other agents. Many areas of science in the 21st century try to solve the major, global problems of humankind. It does not seem easy to link peaceful scientific research to the security problems of our times.

But this picture does not seem to be correct. The new, threatening instabilities of the years 2014/2015 are characterized by blurred lines: There are no clear frontiers, no limited “battlefields”, often no combatants that are recognizable, and there is no clear strategy how to restore

or maintain security. It is a new world disorder.<sup>1</sup> And it would be false to assert that terrorists have no link to our western societies and act far away in Sudan, Yemen, Afghanistan etc. from our universities and research institutes. It is striking that some of the main terrorists of the 9/11 attacks, the Boston attacks, and of the IS are or were students in western countries (Germany, U.S., and UK) before or during the time they formed part of a terrorist group.<sup>2</sup> Those terrorists did not use biological weapons or biological agents to threaten the population and the world community. But their strategy has been and still is to cause pure horror and the maximum amount of instability in the centers of western civilization.<sup>3</sup> Especially if one looks at attacks by IS during the last months – the beheading and burning of hostages, the destruction of cultural goods – there do not seem to exist any legal or moral limits.

Biological warfare and bioterrorism have some very specific characteristics that make them different from other kinds of use of weapons: Biological warfare agents are easy to hide, difficult to detect or protect against;<sup>4</sup> they will

“normally have a delayed effect due to an incubation period. The diseases caused can be highly lethal and may be contagious, consequently capable of causing incapacitation or death of thousands. Even their use in a small scale, eg by releasing a very small quantity into a water supply, could cause extensive casualties and de-

1 „Ordnungen sind unter Druck. Unordnung greift um sich.“ Cf. the German Foreign Minister *Frank-Walter Steinmeier*, „Auf der Suche nach Ordnung in der Unordnung: europäisch-asiatische Zusammenarbeit in einer unübersichtlichen Welt“, presentation at the ASEAN-Secretariat General in Jakarta, 3.11.2014, available at: [http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2014/141103-BM\\_ASEAN.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2014/141103-BM_ASEAN.html).

2 Mohammed Atta, one of the 9/11 terrorists, the hijacker-pilot of American Airlines Flight 11, studied for many years at the Technischen Universität Hamburg-Harburg/Germany; Tamerlan Tsarnaev, one of the terrorists of the Boston Marathon Bombing, studied at the Bunker Hill Community College/Boston/U.S.; Dzhokhar Tsarnaev, the second Boston Marathon Bombing terrorist, studied at the University of Massachusetts/Dartmouth/U.S. and has been an U.S.-citizen since 2012, cf. <http://www.fbi.gov/news/updates-on-investigation-into-multiple-explosions-in-boston/updates-on-investigation-into-multiple-explosions-in-boston> and A. Ross, Der

Körper der Muslime, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4.3.2015, 3. The “Islamic State” militant known as “Jihadi John”, who has been pictured in the videos of the beheadings of Western hostages, is a British national from west London who finished his computing degree at University of Westminster/UK in 2009, cf. BBC news, 26.2.2015 available at: <http://www.bbc.com/news/uk-31637090>.

3 It is no coincidence that the major terrorist attacks of the last decades occurred in New York, Madrid, London, Boston, Paris, and Copenhagen, all of them either capital cities and/or financial and cultural metropolises.

4 D. Svarc, Biological Weapons and Warfare, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 2012, 945; A. Nouri/*Ch.F.Chyba*, Biotechnology and biosecurity, in N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008, 454: “Biological weapons are distinct from other so-called weapons of mass destruction”.

struction. [...] [B]iological weapons can be used for political assassinations, in order to cause social disruption [...], economic damage [...], or environmental problems.<sup>5</sup>

Having this in mind it is not astonishing that especially the biological sciences have been for some years a focal point in regard to security concerns.<sup>6</sup> Even if there have been, so far, very few attacks of biological terrorism by non-state groups, the use of biological and other agents to intentionally kill “enemies” or damage their environment is a long-standing technique.<sup>7</sup> Without being an alarmist: It might be only a question of time until the first major act of bioterrorism takes place.<sup>8</sup>

If terrorists or other criminals use scientific findings, it is a problem of so-called *dual use*. The notion of dual

use means that terrorists or criminals can misuse findings of research to do severe harm or even to build weapons of mass destruction.<sup>9</sup> Dual use is especially worrying in the field of biological sciences as the result could be that a virus or other agent is used that spreads all over the world and causes the death or disease of individuals, animals, or the damage of the environment. Hence it is not astonishing that after special kinds of so-called gain of function (GOF)<sup>10</sup> experiments in the Netherlands and the U.S. were funded and took place,<sup>11</sup> an intense and interdisciplinary discussion started about the limits of the freedom of biological science, the responsibility of researchers and the legitimacy of rules regulating research in the field of biological sciences before the results were published. This debate has not yet ended.<sup>12</sup> On the contrary, it has been intensified,<sup>13</sup> since in this field of sci-

5 D. Svarc, Biological Weapons and Warfare, in R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 2012, 945.

6 Another important and currently hotly debated area is certain research in the field of so-called geoengineering, see for instance the two volume report: Climate Intervention: Reflecting Sunlight to Cool Earth, 2015 by the Committee on Geoengineering Climate, available at: <http://www.nap.edu/catalog/18988/climate-intervention-reflecting-sunlight-to-cool-earth>. For more examples of global catastrophic risks due to science, see N. Bostrom/M.M. Cirkovic (eds.), Global Catastrophic Risks, 2008. For universities, research institutions, and think tanks dealing with existential risks see Future of Humanity Institute, Oxford Martin School & Faculty of Philosophy, UK; Cambridge Centre for the Study of Existential Risk (CSER), University of Cambridge, UK and Future of Life Institute, Boston, U.S.; available at: <http://www.fhi.ox.ac.uk/>, <http://cser.org/> and <http://futureoflife.org/home>.

7 Cf. D. Svarc, Biological Weapons and Warfare, in R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 2012, 945; S. Vöneky, Die Fortgeltung des Umweltrechts in internationalen bewaffneten Konflikten, 2001, 8 et seq.

8 “There is clear evidence that some terrorist groups, such as Al Qaeda [...], considered and experimented with biological weapons”; For current concerns see The Guardian, Top-secret military warning on Ebola biological weapon terror threat, 21.2.2015, available at: <http://www.theguardian.com/uk-news/2015/feb/21/top-secret-ebola-biological-weapon-terror-warning-al-qaeda-isis>.

9 For the differentiation between dual use research and dual use research of concern (DURC) see below.

10 These are such kinds of GOF-experiments in which the pathogenic effects of a microorganism are increased either directly or by increasing its transmissibility or adapting it to new host organisms.

11 For details see German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 9, available at: <http://www.ethikrat.org/files/opinion-biosecurity.pdf>.

12 For some voices from the current debate see: Reconstruction of the 1918 Influenza Virus: Unexpected Rewards from the Past (Taubenberger et al. - mBio 2012), available at: [www.ipg-journal.de/kommentar/artikel/keine-experimente-458/](http://www.ipg-journal.de/kommentar/artikel/keine-experimente-458/); Globalize the discussion (Fouchier & Osterhaus - Nature 2012); Gain-of-

function experiments on H7N9 (Fouchier et al. - Nature 2013); H5N1 virus: Transmission studies resume for avian flu (Fouchier et al. - Nature 2013); Circulating Avian Influenza Viruses Closely Related to the 1918 Virus Have Pandemic Potential (ECDC, 2014), available at: [http://ecdc.europa.eu/en/activities/sciadvicelayouts/forms/Review\\_DispForm.aspx?List=a3216f4c-f040-4f51-9f77-a96046dbfd72&ID=765](http://ecdc.europa.eu/en/activities/sciadvicelayouts/forms/Review_DispForm.aspx?List=a3216f4c-f040-4f51-9f77-a96046dbfd72&ID=765); COMMENTARY: The case against ‘gain-of-function’ experiments: A reply to Fouchier & Kawaoka (Lipsitch, Galvani - CIDRAP 2014), available at: <http://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2014/06/commentary-case-against-gain-function-experiments-reply-fouchier-kawaoka>; On the Need for a National Board To Assess Dual Use Research of Concern (Casadevall et. al - J Virol, 2014), available at: <http://jvi.asm.org/content/88/12/6535.long>; The H5N1 Moratorium Controversy and Debate (Casadevall & Shenk - mBio, 2014), available at: <http://mbio.asm.org/content/3/5/e00379-12.long>; What Science Should We Fund? Questioning New Policy on H5N1 Gain-of-Function Research (Evans - SciAm Blogs, 2013), available at: <http://blogs.scientificamerican.com/guest-blog/2013/01/15/what-science-should-we-fund-questioning-new-policy-feldfunktion-geändert-on-h5n1-gain-of-function-research/>; Keine Experimente! Das Züchten neuer Krankheitserreger ist sinnlos und gefährlich. Es muss aufhören (Lipsitch - IPG, 2014), available at: <http://www.ipg-journal.de/kommentar/artikel/keine-experimente-458/>.

13 For the current debate on biosecurity and biosafety see for instance: Das Missbrauchsrisiko in den Biowissenschaften - Biosicherheitsrelevante Forschung zwischen Freiheit, Fortschritt und Verantwortung, Freiburg 2014, available at: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr2/symposien/missbrauchsrisiko>; Cambridge Working Group, Cambridge/Boston/U.S. 2014, available at: <http://www.cambridgeworkinggroup.org/>; Meeting of the Working Group, Abrüstung und Nichtverbreitung biologischer und chemischer Waffen, Berlin 2014; BiochemSecurity2030-Project, Biological and Chemical Security in an Age of Responsible Innovation, London 2014; Side-Event Germany and Tunisia, Biosecurity and Limits of Research, UN Meeting of State Parties, Biological Weapons Convention, Geneva/CH 2014; VW Stiftung, Symposium Dual Use on Microbes: Biosafety, Biosecurity, Responsibility, Hanover 2014, available at: <http://www.volkswagenstiftung.de/dualuseresearch.html>.

ence an especially high, perhaps even existential or global catastrophic, risk<sup>14</sup> can be present if certain research is misused. It was only in October 2014 that the White House announced that the U.S. government is launching a deliberative process to assess the potential risks and benefits associated with GOF-studies and that during this period, the U.S. government will

“institute a pause on funding for any new studies that include certain gain-of-function experiments involving influenza, SARS, and MERS viruses, and encourages those currently conducting this type of work – whether federally funded or not – to voluntarily pause their research while risks and benefits are being reassessed.”<sup>15</sup>

It can be shown, discussing the topic of dual use of biological sciences means dealing with essential questions for our future: What responsibility do researchers, society, the state, and even the global community have to prevent the misuse of scientific knowledge? How should the freedom of research be determined considering the risks of misuse? How can the risks of misuse be effectively minimized without disproportionately restricting research and science?

In this article, I want to add a few nuances to the arguments and insights brought forward up to now and I will refer to the German Ethics Council’s<sup>16</sup> interdisciplinary report on biosecurity, which was released in 2014.<sup>17</sup> In the end, it can be shown that there are still large gaps that should be closed by the national and European legislator as well as by the international community. By closing these gaps these actors will meet their legal obliga-

tions to sufficiently protect human rights and to be in compliance with the precautionary principle as a normative standard that governs low probability high risk scenarios.

## II. Biosecurity and dual use research of concern (DURC)

In order to understand the notion of biosecurity one has to, first of all, differentiate between biosecurity and biosafety: Biosecurity aims to prevent the intentional misuse of research results; biosafety aims to prevent accidental release.<sup>18</sup> The latter is an area, in which risk-minimization measures, like having safe laboratories, are in practice and have been extensively enshrined in the law in Germany.<sup>19</sup> To differentiate between biosecurity and biosafety, however, does *not* mean that there is *an absolute dichotomy* between these areas. Quite to the contrary, it can be stated that means to ensure biosafety can promote more biosecurity and vice versa.

Additionally the concept of *dual use research of concern* (DURC) is important: DURC is research in the biological sciences that has significant potential to give rise to knowledge, products, or technologies, which could be directly misapplied by the researcher or a third person as weapons of mass destruction.<sup>20</sup> This concept is important, since it allows one to distinguish – by definition – from a security point of view the most dangerous experiments from other experiments that are less dangerous: As it is a principle of justice and a duty according to constitutional law that similar cases have to be treated similarly and different cases have to be treated differently, the

14 For this notion see N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008; A. Nouri/Ch.F.Chyba, *Biotechnology and biosecurity*, in N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008, 450 et seq.; Ch. Phoenix/M. Tredler, *Nanotechnology as global catastrophic risk*, in N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008, 481 et seq.

15 Available at: <http://www.whitehouse.gov/blog/2014/10/17/doing-diligence-assess-risks-and-benefits-life-sciences-gain-function-research> and <http://www.phe.gov/s3/dualuse/Documents/gain-of-function.pdf>.

16 The German Ethics Council was established in 2007 by an act of parliament as an “independent council of experts”; Art. 1 Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats of 16.7.2007 (Eth-RG), *Federal Law Gazette I* 1385. The president of the German Parliament appoints the members of the German Ethics Council. The German Ethics Council shall be composed of twenty-six members specializing in scientific, medical, theological, philosophical, ethical, social, economic, and legal concerns. The German Ethics Council shall contain representatives of a variety of ethical approaches and a pluralist spectrum of opinions. The legal duties of the Council are informing the public, encouraging discussion in society, and preparing opinions as well as recommendations for political and legislative action.

17 German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014 (Fn. 11). In 2012 the Federal Ministries of Research and of Health tasked the Ethics Council with investigating, whether we in Germany are sufficiently prepared with respect to the misuse of research from the biological sciences. The final version of the report was agreed on in March 2014. The author was head of this working group of the German Ethics Council.

18 Cf. M. Böckenförde, *Biological Safety*, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 2012, 937.

19 For details see Annex II, 235 et seq. of the German version *Deutscher Ethikrat, Biosicherheit – Freiheit und Verantwortung in der Wissenschaft*, 2014 (Fn. 11).

20 For similar definitions see: National Science Advisory Board for Biosecurity, *Proposed Framework for the Oversight of Dual Use Life Sciences Research*, 2007, 17, available at: <http://fas.org/biosecurity/resource/documents/NSABB%20draft%20guidelines%20on%20dual%20use%20research.pdf>; German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 14; WHO, *Responsible life sciences research for global health security*, 2010, definition VII.

notion and reasonable definition of DURC allows us to differentiate between groups of experiments in the life sciences that have to be treated differently.

### III. Setting the scene

#### 1. Can there be a rational assessment of biosecurity risks?

The assessment of risks in the area of biosecurity is difficult and cannot be done from a natural science or international relations perspective only. Insights of security experts have to be taken into account as well. Risk assessment has to be an interdisciplinary endeavor. Today, on the basis of natural science and security expertise, it seems plausible to differentiate between various agents and between different groups of experiments.<sup>21</sup> There is often some kind of criticism that listing agents is simplistic and leaves lacunae but a convincing alternative, a more “functional” approach, has not yet been developed.

Besides the necessity to differentiate between various agents, it can be assumed that the more complicated the technology required to create or to modify an agent is, the lower the likelihood that it will be misused by somebody. However, these are only observations at a single point in time, since a technology that is difficult to use and implement today may be easy to implement tomorrow.<sup>22</sup> This is even more true if one thinks of future developments of so called do-it-yourself biology which is done outside of research institutions and companies.

Another problem of evaluating the risks in the area of biosecurity is that nobody can quantify the risk of a terrorist attack with an agent stemming from a laboratory. In the past, there have been successful and unsuccessful attacks by non-state entities and individuals with biological agents;<sup>23</sup> most recently, the “anthrax letters” which were used after the attacks of 9/11 in 2001 in order to kill and harm people in the U.S.<sup>24</sup> Fortunately these have

been very rare cases. But even if the probability is very low, the risk does not equal zero for such an attack.

#### 2. An ethic of risk

Very rare cases whose probability of occurrence is not zero but who have (potentially) huge consequences are sometimes called “Black Swans”.<sup>25</sup> How can we rationally deal with “Black Swan” scenarios if they might have huge negative impacts? It would be irrational and not justified to strive for zero risk in regard to every action that includes risks: It is rational that we do not strive for zero risk in driving cars – which would mean to reduce the maximum speed to zero miles per hour or to prohibit driving cars – because we gain mobility, i.e. we, as individuals and societies, get a direct benefit from driving cars; and because we – or at least the drivers and users of cars – do consent to take the risks caused by driving cars. Because of these arguments (direct benefit and consent of the individuals) it is justified that a society accepts a statistically determined number of deaths caused by car accidents every year.<sup>26</sup> This is at least true if the society enacts laws and regulations that aim to minimize the risks in a proportional way.

On the other hand, it would be irrational to treat every “Black Swan” as if there is a zero risk. This obviously does not reflect reality. Hence, the decisive question is: When is it rational to strive for zero risks? From an economic (and utilitarian) perspective zero risks are hardly justifiable; this is not true, however, if the negative consequences, the damages and deaths, are huge, for instance if a dangerous virus escapes from a laboratory.<sup>27</sup> As the misuse of certain biological agents falls into the category of low probability high risk scenarios – one even could speak of an existential or catastrophic risk<sup>28</sup> – one should strive for a zero risk in regard to biosafety concerns and in regard to biosecurity concerns. This is true if an agent, for instance certain types of influenza viruses, can cause

21 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, p. 43 et seq.

22 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, p. 43 et seq.

23 Followers of a sect released the bacterium *Salmonella enterica* serotype typhimurium in Oregon/U.S.; 751 people fell ill; in the early 1990ies a Japanese sect tried several times to deploy various biological weapons; cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, p. 19 et seq.

24 Five people died; six contracted infections by inhalation; these attacks caused significant economic damages and widespread public anxiety, cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, p. 19 et seq.; A. Nouri/Ch.F.Chyba, Biotechnology and biosecurity, in N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008, 450 et seq.

25 Cf. N.N. Taleb, *The Black Swan, The Impact of the Highly Improbable*, 2007, 44 et seq.

26 For the differentiation between classes of risk and the importance of consent, cf. J. Nida-Rümelin, B. Rath, J. Schulenburg, *Risikoehtik*, 2012, 29 et seq. However, driving a car is not a personal risk in the strict sense, as the car driver is not entirely isolated from others who cannot be affected in any way.

27 This is certainly not astonishing and rather a no-brainer but nevertheless important to state in order to show the limits of a (false) zero risk bias very clear; see for instance R. Dobelli, *Die Kunst des klaren Denkens*, 8. ed., 2015, 110, who makes expressly the differentiation between the justified risk if a society does not prohibit to drive cars and the unjustified risk if a dangerous virus can escape from a laboratory. The latter is one of the rare cases of a justified zero risk bias.

28 J. Nida-Rümelin, B. Rath, J. Schulenburg, *Risikoehtik*, 2012, 48 et seq; similar R.A. Posner, *Catastrophe. Risk and Response*, 2004, 141; for further references see N. Boström/M.M. Cirkovic (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2008.

an endemic or pandemic upon intentional or unintentional release. The material and immaterial damages caused by such an endemic or pandemic can be quantified and these huge negative consequences make it rational to strive for a zero risk and irrational not to do so.

On this basis, it is possible to reinforce the so-called precautionary principle as a decisive ethical basis for decisions in the field of low probability high risk research scenarios.<sup>29</sup> As a legal principle intended to protect the environment, the precautionary principle is not only part of the law of the European Union, it is also laid down in several international treaties, as for instance the 1991 Protocol of Environmental Protection to the Antarctic Treaty<sup>30</sup> that regulates inter alia research in Antarctica and the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (Cartagena Protocol);<sup>31</sup> sometimes it is argued that it is part of customary international law, already.<sup>32</sup> A widely accepted version of the legal principle states that where there are threats of serious or irreversible damage, the lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent damages.<sup>33</sup> Hence it has to be distinguished from the preventive or protective principles that provide for an obligation of States to prevent known or foreseeable harm outside their territory.<sup>34</sup>

In the field of biosecurity-relevant research this means that, since the misuse of certain research from the biological sciences could lead to severe or even catastrophic or existential damages and there is no zero risk of misuse, measures to reduce the risk have to be taken; hence, from an ethical point of view, it is not decisive that one cannot quantify the probability of misuse; however it

is decisive that one knows that the probability is not equal to zero and the negative consequences might be catastrophic.

### 3. The framework of constitutional and international law

The same result – that measures to reduce the biosecurity risks in the field of biological sciences have to be taken – can be derived from legally binding human rights. The fundamental rights of the researchers – the freedom of research – may be restricted in a proportional manner for legitimate aims. This is even true in regard to the freedom of research as it is laid down in the German Grundgesetz (GG), the German Basic Law.<sup>35</sup> Art. 5 para. 3 GG states: “Arts and sciences, research and teaching shall be free. [...]”

However it would be a misunderstanding to conclude that every limitation of the freedom of research is a violation of this right.<sup>36</sup> A violation of Art. 5 para. 3 GG is only given if there are no legitimate aims or the limitation is not necessary to reach the aim or it is disproportional in relation to the protected good.<sup>37</sup>

The protection of the life and health of human beings are legitimate aims according to the German Basic Law Art. 2 para. 2 GG<sup>38</sup> that can justify proportional limitations of the right of freedom of science.<sup>39</sup> Therefore it is – for instance – no violation of Art. 5 para. 3 GG that there is the duty to consult an interdisciplinary ethics commission before conducting research on human beings in the area of drug testing.<sup>40</sup> The duty to protect life and health of individuals includes a duty of the State organs to assess and evaluate risks even if there are low probabi-

29 J. Nida-Rümelin, B. Rath, J. Schulenburg, *Risikoethik*, 2012, 105 et seq.

30 Federal Law Gazette 1994 II, 2478. For details see S. Vöneky, S. Addison-Agyei, Antarctica, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 2012, 426 et seq. Parties of the Protocol are inter alia China, France, Germany, India, Russia, UK and the U.S.

31 Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity of 29.1.2000, 39 ILM 1027, M. Böckenförde, Biological Safety, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 2012, 939.

32 For an overview see: M. Schröder, Precautionary Approach/Principle, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VIII, 2012, 400 et seq.

33 Similar Principle 15 of the Rio-Declaration states: “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

34 M. Schröder, Precautionary Approach/Principle, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VIII, 2012, 401.

35 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Basic Law),

23.5.1949, Federal Law Gazette 1, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html); see for the interpretation of the freedom of research according to the German Basic Law: M. Fehling, *Bonner Kommentar, Grundgesetz*, 2011, Art. 5 Abs. 3 para. 1 et seq. For the philosophical debate of the freedom of research see T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung, Begründungen und Begrenzungen*, 2012,

36 This is only the case in regard to human dignity as laid down in Art. 1 para. 1 GG: “Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority”. Therefore every limitation of human dignity is a violation; there are no ways to justify limitations of human dignity because of legitimate aims; hence torture can never be justified according to German constitutional law even if it is done in order to prevent a major terrorist attack.

37 Cf. BVerfG, 1.3.1978, 1 BvR 333/75; 1 BvR 174/75; 1 BvR 178/75; 1 BvR 191/75; BVerfGE 47, 327, 369 et seq.

38 “Every person shall have the right to life and physical integrity. [...]”

39 Cf. BVerfG, 18.2.2010, 2 BvR 2502/08 (CERN).

40 S. Vöneky, Foundations and limits of an “ethicalization” of law, in: F. Battaglia, N. Mukerji, J. Nida-Rümelin (eds.), *Rethinking Responsibility in Science and Technology*, 2014, 183 et seq., 197 et seq.

lity scenarios.<sup>41</sup> The same is true if there is a proportional limitation of the freedom of science in order to protect the environment (Art. 20a GG);<sup>42</sup> this is no violation of Art. 5 para. 3 GG either.

The legitimate aims according to the 1950 European Convention on Human Rights required to limit the right of freedom of expression, which entails the right of freedom of science, are even broader: Art. 10 para. 2 European Convention on Human Rights (EuCHR)<sup>43</sup> reads:

“The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, *in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.*”

Therefore one can conclude, that a law that is proportional according to Art. 5 para. 3 GG cannot be a violation of the freedom of science/freedom of expression as part of the international human right treaties.

Besides it is well established that human rights oblige States not only to respect, but also to protect the fundamental rights of the individuals and the public.<sup>44</sup> Thus, the legislator is obliged by human rights to lay down rules to minimize risks for protected goods, such as the life and health of human beings. This duty exists according to the German Basic Law and for every State that is party to the 1950 European Convention on Human Rights or the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>45</sup>, like – for instance – the Netherlands, the UK, and the U.S.

Apart from human rights, the questions of biosecurity-relevant research are covered by other important rules of international law, especially the 1972 Biological Weapons Convention (BWC).<sup>46</sup> The BWC is an important treaty because it rules out any storage or use of biological weapons. But it aims to prevent research which has no peaceful purpose.<sup>47</sup> The BWC, as it stands now, is not designed to regulate or manage dual use research. In the area of research regulation it has many lacunae. Besides this, it does not contain a verification regime.<sup>48</sup>

Another international treaty, which has many lacunae in regard to biosecurity-relevant research, is the Cartagena Protocol.<sup>49</sup> The protocol aims to ensure biosafety and includes only very few rules about the illegal cross-border transfer of certain agents if they are modified li-

41 Cf. BVerfG, 18.2.2012; BvR 2502/08 (CERN); BVerfG, 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 142 et seq.: “Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muß er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewißheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet.”

42 Cf. for an interpretation of Art. 20a GG and the duties of the parliament to prevent risks BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, para. 118: „In legislating, the legislature must balance not only the interests affected by the use of genetic engineering on the one hand and their regulation on the other hand [...] But it must likewise comply with the duty contained in Article 20a GG also to protect natural resources out of responsibility for future generations (see BVerfGE 118, 79, 110). This duty may be imposed both in order to avert dangers and also to take precautions against risks. The environmental interests thus protected by Article 20a GG also include the preservation of biological variety and the guarantee of a

species-appropriate life for endangered animal and plant species.“

43 European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 UNTS 221; Federal Law Gazette 2002 II, 1055.

44 An obligation to protect, not only an obligation to respect; cf. UN Commission on Human Rights, Res. 2005/69, 20.4.2005, UN Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.17; General Comments No 13 § 46, HRI/GEN/1/Rewv. 7, 87.

45 999 UNTS 171; Federal Law Gazette 1973 II, 1543.

46 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction (Biological Weapons Convention), Federal Law Gazette 1983 II, 132; 1015 UNTS 163.

47 Art. 1: “Each State Party to this Convention undertakes never in any circumstance to develop, produce, stockpile or otherwise acquire or retain: Microbial or other biological agents, or toxins whatever their origin or method of production, of types and in quantities that have no justification for prophylactic, protective or other peaceful purposes; Weapons, equipment or means of delivery designed to use such agents or toxins for hostile purposes or in armed conflict.” Cf. as well *D. Svarc*, Biological Weapons and Warfare, in R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 2012, 946.

48 *D. Svarc*, Biological Weapons and Warfare, in R. Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 2012, 948.

49 Fn. 31.

ving organisms (Art. 25).<sup>50</sup> But even those rules do not bind all those States, where one can find significant biosecurity-relevant research; Parties of the Protocol are – inter alia – the EU, UK, and Germany, but not the U.S..

The rules of the Cartagena Protocol are supplemented by a liability protocol, the Nagoya Protocol on Liability to the Cartagena Protocol,<sup>51</sup> which has not yet entered into force. It is striking that the Nagoya Protocol on Liability lays down liability for illegal crossborder transfer as well (Art. 3 para. 3)<sup>52</sup> and only provides exceptions from liability for situations that are equivalent to an international or non-international armed conflict (“[a]ct of war or civil unrest”) but not for terrorist activities (Art. 6). The Nagoya Protocol on Liability is ratified by Germany and the EU, and signed – inter alia – by France and UK, but not the U.S..

#### 4. Rules of European and national law

Furthermore, one has to look at the applicable legal regulations in Germany and Europe. It is beyond the scope of this paper to go into details, but in a nutshell one can state that it can be shown that the existing legal rules in Germany and in Europe that govern research in life sciences are neither sufficient nor coherent. They either encompass only limited areas of biosecurity or they target mainly special questions of biosafety, like the German Genetic Engineering Law.<sup>53</sup>

That the existing rules are far away from a coherent system of regulation for biosecurity-relevant research can be shown since, according to EU law, a publication in the area of biosecurity-relevant research only needs a permit from the export authorities if it will be published in a journal outside the EU.<sup>54</sup> Even the important area of research funding has not been regulated with respect to biosecurity risks: Within the EU Framework Programme for Research, the new Horizon 2020, there are no restrictions for funding this kind of research (Art. 19 Horizon 2020).<sup>55</sup>

In the end, one has to conclude that there are many gaps in the area of biosecurity-relevant research concerning the legal framework at the European and national level.

#### 5. Codes of conducts for responsible research

The question is whether these gaps can be filled in by codes of conduct for responsible research: These codes are issued as an instrument of “self-responsibility” or “self-governance” by research organizations, like the German Research Foundation (DFG),<sup>56</sup> Max Planck Society (MPG)<sup>57</sup> and the Leopoldina.<sup>58</sup> These codes are important in setting normative standards but they are not sufficient in effectively regulating biosecurity-relevant research.<sup>59</sup>

50 Art. 25: “Illegal Transboundary Movements 1. Each Party shall adopt appropriate domestic measures aimed at preventing and, if appropriate, penalizing transboundary movements of living modified organisms carried out in contravention of its domestic measures to implement this Protocol. Such movements shall be deemed illegal transboundary movements. 2. In the case of an illegal transboundary movement, the affected Party may request the Party of origin to dispose, at its own expense, of the living modified organism in question by repatriation or destruction, as appropriate. 3. Each Party shall make available to the Biosafety Clearing-House information concerning cases of illegal transboundary movements pertaining to it.”

51 The Nagoya – Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety, available at: [http://bch.cbd.int/protocol/NKL\\_text.shtml](http://bch.cbd.int/protocol/NKL_text.shtml).

52 Art. 3 para. 3: “This Supplementary Protocol also applies to damage resulting from unintentional transboundary movements as referred to in Article 17 of the Protocol as well as damage resulting from illegal transboundary movements as referred to in Article 25 of the Protocol.”

53 Gentechnikgesetz (Gesetz zur Regelung der Gentechnik, GenTG), Federal Law Gazette 1993 I, 2066; Federal Law Gazette 2013 I, 3154. For details see German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 96 et seq.; C. Teetzmann, Rechtsfragen der Sicherheit in der Biologischen Forschung, in: S. Vöneky (Hrsg.), FIP 4/2014, VII et seq. 5 et seq.; available at: [http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr2/online-papers/FIP\\_4\\_2014\\_Rechtsfragen\\_Biosicherheit.pdf](http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr2/online-papers/FIP_4_2014_Rechtsfragen_Biosicherheit.pdf)

54 For the legal grounds and practical consequences see German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 96 et seq. and 149.

55 German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 110 et seq.

56 Code of Conduct: Working with highly pathogenic microorganisms and toxins (2008/2013); available at: [http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/reden\\_stellungnahmen/2013/130313\\_verhaltenscodex\\_dual\\_use\\_en.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2013/130313_verhaltenscodex_dual_use_en.pdf). Cf. H.C. Wilms, Die Unverbindlichkeit der Verantwortung, 2015, 60 et seq.

57 Guidelines and Rules on a responsible approach to freedom of research and research risk (2010); available at: <https://www.mpg.de/232129/researchFreedomRisks.pdf>. The author was part of the Max Planck Working Group that drafted the code. For further discussion of the code see H.C. Wilms, Die Unverbindlichkeit der Verantwortung, 2015, 65 et seq.

58 The Leopoldina drafted, after the report of the German Ethic Council was published, a code of conduct together with the DFG and members of Max Planck Society; the code is very similar to the Max Planck Code of Conduct mentioned above: Scientific Freedom and Scientific Responsibility Recommendations for Handling Security-Relevant Research (2014); available at: [http://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2014\\_06\\_DFG-Leopoldina\\_Scientific\\_Freedom\\_Responsibility\\_EN.pdf](http://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2014_06_DFG-Leopoldina_Scientific_Freedom_Responsibility_EN.pdf).

59 For details see S. Vöneky, Foundations and limits of an “ethicalization” of law, in: F. Battaglia, N. Mukerji, J. Nida-Rümelin (eds.), Rethinking Responsibility in Science and Technology, 2014, 199 et seq.

Why is this the case? Although the codes of conduct mentioned above often include important elements of risk minimization, the standards of the codes are “ethical” standards. Hence these codes are not directly legally binding. Their enforcement is thus unclear. Only some codes establish an ethics commission that is able to vote and consult on difficult or “unethical” cases, as for instance the Max Planck Code but not the new DFG/Leopoldina Code. Moreover these codes have a limited number of addressees since they only bind the respective members of the scientific society, but not all researchers in a State, in Europe or worldwide. Last but not least these codes of conduct can have some kind of output legitimacy but no democratic legitimacy. Output legitimacy is given if a regulation can solve a problem in an adequate way. Democratic legitimacy is given only if there is a clear link to an act of parliament.<sup>60</sup> As the codes of conducts mentioned above lack a legal basis and even the commissions that drafted the codes were not set up on a legal basis,<sup>61</sup> democratic legitimacy is not given. Codes of conducts as means of self-regulation can promote some kind of output legitimacy, if and only if they solve the problems of biosecurity; up to now, however, there is no empirical data supporting the last assumption.

To sum up: legal rules as well as codes of conduct that cover important areas of biosafety and biosecurity do exist; but until now there is no coherent system of rules and other measures that aims to prevent the risk of misuse of biosecurity-relevant research.

#### IV. Is there a way forward? Recommendations for legitimate future normative standards

As the existing legal and ethical rules and regulations show, there is no easy solution in regulating biosecurity-relevant research. Recommendations that shall improve the current situation have to focus on different levels. The most important are the following five:<sup>62</sup>

1. The first level aims to raise the level of awareness for questions of biosecurity in the scientific community.
2. The second level targets the elaboration of a national biosecurity code of conduct.
3. The third level concerns important limits in research funding.

4. The fourth level displays recommendations for legislation in Germany, especially the legal bases for a new DURC-Commission.

5. The fifth names European and international initiatives.

From this order, it however cannot be concluded that certain recommendations are more important than others; all recommendations do intertwine. Biosecurity is a problem that can neither be solved by so-called ethical self-governance and private standard setting nor on a national level.

##### 1. Raising of awareness

The idea is to promote a culture of responsibility and improve the knowledge of researchers in the life sciences with respect to biosecurity. Therefore, questions of biosecurity should be integrated into undergraduate and graduate curricula, as well as into the training and continuing education of life scientists and laboratory personnel.<sup>63</sup>

##### 2. A national biosecurity code of conduct

Secondly, the elaboration of a national biosecurity code of conduct that defines the responsible manner of dealing with problems of biosecurity can be recommended.<sup>64</sup> Although there are no empirical data, it seems *prima facie* plausible to argue that such a code of conduct, which is drafted by the main actors of the scientific community, is a useful instrument for this community to enhance and promote some kind of self-responsibility. In the code, standards that extend *beyond the legal* obligations should be established.

With respect to the normative principles that the code of conduct should include, I want to mention the following important points. Concrete obligations to minimize risks should be enshrined: Research programs should be examined in order to establish whether the benefits are sufficient to justify taking the risks involved. Besides, it is of particular importance for the researcher to examine whether the research carries unreasonably high risk for protected goods such as the health of people as well as the environment.<sup>65</sup> Should such an examination reveal that the risk is not justifiable, then the research should not be pursued. Generally, the same ap-

60 S. Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, 130-224.

61 For a different example see: Deutscher Corporate Governance Kodex (cf. <http://www.dcgk.de/en/home.html>). Through the declaration of conformity pursuant to § 161 Stock Corporation Act (Aktiengesetz), this code has a link to an act of parliament and hence democratic legitimacy.

62 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Respon-*

*sibility of Research*, 2014, 176 et seq.

63 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 179.

64 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 180 et seq.

65 This is a deontological element and therefore not a risk-benefit assessment, only.

plies with respect to publication and research cooperation programs.

Besides this, it has to be argued that the code of conduct should also contain a kind of additional burden of justification for certain research programs: This should be the case for those experiments for which it is *foreseeable* that the *pathogenic effect of a microorganism will be enhanced* by a scientist in such a manner that the danger of an *epidemic of a severe disease* for humans is given. This kind of GOF-experiments should generally not be undertaken, unless a direct, concrete, and overwhelming benefit for the protection of humans against dangers to life or health is probable. The reason for this special burden of justification for *certain GOF-experiments* is that these experiments – in contrast to other fields of research in the biological sciences – create *new and high* risks for public health. If no direct, concrete, and overwhelming benefit for the protection of humans against dangers to life or health is probable before research begins, it must be assumed – because the pathogenicity is increased through the action of the researcher – that the potential damage outweighs the potential benefit of the research program.<sup>66</sup> These are the cornerstones of a recommendation for a national code of conduct for biosecurity.

### 3. New limits for research funding

The third recommendation concerns the area of research funding.<sup>67</sup> With respect to the funding of dual use research of concern, it should be ensured that the scientist entrusted with project management has agreed to comply with the new code of conduct on biosecurity. Research programs that are not justifiable in the above sense, should not be funded.

However, and this is very important, whether this is the case in the special area of dual use research of concern (DURC) cannot be decided by the researcher or the funding party, but should previously be assessed by a so-

called Dual Use Research of Concern Commission, a DURC-Commission, which has to be established for this purpose. This new commission shall take *consultative votes* on DURC-relevant experiments in Germany and their votes shall decide on the research funding of DURC.<sup>68</sup>

Although the votes of commission shall only be consultative one and hence this is *not* a proposal of a permit procedure<sup>69</sup> such a consultative procedure has decisive positive side effects for the researcher: if there is a positive evaluation of an experiment by the commission the researcher can be sure that he or she is conducting an experiment that is ethically justified and lawful. In legal terms this would exempt the researcher from any liability.<sup>70</sup>

### 4. A new DURC-Commission based on an act of parliament

The DURC-Commission is an important part of the fourth recommendation. Here the recommendations for new legislation are summarized:<sup>71</sup> The legal establishment of the DURC-Commission is recommended; besides the stipulation of a *legal obligation* of researchers *to consult* the DURC-Commission before conducting DURC is recommended. The DURC-Commission must be, as biosecurity questions and biosecurity risk assessment cannot be answered by natural sciences alone, an interdisciplinary commission that should include life sciences and security experts as well as biosecurity expertise from civil society. It is essential to ensure that the proposal of a DURC-Commission is a proposal for a consultation procedure and no permit for DURC-experiments will be necessary.

The consultation by the Commission should again refer to the criteria for risk minimization mentioned above, that is whether the benefits are sufficient to justify taking the risks involved. Here as well, it is coherent to propose an additional burden of justification for DURC

66 This proposal was supported by some members of the German Ethics Council including the author; cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 182.

67 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 183.

68 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 185 et seq.

69 Even a permit procedure including certain kinds of experiments is not uncommon according to German law; a permit procedure is for instance obligatory according to an act of parliament if a researcher wants to do experiments with human beings in a drug trial, wants to work with embryonic stem cells, or even wants to conduct research in Antarctica; cf. sect. 40-42 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG, Medicinal Products Act (The Drug Law)), 1.12.2005; Federal Law Gazette I 2005, 3394, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_amg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_amg/index.html); Gesetz

zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit der Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG), 28.6.2002; BGBl. 2002 I, 2277, Federal Law Gazette 2013 I, 3154; Gesetz zur Ausführung des Umweltschutzprotokolls vom 4.10.1991 zum Antarktis-Vertrag (Umweltschutzprotokoll-Ausführungsgesetz, AUG), Federal Law Gazette 1994 I, 2593; Federal Law Gazette 2013 I, 3154.

70 Liability is an important point when discussing questions of biosecurity and biosafety relevant research; one has to differentiate between the liability of the researcher, research institutions etc. according to the national laws of a State and the liability of a State according to public international law: cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 95 et seq., 104 et seq.

71 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 183 et seq.

experiments which enhance the pathogenic effect of a microorganism and thereby create a new risk of an epidemic.

Furthermore, the DURC-Commission shall consult on further measures for reducing risks, shall monitor DURC experiments, and shall evaluate research cooperations and the publication of DURC outcomes.

Contrary to some views from the scientific community, it is not sufficient to broaden or reshape the Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS, Central Commission on Biosafety) which is based on §§ 4 and 5 GentG.<sup>72</sup> Certainly it is correct that the ZKBS is an important commission in Germany to assess *biosafety* concerns; besides the ZKBS is based an act of parliament and has democratic legitimacy. But the focus of this biosafety commission is to answer mainly biosafety questions, not to solve biosecurity problems. In the commission one cannot find any members that have security expertise. Even more importantly: the ZKBS is based on the Genetic Engineering Law (GentG). This law is only applicable to provide protection against harmful effects of genetic engineering work and the handling of genetically modified products. This however does not cover all biosecurity-relevant research and not all experiments that constitute dual use research of concern (DURC). Hence there are major lacunae and structural drawbacks and these problems cannot be solved by broadening or enhancing the ZKBS.

These new legal rules are only proposed for DURC-experiments. This is a crucial limitation: Nobody recommends legal rules of all biosecurity-relevant research (all biosecurity-relevant research shall be encompassed by the code of conduct), but instead only of dual use research of concern. DURC can be defined – as a first step – as research that has significant potential to give rise to knowledge, products, or technologies, which could be directly misapplied as weapons of mass destruction.<sup>73</sup> But since only DURC should be regulated on a legal basis, a more precise definition is necessary. Ten groups of research experiments can be listed and defined, which, considering the international discussion, fall within the area of DURC. These are inter alia “work intended to enhance the harmful consequences of listed agents”.<sup>74</sup> But, these experiments are DURC if and only if they are done with certain dangerous agents.

Hence it is reasonable to recommend for the legal regulation of DURC a combination approach: First, the DURC definition as part as an act of parliament; second, ten groups of experiments included in a statutory ordinance (not an act of parliament), and, third, a list of agents. For the listed agents one can refer to existing lists (for instance included in the German War Weapons Control Act, the Biological Weapons Convention Draft Protocol, and the U.S. Oversight Policy)<sup>75</sup> and to the past and current status of the international discussion. The proposal is, that the *DURC-Commission* shall draw up a list of dangerous agents and keep the list up to date:<sup>76</sup> It is necessary that the list has to be kept up to date in accordance with new knowledge in the life sciences; therefore the list shall not be part of the legislation but be agreed upon by the DURC-Commission so that it can be changed and modified more easily if necessary.

Since these recommendations concentrate on the area of DURC, for which the new commission shall be implemented, this explains why only *one commission* is proposed for all of Germany and why a proposal to have multiple commissions in the respective faculties of the universities is not convincing: There is the estimation based on current data that there will only be very few research experiments that fall in the category of DURC in Germany each year. According to figures from the U.S., one can assume around ten programs per year in Germany. Every decentralization thus seems to neither be very effective nor reasonable. Moreover, each decentralization also has the consequence that uniform criteria for the evaluation of experiments cannot be guaranteed.

After saying this, one has to stress as well that it would be a misconception to assume that the freedom of research is disproportionately restricted if legal rules, besides a code of conduct, are laid down: codes and legal rules complement each other. Codes of conduct can be useful instruments of self-governance; but in the area of DURC, that is in the area of research that carries especially high risks, the parliament as legislator must decide how to balance the fundamental rights in order to guarantee the democratic legitimation of the rules. Legal norms do not deny the freedom of research, but on the contrary acknowledge the significance of the affected fundamental rights, i.e. the freedom of research and the duty to protect the health of the population. These hu-

72 More information is available at: [http://www.bvl.bund.de/DE/06\\_Gentechnik/02\\_Verbraucher/05\\_Institutionen\\_fuer\\_biologische\\_Sicherheit/02\\_ZKBS/gentechnik\\_zkbs\\_node.html](http://www.bvl.bund.de/DE/06_Gentechnik/02_Verbraucher/05_Institutionen_fuer_biologische_Sicherheit/02_ZKBS/gentechnik_zkbs_node.html).

73 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 184.

74 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Respon-*

*sibility of Research*, 2014, 184.

75 For these lists of agents, see German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 190 et seq.

76 Cf. German Ethics Council, *Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research*, 2014, 184.

man rights are so important that the parliament must decide in which circumstances and according to which criteria, if necessary, certain research projects should not be funded, should not be undertaken and/or results should not be published.

Therefore the four essential recommendations for the domestic area are: 1. raising the awareness; 2. a biosecurity code of conduct; 3. special rules for research funding; and 4. the legal establishment of a DURC-Commission and of a DURC consultation procedure.

#### 5. European and other international initiatives

The fifth recommendation refers to European and other international initiatives. Even though this recommendation is the last one, this does not mean that it is less important; rather, there was a consensus that uniform standards on a European or international level are generally the most appropriate for solving the biosecurity and biosafety problems connected to research in the life sciences.

For the European and international area, the following is recommended:<sup>77</sup> The discussion within the scientific community concerning the possible benefits and risks of DURC should continue to be pursued in order to reach a consensus on what constitutes responsible research. One should also try to agree on a biosecurity code of conduct on a European or even international level.

On the European level, States should advocate that research funding only proceed according to the previously mentioned criteria and that uniform standards are established for DURC in the member States.

Furthermore, States should strive for an internationally binding definition and classification of DURC, including uniform laboratory safety classifications. It is not convincing for biosecurity and biosafety if in one country certain high risk gain of function experiments can be performed in laboratories with safety classification 2 or 3, but in other countries they can only be performed in the few laboratories with safety classification 4. That this kind of soft harmonization is possible in the area of biosafety and biosecurity-relevant research can be seen in the foot and mouth disease regulation in the EU.<sup>78</sup>

Lastly, there are lacunae in the current international treaty regime. International treaty law does not regulate in a sufficient way the research specific dual use biosecurity questions. The BWC is important but has too many

gaps, and does not contain coherent regulations to minimize the risk of misuse of *peaceful* research. Here Germany together with like-minded States should strive for the conclusion of a special treaty that defines the fundamental principles and limitations of biosecurity-relevant research or – as a first step – at least an international soft law declaration. A good example for a quickly negotiated soft law declaration, which is regulating research, is the UNESCO “Universal Declaration on Bioethics and Human Rights” from 2005,<sup>79</sup> which consists of 28 articles that connect bioethical principles to international human rights. This declaration was negotiated within 15 months.<sup>80</sup>

## V. Conclusion

The goal of this article is to discuss the main legal and ethical rules and to propose a coherent system for reasonable standards of biosecurity-relevant research that is open to future developments and balances the freedom and responsibility of research: there neither may be disproportional limits to research nor shall possibilities for risk minimization be neglected.

To sum up the decisive points:

For any future standard setting, it is decisive how funding of biosecurity-relevant research is regulated: funding is decisive as those who fund research have the key to restrict unethical and illegal research; therefore the funding of biosecurity-relevant research must be limited according to clear rules; no State must allow unethical research to be funded.

Besides, coherence is decisive: It is a principle of justice and a duty according to constitutional law that similar cases have to be treated similarly and different cases have to be treated differently. Therefore, if there are differences between groups of experiments in the life sciences they have to be treated differently; the same is true for agents that are different (that do not have the same pathogenicity etc.). Coherence also means that the same group of experiments must be treated the same at least in one country. Hence it is not convincing to install so many councils and commissions that every university and science organization has its own commission and can decide about its own research.

Harmonization is decisive: There is a need for coherent rules in Europe and world wide; science and society

77 Cf. German Ethics Council, Biosecurity – Freedom and Responsibility of Research, 2014, 188.

78 Council Directive 2003/85/EC of 29.9.2003 on Community measures for the control of foot-and-mouth disease, OJ L 306, 1, 22.11.2003.

79 UNESCO, Universal Declaration on Bioethics and Human

Rights, C/Res 24, 19.10.2005, available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). For further references see H.C. Wilms, Die Unverbindlichkeit der Verantwortung, 2015, 346 et seq.; S. Vöneky, Recht, Moral und Ethik, 2010, 368 et seq.

80 S. Vöneky, Recht, Moral und Ethik, 2010, 368 et seq.

need clear rules on which kind of biosecurity-relevant research can be done in which kind of laboratories.

Legitimation is decisive: One has to differentiate between some kind of output legitimacy, that is whether a regulation can solve a problem in an adequate way and democratic legitimacy, that is whether a regulation is based on an act of parliament. Standards of self-governance can promote some kind of output legitimacy; however, only an act of parliament can promote democratic legitimacy. In the area of human rights, an act of parliament is necessary if the freedom of science and the duty to protect life and health are concerned. Therefore –

as in the area of research on human being in drug trials – in the area of biosecurity-relevant research at least the main elements of a standard setting and the bases of the DURC-Commission must be laid down in an act of parliament; details of the normative standards, like a list of agents, can be agreed on by a commission or other experts in life sciences, if they act on a legal bases.

Silja Vöneky ist Professorin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Direktorin des Lehrstuhls für Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik sowie Mitglied des Deutschen Ethikrates.

Kurt Tucholsky  
*Schriftwechsel zwischen  
Verleger und Autor*<sup>1</sup>

8. Juni

Lieber Herr Tucholsky,

schönen Dank für Ihren Brief vom 2. Juni. Wir haben Ihren Wunsch notiert. Für heute etwas anderes. Wie Sie wissen, habe ich in der letzten Zeit allerhand politische Bücher verlegt, mit denen Sie sich ja hinlänglich beschäftigt haben. Nun möchte ich doch aber wieder einmal die »schöne Literatur« pflegen. Haben Sie gar nichts? Wie wäre es denn mit einer kleinen Liebesgeschichte? Überlegen Sie sich das mal! Das Buch soll nicht teuer werden, und ich drucke Ihnen für den Anfang zehntausend Stück. Die befreundeten Sortimentler sagen mir jedesmal auf meinen Reisen, wie gern die Leute so etwas lesen. Wie ist es damit?

Sie haben bei uns noch 46 RM gut – wohin sollen wir Ihnen die überweisen?

Mit den besten Grüßen  
Ihr (...) *Ernst Rowohlt*

10. Juni

Lieber Herr Rowohlt,

Dank für Ihren Brief vom 8. 6.

Ja, eine Liebesgeschichte ... lieber Meister, wie denken Sie sich das? In der heutigen Zeit Liebe? Lieben Sie? Wer liebt denn heute noch? Dann schon lieber eine kleine Sommergeschichte.

Die Sache ist nicht leicht. Sie wissen, wie sehr es mir widerstrebt, die Öffentlichkeit mit meinem persönlichen Kram zu behelligen – das fällt also fort. Außerdem betrüge ich jede Frau mit meiner Schreibmaschine und erlebe daher nichts Romantisches. Und soll ich mir die Geschichte vielleicht ausdenken? Phantasie haben doch nur die Geschäftsleute, wenn sie nicht zahlen können. Dann fällt ihnen viel ein. Unsereinem... (...)

Da wir grade von Lyrik sprechen:

Wie kommt es, daß Sie in § 9 unsres Verlagsvertrages 15 % honorarfreie Exemplare berechnen. Soviel Rezensionsexemplare schicken Sie doch niemals in die Welt hinaus! So jagen Sie den sauren Schweiß Ihrer Autoren durch die Gurgel – kein Wunder, daß Sie auf Samt saufen, während unsereiner auf harten Bänken dünnes Bier schluckt. Aber so ist alles.

Daß Sie mir gut sind, wußte ich. Daß Sie mir für 46 RM gut sind, erfreut mein Herz. (...)

Mit vielen schönen Grüßen  
Ihr *Tucholsky*

<sup>1</sup> *Kurt Tucholsky*, Schloss Gripsholm, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 72. Auflage, Hamburg (2010), S. 7 ff (Originalausgabe 1931).

12. Juni

15. Juni

Lieber Herr Tucholsky,

vielen Dank für Ihren Brief vom 10. d. M.  
Die 15 % honorarfreien Exemplare sind – also das können Sie mir wirklich glauben – meine einzige Verdienstmöglichkeit. Lieber Herr Tucholsky, wenn Sie unsere Bilanz sähen, dann wüßten Sie, daß es ein armer Verleger gar nicht leicht hat. Ohne die 15 % könnte ich überhaupt nicht existieren und würde glatt verhungern. Das werden Sie doch nicht wollen.

Die Sommergeschichte sollten Sie sich durch den Kopf gehen lassen.

Die Leute wollen neben der Politik und dem Aktuellen etwas haben, was sie ihrer Freundin schenken können. Sie glauben gar nicht, wie das fehlt. Ich denke an eine kleine Geschichte, nicht zu umfangreich, etwa 15-16 Bogen, zart im Gefühl, kartoniert, leicht ironisch und mit einem bunten Umschlag. Der Inhalt kann so frei sein, wie Sie wollen.

Ich würde Ihnen vielleicht insofern entgegenkommen, daß ich die honorarfreien Exemplare auf 14 % heruntersetze. (...)

Ihr (...) *Ernst Rowohlt*

Lieber Meister Rowohlt,

auf dem neuen Verlagskatalog hat Sie Gulbransson ganz richtig gezeichnet: still sinnend an des Baches Rand sitzen Sie da und angeln die fetten Fische. Der Köder mit 14 % honorarfreier Exemplare ist nicht fett genug – 12 sind auch ganz schön. Denken Sie mal ein bißchen darüber nach und geben Sie Ihrem harten Verlegerherzen einen Stoß. Bei 14 % fällt mir bestimmt nichts ein – ich dichte erst ab 12 %.(...)

Mit vielen schönen Grüßen  
Ihr getreuer *Tucholsky*  
(...)

# Theresia Bauer

## *Freiräume für Wissenschaft schaffen und schützen*

OdW versteht sich nicht zuletzt als Forum wissenschaftspolitischer und wissenschaftsethischer Fragen. Wir sind deshalb der Ministerin für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg, *Theresia Bauer*, sehr dankbar, dass sie in dem nachfolgenden Beitrag zu der zentralen Frage Stellung nimmt, wie in der Gegenwart Freiräume für Wissenschaft zu schaffen und zu schützen sind.

*Manfred Löwisch*

### **I. Leitbild Wissenschaftsfreiheit**

Forschung und Wissenschaft sind Freiräume. Sie überwinden Grenzen. Ihre Gegenstände sind endlos, ihre Fragen berühren den Anfang von Zeit und Raum; Vorgänge, die wir nicht erfahren, sondern oft nur simulieren oder rekonstruieren können. Forschung und Wissenschaft behandeln die unendliche Vielzahl der Fragen des menschlichen Zusammenlebens. Sie entwickeln Dinge, die wir heute nicht mal denken können. Sie befassen sich damit, wie wir die Zukunft als Menschheit gestalten können. Der Kern der wissenschaftlichen Freiheit liegt darin, dass für sie das, was wir Überzeugungen und Wahrheiten nennen, nicht fest gegeben ist. Was lange als Wahrheit galt, kann jederzeit durch neue Erkenntnisse, durch eine neue Wahrheit ersetzt werden.

Wissenschaft ist also Freiheit. Und gleichzeitig braucht Wissenschaft Freiheit, um sich entfalten zu können. Dass die Gesellschaft der Wissenschaft Freiheit bei der Auswahl von Forschungsgegenständen und von Methoden – in verfassungsrechtlichen Grenzen – einräumt, ist unabdingbare Grundvoraussetzung für wissenschaftliche Innovationskraft und Qualität.

In Deutschland ist die Freiheit der Wissenschaft im Grundgesetz ungewöhnlich stark verankert. Während Meinungs- und Pressefreiheit Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze finden, wurde die Freiheit der Wissenschaft von den Vätern des Grundgesetzes vorbehaltlos garantiert.

Zentral ist dabei die Idee, dass Wissenschaft ein ergebnisoffener und nicht unmittelbar Zwecken unterzu-

ordnender Prozess ist, so wie sie in der durch die Ideen Humboldts geprägten Universität des 19. Jahrhunderts ausgeprägt wurde.

Es gilt jedoch sich auch daran zu erinnern, dass in der Zeit der Gründung der ersten Universitäten, die Freiheit der Wissenschaft weniger auf einen freien, ergebnisoffenen Forschungsprozess bezogen war, als auf die Freiheit der Lehrenden und Lernenden, sich als Gemeinschaft eigene Regeln geben zu können. Diese Idee, dass Wissenschaft als institutioneller Freiraum mit eigenen Regeln und Qualitätsmaßstäben ausgestaltet werden sollte, gehört heute ebenso zu einer modernen Vorstellung von Freiheit der Wissenschaft, wie die Idee, dass mit Freiheit eine besondere Verantwortung einhergeht.

In diesem Zusammenhang gelten die Sätze des Bundesverfassungsgerichts aus den siebziger Jahren noch immer:

„Die Distanz, die der Wissenschaft um ihrer Freiheit willen zu Gesellschaft und Staat zugebilligt werden muss, enthebt sie auch nicht von vornherein jeglicher Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Problemen. Dieser Freiraum ist nach der Wertung des Grundgesetzes nicht für eine von Staat und Gesellschaft isolierte, sondern für eine letztlich dem Wohle des Einzelnen und der Gemeinschaft dienende Wissenschaft verfassungsrechtlich garantiert.“<sup>1</sup>

Ausgehend von diesem noch heute hochaktuellen Verständnis von Wissenschaftsfreiheit als Leitbild stellt sich die Frage, welche Rahmenbedingungen eine moderne Wissenschaftspolitik garantieren muss, um das tatsächliche Leben von Wissenschaftsfreiheit zu ermöglichen. Welche Gefährdungen bestehen heute für dieses Verständnis von Wissenschaftsfreiheit und was kann Wissenschaftspolitik tun, um diesen entgegenzutreten?

### **II. Wissenschaftsfreiheit heute bedeutet, Freiräume zu eröffnen**

Ich schlage vor, diese Freiheit der Wissenschaft heute als Auftrag an die Wissenschaftspolitik zu verstehen, Freiräume zu eröffnen und zu erhalten. Freiheit der Wissen-

<sup>1</sup> BVerfG 47, 327 – Hessisches Universitätsgesetz.

<sup>2</sup> *Gumbrecht, Hans Ulrich*, Riskantes Denken. Intellektuelle als Katalystoren von Komplexität. In: *Der kritische Blick. Über intellektu-*

*elle Tätigkeiten und Tugenden*, *Uwe Justus Wenzel* (Hrsg.), 2002, Frankfurt a. M., 140-147.

schaft kann nicht allein als Abwehrrecht gegen unmittelbare Eingriffe in die Wahrheitsorientierung von Forschung und Lehre verstanden werden, es ist vielmehr eine Kultur des Ermöglichtens gefragt.

Moderne Wissenschaft muss die Möglichkeit des „risikanten Denkens“<sup>2</sup> – auch des Scheiterns haben. Sie muss sowohl in Richtung der technischen und gesellschaftlichen Umsetzung denken als auch ihrer eigenen inneren Logik ohne Zweckbindung folgen können. Sie muss eine sich selbst befeuernde Dynamik entwickeln können, bei der neue Erkenntnisse immer neue Fragestellungen hervorbringen. Der Kern guter Wissenschaftspolitik ist, für die Wissenschaft Freiräume zu schaffen und zu schützen, die diese Dynamik ermöglichen.

Wissenschaft lebt in besonderer Weise von solchen Freiräumen, innerhalb derer hochqualifizierte und kreative Persönlichkeiten ihren eigenen Vorhaben nachgehen. So können neue Ideen entstehen, so werden die Grundlagen für unsere Innovationskraft geschaffen – für die Bearbeitung der großen Herausforderungen. Freiheit ist dafür die Grundlage, denn Innovationen lassen sich nicht auf einen definierten Bereich einschränken. Was oft mit „zukunfts-fähig machen“ beschrieben wird, suggeriert, man könne sich durch Forschung auf eine vorgegebene Zukunft vorbereiten. In Wahrheit kennen wir weder unsere Zukunft noch ist sie festgelegt.<sup>3</sup> Wir gestalten unsere Zukunft immer wieder neu und verändern sie – und zwar zu großen Teilen getrieben von unserer Wissenschaft.

### III. Bedrohungen von Wissenschaftsfreiheit

Die Freiräume der Wissenschaft sind heute bedroht durch eine Reihe von mittelbaren Faktoren, die ich exemplarisch an den Begriffen Kurzatmigkeit, Abhängigkeit und Verzweckung festmachen möchte.

#### 1. Kurzatmigkeit

Der Anteil der Drittmittelfinanzierung in der Forschung ist in den letzten Jahren bundesweit dramatisch angestiegen. Im Jahr 2012 wurden an den baden-württembergischen Hochschulen 23,4% der Ausgaben durch Drittmittel gedeckt, zehn Jahre zuvor waren es noch 18% gewesen – Tendenz steigend.<sup>4</sup> Gleichzeitig waren die letzten Jahrzehnte politisch zunehmend von kleinteiligen Finanzierungsformaten und befristeten Sonderprogrammen geprägt. Sonderprogramme für den Studierendenaufwuchs, Studiengebühren, Ersatzgelder für die Studiengebühren. Dieses kleinteilige System hat das

finanzielle Fundament der Hochschulen angegriffen, die Möglichkeit der langfristigen Planung geschmälert und damit ihre Strategiefähigkeit geschwächt.

So richtig und wichtig die Impulse waren und sind, die Förderprogramme für die Wissenschaft setzen, so bedarf es einer guten Balance zwischen den Anreizwirkungen projekt- und wettbewerbsbezogener Finanzierung und einer verlässlichen Grundfinanzierung. Denn das Privileg der Wissenschaft, in langen Linien denken zu können, Wege zu beschreiten, ohne zu wissen, wo sie enden werden, darf nicht durch eine zu umfangreiche Bindung von Finanzmitteln an kurze Zeitperioden eingeschränkt werden.

#### 2. Abhängigkeit

Karrierewege in der Wissenschaft sind mit großen Unsicherheiten behaftet. Es vergeht eine lange Zeit, bis Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in die Position kommen, eigenverantwortlich zu arbeiten. Auf diesem Weg gehen viele talentierte Köpfe für die Wissenschaft verloren. Denn im globalen Wettbewerb um die besten Köpfe gibt es durchaus attraktive Alternativen. Die lange Phase der Unsicherheit gefährdet vor allem aber auch die Freiheit der Wissenschaft, weil Nachwuchswissenschaftler nicht ermutigt sind, Bestehendes gegen den Strich zu bürsten, neue Wege zu bestreiten.

Im Schnitt erreichen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in Deutschland erst mit 42 ihre erste Lebenszeitprofessur – wenn überhaupt. Bis dahin sind sie häufig angehalten, sich an der Ausrichtung des Lehrstuhls, oft auch am wissenschaftlichen Mainstream zu orientieren oder sich durch Projekte zu hangeln, die zum Erfolg verdammt sind, da nur so die eigene Stelle gesichert werden kann.

Frühere akademische Eigenständigkeit und verlässlichere Perspektiven sind notwendig, um Wissenschaft gerade für Querdenker und kreative Persönlichkeiten attraktiv zu machen.

#### 3. Verzweckung

Der gestiegene Anteil an Drittmitteln – aus privater und öffentlicher Hand – wirft immer stärker Fragen nach der Ökonomisierung und einer Verzweckung von Wissenschaft auf. Diese Debatte muss geführt werden. Nicht weil Spenden und Projektgelder aus der Wirtschaft für Wissenschaft per se abzulehnen wären. Das Gegenteil ist der Fall. Die Annahme von Drittmitteln darf aber kein Ergebnis von Finanzierungsnot sein, weil der Staat sei-

3 Vergleiche auch *Prantl, Heribert*, Wunderwort Zukunft, in: *Süddeutsche Zeitung*, 23.05.2015. Online abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/pfingsten-wunderwort-zukunft-1.2490257-2> (2.6.2015).

4 Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Stuttgart, 2.5.2014 – Pressemitteilung Nr. 156/2014.

ner Finanzierungsverantwortung nicht ausreichend nachkommt.

Eine andere Form der Freiheitsbedrohung kann heute aber auch aus überschießenden Ideen entstehen, Wissenschaft ausschließlich an den großen Herausforderungen unserer Zeit zu orientieren. So gibt es derzeit intensive Diskussionen darüber, Wissenschaft stärker auf ihren Beitrag für die nachhaltige Entwicklung zu verpflichten.<sup>5</sup>

Es ist unzweifelhaft richtig, dass die großen Fragen der Nachhaltigkeit nur mit Hilfe technischer und sozialer Innovationen gelöst werden, für die Hochschulen und wissenschaftliche Einrichtungen unverzichtbar sind. Die Wissenschaft wird dafür gebraucht und Baden-Württemberg fördert entsprechend neue Formen der Wissensgenerierung, etwa hinsichtlich der besonderen interdisziplinären Struktur der Nachhaltigkeitsproblematik.

Orientierung an großen gesellschaftlichen Herausforderungen darf jedoch nicht heißen, dass disziplinäre Forschung oder Grundlagenforschung an Legitimation verlieren oder dass nun jedes Forschungsprojekt außerwissenschaftliche Akteure einbeziehen müsste. Es darf auch nicht bedeuten, Wissenschaft nur auf Anwendungsforschung zu fokussieren.

Bedenkenswert erscheint mir das jüngste Positionspapier des Wissenschaftsrats „Zum wissenschaftspolitischen Diskurs über große gesellschaftliche Herausforderungen“, in dem neue Formen der Wissensproduktion die Grundlagenforschung als besonderer Ausdruck der freien und ungerichteten Wissenschaft betont werden, die ihrem Namen entsprechend die Grundlage für die Bearbeitung der Herausforderungen unserer Zeit legt.<sup>6</sup>

Wir dürfen und wir müssen der Wissenschaft zumuten, sich mit den großen Fragen der Gesellschaft zu beschäftigen. Wir dürfen Wissenschaft allerdings nicht engführen, weil wir sie dann ihrer spezifischen Stärke berauben. Denn wir wissen nicht, was die großen Fragen von morgen sein werden. Und es ist an der Wissenschaft ebenso wie an allen anderen Teilen der Gesellschaft, beständig darüber zu reflektieren, welche Fragen zu bearbeiten sind und auch immer wieder neu zu prüfen, ob es noch die richtigen sind.

#### IV. Wie eröffnen wir Freiräume für Wissenschaft?

Wie kann Wissenschaftspolitik Freiräume erweitern und gegen die genannten Bedrohungen schützen? Ich möchte einige Beispiele nennen, wie die Landesregierung von Baden-Württemberg dieses Ziel verfolgt.

##### 1. Finanzielle Verlässlichkeit

Die Philosophie, Freiräume zu eröffnen, findet sich im Hochschulfinanzierungsvertrag „Perspektive 2020“;<sup>7</sup> den wir dieses Jahr in Baden-Württemberg auf den Weg gebracht haben. Nach Jahren des Stillstands haben wir durch die Erhöhung der Grundfinanzierung unserer Hochschulen die Balance zwischen projektorientierter Finanzierung und Grundfinanzierung verbessert. Wir geben den Hochschulen mehr finanzielle Spielräume, um eigenständige Strategien entwickeln und in längeren Horizonten agieren zu können.

Konkret überführen wir den Großteil der Qualitätssicherungsmittel, die als Ersatz der Studiengebühren an die Hochschulen geflossen sind, sowie Mittel aus dem Programm Hochschule 2012 in die Grundfinanzierung. Zusätzlich gibt das Land bis 2020 zusätzliche Mittel in Höhe von 1,1 Milliarden Euro. Damit realisieren wir den vom Wissenschaftsrat empfohlenen dynamischen Aufwuchs der Grundfinanzierung um drei Prozent pro Jahr. Dieser Aufwuchs ermöglicht den Hochschulen, in den nächsten sechs Jahren bis zu 3800 Stellen in der Grundfinanzierung zu schaffen.

Wofür die Hochschulen das Geld konkret einsetzen, ist nun ihnen überlassen und nicht mehr an Vorgaben bestimmter Programmlinien gebunden. So entsteht ein Freiraum, eigene Schwerpunkte zu setzen, Neues auszuprobieren und die Möglichkeit, um die Persönlichkeiten zu werben, die die Wissenschaftsfreiheit am Ende mit Leben füllen.

##### 2. Perspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs

Wir haben den Hochschulen mit der Erhöhung der Grundfinanzierung auch die Möglichkeit in die Hand gegeben, jungen hochqualifizierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gute Bedingungen zu bieten.

5 Vergleiche u.a.: *Schneidewind, Uwe* und *Singer-Brodowski, Mandy*, Transformative Wissenschaft. Klimawandel im deutschen Wissenschafts- und Hochschulsystem, Marburg 2014; *Jahn, Thomas*, Wissenschaft für eine nachhaltige Entwicklung braucht eine kritische Orientierung, in: GAIA - Ecological Perspectives for Science and Society, 22 (1), 2013, 29-33.

6 *Wissenschaftsrat*, Zum wissenschaftspolitischen Diskurs über

große gesellschaftliche Herausforderungen, Positionspapier April 2015, Drucksache 4594-15.

7 „Perspektive 2020“, Hochschulfinanzierungsvertrag Baden-Württemberg 2015-2020. Abrufbar unter [https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/150109\\_Hochschulfinanzierungsvertrag.pdf](https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/150109_Hochschulfinanzierungsvertrag.pdf) (am 2.6.2015).

Unser Wissenschaftssystem basiert zu großen Teilen auf den hochproduktiven Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern, die eigene Ideen entwickeln und neue Projekte anstoßen. Die Besten wollen wir halten, sie dürfen nicht aus mangelnder Perspektive in die Wirtschaft oder ins Ausland abwandern.

Der Hochschulfinanzierungsvertrag ermöglicht längere Vertragszeiten und fordert diese von den Hochschulen in Form von Selbstverpflichtungen ein. Bereits 2014 haben wir zudem im neuen Landeshochschulgesetz den echten Tenure Track für Juniorprofessuren eingeführt. Ohne Stellenvorbehalt kann eine Juniorprofessur damit in eine Lebenszeitprofessur überführt werden, wenn die notwendige Qualität geprüft und gegeben ist. Die Juniorprofessur mit Tenure Track ermöglicht die frühere Eigenständigkeit von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern und bietet eine verlässliche Karriereperspektive.

Wir wollen den oft zu eng geratenen Takt, in dem Verträge für junge Wissenschaftler geschlossen werden, wieder entzerren. Wer stets nur mit der Bewerbung auf die nächste Stelle beschäftigt ist, kann keinen eigenen ambitionierten Projekten nachgehen. Wer unter so hohem Publikationsdruck steht, dass jedes Projekt zum Erfolg führen muss, kann nicht riskante Wege beschreiten.

### 3. Verankerung in der Gesellschaft

Weder Politik noch Wirtschaft dürfen Wissenschaft für ihre Ziele vereinnahmen. Freiräume sind jedoch keine Biotope, in denen Wissenschaft in Ruhe gelassen wird. Mit Freiheit geht Verantwortung einher. Wissenschaft muss sich in der Gesellschaft verankern, ohne sich jedem Trend anzupassen.

Um nur ein Beispiel zu nennen, wie dies gelingen kann, sei an dieser Stelle das Konzept der „Reallabore“ genannt. Um Wissenschaft näher an die Gesellschaft zu rücken, fördern wir Projekte, in denen Hochschulen mit zivilgesellschaftlichen und kommunalen Akteuren an konkreten Herausforderungen vor Ort arbeiten. Wir sind damit Empfehlungen einer vom Wissenschaftsministerium eingesetzten Expertengruppe zur „Wissenschaft für Nachhaltigkeit“<sup>8</sup> gefolgt, ohne diese generell als Leitbild für die Hochschulen vorzusehen.

Auf der Grundlage einer ersten Ausschreibung fördert das Wissenschaftsministerium seit Januar 2015 bereits sieben Projekte im Land, die sich in einem wettbe-

werblichen Verfahren durchgesetzt haben. Eine zweite laufende Ausschreibung widmet sich dem Thema „Städte“ als Zukunftslabore unserer Gesellschaft.

Reallabore unterstützen angewandte Forschung vor Ort, deren Fragestellungen und Methoden interdisziplinär und im Dialog mit Praxispartnern entwickelt werden. So sind Reallabore selbst Freiräume, in denen Neues entstehen kann.

Ebenso sind Kooperationen mit der Wirtschaft gewünscht. Sie sind kein Bruch mit der Wissenschaftsfreiheit. Kooperation ist Nähe zur Praxis und immer auch Anstoß zu neuen Perspektiven und Innovationen. Ein Blick auf die derzeit bei Studierenden im Bereich Wirtschaft und Informatik weltweit beliebteste Elite Universität Stanford<sup>9</sup> zeigt, welche Dynamik aus der Verbindung von exzellenter Lehre und Forschung und der Förderung des sogenannten „Entrepreneurship“ entstehen kann.

So kritisch manche Entwicklungen auch zu hinterfragen sind – insbesondere in Bezug auf sozialstaatliche Einbettungen im amerikanischen System und Fragen der Datensicherung und des Dateneigentums – so sehr hat doch die enorme Dynamik des Silicon Valleys unsere Gesellschaft verändert. Was bei uns bürokratisch Technologietransfer heißt, ist dort eine Start Up Kultur, die wir uns in Deutschland bislang noch schwer vorstellen können.

Es kann nicht Ziel sein, kalifornische Verhältnisse ungefiltert in Deutschland zu kopieren. Doch es lohnt sich, darüber nachzudenken, was wir von Freiräumen, die dort in Form von offenen Räumen und internationaler und interdisziplinärer Begegnungskultur gelebt werden, lernen wollen.

## V. Die Luft der Freiheit weht

Wissenschaftspolitik hat die Aufgabe, Freiräume zu eröffnen. Wissenschaft übernimmt im Gegenzug Verantwortung.

Neben der wissenschaftlichen Redlichkeit per se geht es insbesondere um Verantwortung gegenüber der Gesellschaft. Die im Grundgesetz verbürgte Forschungsfreiheit und die Bereitstellung der Bedingungen für diese Freiheit durch die Politik bringen die Pflicht mit sich, mit der Gesellschaft im engen Dialog zu sein.

Forschungsergebnisse müssen der Öffentlichkeit nahegebracht werden und Forschungsnotwendigkeiten gerade in sensiblen Gebieten erläutert werden. Gerade weil

8 *Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg* (Hrsg.), Empfehlungen der Expertengruppe „Wissenschaft für Nachhaltigkeit“, Juni 2013, abrufbar unter <https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/>

pdf/Wissenschaft\_f%C3%BCr\_Nachhaltigkeit/Expertenbericht\_RZ\_MWK\_Broschuere\_Nachhaltigkeit\_Web.pdf (2.6.2015).

9 U.S. News Ranking 2015, <http://colleges.usnews.rankingsandreviews.com/best-colleges/stanford-1305> (8.6.2015).

Politik nicht regulierend sondern ermöglichend eingreift, entsteht daraus die Verantwortung, sich von Seiten der Wissenschaft selbst öffentlich zu erklären und hinterfragen zu lassen.

Prominentes Beispiel sind hier die Neurowissenschaften, die auf Tierversuche zurückgreifen, um das Gehirn zu verstehen. Zuletzt ist in Baden-Württemberg am Beispiel des Tübinger MPI für biologische Kybernetik wieder intensiv über das Für und Wider tierexperimenteller Forschung mit Primaten diskutiert worden. Und diese Debatte ist notwendig. Forschung an Tieren ist immer eine schwere ethische Abwägung, die nicht pauschal in die eine oder andere Richtung entschieden werden kann. Daher werden in Deutschland Tierversuche durch Ethikkommissionen geprüft und einzeln genehmigt. Sie nehmen die Wissenschaft in die Pflicht, jeden einzelnen Versuch an Tieren zu begründen und zu rechtfertigen.

Hier geht es um das Abstecken ethischer Grenzen der Freiheit der Wissenschaft. Was die Art der Debatte in den letzten Monaten in Baden-Württemberg betrifft, muss aber auch festgehalten werden: Völlig inakzeptabel ist es, wie Wissenschaftler diffamiert, beleidigt und ge-

meinsam mit ihren Familien bedroht wurden. Es wäre ein herber Rückschlag, wenn Forschung aufgrund solcher Art Drucks eingestellt würde, ohne dass eine sachliche Abwägung noch möglich wäre. In diesen oft unangenehmen Konflikten muss Wissenschaft offener Position beziehen und sich der Gesellschaft erklären. Politik kann moderieren aber nicht die Wissenschaft aus der Pflicht entlassen, Forschungsmethoden zu erläutern und zu rechtfertigen.

Je besser Wissenschaft in der Gesellschaft verankert ist, desto besser kann Politik Wissenschaft die Freiheit garantieren, die sie benötigt. Die Landesregierung behält dieses Ziel fest im Blick. Nicht zuletzt bei der Delegationsreise im Mai 2015 nach Kalifornien wurde sie darin eindrucksvoll bestätigt. Denn dass Freiheit Grundvoraussetzung für die Leistungsfähigkeit von Wissenschaft ist, ist wohl nirgends so schön ausgedrückt wie an der Universität Stanford. Bis heute führt sie einen deutschen Leitspruch in ihrem Universitätswappen: „Die Luft der Freiheit weht“.

Theresia Bauer ist Ministerin für Wissenschaft,  
Forschung und Kunst in Baden-Württemberg.



# Horst-Peter Götting / Anne Lauber-Rönsberg

## Open Access und Urheberrecht

### ÜBERSICHT

#### I. Einführung

1. Tatsächliche Hintergründe
2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access
  - a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht
  - b) Maßnahmen der Hochschulen
  - c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung
  - d) Urheberrechtliche Maßnahmen

#### II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG
2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG
3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

#### III. Urheberrechtliche Grundlagen

1. Schutz von Forschungsergebnissen
  - a) Schutz durch das Urheberrecht
  - b) Schutz durch Leistungsschutzrechte
2. Rechtsinhaberschaft

#### IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

1. Vorschläge de lege ferenda
  - a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft
  - b) Einführung einer Anbieterspflicht
  - c) Weitere Vorschläge
2. Open Access und Verlagsverträge
  - a) Der „goldene Weg“
  - b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG
  - c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbieterspflichten?

#### V. Fazit

### I. Einführung

Der Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen ist Grundvoraussetzung für jede Forschungstätigkeit. Auf

dieser Erkenntnis basiert die Open-Access-Bewegung, deren Ziel darin besteht, einen unmittelbaren, uneingeschränkten und kostenlosen Zugang zu wissenschaftlicher Literatur und anderen Forschungsergebnissen im Internet zu ermöglichen.<sup>1</sup> Ein Katalysator für diese Entwicklung war die sog. „Journal Crisis“: In den letzten Jahrzehnten sind die Bezugspreise von Zeitschriften der internationalen Marktführer Elsevier, Wiley, Kluwer/Springer und Blackwell in den MINT-Fächern stark angestiegen.<sup>2</sup> Da die Bibliotheksetats mit dieser Entwicklung nicht Schritt hielten, waren die Bibliotheken gezwungen, Zeitschriften abzubestellen. Diese Einnahmeverluste kompensierten die Fachverlage durch weitere Preiserhöhungen. Als Folge entwickelten sich zunächst private transnationale Initiativen wie die Budapest Open Access Initiative (2002),<sup>3</sup> das Bethesda Statement of Open Access Publishing (2003)<sup>4</sup> und die Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (2003).<sup>5</sup> Diesen Initiativen hat sich auch die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen angeschlossen.<sup>6</sup> Mittlerweile hat sich die Förderung von Open Access als wissenschaftspolitisches Handlungsfeld national und international etabliert. So hat sich die Europäische Kommission zum Ziel gesetzt, dass bis zum Jahr 2016 60 % der mithilfe öffentlicher Mittel geschaffenen wissenschaftlichen Beiträge EU-weit frei zugänglich sein sollen.<sup>7</sup>

#### 1. Tatsächliche Hintergründe

Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Open-Access-Publikationen zu unterscheiden: Der „goldene Weg“ (golden road) bezieht sich auf die Erstveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge in Open-Access-Zeitschriften oder durch andere frei zugängliche Dokumentenserver, während der „grüne Weg“ (green road) allein auf die zweite Zugänglichmachung einer Publikation abstellt, die in einem anderen Rahmen – in der Regel in

1 Vgl. z.B. Suber, Open Access, 2012, S. 4.

2 In den Jahren von 1975-1995 sind die Abonnement-Preise um mehr als 300 % über der Inflationsrate gestiegen, vgl. Europäische Kommission, Study on the Economic and Technical Evolution of the Scientific Publication Markets in Europe: Final Report – January 2006, [http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf) (18.5.2015); s. auch BReg, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 05.04.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 9.

3 Budapest Open Access Initiative, [www.budapestopenaccessinitiative.org](http://www.budapestopenaccessinitiative.org) (18.5.2015).

4 Bethesda Statement of Open Access Publishing, <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm> (18.5.2015).

5 Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, [http://openaccess.mpg.de/67605/berlin\\_declaration\\_engl.pdf](http://openaccess.mpg.de/67605/berlin_declaration_engl.pdf) (18.5.2015).

6 <http://www.allianzinitiative.de/en/core-activities/open-access.html> (18.5.2015).

7 Mitteilung der Europäischen Kommission – Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen vom 7.7.2012 (COM (2012) 401 final), S. 13.

einem Nicht-Open-Access-Medium – schon einmal veröffentlicht wurde.

Die Verbreitung und Akzeptanz von Open-Access-Publikationen ist in den einzelnen Fachbereichen sehr unterschiedlich. Während z.B. in der Informatik Open-Access-Publikationen aufgrund der Internationalität des Fachgebiets und der Akzeptanz des Internets als Medium der Information und Kommunikation weit verbreitet sind, stellen sie in der eher von einer Buchkultur geprägten Rechtswissenschaft, deren Publikationen in der Regel nur national wahrgenommen werden und nicht im gleichen Maße wie in den MINT-Fächern auf Aktualität angewiesen sind, die Ausnahme dar.

Vorteile der Veröffentlichung von Beiträgen im Wege des Open Access sind die in der Regel kurzen Bearbeitungszeiten, die dadurch hohe Aktualität und die Möglichkeit zur Prioritätssicherung sowie die erhöhte – auch internationale – Sichtbarkeit und Zitierhäufigkeit. Dagegen sind Open-Access-Publikationen entgegen verbreiteter Annahme für die Verfasser nicht immer unentgeltlich. Beiträge in Open-Access-Zeitschriften können zwar von den Nutzern kostenlos abgerufen werden, erfordern aber häufig durchaus beträchtliche Kostenzuschüsse durch die Autoren, zu deren Finanzierung die Hochschulen mithilfe der DFG zum Teil sog. Publikationsfonds eingerichtet haben.<sup>8</sup>

Nachteile von Open-Access-Publikationen sind – neben den schon erwähnten Autorenzuschüssen – das (noch) fehlende Renommee vieler Open-Access-Zeitschriften sowie die mangelnde Qualitätssicherung, falls kein oder kein ausreichender Peer-Review erfolgt. Zum Teil wird auch befürchtet, dass Open-Access-Publikationen häufiger plagiiert würden. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Übereinstimmungen mit frei im Internet zugänglichen Veröffentlichungen durch Suchmaschinen leichter identifiziert werden können, so dass etwaige Plagiate zumindest schneller aufgedeckt werden können.<sup>9</sup>

Aus wissenschaftspolitischer Sicht wird zudem argumentiert, dass bei dem derzeitigen Publikationsmodell Wissenschaftler den Wissenschaftsverlagen urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte an mit öffentlichen Geldern geförderten Forschungsergebnissen einräumen, an denen dann wiederum steuerfinanzierte Bibliotheken

Lizenzen erwerben müssen, damit die Forschungsergebnisse für die Öffentlichkeit zugänglich sind.<sup>10</sup> Diese „Doppelfinanzierung“ durch die öffentliche Hand (sog. double-dipping) könne durch Open-Access-Publikationsmodelle vermieden werden. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass Wissenschaftsverlagen neben der reinen Distributorentätigkeit häufig weitere Funktionen z.B. im Rahmen des Lektorats und Korrektorats, bei der Selektion, Aufbereitung und der Verbreitung zukommen; diese werden jedenfalls durch solche Open-Access-Modelle, die umfangreiche Parallelstrukturen zu den wissenschaftlichen Fachverlagen aufbauen, in Frage gestellt.<sup>11</sup>

## 2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access

Die Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist grundsätzlich durch verschiedene Instrumente denkbar.

### a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht

Diskutiert wird zum einen, Wissenschaftlern die gesetzliche Verpflichtung aufzuerlegen, steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke im Wege des Open Access zu veröffentlichen. Ein Beispiel hierfür ist die im Jahr 2014 eingeführte Regelung des § 44 Abs. 6 LHG B-W, die den Hochschulen aufgibt, ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung dazu zu verpflichten, das Recht auf nicht-kommerzielle Zweitveröffentlichung für im Rahmen der Dienstaufgaben entstandene wissenschaftliche Beiträge nach Ablauf einer Embargofrist von einem Jahr wahrzunehmen.<sup>12</sup>

### b) Maßnahmen der Hochschulen

Zu beobachten ist des Weiteren, dass viele Hochschulen die Forderung nach offenem Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen nicht nur durch „Open Access Policies“, sondern auch durch institutionelle Selbstverpflichtungen, sog. Open Access Mandates unterstützen. So lässt sich z. B. die Harvard University von ihren Wissenschaftlern nicht-ausschließliche Rechte zur Veröffentlichung der wissenschaftlichen Beiträge auf einem Open Access-Repository einräumen; sofern ein Wissenschaftler nur eine traditionelle Verlagspublikation plant, muss er eine Ausnahme („waiver“) beantragen.<sup>13</sup> Auch

8 Dazu *Fournier/Weihberg*, Das Förderprogramm „Open-Access-Publizieren“ (OAP) der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Zum Aufbau von Publikationsfonds an wissenschaftlichen Hochschulen in Deutschland, *ZfBB* 60 (2013), S. 236 ff.

9 *Suber*, Open Access (Fn. 2), S. 24.

10 *RegE* (Fn. 2), BT-Drs. 17/13423, S. 9.

11 Siehe ausführlich zu Argumenten pro und contra Open Access *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 182 ff.; zu den die Autoren beeinflussenden Entscheidungsfaktoren *Eger/Scheufen/Meierrieks*, Determinants of Open Access Publishing, 2013.

12 Dazu siehe unten IV. 2. c).

verschiedene deutsche Hochschulen haben „Open Access Mandates“ verabschiedet; diesen kommt jedoch lediglich ein unverbindlicher Appellcharakter zu.

Denkbar ist des Weiteren eine Förderung von Open Access durch finanzielle und andere faktische Anreizsysteme, z. B. durch entsprechende Zielvereinbarungen. Auch die Europäische Kommission forderte in einer Empfehlung vom Juli 2012 die Mitgliedstaaten sowie die nationalen akademischen Institutionen zu einer Anpassung des Einstellungs- und Laufbahnbewertungssystems für Forscher und des Beurteilungssystems für die Vergabe von Forschungsstipendien unter dem Gesichtspunkt des Open Access auf.<sup>14</sup>

#### c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung

Die Institutionen der öffentlichen Forschungsförderung haben die Open Access-Bewegung von Beginn an unterstützt. So hat zum Beispiel die DFG bereits 2003 die „Berliner Erklärung“ unterzeichnet. Zunehmend setzt die Forschungsförderung durch öffentliche Drittmittelgeber eine anschließende Publikation der Forschungsergebnisse im Wege des Open Access voraus.<sup>15</sup> Nachdem bereits das 7. Forschungsrahmenprogramm eine Reihe von Pilotinitiativen enthielt, hat die Europäische Kommission den freien Zugang zu wissenschaftlichen Veröffentlichungen nunmehr als allgemeinen Grundsatz in dem seit dem 1.1.2014 geltenden EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizon 2020“ verankert. Seit 2014 sollen demnach alle wissenschaftlichen Veröffentlichungen, die mit Hilfe von EU-Fördergeldern entstanden sind, als Open-Access-Publikationen zugänglich gemacht werden.<sup>16</sup> Eine vergleichbare Verpflichtung enthält die Open-Access-Richtlinie der Helmholtz-Gemeinschaft. Die DFG beschränkt sich bislang auf die dringende Empfehlung einer Open-Access-Veröffentlichung.

Des Weiteren unterstützen die öffentlichen Drittmittelgeber den Aufbau der technischen Infrastruktur, die für Open-Access-Publikationen erforderlich ist. Zum Beispiel fördert die DFG die Einrichtung institutioneller Open-Access-Repositoryn und universitärer Publikati-

onsfonds, die für Autoren die Kosten von Open-Access-Publikationen übernehmen.<sup>17</sup>

#### d) Urheberrechtliche Maßnahmen

Als viertes Handlungsfeld für eine Förderung von Open-Access-Publikationssystemen kommt das Urheberrecht in Betracht. Am weitesten gehen Vorschläge, die darauf abzielen, de lege ferenda steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke entweder ganz vom urheberrechtlichen Schutz auszunehmen oder spezielle Schrankenregelungen bzw. Zwangslizenzen für diese Werke einzuführen.<sup>18</sup> Diskutiert wurde des Weiteren – in Anlehnung an die für Arbeitnehmererfindungen geltende Rechtslage – die Einführung einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht für im Rahmen der Lehr- und Forschungstätigkeit entstandene Beiträge, um Hochschulen in die Lage zu versetzen, diese z.B. in Universitätsverlagen oder auf hochschuleigenen Open-Access-Repositoryn zu veröffentlichen.<sup>19</sup> Diese Vorschläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Nunmehr hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1.1.2014 für wissenschaftliche Autoren ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht eingeführt, das unter bestimmten Voraussetzungen eine Open-Access-Zweitverwertung „auf dem grünen Weg“ trotz Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an einen Verlag ermöglicht.<sup>20</sup>

## II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Bevor im Einzelnen auf diese urheberrechtlichen Regelungsoptionen eingegangen wird, sollen zunächst kurz die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für entsprechende Maßnahmen umrissen werden. Da gesetzgeberische Maßnahmen bislang nur im Rahmen des nationalen Urheberrechts diskutiert wurden, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die einschlägigen nationalen Grundrechte. Wäre dagegen die Zulässigkeit unionsrechtlicher Maßnahmen zu bewerten, so wären diese primär an Art. 13 GrR-Charta zu messen.

13 „By means of Harvard’s Open Access Policy, faculty authors in participating schools grant the university a nonexclusive, irrevocable right to distribute their scholarly articles for any non-commercial purpose. Scholarly articles provided to the university are stored, preserved, and made freely accessible in digital form in DASH, Harvard University Library’s open access repository.“ (<https://osc.hul.harvard.edu/policies> (18.5.2015)).

14 Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.7.2012 über den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und deren Bewahrung, C (2012) 4890 final, S. 6.

15 Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen förderungsrechtliche Open-Access-Verpflichtungen siehe ausführlich

Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 4 (2014), 179.

16 Vgl. Art. 29.2 des Model Grant Agreement, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants\\_manual/amga/h2020-amga\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/amga/h2020-amga_en.pdf) (18.5.2015).

17 Hierzu aus Wettbewerbs- und kartellrechtliche Perspektive *Goldberg*, *Open Access im Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 19 ff.

18 Dazu s.unten IV. 1. a) und IV. 1. c).

19 *Pflüger/Ertmann*, *E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich*, ZUM 2004, 436, 441 f. Dazu siehe unten IV. 1. b).

20 Dazu s.unten IV. 2. b).

## 1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Von besonderer Bedeutung ist hier der Schutz der Forschungsfreiheit im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Sie umfasst neben der freien Wahl von Forschungsgegenstand und Methodik sowie der gesamten praktischen Durchführung des Forschungsprojekts auch die freie Entscheidung über die Verbreitung von Forschungsergebnissen.<sup>21</sup> Damit steht die Entscheidung über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation von Forschungsergebnissen den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern selbst zu. Streitig ist jedoch, inwieweit die Forschungsfreiheit auch die Entscheidung über das „ob“ der Publikation schützt (sog. negative Publikationsfreiheit). Zum Teil wird vor dem Hintergrund der Wissenschaft als kommunikativem Prozess im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nur die auf Publizität angelegte Wissenschaft schützt.<sup>22</sup> Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits wird jedoch dadurch relativiert, dass dem Wissenschaftler nach wohl einhelliger Ansicht jedenfalls die Freiheit zukommt, ein Forschungsergebnis als publikationswürdig und publikationsreif zu bewerten.<sup>23</sup>

Würde z.B. eine gesetzliche Verpflichtung von Wissenschaftlern eingeführt, eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access vorzunehmen oder den Hochschulen – einfache oder ausschließliche – Nutzungsrechte zur Veröffentlichung ihrer wissenschaftlichen Beiträge anzubieten,<sup>24</sup> so würde dies das Recht auf freie Auswahl des Publikationsmediums einschränken, das für die wissenschaftliche Sichtbarkeit und das Renommee des Forschers von grundlegender Bedeutung ist. Entsprechende Regelungen zur Anpassung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems an Open-Access-Prinzipien wür-

den daher in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit eingreifen.<sup>25</sup> Offen ist jedoch, inwieweit ein solcher Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zur Förderung der Teilhabe an und des Zugangs zu wissenschaftlichen Erkenntnissen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte.<sup>26</sup>

## 2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG

Das Recht des Urhebers, darüber zu bestimmen, ob und in welcher Form ein Werk veröffentlicht wird, wird zudem durch § 12 UrhG einfachgesetzlich gewährleistet. Diese persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts werden verfassungsrechtlich über Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.<sup>27</sup>

## 3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

Darüber hinaus sind urheberrechtliche Maßnahmen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen auch auf ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu prüfen. Sowohl die urheberrechtlichen Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG als auch daraus abgeleitete Nutzungsrechte z. B. der Verlage gemäß § 31 UrhG fallen nach ständiger Rspr. des BVerfG in den Schutzbereich des Art. 14 GG.<sup>28</sup> Die Bestimmung des Schutzbereichs wird allerdings dadurch erschwert, dass der Gegenstand des Urheberrechts – anders als beim Sacheigentum – nicht fassbar und damit weniger vorgegeben ist.<sup>29</sup> Das Rechtsinstitut des Privateigentums wird grundsätzlich durch die Privatnützigkeit des Eigentums und die Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt gekennzeichnet. Aus diesen Strukturmerkmalen des Eigentums leitet das BVerfG ab, dass das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber

21 BVerfGE 111, 333, 354 – Brandenburgisches Hochschulgesetz; BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781 – Jugendgefährdende Schriften; BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 – Hochschulurteil; BeckOK GG/Kempen, Art. 5 Rn. 182; Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. März 2004, Bd. 2, Art. 5 Abs. 3 Rn. 74; ders., OdW 4 (2014), 179, 190.

22 S. z.B. H. Dreier/Pernice, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 28; die negative Publikationsfreiheit unterliege nur Art. 12 Abs. 1 GG, nicht Art. 5 Abs. 3 GG.

23 Schmidt-Aßmann, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: H. Dreier, Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe – FS Hofmann, 2005, S. 67, 82.

24 Dazu siehe unten IV. 1. b).

25 Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 190; Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 379 mwN.; aA Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 441 (nur Art. 2 Abs. 1 GG betroffen).

26 Dies bejaht z.B. Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz, Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S.

1, 11 f., 14; ähnlich Peukert, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Arbeitspapier 6/2013, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe Universität Frankfurt/Main, S. 20 ff., allerdings unter dem Vorbehalt, dass das neue Publikationssystem wissenschaftsadäquat ausgestaltet sein muss, was derzeit z.B. aufgrund von infrastrukturellen Defiziten wie fehlenden Fachrepositorien noch nicht gewährleistet sei; aA Rojahn in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 131; Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; Sandberger, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818, 820; s. dazu auch Krujatz, Open Access, 2012, S. 324.

27 T. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl. 2013, Einleitung, Rn. 39.

28 BVerfGE 31, 229, 238 ff. – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfG GRUR 1990, 183, 184 – Vermietungsvorbehalt; BVerfG GRUR 2010, 56, 57.

29 Loewenheim/Götting, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 3.

zuzuordnen sei sowie seine Freiheit zu gewährleisten sei, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.<sup>30</sup> Dies wirft die Frage nach den Grenzen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieses normgeprägten Grundrechts angesichts seiner Sozialbindung sowohl aus Sicht der Wissenschaftler als auch aus Sicht der wissenschaftlichen Fachverlage auf.

Darüber hinaus ist Art. 14 GG auch insoweit zu beachten, als die Entscheidung über eine kommerzielle Verwertung von Forschungsergebnissen nach überwiegender Ansicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, jedoch nicht in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fällt.<sup>31</sup> Dieses Interesse dürfte bei der Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer vergüteten Forschungstätigkeit entstanden sind, jedoch in der Regel schwach ausgeprägt sein.<sup>32</sup>

### III. Urheberrechtliche Grundlagen

Im Folgenden wird zunächst kurz dargestellt, inwieweit Forschungsergebnisse urheberrechtlichen Schutz genießen und wem eventuelle Schutzrechte einschließlich der Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zugeordnet sind, um dann im nächsten Abschnitt auf spezielle Regelungen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen einzugehen.

#### 1. Schutz von Forschungsergebnissen

##### a) Schutz durch das Urheberrecht

Das Urheberrecht schützt wissenschaftliche Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) unter der Voraussetzung, dass sie eine persönliche geistige Schöpfung darstellen (§ 2 Abs. 2 UrhG), also ein Mindestmaß an Individualität aufweisen. Jedoch ist der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke aus zweierlei Gründen begrenzt.

aa) Um die Monopolisierung von Informationen zu verhindern, wird der Schutz durch das Urheberrecht zum einen grundsätzlich nicht für den Inhalt eines

Werks, sondern nur für die Darstellungsweise wie z.B. Formulierungen gewährt. Somit ist zwischen Inhalt und Darstellungsweise zu differenzieren: Das, was den eigentlichen Wert einer wissenschaftlichen Publikation ausmacht, nämlich ihr Inhalt, beispielsweise wissenschaftliche Theorien, Lehrmeinungen und Daten, ist grundsätzlich urheberrechtsfrei. Begründet wird dieser Grundsatz damit, dass Informationen als solche nicht geschützt sind und insbesondere Gedanken und Lehren in ihrem Kerngehalt Gegenstand der freien geistigen Auseinandersetzung bleiben müssen.<sup>33</sup> Das Erfordernis einer Autorenattribution bei dem Zitat gemeinfreier Thesen oder Lehrmeinungen ergibt sich damit nicht aus dem Urheberrecht, sondern lediglich aus dienst- oder prüfungsrechtlichen Vorgaben sowie aus den Grundsätzen des redlichen wissenschaftlichen Arbeitens.

Allerdings bringt die praktische Umsetzung dieser Dichotomie zwischen Form und Inhalt Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich. Mittlerweile hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass an Stelle einer formalistischen Unterscheidung zwischen Form und Inhalt eine wertende Differenzierung zu erfolgen hat, die Forschungsergebnisse vom urheberrechtlichen Schutz ausnimmt, soweit ein Freihalteinteresse der Allgemeinheit besteht. Damit können bei wissenschaftlichen Arbeiten nicht wissenschaftliche Lehren als solche, sondern lediglich die konkrete Gliederung, Gestaltung und Darstellung urheberrechtlich geschützt sein.<sup>34</sup>

bb) Auch diese schutzfähigen Elemente sind zur Wahrung der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre jedoch nur dann urheberrechtlich geschützt, wenn im Einzelfall ein Gestaltungsspielraum bestand, die Gestaltung oder Gliederung also nicht durch Sachzwänge oder fachliche Gepflogenheiten vorgegeben war. Deshalb sind wissenschaftliche Darstellungen, die in der üblichen Fachsprache, z.B. nach den Vorgaben des Gutachtenstils, formuliert worden sind, ungeachtet ihrer inhaltlichen Qualität häufig weitgehend ungeschützt.<sup>35</sup> Diese Einschränkungen können zu einem Schutzdefizit für wis-

30 BVerfGE 31, 229, 243 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, 270, 274 – Schulfunksendungen; BVerfGE 79, 1, 25 – Leerkassette; BVerfGE 79, 29, 49 – Justizvollzugsanstalten; BVerfGE GRUR 1997, 123 – Kopierladen I.

31 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. I, Art. 5 III Rn. 84; Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 41 mwN.

32 Vgl. auch Krutz, Open Access (Fn. 26), S. 318. Für einen Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste als Gebot der Publikationsfreiheit aber Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 206.

33 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg; Götting, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, in: FS Nordemann, 2004, S. 7, 9 ff. mwN.; vgl. auch § 69 a Abs. 2 S. 2 UrhG, Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens.

34 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit mwN.

35 BGH GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit: es sei „davon auszugehen, daß der im fraglichen wissenschaftlichen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise regelmäßig urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung fehlen wird; dasselbe gilt für einen Aufbau und eine Darstellungsart, die aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in Fragen des behandelten Gebiets weitgehend üblich sind und deren Anwendung deshalb nicht als eine eigentümliche geistige Leistung angesehen werden kann.“ Vgl. auch OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg. Dagegen wurde eine Multiple-Choice-Klausur als schutzfähig bewertet, insbesondere aufgrund der bei der Formulierung der falschen Antwortalternativen bestehenden Gestaltungsspielräume, LG Köln NJW-RR 2000, 1794. S. zu weiteren Beispielen aus der Rspr. Schulze in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 2 Rn. 93 ff.

senschaftliche Werke führen. Hier zeigt sich, dass die Gewährleistung eines ausreichenden Schutzniveaus bei gleichzeitiger Vermeidung von Informationsmonopolen ein wohl nicht endgültig auflösbares Dilemma darstellt.

#### b) Schutz durch Leistungsschutzrechte

Neben den urheberrechtlich schutzfähigen Sprachwerken können grds. auch andere Forschungsergebnisse immaterialgüterrechtlich geschützt sein, da das Urheberrechtsgesetz u.a. wissenschaftliche oder organisatorische Leistungen durch sog. Leistungsschutzrechte honoriert. Geschützt sein können z.B. Aufnahmen mittels Röntgen-, Kernspin- und Computertomographie, Filme oder Fotos zu Dokumentationszwecken und Digitalisate, soweit sie ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung aufweisen,<sup>36</sup> durch Leistungsschutzrechte gem. §§ 72, 95 UrhG oder Datenbanken gemäß §§ 87a ff., so dass insbesondere bei biomedizinischen und naturwissenschaftlichen Forschungsvorhaben regelmäßig ein Konglomerat aus nicht geschützten und aufgrund verschiedener Leistungsschutzrechte geschützten Daten vorliegen wird.

#### 2. Rechtsinhaberschaft

Das Urheberrecht an einem wissenschaftlichen Werk steht gemäß § 7 UrhG dem Wissenschaftler selbst zu. Jedoch werden an Werken, die in Erfüllung arbeits- bzw. dienstvertraglicher Verpflichtungen erschaffen wurden, nach §§ 43, 69 b UrhG grundsätzlich dem Dienstherrn – ggf. stillschweigend und vom Umfang her durch § 31 Abs. 5 UrhG begrenzt – die zur Verwertung erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt, so dass dem Urheber in der Regel nur die Urheberpersönlichkeitsrechte verbleiben, insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gemäß § 13 UrhG. §§ 43, 69 b UrhG gelten jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht für die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten, weisungsfreien Tätigkeiten in Forschung und Lehre von Hochschullehrern und wissenschaftlichen Mitarbeitern an Hochschulen, da sie aufgrund der Wissenschaftsfreiheit dienstrechtlich nicht zur Publikation ihrer Forschungsergebnisse verpflichtet sind.<sup>37</sup> Bei an den Hochschulen selbständig tätigen Wissenschaftlern werden daher nicht nur die Urheberper-

sönlichkeits-, sondern auch die Verwertungsrechte allein dem Urheber zugeordnet. Demgegenüber sind die urheberrechtlichen Befugnisse von an außeruniversitären Forschungseinrichtungen tätigen Wissenschaftlern aufgrund ihrer Bindung an den Zweck der Forschungseinrichtung eingeschränkt.<sup>38</sup>

Allerdings hat der BGH in seiner Grabungsmaterialien-Entscheidung eine Pflicht der Erben eines Hochschullehrers angenommen, der Hochschule den Besitz an archäologischen Grabungsmaterialien und urheberrechtliche Nutzungsrechte z.B. an Plänen aus dem wissenschaftlichen Nachlass des durch die DFG und aus universitären Mitteln geförderten Erblassers zur wissenschaftlichen Auswertung einzuräumen. Als rechtliche Grundlage führte der BGH eine nachwirkende Treuepflicht aus dem Dienstverhältnis an, die auch nach dem Tode fortbesteht. Jenseits dieser Konstellation besteht aber nach ganz h.M. keine Pflicht zur Anbietung urheberrechtlicher Nutzungsrechte.<sup>39</sup> Diese Entscheidung wird im Schrifttum jedoch als Argument für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht von Wissenschaftlern angeführt.<sup>40</sup> Diese Übertragung verkennt aber, dass die Entscheidung einen nicht verallgemeinerungsfähigen Sachverhalt betraf, da der Wissenschaftler bereits verstorben und damit zu einer eigenen Auswertung seiner wissenschaftlichen Erkenntnis nicht mehr in der Lage war.

Aus rechtsvergleichender Perspektive nimmt das deutsche Urheberrecht mit der Zuordnung des Urheberrechts zu den jeweiligen Wissenschaftlern eine Sonderstellung ein. So steht das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken in Ländern mit so unterschiedlichen Urheberrechtsregimen wie Großbritannien, Frankreich und den Niederlanden nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich der Universität zu. Allerdings nimmt diese das Urheberrecht in der Regel nicht wahr, sondern überlässt die Entscheidung über die Veröffentlichung dem Wissenschaftler.<sup>41</sup> Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit die Ausnahme des wissenschaftlichen Bereichs von den Regelungen der §§ 43, 69b UrhG angesichts der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 GG zwingend ist oder ob dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht legislative Gestaltungsspielräume zustehen.

36 Lauber-Rönsberg, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG, Ed. 8, Stand: 1.4.2015, § 72 Rn. 12 ff.

37 BGH GRUR 1991, 523, 527 – Grabungsmaterialien; OLG Karlsruhe GRUR 1988, 536, 537 ff. – Hochschulprofessor; BGH GRUR 1985, 529, 530 – Happening; Götting/Leuze, Kap. XIII – Das Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 99 mwN.

38 Leuze, in: Götting/Ahlberg, BeckOK UrhR (Fn. 36), Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 37 f.

39 BGH GRUR 1991, 523, 525 – Grabungsmaterialien; KG ZUM-

RD 1997, 175, 179 – POLDOK; Wündisch, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2008, § 15 Rn. 54; T. Dreier, in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 43 Rn. 12; Loewenheim/A. Nordemann, Handbuch des Urheberrechts (Fn. 29), § 63 Rn. 20; Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 43; Krutz, Open Access (Fn. 26), S. 271.

40 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

41 Siehe zum französischen, britischen und niederländischen Recht Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 140 ff.

#### IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

Bereits seit der Diskussion um den sog. „Zweiten Korb“, dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft,<sup>42</sup> steht die wissenschaftliche Informationsversorgung im Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion.

##### 1. Vorschläge de lege ferenda

###### a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft

Nicht unerwähnt bleiben soll hier der radikale Vorschlag von Steven Shavell, Professor an der Harvard Law School und Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken nur auf das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft zu beschränken, da die allgemeine Ratio des Urheberrechts, kreatives Schaffen durch die Zuerkennung von Ausschließlichkeitsrechten zu stimulieren, für den wissenschaftlichen Bereich nicht gelte.<sup>43</sup> Eine Umsetzung dieser Option wäre jedoch im Hinblick auf die Verpflichtungen, denen die Mehrzahl der Staaten aufgrund internationaler urheberrechtlicher Abkommen wie der Revidierten Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Übereinkommen und den WIPO Copyright Treaty unterliegen, nicht realistisch.

###### b) Einführung einer Anbietungspflicht

Im Rahmen der Diskussion um einen Zweiten Korb empfahlen Pflüger und Ertmann die Einführung einer zeitlich befristeten Option der Hochschulen, sich an den wissenschaftlichen Werken ihrer Beschäftigten Nutzungsrechte einräumen zu lassen, um diese dann durch einen Hochschulverlag oder auf einem Open-Access-Repository zu veröffentlichen.<sup>44</sup> Eine entsprechende Regelung für Hochschulerfindungen enthält § 42 AbnErfG.<sup>45</sup> Die Autoren erhofften sich hierdurch eine Förderung des Open-

Access-Prinzips sowie eine Stimulierung des Wettbewerbs auf dem Zeitschriftenmarkt.<sup>46</sup> Gegen diesen Vorschlag sprechen zum einen verfassungsrechtliche Bedenken, da der Wissenschaftler im Falle der Inanspruchnahme nicht mehr über Ort und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse entscheiden könnte. Diese sind aber für sein wissenschaftliches Renommee von entscheidender Bedeutung, so dass diese Entscheidungsbefugnis ein wesentliches Element der positiven Publikationsfreiheit ausmacht.<sup>47</sup> Zum zweiten ist höchst zweifelhaft, ob die Hochschulen die Funktionen der Fachverlage übernehmen und z.B. die notwendigen Selektions- und Begutachtungsprozesse durchführen könnten. Und schließlich würde ein solches Hochschulverlagswesen langfristig den Fortbestand einer ausdifferenzierten Fachverlagslandschaft bedrohen.<sup>48</sup>

###### c) Weitere Vorschläge

Auch weitere Vorschläge wie die Einführung einer Zwangslizenzregelung<sup>49</sup> oder einer Schrankenregelung<sup>50</sup> konnten sich u.a. aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken sowie von Zweifeln an der Vereinbarkeit mit der maßgeblichen Richtlinie zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft<sup>51</sup> nicht durchsetzen.

##### 2. Open Access und Verlagsverträge

Für eine Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist damit das Urhebervertragsrecht der geeignete Rahmen.

###### a) Der „goldene Weg“

Keinerlei rechtliche Schwierigkeiten stellen sich, wenn sich ein Autor für eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access entscheidet (sog. goldener Weg), soweit ihm die alleinige Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zusteht, was bei an Hochschulen eigenverantwortlich tätigen Wissenschaftlern grundsätzlich der Fall ist.<sup>52</sup>

42 Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513.

43 Shavell, Should Copyright of Academic Works Be Abolished?, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-10, 2010, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1525667](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1525667) (18.5.2015).

44 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

45 Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 5 Abs. 3 GG siehe BGH GRUR 2008, 150, 151 ff. – selbststabilisierendes Kniegelenk.

46 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 442.

47 Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; Peifer, Regulatory Aspects of Open Access, JIPITEC 1 (2010), 131, 132; Sandberger (Fn. 26), ZUM 2006, 818, 820 und oben die bei Fn. 46 Genann-

ten.

48 Siehe zur Kritik im Einzelnen mwN. Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 211 ff.; Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 271 ff.

49 Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 279 ff.; Hilty, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, in: ders./Drexler/Nordemann (Hrsg.), FS Loewenheim, 2009, S. 119, 127 ff.

50 Diskutiert und verworfen von Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 383 ff.

51 RL 2001/29/EG vom 22.5.2001, ABl. L 167 vom 22.06. 2001.

52 Dazu s. oben III. 2.

## b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG

Problematischer ist dagegen eine Zweitveröffentlichung im Wege des Open Access, die zeitgleich mit oder im Nachgang zu einer Verlagspublikation erfolgt (sog. grüner Weg). Wirtschaftlich stehen hier die Open-Access- und die Verlagspublikation in einem Konkurrenzverhältnis. Aus rechtlicher Sicht wirft der „grüne Weg“ Fragen auf, da der Autor dem Verlag in dem Verlagsvertrag in der Regel ausschließliche Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung des Werkes im Internet einräumt, die grds. auch den Autor von weiteren eigenen Werknutzungen ausschließen (§ 2 Abs. 1 VerLG).

aa) Jedoch ist es dem Urheber nach der Auslegungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG gestattet, einen Zeitschriftenbeitrag nach Ablauf eines Jahres seit seinem Erscheinen im Internet öffentlich zugänglich zu machen, wenn mit dem Verlag nichts anderes vereinbart ist. Wie der Wortlaut zeigt, ist die Regelung jedoch abdingbar.

bb) Darüber hinaus gewährt nunmehr der zum 1.1.2014 in Kraft getretene § 38 Abs. 4 UrhG wissenschaftlichen Autoren auch dann, wenn sie einem Verlag ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt haben, ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht für Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Diese Beiträge dürfen nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient; die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben.

§ 38 Abs. 4 UrhG regelt damit das Spannungsverhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Interesse der Verlage und dem Interesse der wissenschaftlichen Autoren an größtmöglicher „Sichtbarkeit“, die je nach Disziplin in Open-Access- oder Closed-Access-Journals besser gewährleistet sein kann, indem die neu eingeführte Regelung die Entscheidungsbefugnis der Autoren über nicht-kommerzielle Zweitverwertungen als unveräußerlich ausgestaltet. Zugleich hat der Gesetzgeber sich damit für eine Förderung von Open Access in der „grünen Variante“ entschieden.

Kritiker monieren zu Recht, dass der „grüne Weg“ für die öffentliche Hand potentiell noch teurer werden könnte als das herkömmliche Publikationssystem, da neben den wohl auf absehbare Zeit nicht sinkenden Bezugspreisen der Zeitschriften auch noch der Aufbau der Infrastruktur, z.B. die Schaffung von Repositorien, und ggf. die Subventionierung von Autorengebühren für Zweitveröffentlichungen finanziert werden müssen.<sup>53</sup> Für diese Vorgehensweise spricht jedoch, dass sie ein Nebeneinander des herkömmlichen und des Open-Access-Publikationsmodells ermöglicht. Dagegen setzt z.B. Großbritannien auf die staatliche Förderung von Erstveröffentlichungen im Wege des Open Access unter Einbeziehung der Fachverlage.<sup>54</sup> Der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, Open-Access-Publikationsmodelle durch zwingende urhebervertragsrechtliche Regelungen zu fördern, stehen bislang, soweit ersichtlich, keine parallelen gesetzlichen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten gegenüber. Z.B. in Großbritannien und den Niederlanden wurden lediglich Musterverlagsverträge entwickelt.<sup>55</sup>

Nachdem zunächst von Verlagsseite verfassungsrechtliche Bedenken gegen die neue Regelung geäußert wurden,<sup>56</sup> steht nunmehr die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Mittelpunkt der Diskussion. Unklar ist zudem die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der Regelung, wenn der Verlagsvertrag ausländischem Recht unterliegt.<sup>57</sup>

So gilt das Zweitverwertungsrecht nach der Gesetzesbegründung nur für Publikationen, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden sind, hingegen nicht für die staatlich finanzierte, rein universitäre Forschung.<sup>58</sup> Diese Einschränkung wird im Regierungsentwurf damit begründet, dass in diesen Bereichen das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch sei und es hier, anders als bei der rein universitären Forschung, üblich sei, dass der Staat bei der staatlichen Förderung Vorgaben hinsichtlich der Ziele und der Verwertung der Forschung mache. Sowohl die Projektförderung als auch die Tätigkeit an außeruniversitären Forschungseinrichtungen beruhe auf programmatischen Vorgaben und Förderrichtlinien der Zuwendungsgeber, die damit

53 Hilty/Köckli/u.a., Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013, S. 6 f.

54 Horstmann, Finch und die Folgen – Open Access in Großbritannien, ZfBB 60 (2013) 5.

55 Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 161.

56 Dazu siehe Sprang, ZUM 2013, 461, 465.

57 Dazu ausf. Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 183 ff.; Lewinski/

Thum, Spezifische Fragen zum Auslandsbezug des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG neu, 2011, abrufbar unter: <http://www.iuwis.de/sites/default/files/iuwis-gutachten-lewinski.pdf> (2.6.2015); Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 463 f.; Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 471.

58 BT-Drs. 17/13423, S. 14; Soppe, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG (Fn. 36), § 38 Rn. 59 f.

den Erkenntnisgewinn in zuvor festgelegten Themenbereichen fördern wollten. Zu den Rahmenbedingungen dieser Förderbereiche gehörten seit jeher Förderbestimmungen, die z. B. auch die Verwertung und Verbreitung der Ergebnisse regelten.<sup>59</sup>

Diese Einschränkung wird angesichts des Schutzes der Forschungsfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 GG für bedenklich und mit dem Ziel der Regelung, den Zugang zu Forschungsergebnissen zu verbessern, nicht vereinbar gehalten.<sup>60</sup> Auch der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren die Ansicht vertreten, dass sich der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 4 UrhG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung auch auf das gesamte, an den Hochschulen beschäftigte wissenschaftliche Personal erstrecken müsse.<sup>61</sup>

Ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese Schlechterstellung der universitären Forschung ist auf den ersten Blick tatsächlich nicht ersichtlich. Allenfalls kann gemutmaßt werden, dass der Gesetzgeber die Einführung von hochschulrechtlichen Zweitverwertungs-pflichten als flankierende Maßnahmen zu dem urheberrechtlichen Zweitverwertungsrecht antizipierte und den Weg für eine solche Inanspruchnahme nur in Bezug auf Mitarbeiter außeruniversitärer Forschungseinrichtungen ebnen wollte, deren Forschungstätigkeit intensiver durch Vorgaben der Forschungseinrichtung reguliert werden kann, als dies bei der rein universitären, zweckfreien Forschung der Fall ist, wie letztlich auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausdruck bringt.

Die Interessen der Verlage versucht § 38 Abs. 4 UrhG dadurch zu wahren, dass die Regelung nur für Beiträge in periodisch erscheinenden Sammlungen gilt, eine Zweitveröffentlichung lediglich in der vom Verlag zur Veröffentlichung akzeptierten Manuskriptversion, also nicht im Verlagslayout,<sup>62</sup> und erst nach Ablauf einer 12monatigen Karenzfrist zulässig ist. Hierdurch soll „eine Amortisation verlegerischer Investition“ gewährleistet werden.<sup>63</sup> Fraglich ist allerdings, ob diese pauschale Karenzfrist allen Fachrichtungen gerecht wird. Während zwölf Monate in manchen geisteswissenschaftlichen Bereichen durchaus angemessen oder gar zu kurz sind, ist der Zeitraum für Publikationen in einigen MINT-Wissenschaftsbereichen wohl häufig zu lang, weil die Erkenntnisse nach Ablauf einer 12-Monats-Frist üblicherweise von geringem oder keinem Wert mehr sind.<sup>64</sup>

Eine nach Fachgebieten gestaffelte Karenzfrist hätte dagegen Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich gebracht, so dass die vom Gesetzgeber gewählte Variante wohl als pragmatische Lösung darstellt.

c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbietungspflichten?

§ 38 Abs. 4 UrhG verleiht wissenschaftlichen Autoren ein Zweitverwertungsrecht und bewirkt somit eine Stärkung ihrer Rechtsposition. Zugleich eröffnet diese Regelung aber die Handlungsoption, flankierend eine hochschulrechtliche Zweitverwertungs-pflicht einzuführen. Eine entsprechende Regelung trifft nun der am 9.4.2014 in Kraft getretene § 44 Abs. 6 des LHG Baden-Württemberg. Danach sollen die Hochschulen ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung grundsätzlich dazu verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung veröffentlicht wurden.

Aus rechtspolitischer Sicht ist diese Regelung höchst kritikwürdig, da sie die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern einschränkt, selbst über Ort und Modalitäten von Veröffentlichungen zu entscheiden. Auch wenn die Einbeziehung von Open-Access-Prinzipien in das wissenschaftliche Publizieren wissenschaftspolitisch für erstrebenswert gehalten wird, so sollte hierbei jedoch das Prinzip der Autonomie und Freiwilligkeit gewahrt werden.

Fraglich ist zudem, inwieweit wissenschaftliche Beiträge tatsächlich im Rahmen von Dienstaufgaben erstellt werden, wie § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg voraussetzt. Denn nach der zumindest im urheberrechtlichen Schrifttum h.M. trifft den Universitätsprofessor trotz seiner Verpflichtung, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten, keine Dienstpflicht zur Erschaffung urheberrechtlich geschützter Werke.<sup>65</sup>

Unter rechtstechnischen Gesichtspunkten ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Zweitverwertungs-pflicht nicht deckungsgleich mit denjenigen des Zweitverwertungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG sind, da sich die Regelung nicht nur auf solche Beiträge bezieht, die im Rahmen einer mindes-

59 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 9.

60 Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 470.

61 Beschluss des BR vom 20.9.2013, BR-Drs. 643/13.

62 Kritisch Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaißte und vergriffene Werke, NJW 2014, 6, 11: „verwirrende Mehrfachversionen“.

63 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 12.

64 Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaißter und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR Int. 2013, 881, 893; Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 472.

65 Götting/Leuze, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 37), Kap. XIII Rn. 124.

tens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind. Zudem soll § 38 Abs. 4 UrhG zumindest nach der Begründung des Regierungsentwurfs wie dargestellt nur für Publikationen gelten, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden. Daher müssten universitäre Satzungen ggf. entsprechend eingeschränkt werden.

#### V. Fazit

Die Einführung eines unabdingbaren, nicht-kommerziellen Zweitverwertungsrechts durch § 38 Abs. 4 UrhG wird evtl. mehr Rechtssicherheit bewirken, aber voraussichtlich weder einen Durchbruch des Open-Access-Publizierens bewirken, noch ein effektives Heilmittel für die sog. Zeitschriftenkrise darstellen. Denn bereits nach der früheren Rechtslage stand es Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler frei, sich für eine Erstveröffentlichung ihrer Werke im Wege des Open Access zu entscheiden. Zudem gestatten viele Verlage ihren Autoren nach Ablauf einer gewissen Karenzfrist eine Open-Access-Zweitverwertung z.B. auf einem institutionellen Repositorium. Dass diese Möglichkeiten bislang in vielen Fachbereichen nicht intensiver genutzt werden, liegt

sicherlich auch daran, dass es in vielen Fachbereichen, wie z.B. der Rechtswissenschaft, bislang kaum etablierte und renommierte Open-Access-Journals gibt – oder diese zumindest häufig nicht als gleichwertig mit Verlagspublikationen anerkannt werden. Aus Sicht von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ist es daher unabdingbar, dass auch während solcher Umwandlungsprozesse den Fach- und Publikationskulturen der einzelnen scientific communities Rechnung getragen wird und die Publikationsfreiheit gewahrt bleibt.

Es hat jeweils etwa 200 Jahre gedauert, bis sich die Gesellschaft auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt hatte.<sup>66</sup> Bei den gegenwärtigen Entwicklungen wird es nicht um vergleichbare zeitliche Dimensionen gehen, aber auch hier bedarf es einer allmählichen Weiterentwicklung – ein Umbruch kann und sollte nicht erzwungen werden.

Der Autor ist o. Professor und geschäftsführender Direktor des Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

Die Autorin ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter-, Medien- und Datenschutzrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

66 Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 600.

Frank Wertheimer

*„Rolle rückwärts“ – Zur Rücknahme des Rufs  
in einem Berufungsverfahren*

## I. Fragestellung

Die richtige Auswahlentscheidung in einem Berufungsverfahren hat für eine Universität große Bedeutung. Misslingt der Auswahlprozess, werden nicht nur die mit der Neubesetzung einer Professur verbundenen strukturellen Überlegungen rasch zu Makulatur, nicht selten handelt sich die Hochschule auch personelle Probleme ein, die zeitraubend und ressourcenvernichtend sind. Im Bereich der Hochschulmedizin, in der mit der Vertretung eines Fachs in Forschung und Lehre auch Aufgaben in der Krankenversorgung verbunden sind, kann im Falle einer Fehlbesetzung ein erheblicher finanzieller Schaden hinzukommen.

Im Verlaufe eines Berufungsverfahrens bestehen für die universitären Entscheidungsträger unterschiedliche Möglichkeiten, sich über die Kompetenz der Bewerber um die ausgeschriebene Professur ein Bild zu machen. So lassen die eingereichten Unterlagen zu Publikationen, erbrachten Lehrleistungen, eingeworbenen Drittmitteln, Vorträgen bis hin zu wahrgenommenen Funktionen in der scientific community eine Einschätzung der wissenschaftlichen Reputation zu. Weiterer Aufschluss ergibt sich aus den Probenvorträgen und den danach häufig mit den Bewerbern geführten Gesprächen im Kreise der Berufungskommission. Eingeholte auswärtige Gutachten führen im Regelfall zur Weichenstellung für die Erstellung der Berufsungsliste und damit zur Entscheidung, wem der Ruf erteilt wird.

Gleichwohl können im Zuge der sich anschließenden Berufsungsverhandlungen, in denen die sächliche, räumliche und investive Ausstattung der Professur sowie ferner die persönlichen Rahmenbedingungen des Dienstverhältnisses – im Bereich der Hochschulmedizin auch ein Chefarztvertrag – verhandelt werden, Zweifel aufkommen, ob sich die gesteckten Ziele mit dem Rufadressaten verwirklichen lassen. Das gilt vice versa.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Stadium eines Berufsungsverfahrens eine Universität die

„Reißleine ziehen“ und den einmal erteilten Ruf wieder zurücknehmen kann. Im Hinblick auf die eingangs beschriebenen Folgen einer „Fehlberufung“ hat sie erhebliche praktische Bedeutung.

## II. Teilschritte eines Berufsungsverfahrens

Der Ablauf eines Berufsungsverfahrens vollzieht sich in Teilschritten, die in den Hochschulgesetzen der Länder geregelt sind. Hinzu kommen Verordnungen auf Länderebene, die Zuständigkeitsregelungen enthalten, etwa die Kompetenz zur Ruferteilung auf den Rektor bzw. den Präsidenten einer Universität übertragen.<sup>1</sup> Schließlich ergänzen Bestimmungen in den Grundordnungen der Universitäten häufig die inneruniversitären Abläufe des Verfahrens, die vor allem die Schnittstellen zwischen Berufungskommission, Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat, Senat bis hin zur Hochschulleitung betreffen.<sup>2</sup>

Abgesehen von Nuancen gestaltet sich der Ablauf eines Berufsungsverfahrens im Wesentlichen in allen Bundesländern nach dem gleichen Raster: Einer universitätsinternen Entscheidung über die Neueinrichtung oder Wiederbesetzung einer Professur – nebst Festlegung, Bestätigung oder Änderung der Funktionsbeschreibung – folgt deren öffentliche Ausschreibung. Fakultätsintern wird eine Berufungskommission gebildet. Die Kommission wählt aus den eingegangenen Bewerbungen geeignete Kandidaten aus, die zu Probenvorträgen eingeladen werden; z.T. werden auch Kandidaten direkt angesprochen und aufgefordert, sich zu bewerben. Nach Einengung des Kandidatenkreises werden auswärtige Gutachten beauftragt und in einer abschließenden Sitzung eine Berufsungsliste verabschiedet. Es folgen unterschiedliche universitätsinterne Abstimmungsprozesse, hier differieren die Regelungen in den Ländern. Beteiligt sind dabei Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat, der Senat der Universität und das Rektorat bzw. das Präsidium. Die Berufsungsliste geht dann zur Ruferteilung an den zuständigen Minister, in den meisten Bundesländern liegt die Ruferteilungskompetenz mittlerweile aber bei den Hochschulen

1 Vgl. z.B. die Bayerische Verordnung über das Berufsungsverfahren (BayBerufV) v. 3.8.2009, GVBl. 2009, S. 409; unmittelbar aus den Hochschulgesetzen folgt die Kompetenz zur Ruferteilung des Präsidenten bzw. Rektors z.B. in Hessen (§ 63 Abs. 3 S. 4 HessHG), in Sachsen (§ 60 Abs. 1 S. 1 SächsHG) oder in Baden-Württemberg,

dort im Einvernehmen mit dem Wissenschaftsministerium (§ 48 Abs. 2 S. 1 LHG BW).

2 Beispielsweise: § 50 Abs. 6 GO der Universität Würzburg v. 15.7.2007; § 24 Abs. 2 GO der Universität Freiburg v. 21.11.2012.

direkt, so dass der Ruf vom Rektor bzw. Präsidenten erteilt wird.<sup>3</sup> Es schließen sich Berufungsverhandlungen an, abgeschlossen wird das Verfahren – im Falle einer Verbeamtung – mit der Ernennung<sup>4</sup>, bei einer Professur im Angestelltenverhältnis mit dem Abschluss des Dienst- bzw. Arbeitsvertrages. Im Falle einer klinischen Professur kommt ein Chefarztvertrag für die Aufgaben in der Krankenversorgung hinzu.<sup>5</sup>

### III. Rechtliche Bindungswirkung

Zu untersuchen ist in der Folge, welche Rechtswirkungen die unter II. dargestellten Teilschritte eines Berufungsverfahrens entfalten:

#### 1. Universitätsinterne Strukturbeschlüsse, öffentliche Ausschreibung

Soweit auf Grundlage entsprechender Beschlüsse einer Fakultät die Hochschulleitung – ggfs. im Zusammenwirken mit dem zuständigen Landesministerium – eine neue Professur einrichtet oder eine bereits existierende zur Wiederbesetzung freigibt, führt dies ebenso wenig zu einer Bindungswirkung wie die öffentliche Ausschreibung der Professur. Zum einen sind beide Teilschritte nicht personenbezogen und entfalten zum anderen, insbesondere auch die öffentliche Ausschreibung, zugunsten der Bewerber um die dortige Position nur Bindung, als dokumentiert wird, dass eine bestimmte Stelle besetzt werden soll.<sup>6</sup>

#### 2. Beschlussfassung der Berufungskommission

Auch wenn die Beschlussfassung der Berufungskommission den ersten Teilschritt des Berufungsverfahrens darstellt, in dem eine personenbezogene Auswahlentscheidung fällt, erzeugt diese keine Rechtsbindung zugunsten eines der gelisteten Bewerber. Mangels Außenwirkung i.S.d. § 35 LVwVfG fehlt hier der Rechtscharakter eines Verwaltungsaktes. Bei dieser Auswahlentscheidung der Berufungskommission handelt es sich um einen rein internen, über die jeweilige Fakultät an die Hochschulleitung gerichteten, bloßen, wenn auch notwendigen rechtlich unselbständigen Zwischenschritt im Stellenbe-

setzungsverfahren.<sup>7</sup> Gleiches gilt für die die Liste bestätigenden Beschlüsse sowie die Stellungnahme des Fakultäts- bzw. Fachbereichsrats oder des Hochschulsenats. Auch hier handelt es sich um rein interne Verfahrensschritte ohne rechtliche Außenwirkung.

### 3. Ruferteilung

#### a) Ruf als Verwaltungsakt?

Hinsichtlich der Rechtsqualität eines Rufs, wie er vom zuständigen Landesminister oder vom Rektor bzw. Präsidenten einer Universität gegenüber einem gelisteten Bewerber erteilt wurde, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Namhafte Stimmen in der hochschulrechtlichen Literatur vertreten die Auffassung, der Ruf habe gegenüber dem Rufinhaber Verwaltungsaktsqualität.<sup>8</sup> Entscheidend sei, dass sich die Berufung eines Professors essentiell von der „Berufung“ eines sonstigen Beamten auf einen Dienstposten unterscheide. Mit der Erteilung des Rufs sei das Auswahlverfahren beendet; dies komme in einem Berufungsschreiben dadurch zum Ausdruck, dass der Bewerber auf die ausgeschriebene Professur „ohne wenn und aber“ berufen werde, was den Bindungswillen des Landes bzw. der Universität nochmals unterstreiche.<sup>9</sup> Folgt man dieser Auffassung, so könnte ein erteilter Ruf nur nach Maßgabe der §§ 48, 49 LVwVfG zurückgenommen werden.

Die Rechtsprechung vertritt hingegen die Auffassung, dass es sich bei einem Ruf lediglich um eine rechtlich unbeachtliche invitatio ad offerendum handelt, d.h. um eine Aufforderung an den Rufadressaten, in Berufungsverhandlungen mit der ruferteilenden Einrichtung einzutreten.<sup>10</sup> Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Rufschreibens abgestellt, welches in aller Regel nicht mehr als eine Absichtserklärung enthalte, in der Zukunft nach Einigung mit dem Rufadressaten – letztlich über die Ausstattung der Professur sowie über dessen persönliches Statusverhältnis – ein Beamtenverhältnis oder ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen zu wollen, aus dem sich dann wechselseitige Rechten und Pflichten ergeben. Insoweit sei der Ruf nach der diesem zugrunde-

3 Vgl. auch *Detmer*, in: HschR-Praxishandbuch, 2. Aufl. 2011, S. 133 (Rn. 71).

4 Auch die Ernennung ist in einigen Ländern bereits auf die Hochschule delegiert, vgl. etwa § 1 Nr. 1 der Verordnung über dienstrechtliche Zuständigkeiten im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst (ZustV-WKFM) v. 3.1.2011, GVBl. 2011, S. 26 oder § 4 Nr. 11 ErnG BW.

5 Beim sog. Integrationsmodell werden die Aufgaben in Forschung, Lehre und Krankenversorgung demgegenüber in einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst, so z.B. an der Universitätsmedizin Mainz oder der Universitätsmedizin Göttingen.

6 BVerwG, Urt. v. 25.4.1996, 2 C 21/95, BVerwGE 101,112; *Detmer*, in: HschR-Praxishandbuch, aaO., S. 137 (Rn. 80) mwN.

7 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, BVerwGE 106, 187.

8 Vgl. *Epping*, WissR 1992, 179; *Detmer* in: HschR-Praxishandbuch, aaO., S. 145 (Rn. 102) mwN.

9 Vgl. *Detmer*, WissR 1995, 1, 12, 14; *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Hochschullehrerrecht, www.zimmerling.de/veroeffentlichungen/volltextsuche/neu/hochschul-lehrerrecht.htm - Stand August 2001.

10 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, aaO.; VG Wiesbaden, Urt. v. 20.3.1995, 8/V E 844/93, NVwZ-RR 1996, 207.

liegenden Auswahlentscheidung ebenfalls ein notwendiger, aber rechtlich unselbständiger Zwischenschritt im Stellenbesetzungsverfahren.<sup>11</sup>

In der obergerichtlichen Rechtsprechung findet sich folgende Konkretisierung: Mit dem Ruf bekunde die nach Landesrecht zuständige Stelle ihre Bereitschaft, mit dem Adressaten in Berufungsverhandlungen einzutreten und zugleich zu erkunden, ob der Adressat bereit sei, die Professur zu übernehmen. Traditionell schließen sich an den Ruf die Berufungsverhandlungen an, die sich insbesondere auf den Status (Beamter oder Angestellter), die Ausgestaltung der Dienstpflichten und die Ausstattung des vorgesehenen Aufgabenbereichs beziehen können. Erst danach entscheide sich, ob dem Bewerber die Stelle endgültig übertragen wird.<sup>12</sup>

Ruferteilungsschreiben lässt sich in der Tat zumeist nur eine Absichtserklärung entnehmen, wenn sie – zumeist wie nachfolgend oder ähnlich – formuliert sind:

„Es ist grundsätzlich beabsichtigt, für die mit Forschung und Lehre zusammenhängenden Arbeiten einen Dienstvertrag abzuschließen. Dieser Dienstvertrag wird von der Universität abgeschlossen.“

Additiv in der Hochschulmedizin:

„Es ist beabsichtigt, die mit der Professur zusammenhängenden Aufgaben der Leitung der klinischen Einrichtung einschließlich des damit verbundenen Liquidationsrechts durch Chefarztvertrag zu regeln. Dieser Chefarztvertrag wird vom Universitätsklinikum abgeschlossen. Für Berufungsverhandlungen, insbesondere über die Ausstattung der Professur sowie zur Klärung weiterer mit der Stellenbesetzung zusammenhängender Fragen steht Ihnen der Dekan in der Fakultät für ... gerne zur Verfügung.“

Insbesondere die Formulierungen „es ist grundsätzlich beabsichtigt“ sowie „auch ist vorgesehen“, die sich mit den Vorstellungen einer Fakultät – bei Professuren mit Aufgaben in der Krankenversorgung auch eines Universitätsklinikums – auf die statusrechtliche Situation des Berufungsadressaten beziehen, sprechen dagegen, ein solches Schreiben als Verwaltungsakt zu werten. Die Auslegung einer Ruferteilung nach dem Empfängerhorizont lässt im Grunde keine andere Entscheidung zu, so dass der Rechtsprechung zu folgen ist.

Das BVerwG hat seine Auffassung, es handele sich bei der Ruferteilung nicht um einen Verwaltungsakt, fer-

ner damit begründet, dass die dortige streitgegenständliche landesrechtliche Bestimmung keine Rechtsgrundlage dafür enthalte, durch einseitige Regelung mit Außenwirkung eine verbindliche Rechtsfolge als Zwischenschritt im Berufungsverfahren zu setzen. Die Auswahlentscheidung werde erst mit der Übertragung des Amtes des Professors verbindlich getroffen.<sup>13</sup>

Zum Zeitpunkt der mehrfach zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.02.1998 bestimmte die damalige Fassung des § 45 Abs. 2 S. 1 HRG, dass Professoren auf Vorschlag der Hochschule von der nach Landesrecht zuständigen Stelle berufen werden. Mit diesem Vorschlagsrecht wurde der Hochschule bei der Berufung von Professoren ein Mitwirkungsrecht eingeräumt, womit der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG in besonderer Weise Rechnung getragen wurde. Das BVerwG hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass diese Mitwirkungshandlung, also das Vorschlagsrecht der Hochschule, keine subjektiven Rechte des Vorgeschlagenen begründe.<sup>14</sup> Ergibt sich damit in den Fällen etwas anderes, in denen nach Länderrecht die Ruferteilung nicht mehr dem zuständigen Minister sondern dem Rektor bzw. Präsidenten der Universität übertragen ist? Und spielt möglicherweise eine Rolle, dass in solchen Fällen, wie etwa nach § 1 Nr. 1 der Verordnung über dienstrechtliche Zuständigkeiten im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst (ZustV-WFKM) vom 03.01.2011 (GVBl. 2011, S. 26) oder § 4 Nr. 11 ErnG BW die Zuständigkeit für die Ernennung von Hochschulprofessoren bei der Universität liegt und, soll mit dem Hochschulprofessor lediglich ein privatrechtliches Dienstverhältnis abgeschlossen werden, diese auch für den Abschluss des Arbeitsvertrages zuständig ist?

Nach hier vertretener Auffassung wurden hierdurch lediglich die Zuständigkeiten für den Ablauf eines Berufungsverfahrens geändert und die Autonomie der jeweiligen Universitäten gestärkt. Hingegen ändern diese neuen Zuständigkeiten nichts am Rechtscharakter der Ruferteilung an sich. Nach wie vor schließen sich erst an die Ruferteilung konkrete Berufungsverhandlungen an, die letztlich Aufschluss darüber geben, ob es zwischen der Universität und dem zu Berufenden zu einer Übereinstimmung hinsichtlich der zu besetzenden Professur kommt, insbesondere ob eine Einigung über deren Ausstattung sowie über den persönlichen Status des Rufadressaten erzielt werden kann. Ebenso wie sich im Rahmen dieser Verhandlungen beim Rufadressaten Zweifel an der Übernahme der Professur und den damit verbun-

11 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

12 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 24.06.2010, 1 L 56/10, juris, Rn. 7; ebenso OVG NRW, Urt. v. 22.7.2014, 6 A 815/11, DÖV

2014, 982.

13 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

14 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

denen Aufgaben ergeben können, die am Ende eine Rufablehnung durch ihn nach sich ziehen, verhält sich dies umgekehrt. Dieser Überlegung widerspräche es, wenn die Universität in der Verhandlungssituation rechtlich gebunden wäre, auch wenn sie erkennt, dass der Berufene letztlich für die entsprechende Stelle doch nicht in Betracht kommt.

Die Auffassung, die das BVerwG vertritt, teilt das BAG für den Fall, dass mit der Ruferteilung – nach entsprechenden Berufungsverhandlungen – der Abschluss eines Arbeitsverhältnisses intendiert ist. So sieht auch das BAG in der Erteilung eines Rufs kein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages sondern stimmt vielmehr mit der zuvor dargestellten Auffassung zum Erklärungswert einer Ruferteilung überein.<sup>15</sup> Danach beschränkt sich die Ruferteilung auf eine Anfrage zur grundsätzlichen Bereitschaft eines Bewerbers auf Übernahme einer bestimmten Professorenstelle, der kein rechtsverbindlicher Charakter beigemessen wird.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass in dem Ruferteilungsschreiben, unabhängig davon, ob es vom zuständigen Landesminister oder vom Rektor bzw. Präsidenten einer Universität stammt, kein Verwaltungsakt zu sehen ist, der gegenüber dem Rufadressaten verbindliche Rechtswirkungen erzeugt. Keine Bedenken bestehen daher gegen die gängige Praxis, dem Rufadressaten eine Frist zu setzen, innerhalb der sich die Universität an die Ruferteilung gebunden fühlt. Lässt der Rufadressat diese Frist verstreichen, kann der Ruf an den Nächstplatzierten erteilt werden.

#### b) Zusicherung

Ein Ruferteilungsschreiben ist in aller Regel auch keine Zusicherung i.S.d. § 38 Abs. 1 LVwVfG.

Der Anspruch, in ein Beamtenverhältnis berufen zu werden oder mit dem zu Berufenden einen privatrechtlichen Dienstvertrag abzuschließen, der die Aufgaben in Forschung und Lehre regelt, kann zwar grundsätzlich Gegenstand einer Zusicherung sein.<sup>16</sup> Von einer Rechtsverbindlichkeit i.S.d. Vorschrift wird stets dann ausgegangen, wenn der Wille einer Behörde, sich für die Zukunft zu binden und einen entsprechenden Anspruch des Begünstigten auf die zugesagte Maßnahme zu begründen, in der Erklärung eindeutig erkennbar ist, damit sie als Zusicherung angenommen werden kann.<sup>17</sup>

Ist eine Ruferteilung so wie oben dargestellt formu-

liert – und das ist der Regelfall – handelt es sich aber nur um eine bloße Absichtserklärung. Diese Auslegung entspricht dann dem Willen der Universität und ist auf Grundlage des § 133 BGB auch vom objektiven Empfängerhorizont nicht anders zu verstehen.

#### 4. Rücknahme des Rufs

Handelt es sich bei einem Ruf demnach nicht um einen rechtsverbindlichen Akt, weder im Sinne eines Verwaltungsaktes noch im Sinne einer Zusicherung, sondern vielmehr nur um eine unselbständige Vorbereitungshandlung mit verfahrensrechtlichem Charakter, so kann der Ruf ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 48, 49 LVwVfG wieder zurückgenommen werden. Zuständig für die Rücknahme des Rufs ist – als *actus contrarius* zur Ruferteilung – die ruferteilende Stelle, mithin der zuständige Landesminister oder der Rektor bzw. der Universitätspräsident.

Freilich stellen sich bei der Rücknahme eines Rufs verschieden Fragen:

##### a) Rücknahme als Verwaltungsakt?

Zu klären ist zunächst, ob die Rücknahme des Rufs ein Verwaltungsakt ist. Daran wurden in der Literatur zum Teil Zweifel geäußert, weil die mehrfach zitierte Entscheidung des BVerwG aus dem Jahre 1998 dahingehend interpretiert wurde, dass das Zurückziehen eines Rufangebots ebenso wenig ein Verwaltungsakt sei wie das Rufangebot selbst.<sup>18</sup> Dem ist entgegen zu halten, dass mit der Rücknahme des Rufs gegenüber dem Listenplatzierten verbindlich bestimmt wird, dass er für die Professur nicht mehr in Betracht kommt. Das hat auch das BVerwG in dem Fall so gesehen, in dem dem Rufadressaten mitgeteilt worden war, dass eine Berufung in ein Beamtenverhältnis abgelehnt werde. Eine solche Mitteilung sei ein Verwaltungsakt.<sup>19</sup> Für diese Einschätzung spricht auch folgende Überlegung: Ist das Auswahlverfahren um eine Professur abgeschlossen, so wird die den Ruf erteilende Stelle als verpflichtet angesehen, den nicht berücksichtigten Bewerbern rechtzeitig vor der Ernennung oder der dienstvertraglichen Anstellung des Rufinhabers eine begründete Mitteilung zu machen, dass und weshalb sie in dem Auswahlverfahren keine Berücksichtigung gefunden haben und die Ernennung bzw. Einstellung des Rufinhabers bevorsteht. Eine solche Mitteilung gegenüber den unterlegenen Bewerbern wird als Verwaltungsakt qualifiziert.<sup>20</sup> Wenn der Minister, respektive

15 BAG, Urt. v. 9.7.1997, 7 AZR 424/96, NZA 1998, 752.

16 Vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 4.3.1991, 1 TG 3306/90, juris, Rn. 29 für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.

17 BVerwG, Urt. v. 7.2.1986, 4 C 28/84, NJW 1986, 2267; BVerwG, Urt. v. 22.1.1998, 2 C 8/97, NVwZ 1998, 1082; Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 8. Auf. 2014, § 38 Rn. 21.

18 Vgl. Hartmer, F&L 2000, 149.

19 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, juris, Rn. 21.

20 Vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.1996, 2 L 1225/96, n.v.; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 19.9.1995, 1 L 2001/95, juris; ebenso Detmer in: HSchR-Praxishandbuch, aaO., S. 145 (Rn. 103).

der Rektor oder der Präsident gegenüber dem Rufad-ressaten demnach die Rücknahme des Rufs erklärt, so kommt dem die gleiche Rechtsqualität zu, lediglich mit dem Unterschied, dass die Erklärung zeitlich vorverlagert ist.

#### b) Rechtmäßigkeit der Rücknahme

Ist die Rufrücknahme demnach ein Verwaltungsakt, muss dieser rechtmäßig sein. In Betracht zu ziehen ist, ob dabei die Grundsätze für den Abbruch eines Berufungsverfahrens herangezogen werden können.

Es entspricht allgemeiner Meinung, dass ein Berufungsverfahren jederzeit abgebrochen und neu eröffnet werden kann, dies auch dann, wenn die Vorschlagsliste noch nicht erschöpft ist und solange Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden.<sup>21</sup> Begründet wird dies letztlich damit, dass die Hochschule aus jedem Grund, der in den weit gesteckten Rahmen ihrer Organisationskompetenz fällt, ein solches Verfahren beenden kann.<sup>22</sup>

Indessen lassen sich diese Überlegungen auf den Fall einer Rufrücknahme nicht übertragen. Damit ist nämlich nicht das beim Abbruch von Berufungsverhandlungen entscheidende Organisationsermessen sondern vielmehr das Auswahlermessen bezüglich der gelisteten Bewerber betroffen.

Die Rücknahme eines Rufs könnte gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen, insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Erstplatzierte hieraus einen Anspruch auf Fortsetzung der Berufungsverhandlungen ableiten kann.<sup>23</sup> In formeller Hinsicht lässt sich demgegenüber einwenden, dass der Ruferteilende von Anfang an berechtigt gewesen wäre, von dem Listenvorschlag der Fakultät abzuweichen. Das ist in den Hochschulgesetzen der Länder überwiegend so vorgesehen, beispielsweise regelt § 2 Abs. 1 S. 2 BayBerufV, dass der Präsident an die Reihung des Berufungsvorschlages nicht gebunden ist.<sup>24</sup> Ähnliches bestimmt § 48 Abs. 2 S. 1 2. HS LHG BW, wonach der Rektor in begründeten Fällen vom Berufungsvorschlag abweichen kann.<sup>25</sup>

Verletzt die vom Vorschlag der Hochschule abweichende Ruferteilung des Ministeriums nicht die institutionell garantierte Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) der Hochschule, so gilt dies erst recht, wenn der Präsident der Universität vom Berufungsvorschlag abweicht. Ist dieser demnach befugt, den Ruf ohne Bindung an die Reihung des Berufungsvorschlags zu erteilen, so schließt

dies ein, dass er von der zunächst verfolgten Reihung im Laufe des Berufungsverfahrens abweichen kann. Da – wie gesehen – die Ruferteilung keinen rechtsverbindlichen Charakter hat, wird insoweit in keine rechtlich bereits gefestigte Position des Rufadressaten eingegriffen.

Materiellrechtlich gelten nach der Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen an die Rücknahme eines Rufs. Nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährt die Rechtsprechung einer Hochschule grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschul-lehrerstelle. Wie bei der Abweichung von einem Berufungsvorschlag kommen personalpolitische, wissenschaftspolitische wie auch fachwissenschaftliche Gründe dafür in Betracht.<sup>26</sup> Nach Maßgabe dieser Überlegungen hält es die Rechtsprechung für zulässig, einen Bewerber abweichend von der Reihenfolge des Berufungsvorschlags für die zu besetzende Professorenstelle auszuwählen und zu berufen. Da auch dieser Bewerber von der Hochschule vorgeschlagen und deshalb ihrer Meinung nach für die zu besetzende Hochschullehrerstelle qualifiziert ist, werde Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht berührt.<sup>27</sup> Dabei können nicht nur rechtlich zwingende sondern auch unterhalb dieser Schwelle liegende Gründe, die die personelle Eignung des Bewerbers berühren, hinreichendes Gewicht haben.<sup>28</sup> Bei einem Berufungsvorschlag mit mehreren Bewerbern ist (zwangsläufig) eine Auswahl nach pflichtgemäßem Ermessen für den Bewerber zu treffen, der am besten geeignet erscheint, den sich ihm stellenden Aufgaben nach Art und Umfang gerecht zu werden.

Für eine Rücknahme des Rufs wäre es beispielsweise ausreichend, wenn sich im Laufe der Berufungsverhandlungen zeigt, dass die konzeptionellen Vorstellungen des Bewerbers zur Ausfüllung der Professur nicht mit den denen der Fakultät kompatibel sind, etwa weil er Schwerpunkte setzen möchte, die in der Fakultät schon durch eine andere Professur vertreten sind oder weil diese mit einer von der Fakultät beabsichtigten Antragstellung, z.B. für einen Sonderforschungsbereich, nicht kompatibel sind. Ein ausreichender Grund für eine Rufrücknahme wäre auch darin zu sehen, dass die Forderungen des Bewerbers für die personelle, sachliche oder investive Ausstattung der Professur so erheblich über dem zur

21 Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.2.1994, 3 M 7/94, juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 9.3.1993, 2 B 11743/93 n.v., vgl. auch BVerwG, Urt. v. 25.4.1996, 2 C 21/95, BVerwGE 101,112.

22 Vgl. etwa *Detmer*, WissR 1997, 193 ff.; *Detmer*, in: HSchR-Praxis-handbuch, aaO., S. 145 (Rn. 102); *Brehm/Zimmerling*, vgl. Fn. 8, unter II. 3. e).

23 Vgl. BAG, Urt. v. 9.7.1997, 7 AZR 424/96, juris, Rn. 19 sowie BVerwG v. 19.2.1998, aaO., juris, Rn. 28.

24 Ebenso VGH München, Beschl. v. 3.6.1998, 7 ZE 98.714, DVBl

1998, 1354; vgl. auch *Detmer*, in: HSchR-Praxisbuch, aaO., S. 135 (Rn. 74).

25 So auch § 60 Abs. 3 S. 5 HessHG; für den Fall der Ruferteilung durch den Minister, siehe § 50 Abs. 3 LHG Rheinland-Pfalz.

26 BVerwG, Beschl. v. 30.6.1998, 2 B 89/87, juris; vgl. BVerwG, Urt. v. 22.4.1977, VII C 17.74, NJW 1977, 1837; VGH München v. 3.6.1998, aaO.

27 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, aaO., Rn. 30.

28 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16/83, juris, Rn. 29 u. 30.

Verfügung stehenden Budget liegen, dass ein erfolgreicher Abschluss der Berufungsverhandlungen mit diesem Bewerber nicht zu erwarten ist. Freilich müsste gerade im letzten Fall dem Bewerber im Laufe der Verhandlungen die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Ausstattungswünsche den vorhandenen finanziellen Spielräumen anzupassen. Andernfalls liefe die Universität Gefahr, dass eine sofortige Rufrücknahme als ermessensfehlerhaft eingestuft werden könnte. Hingegen lässt sich eine Rufrücknahme nicht auf sachfremde Erwägungen stützen, etwa solche, die den Wertungen des § 1 AGG widersprechen. Das BVerwG verlangt allerdings, dass in der Entscheidung gegenüber dem abgelehnten Bewerber, dem gegenüber der Ruf wieder zurückgenommen wird, erkennbar sein muss, welche konkreten Beweggründe für die Entscheidung maßgebend gewesen sind.<sup>29</sup>

Werden diese Vorgaben eingehalten, kann ein erteilter Ruf zurückgenommen werden.

c) „Point of no return“

Berufungsverhandlungen münden im Regelfall in ein konkretes Berufsangebot an den Bewerber, welches in schriftlicher Form Zusagen zu dessen statusrechtlicher Stellung – im Falle einer Verbeamtung beispielsweise zu Besoldungszulagen, im Falle eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses zur Vergütung – wie auch zur sächlichen, personellen bis hin zur investiven Ausstattung der Professur enthält. Somit stellt sich die Frage, ob die obigen Ausführungen zur Rücknahme eines Rufes auch dann noch gelten, wenn dem Bewerber ein solches Berufsangebot bereits zugegangen ist. Schon auf den ersten Blick ist ersichtlich, dass das Berufungsverfahren in diesem Falle einen gesteigerten Verbindlichkeitsgrad gegenüber der Phase erreicht hat, in der Universität und Bewerber über ihre jeweiligen Vorstellungen lediglich miteinander diskutiert haben. Diesem gesteigerten Verbindlichkeitsgrad steht nicht entgegen, dass die in einem Berufsangebot enthaltene Ausstattungszusage nach den Ländergesetzen einem Haushaltsvorbehalt unterliegen und idR auch nur befristet erfolgt.<sup>30</sup> Insbesondere die Befristung von Ausstattungszusagen betrifft lediglich die Frage, für welchen Zeitraum die mit der Berufung zugesagten Ressourcen gewährt werden und soll der Universität die Möglichkeit einräumen, über die Mittel-

zuweisung gerade auch unter Leistungsgesichtspunkten nach Ablauf der Befristungsdauer neu zu entscheiden.

Zur Frage der Rechtsnatur einer Ausstattungszusage im Rahmen einer Berufung werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Hierfür kommen grundsätzlich Verwaltungsakt, Nebenbestimmung, Zusicherung bzw. Zusage oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht.<sup>31</sup> Teilweise wird in einer Berufsvereinbarung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gesehen<sup>32</sup>, womit das Schreiben der Universität an den Rufadressaten ein Angebot zum Abschluss eines solchen Vertrages wäre. Zum Teil wird auf die äußeren Umstände abgestellt: Liegt lediglich eine einseitige Erklärung seitens der Universität vor, soll eine Zusicherung bzw. Zusage gem. § 38 Abs. 1 LVwVfG vorliegen, liegen wechselseitige, am Ende deckungsgleiche Erklärungen von Universität und Hochschullehrer vor, wird von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgegangen.<sup>33</sup> Der Streit hierüber wird an dieser Stelle nicht vertieft, zumal er sich für die hier zu behandelnde Frage in der Konsequenz nicht auswirkt.

Sieht man im Berufsangebot, welches eine konkrete Ausstattungszusage enthält, eine Zusicherung iSd § 38 Abs. 1 LVwVfG, so kann sich die Universität nach deren Abgabe davon nur lösen, wenn ein Fall des § 38 Abs. 3 LVwVfG vorliegt, d.h. es müsste nachträglich eine Änderung der Sach- und Rechtslage eingetreten sein und die Universität in Kenntnis dieser Änderung eine Zusicherung nicht abgegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen. Zwar sind für eine Änderung der Sach- und Rechtslage Umstände aus der Sphäre der Behörde – hier also der Universität –, von der die Zusicherung stammt, nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>34</sup> Gleichwohl reichen die o.g. unter IV. 2. genannten Gründe aus Sicht des Verfassers nicht mehr aus, sich der Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 LVwVfG durch Rücknahme des Rufes zu entziehen. Um die Bindungswirkung der Zusicherung nicht in das Belieben der Universität zu stellen, kommt eine Rücknahme des Rufes in dieser Phase des Berufungsverfahrens im Grunde nur dann in Betracht, wenn der Universität, bzw. dem Land im Falle der Ruferteilung durch den Minister, Tatsachen aus der Sphäre des zu Berufenden bekannt werden, die eine Ernennung zum Beamten oder dem Abschluss eines Arbeitsvertrages zwingend entgegen ste-

29 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, aaO., Rn. 26.

30 Vgl. z.B. § 48 Abs. 4 LHG BaWü, § 18 Abs. 9 BayHSchPG, § 78 Abs. 5 ThüHG, § 37 Abs. 3 S. 1 HZG NRW.

31 Kluth/Reinhardt, WissR 2004, 288, 294; siehe auch Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 720 ff.

32 Siehe etwa OVG NRW, Urt. v. 27.11.1996, 25 A 3079/93, WissR 1997, 175; Detmer in: HSChR-Praxishandbuch, aaO., S. 149 (Rn. 113).

33 OVG Sachsen, Urt. v. 21.1.2010, 2 A 156/09, DVBl. 2010, 591;

VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, VBIBW 2009, 69; freilich ist das Schriftformerfordernis des § 57 LVwVfG zu beachten, wonach sich die Unterschriften beider Parteien auf einer Urkunde befinden müssen, vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 13.8.1991, 9 L 362/89, NJW 1992, 1404; Löwer, WissR 1993, 233, 235 ff.

34 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, aaO., § 38 Rn. 99 ff.

hen. Das wäre z.B. der Fall, wenn die Universität von einer erheblichen Verletzung von Dienstpflichten im bestehenden Dienstverhältnis oder von Verhaltensweisen des zu Berufenden erfährt, die sich als Missbrauch der Wissenschaftsfreiheit darstellen, etwa die Fälschung von Forschungsergebnissen oder das Vorliegen von Wissenschaftsplagiaten. Diese Überlegungen gelten in gleichem Maße, wenn man in dem eine Ausstattungszusage enthaltenden Berufungsangebot ein Angebot zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sieht. Nach § 62 S. 2 LVwVfG sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anwendbar. Hat die Universität ein Berufungsangebot abgegeben, ist sie daran gem. § 145 BGB gebunden. Ein Erlöschen des Angebots richtet sich nach Maßgabe der §§ 146 ff. BGB. Damit kann sich die Universität von einem wirksam abgegebenen Angebot letztlich nur über eine Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB lösen. Die o.g. Gründe, die eine Lösung von einer Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 LVwVfG rechtfertigen, berechtigten auch zu einer Anfechtung, insbesondere wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB. Die Rücknahme eines Rufs nach Abgabe eines verbindlichen Berufungsangebots ist damit auf enge Ausnahmefälle begrenzt.

#### 5. Praktisches Vorgehen

Die Situation, in der eine Universität erwägt, einen erteilten Ruf zurück zu nehmen, ist sensibel. Auf Universitäts-

seite ist sie mit der Erkenntnis verbunden, im Auswahlverfahren eine falsche Entscheidung getroffen zu haben; auf der anderen Seite sieht der Rufadressat seine wissenschaftliche Reputation gefährdet und ist die Rufrücknahme mitunter mit einem erheblichen Gesichtsverlust für ihn verbunden. Liegen keine Gründe vor, wie sie oben unter III. 3. beschrieben wurden, ist eine Universitätsleitung gut beraten, vor einer offiziellen Rücknahme des Rufs das Gespräch mit dem Rufadressaten zu suchen und ihm die Gründe zu erläutern, die sie zu dieser Entscheidung bewogen haben. Weiterer Flurschaden lässt sich für beide Seiten vermeiden, wenn der Rufadressat sich daraufhin entschließt, seine Bewerbung zurück zu ziehen. Die Universität hätte bei derartigem Ausgang auch Gewissheit, dass ein Konkurrentenstreit vermieden wird.

Der Autor ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin, zuletzt als Kaufmännischer Direktor des Universitätsklinikums Freiburg, tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.



# Andreas Heldrich †

## *Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung*

Andreas Heldrich (1935-2007), 1979 bis 1982 Vorsitzender des Wissenschaftsrats und 1994 bis 2002 Rektor der LMU München wäre am 30. Januar 2015 80 Jahre alt geworden. Heldrich hat sich Zeit seines Lebens mit dem Verhältnis von Wissenschaftsfreiheit und Recht und dessen praktischen Auswirkungen beschäftigt. Das heute im Wissenschaftszeitvertragsgesetz geregelte Hochschulbefristungsrecht geht maßgeblich auf seine Initiative zurück. Aber auch die zivilrechtlichen Implikationen der Wissenschaftsfreiheit haben ihn beschäftigt. So enthält sein 1987 vor Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe gehaltener Vortrag „Freiheit der Wissenschaft – Freiheit zum Irrtum? Haftung für Fehlleistungen in der Forschung“ ein ausführliches Kapitel zur zivilrechtlichen Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung. Die dort angestellten Überlegungen sind heute so aktuell wie vor 28 Jahren.

Ergänzt um wenige Hinweise gibt OdW diese Überlegungen nachfolgend wieder. Auf den Abdruck des Fußnotenapparats wurde dabei verzichtet. Er kann in der Druckfassung des ganzen Vortrags in Heft 179 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe nachgelesen werden. Dem Verlag C. F. Müller ist für die Erlaubnis zum Nachdruck zu danken.

*Manfred Löwisch*

### **Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung**

In den Grundrechtsvorschriften der Verfassung verkörpert sich zugleich eine objektive Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, mithin auch für das Privatrecht gilt. Eine solche Wertentscheidung enthält auch Art. 5 III GG. Sie wirkt auf das Privatrecht bei der Anwendung von Generalklauseln und sonstiger auslegungsfähiger und ausfüllungsbedürftiger Begriffe ein. Diese mittelbare Drittwirkung des Grundrechts i.S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfaßt insbesondere das private Haftungsrecht. Die Bedrohung mit einer Schadensersatz- oder Unterlassungspflicht hat eine freiheitseinschränkende Wirkung. Bei der Anwendung haftungsrechtlicher Vorschriften ist daher auch der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit

Rechnung zu tragen. Einschränkungen der Freiheit der Forschung durch haftungsrechtliche Vorschriften sind nur insoweit statthaft, als sie zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter, wie Menschenwürde, Leben oder Gesundheit, erforderlich sind. Darüber hinaus besitzt dieses Grundrecht auch unmittelbare Bedeutung als Rechtfertigungsgrund. Die Frage einer Haftung für Fehlleistungen in der Forschung stellt sich zivilrechtlich vor allem in zwei Zusammenhängen: zum einen bei Schädigungen im Verlauf des Arbeitsprozesses der Forschung selbst, zum anderen bei Schäden, die durch Bekanntgabe oder Verwendung von Forschungsergebnissen entstehen.

#### 1. Haftung gegenüber Dritten bei Forschungsunfällen

In der modernen naturwissenschaftlichen Forschung gelangen Materialien, Verfahren und Technologien zum Einsatz, die ein nicht unerhebliches Sicherheitsrisiko darstellen. Dies gilt für die Kernforschung ebenso wie für die bakteriologische Forschung, die Hochenergiephysik ebenso wie für die Chemie oder Radiologie. Es spricht für das Verantwortungsbewußtsein und den hohen Sicherheitsstandard der deutschen Wissenschaft, daß *Unfälle* in der Forschung anscheinend trotzdem außerordentlich selten sind. Wo sie dennoch einmal auftreten, gelten die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze. Die Freiheit der Wissenschaft gewährt dem Forscher insoweit keinerlei Privilegien. Auch darf er sich – wie das Bundesverfassungsgericht [BVerfGE 47, 327 (369)] bemerkt – „bei seiner Tätigkeit, insbesondere bei etwaigen Versuchen, nicht über die Rechte seiner Mitbürger auf Leben, Gesundheit und Eigentum hinwegsetzen“. Dabei gelten keinerlei Unterschiede zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung, zwischen Hochschulforschung und Industrieforschung. Soweit durch einen Forschungsunfall die Rechtsgüter Dritter betroffen werden, die am Forschungsvorgang selbst nicht beteiligt sind (sog. Außenunfälle), wird Ersatz nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften geschuldet. Bei der Begründung einer Schadensersatzpflicht nach § 823 I BGB wird es in der Regel auf die Verletzung einer Verkehrspflicht ankommen. Bei deren Konkretisierung ist ein strenger Maßstab anzulegen. Gerade von einer Forschungsanlage ist zu erwarten, daß sie sich an den durch den gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik gekennzeichneten Sicher-

heitsstandard hält. Die Verkehrssicherungspflicht trifft dabei grundsätzlich nicht den einzelnen Wissenschaftler, sondern den Unternehmer, der die Forschungsanlage betreibt, bei einem Hochschulinstitut also beispielsweise die Universität.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung bietet ein Urteil des OLG Frankfurt vom 28.2.1985 [NJW 1985, 2425 ff.]. Das Institut für Bienenkunde einer hessischen Universität hatte seit 1969 zu Versuchszwecken Bienenvölker aus Indien, Afghanistan und Pakistan importiert. Im Frühjahr 1977 stellte das Institut fest, daß auf seinen Bienenständen eine parasitäre Milbenart aufgetaucht war, wie sie bei den asiatischen Bienenvölkern häufig vorkommt. Die Milbe löste eine Bienenseuche aus, die sog. Varroatose. Wenig später wurde der Milbenbefall auch bei den Bienenvölkern eines Imkers festgestellt, dessen Bienenhaus in unmittelbarer Nähe des Universitätsinstituts stand. Sämtliche Bienenvölker des Imkers fielen der Varroatose zum Opfer. Das Gericht gab der Schadensersatzklage des Imkers gegen das Land Hessen statt, weil im Institut für Bienenkunde die mit der Bienenhaltung verbundene Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt worden sei. Zwar sei die Varroatose als Bienenseuche bis 1977 in Deutschland selbst in Fachkreisen nicht bekannt gewesen. Trotzdem sei vor dem Import der Bienen eine Untersuchung auf den Milbenbefall geboten gewesen, weil bei der asiatischen Bienenart *Apis cerana* mit dieser Bienenseuche immer zu rechnen sei und eine Übertragung auf die in Deutschland heimische *Apis mellifera* naheliegend gewesen sei. Ein wissenschaftliches Institut handele fahrlässig, wenn es sich beim Import eines Tieres nicht darüber informiere, inwieweit das Tier zum Infektionsherd für die inländischen Tiere werden könne. Für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Inverkehrbringen der aus Asien importierten Bienen und der bei den Bienenvölkern des Imkers ausgebrochenen Varroatose spreche der Beweis des ersten Anscheins.

Der Fall ist meines Erachtens richtig entschieden [sic]. Der eingetretene Schaden hielt sich zum Glück für die Universität und Staat in bescheidenen Grenzen. Der Kläger machte insgesamt eine Ersatzforderung von 25 000,- DM geltend. Sehr viel gravierender erscheinen die Risiken, die mit *gentechnologischen* Experimenten verbunden sind. Indessen ist auch hier die Gefahr zunächst überschätzt worden. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Enquete-Kommission des 10. Deutschen Bundestages empfohlene Einführung einer Gefährdungshaftung für bestimmte Anwendungsbereiche der Gentechnologie nicht ganz überzeugend [Sie ist allerdings mit § 32 Abs. 1 GenTG v. 20.6.1990 eingeführt worden; s. dazu *Luttermann*, *Gentechnik und zivilrechtliches Haftungssystem*, JZ 1998, 174 ff.]. Die von der Bun-

desregierung beschlossenen „Richtlinien zum Schutz von Gefahren durch in-vitro neukombinierte Nukleinsäuren“ i. d. F. vom 28.5.1986 reichen als Konkretisierung von Verkehrspflichten für die Begründung einer deliktischen Schadensersatzpflicht aus. Da die Richtlinien den Stand von Wissenschaft und Technik widerspiegeln, prägen sie den haftungsrechtlich maßgebenden Sicherheitsstandard auch in den von ihrem Geltungsbereich nicht unmittelbar erfaßten Forschungseinrichtungen. Das verbleibende Restrisiko bei Einhaltung der Richtlinien ist anscheinend sehr gering. Deshalb besteht auch kein überzeugendes Bedürfnis für die ein wenig lächerlich anmutende Anwendung der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB auf laborgezüchtete Mikroorganismen. Sie könnte in der Konsequenz auch den gewöhnlichen Schnupfen-Patienten aus juristischer Sicht zum Tierhalter emporstilisieren.

## 2. Haftung gegenüber Versuchspersonen

Das Risiko außenstehender Dritter sind die Gefahren, die bei Experimenten für das Personal der Forschungseinrichtungen selbst oder für mitwirkende Versuchspersonen erwachsen können. Indessen reicht das Instrumentarium der vertraglichen und deliktischen Haftungsauflösung der hier auftretenden Probleme grundsätzlich aus. Einige Besonderheiten gelten für den Schutz von *Versuchspersonen*.

Art. 5 Abs. 3 GG gewährt dem Forschungsstand tatbestandsmäßig nicht das Recht, die Rechtsgüter Dritter zu Forschungszwecken in Anspruch zu nehmen. Die Freiheit der Forschung verleiht dem einzelnen Forscher nicht etwa das Privileg, nach Belieben andere Menschen in sein Versuchsprogramm einzuspannen. Man mag vielmehr im Gegenteil aus dem im Grundgesetz verbürgten Persönlichkeitsschutz das Recht ableiten, von fremden Forschungsgelüsten verschont zu bleiben, also nicht ohne Einwilligung „beforscht“ zu werden. Bedeutung gewinnt dieses der Wissenschaftsfreiheit „widerstehende“ Persönlichkeitsrecht vor allem bei so genannten *Humanexperimenten*.

Ihre Unentbehrlichkeit für die medizinische Forschung ist evident. Über die damit verbundenen Probleme hat *Deutsch* vor zehn Jahren von dieser Gesellschaft referiert [*Deutsch*, *Medizin und Forschung vor Gericht*, Heft 135 der Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft 1978]. Sie seien deshalb hier nur kurz berührt.

Klinische Forschung am Menschen verlässt den gesicherten Boden des gegenwärtigen Erkenntnisstandes der Wissenschaft und stößt in medizinisches Neuland vor. Dabei unterscheidet man das der Krankenbehandlung im Einzelfall dienende therapeutische Experiment, z.B. eine Pionierleistung in der Chirurgie wie die erste Herztransplantation, von dem zu Forschungszwecken vorge-

nommenen rein wissenschaftlichen Experiment, welches der Versuchspersonen selbst keinen unmittelbaren Vorteil bringen kann. Diese Unterscheidung liegt auch der Regelung der klinischen Prüfung von Medikamenten nach §§ 40, 41 des Partner Arzneimittelgesetzes zugrunde. Sowohl der therapeutische als auch der rein wissenschaftliche Versuch am Menschen setzt grundsätzlich eine auf ausreichender Aufklärung beruhende Einwilligung (informed consent) des Patienten bzw. Probanden voraus. Allerdings werden an den Inhalt der Aufklärung und die Notwendigkeit der Einwilligung beim Heilversuch geringere Anforderungen gestellt als bei einem Experiment zu Forschungszwecken. Jedenfalls bei diesem schuldet der Forscher seiner Versuchspersonen aber vollständige Aufklärung über Anlage, Durchführung, Zweck und mögliche Risiken des geplanten Versuchs. Diese Aufklärungspflicht gerät oft in Konflikt mit den Bedürfnissen der medizinischen Forschung. Um den Erfolg einer neuen Behandlungsmethode zuverlässig abschätzen zu können, muss einer Versuchsgruppe eine Kontrollgruppe von Patienten und Probanden gegenübergestellt werden, welche unbehandelt bleibt oder anders therapiert wird.

Die Aufteilung der Betroffenen auf die beiden Gruppen muss dabei möglichst dem Zufall überlassen bleiben (sog. Randomisation). Das Interesse der Forschung gebietet es, die Teilnehmer vor und während des Experiments darüber im Unklaren zu lassen, ob sie der Versuchsgruppe oder der Kontrollgruppe angehören (sog. Blindversuch). Die Aufklärung der Versuchspersonen muss sich aber gerade auch auf diese Begleitumstände des Experiments erstrecken. Handelt es sich um einen Versuch an Kranken, so werden diese das Ansinnen, ihre Behandlung dem Zufall zu überlassen, zumindest „als bedrückende Zumutung empfinden“. Die Bereitschaft zur Mitwirkung wird jedenfalls durch diese Aufklärung nicht gefördert. Für den Forscher ergibt sich daraus die Versuchung, den Patienten nähere Einzelheiten über den geplanten Verlauf des Experiments zu verschweigen. Die auf unvollständiger Information beruhende Einwilligung ist jedoch fehlerhaft. Eine auf dieser Grundlage durchgeführte ärztliche Behandlung ist grundsätzlich rechtswidrig, auch wenn sie selbst kunstgerecht und fehlerfrei vorgenommen wird. Das Selbstbestimmungsrecht der Versuchspersonen hat also unbedingten Vorrang vor dem Erkenntnisstreben des Forschers. Erleidet der unzureichend informierte Proband durch die Teilnahme an dem Experiment einen Gesundheitsschaden, so ist der Versuchsleiter schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 BGB. Dabei macht es m.E. keinen Unterschied, ob der Gesundheitsschaden auf die Behandlung im Rahmen der Versuchsgruppe des Experiments zurückzuführen ist oder etwa

auch das Unterbleiben einer Erfolg versprechenden anderen Behandlung im Rahmen der Kontrollgruppe.

Entsprechende Regeln gelten auch für die Forschung an Menschen in anderen Humanwissenschaften, insbesondere der Psychologie oder Soziologie. Ein berühmtes Beispiel für ein solches Experiment ist die Gehorsams-Studie des amerikanischen Sozialpsychologen *Milgram*. Ziel der Versuchsreihe war es, die Bereitschaft zu Befolgung verbrecherischer Befehle zu testen. Dabei brief sich Milgram ausdrücklich auf die auf Befehl begangenen Untaten des NS-Regimes. Die wirkliche Zielsetzung des Experiments wurde den Versuchspersonen verheimlicht. Ihnen wurde nur mitgeteilt, daß es sich um ein Lernexperiment handele, bei welchem die „Schüler“ mit Stromschlägen von zunehmender Stärke für falsche Antworten bestraft werden sollten. Es war Aufgabe der Versuchspersonen, diese Strafe zu verfolgen. Obwohl der angebliche Schüler vor Schmerz schrie, protestierte und den sofortigen Abbruch des Experiments verlangte, befolgten etwa zwei Drittel der Versuchspersonen die ihnen erteilten Befehle auch über die Grenze von 220 Volt hinaus, bei welcher Sie Lebensgefahr für das „Opfer“ annehmen mussten. Erst nach Beendigung des Versuches wurden die Probanden darüber aufgeklärt daß die Reaktionen des „Opfers“ nur gespielt waren und in Wirklichkeit keine Stromschläge erfolgt waren.

Das Milgram-Experiment macht ein gravierendes Problem derartiger Versuche deutlich: Ihr wissenschaftliches Gelingen setzt bis zu einem gewissen Grad die Täuschung der Versuchspersonen voraus. Würde diese nämlich die Versuchssituation voll durchschauen, so würde sie sich bewusst oder unbewusst darauf einstellen und damit den Erfolg des Experiments zunichte machen. Dieses wissenschaftliche Interesse kann aber aus juristischer Sicht die Täuschung nicht legitimieren. Das Grundrecht der Forschungsfreiheit bietet dazu keine Handhabe, weil es schon tatbestandsmäßig nicht die Befugnis gewährt, andere Menschen als Forschungsobjekt zu benutzen. Die Einwilligung der Versuchspersonen zur Mitwirkung an dem geplanten Experiment ist daher grundsätzlich unverzichtbar. Die Tragweite dieser Einwilligung hängt aber von der Aufklärung über die Anlage des Experiments – einschließlich der Tatsache einer dabei geplanten Täuschung der Teilnehmer als solcher – ab. Die Aufklärung ist nur dann entbehrlich, wenn die Versuchsperson wirksam darauf verzichtet hat. Die Demütigung der Probanden durch den Versuchsleiter im Milgram-Experiment war deshalb nicht von einer Einwilligung gedeckt.

Das Fehlen einer wirksamen Einwilligung ist allerdings so lange unerheblich, als der Versuch Rechtsgüter der Versuchspersonen nicht berührt. So braucht etwa bei

einer demoskopischen Umfrage der Befragte nicht notwendig im einzelnen über ihre Zielsetzung aufgeklärt zu werden. Mit der bloßen freiwilligen Beantwortung der gestellten Fragen werden seine Persönlichkeitsrechte jedenfalls dann nicht tangiert, wenn die Anonymität des Befragten gewährleistet ist. Soweit Forschung am Menschen aber – wie im Milgram-Experiment – durch Erniedrigung der Versuchspersonen die Menschenwürde angreift oder in unzulässiger Weise in die Privat- oder Intimsphäre der Probanden eindringt, verletzt sie deren allgemeines Persönlichkeitsrecht. Bei Fehlen einer rechtfertigenden Einwilligung, d.h. insbesondere bei unzureichender Aufklärung, ergibt sich daraus eine deliktische Schadensersatzpflicht, die bei schwerem Verschulden oder erheblicher Beeinträchtigung ein Schmerzensgeld einschließen kann.

Forschung am Menschen, die durch Täuschung von Versuchspersonen betrieben wird, birkt daher aus zivilrechtlicher Sicht erhebliche Risiken.

### 3. Haftung aus der Bekanntgabe von Forschungsergebnissen

Das Schadenspotenzial im Arbeitsprozeß der Forschung wirkt verschwindend gering im Vergleich mit den Gefahren, die von den *Arbeitsergebnissen der Forschung* ausgehen können. Die Erkenntnisse der Wissenschaft dienen nicht notwendig dem Nutzen der Gesellschaft. Verschiedene Anwendungsmöglichkeiten des naturwissenschaftlich-technischen Fortschritts bedrohen heute das Überleben der zivilisierten Menschheit. Oder um ein vergleichsweise harmloses Beispiel zu wählen – eine publikumswirksame soziologische Aufklärung hat in den letzten 20 Jahren die Wertordnung unserer Gesellschaft und die integrierende Kraft ihrer Institutionen nachhaltig erschüttert. „Risiken“ dieser Art sind in der Freiheit der Wissenschaft notwendig mit angelegt.

#### a) Ausstrahlungen des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit

Zur grundgesetzlich verbürgten Freiheit der Forschung gehört auch und gerade die Freiheit der Weitergabe und Verbreitung des Forschungsergebnisses, gleichgültig ob es vom sozialen Standpunkt erwünscht oder unerwünscht erscheint. Würde ein Wissenschaftler bei seiner Arbeit etwa zu dem Schluss kommen, daß zwischen Männern und Frauen genetisch bedingte Begabungsunterschiede bestehen, so dürfte er diese Befunde veröffentlichen, auch wenn er die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter erschwert. Das Privileg der Forschungsfreiheit unterscheidet auch nicht zwischen richtigen und unrichtigen Erkenntnissen. Wird das bekanntgegebene Forschungsergebnis alsbald von

anderen widerlegt, so bleibt es auch in der Rückschau von der Wissenschaftsfreiheit gedeckt. Diese garantiert im Prinzip auf die Freiheit des Irrtums.

Ebenso wie die Forschungsarbeit als solche kann aber auch die Verbreitung eines Forschungsergebnisses aus zivilrechtlicher Sicht einen haftungsbegründenden Tatbestand bilden, wenn sie verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter verletzt. Die Grenze zwischen dem Grundrecht der Forschungsfreiheit und den mit ihm kollidierenden Verfassungswerten, d.h. die Grenze zwischen Haftungsfreiheit und Haftbarkeit, ist dabei jeweils durch Güterabwägung im Einzelfall zu bestimmen [hierzu verweist Heldrich auf die in seinem Vortrag vorangehenden Ausführungen zur Verfassungsgarantie der Wissenschaftsfreiheit und ihrer Schranken]. Dennoch lassen sich einige allgemeine Regeln zur Lösung der denkbaren Konflikte entwickeln.

#### b) Haftungsfreiheit bei lege artis gewonnenen Erkenntnissen

Die Bekanntgabe eines Forschungsergebnisses kann als solche grundsätzlich *keine* Haftungsfolge auslösen, wenn es in Übereinstimmung mit denjenigen Standards erarbeitet worden ist, die derzeit in der wissenschaftlichen Fachwelt anerkannt werden. Diese internen Standards der jeweiligen „scientific community“ sind naturgemäß von Fach zu Fach verschieden. Es läßt sich aber keine entwickelte Wissenschaft denken, in welcher nicht wenigstens ein Grundkonsens über den bereits erreichten Stand der Erkenntnis und die – möglicherweise vielfältigen – Methoden seiner Weiterentwicklung besteht. Auf dieser Grundlage „lege artis“ gewonnene Forschungsergebnisse können grundsätzlich auch dann ohne Haftungsrisiko verbreitet werden, wenn sie verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen Dritter beeinträchtigen. So darf etwa eine zeitgeschichtliche Untersuchung auch noch ein außerordentlich unerfreuliches Charakterbild eines noch lebenden oder jüngst verstorbenen Politikers zeichnen, wenn der Verfasser die derzeit zugänglichen Quellen unparteiisch und gewissenhaft ausgewertet hat und seine Analyse nach Konzeption, Methode und Formulierung den wissenschaftlichen „Zunftregeln“ entspricht. Die Freiheit der Verbreitung einer diesem Standard genügenden wissenschaftlichen Erkenntnis besitzt den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in der bekannten Mephisto-Entscheidung [BVerfGE 30, 173 ff.] einen ähnlichen Konflikt zwischen der Freiheit der Kunst und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich im Ergebnis zugunsten des letzteren entschieden. Die Begründung stellt jedoch ganz klar auf die Umstände des Einzelfalls ab, d.h. auf die Beurteilung eines Werks der erzählenden Kunst,

das an Vorgänge der historischen Wirklichkeit anknüpft und dabei ein negativ-verfälschtes Porträt der dargestellten Person zeichnet. Zwar genießt auch eine solche „Schmähschrift in Romanform“ den Schutz der Kuntsfreiheit gem Art. 5 III GG. Bei der Abwägung zwischen diesem Grundrecht und der Unverletzlichkeit der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG hat das Gericht jedoch dem besonderen Charakter eines nicht hinlänglich verfremdeten Schlüsselromans Rechnung getragen. Ein „tendenziöses“ Kunstwerk – so lässt sich daraus folgern – genießt im Konflikt mit anderen verfassungsrechtlichen garantierten Rechtsgütern geringeren Schutz als ein „reines“ Kunstwerk. Diese Unterscheidung entspricht in den Grundzügen auch der hier vorgeschlagenen Wertung, die ein den Standards der wissenschaftlichen Fachwelt entsprechendes Forschungsergebnis höher stellt als andere wissenschaftliche Leistungen.

Der besondere Schutz lege artis gewonnener wissenschaftlicher Erkenntnisse besteht unabhängig davon, ob sie richtig oder falsch sind. Soweit sich ein Urteil darüber überhaupt fällen läßt – was in den Geisteswissenschaften problematisch erscheint – ist es häufig nur in der Rückschau aus der Perspektive einer fortgeschrittenen Wissenschaft möglich. Entscheidend ist deshalb allein, daß das Forschungsergebnis unparteiisch, in dem Bemühen um objektive Richtigkeit und in Übereinstimmung mit dem derzeitigen Stand der Wissenschaft erarbeitet worden ist. Auch die Bekanntgabe eines auf dieser Grundlage gewonnenen, zunächst nicht als solchen erkennbaren wissenschaftlichen Irrtums ist daher uneingeschränkt von der Forschungsfreiheit gedeckt. Unabhängig von den spezifischen Voraussetzungen deliktischer Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche können sich keinerlei Haftungsfolgen daraus ergeben.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat eine Senatskommission zur Prüfung gesundheitlicher Arbeitsstoffe eingerichtet, die jährlich eine Liste „Maximale Arbeitsplatzkonzentrationen und Biologische Arbeitsstofftoleranzwerte“ veröffentlicht. Diese sog. MAK-Werte-Liste hat erhebliche praktische Bedeutung für die Rechtssetzung im Bereich des Arbeitsschutzes. Sie wird u.a. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung in die von ihm erlassenen „Technischen Regeln für gefährliche Arbeitsstoffe (TRGA 900)“ übernommen. In der MAK-Werte-Liste 1985 werden erstmals Buchenholzstaub und Eichenholzstaub als eindeutig krebserregende Arbeitsstoffe ausgewiesen mit Hinweis: „Verursachendes krebserregendes Prinzip derzeit noch nicht identifiziert“. Gegen diese Einstufung wendet sich eine Firma, die Holzgranulate und Hpözstäube herstellt und einen Marktanteil von etwa 60 % besitzt. Sie befürchtet erhebliche Absatzeinbußen und

macht eine Verletzung ihrer Grundrechte auf freie Berufsausübung und am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend.

Aus zivilrechtlicher Sicht erscheint zweifelhaft, ob ein einzelnes Unternehmen überhaupt aus diesem Sachverhalt einen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch gegen die Deutsche Forschungsgemeinschaft als Träger der betreffenden Senatskommission herleiten kann. Zwar ist die Aufstellung und Veröffentlichung der MAK-Werte-Liste ein dem Privatrecht unterliegender Vorgang. Die Einstufung bestimmter Stoffe als krebserzeugend ist aber kein unmittelbarer, auf den Betrieb eines einzelnen Unternehmens bezogener Eingriff. Eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. von § 823 I BGB kommt daher nicht in Betracht. Auch für die Anwendung von § 824 BGB wäre erforderlich, daß die behauptete oder verbreitete (unwahre) Tatsache sich unmittelbar mit diesem Unternehmen befasst oder doch in enger Beziehung zu seinen Verhältnissen, seiner Betätigung oder seiner gewerblichen Leistung steht. Diese Voraussetzung scheint hier trotz des beachtlichen Marktanteils des betreffenden Unternehmens der Holzverarbeitenden Industrie nicht erfüllt. Unabhängig davon kommt ein zivilrechtlicher Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch aber schon deshalb nicht in Frage, weil – wie hier unterstellt werden darf – die Empfehlungen der Senatskommission der DFG zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe nach dem derzeitigen Standards erarbeitet werden. Die Bekanntgabe der auf dieser Basis gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse ist unbedingt vom Privileg der Forschungsfreiheit gedeckt, selbst wenn sie schädliche Rückwirkungen auf Dritte hat. Aus diesem Grund müßte eine Haftung zum Beispiel auch dann entfallen, wenn ein Arbeitnehmer auf Grund eines irrtümlich zu hoch angesetzten MAK-Wertes durch Schadstoff-Exposition einen gesundheitlichen Schaden erleidet.

#### c) Verpflichtung zur Berichtigung eines anerkannten Irrtums

Eine andere Beurteilung wäre allerdings geboten, wenn ein nachträglich als falsch erkanntes Forschungsergebnis nicht alsbald nach Aufdeckung des Irrtums korrigiert wird. Zwar mag seine Bekanntgabe ursprünglich vom Grundrecht der Forschungsfreiheit gedeckt gewesen sein. Das daraus abgeleitete Haftungsprivileg entfällt aber mit der Erkenntnis des Irrtums. Wird die unrichtige Erkenntnis nicht umgehend in angemessener Form berichtigt, so setzt sich derjenige, der sie bekanntgegeben hat, bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des negatorischen Rechtsgüterschutzes einem Unterlas-

sungsanspruch aus. Auch wäre er gegebenenfalls für den aus der Aufrechterhaltung des Irrtums entstandenen Schaden nach den Vorschriften des Deliktsrechts ersatzpflichtig. Die Richtigstellung eines Dritten bekannt gewordenen Irrtums gehört zu den selbstverständlichen Grundsätzen der wissenschaftlichen Arbeit. Wer sie unterläßt, befindet sich nicht mehr im Einklang mit dem Arbeitsethos der wissenschaftlichen Arbeit. Verletzt er dadurch verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen anderer, so wiegen diese schwerer als die Garantie der Wissenschaftsfreiheit. Für den entdeckten Irrtum gelten die gleichen Regeln wie für die wissenschaftliche Erkenntnis, die fehlerhaft erarbeitet oder in unrichtiger Form mitgeteilt wird.

#### d) Haftungsprivileg bei leichter Fahrlässigkeit

Derartige fehlerhafte Erkenntnisse, deren Gewinnung oder Präsentation nicht den wissenschaftlichen Standards entspricht, sind geläufige Begleiterscheinungen der Wissenschaft. Sie können z.B. auf Denkfehlern, ungenügender Datenbasis, methodischen Mängeln, nicht ausreichenden Literaturstudien oder ungenauer Formulierung beruhen. Die tatsächliche Bedeutung von Fehlerquellen dieser Art ist keineswegs gering. Forschung wird heute nicht mehr von einigen wenigen hochqualifizierten Gelehrten betrieben. Mit der breiten Vermehrung der Personalstellen im Wissenschaftsbereich dürfte auch die Zahl der nicht ausreichend talentierten oder engagierten Forscher gestiegen sein. Dabei ist zu beachten, daß die Teilhabe an der Forschung inzwischen zum Statussymbol geworden ist, welches schon aus Prestigebedürfnis angestrebt wird. Die anscheinend unaufhaltsame Einebnung der Unterschiede zwischen Aufgabenstellung von Universitäten und Fachhochschulen gibt dafür ein beredtes Beispiel. Hinzu kommt die Flut von Dissertationen, welche die Akademikerschwemme mit sich bringt. Aber auch die Profilierungsbedürfnisse der eigentlichen Wissenschaftler aller Berufs- und Altersgruppen sorgen für eine wachsende Zahl oft eilig hingeworfener Publikationen, deren Qualität nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Bei realistischer Betrachtung des modernen Wissenschaftsbetriebs ist also auch in der Forschung keineswegs alles Gold, was glänzt.

(1) Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit „dubiose“ Forschungsergebnisse zu einer Haftung für den daraus entstehenden Schaden führen können. Zwar gilt die Garantie der Wissenschaftsfreiheit unabhängig von der Qualität der jeweiligen Forschung. Das Grundrecht schützt das einfältige Bemühen ebenso wie die anspruchsvollste Grundlagenforschung. Bei einer

Kollision mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten sind jedoch Differenzierungen statthaft, die auch der Qualität der Forschung Rechnung tragen.

Ein bekanntes Beispiel ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.7.1970 [BGH JZ 1971, 63ff. mit Anmerkung von *Deutsch*] zu Haftung des Verlegers für die Folgen eines Druckfehlers in einem medizinischen Lehrbuch. In einem Werk über die „Differentialdiagnose innerer Krankheiten“ wurde die Konzentration der Kochsalzlösung, die beim sog. Carter-Robbins-Test infundiert wird, statt richtig mit 2,5 % versehentlich mit 25 % angegeben. Ein junger Assistenzarzt hielt sich buchstabengetreu an diese falsche Anleitung. Die Infusion der hochprozentigen Lösung führte fast zum Tod des Patienten. Eine Schadensersatzklage gegen den Verleger des Buches hat der Bundesgerichtshof mit der Begründung abgewiesen, daß dieser die Korrektur auf Druckfehler ohne Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht – wie im Verlagswesen allgemein üblich – dem Autor überlassen durfte. Der Verfasser führe die Korrekturtätigkeit auch nicht als Verrichtungsgehilfe des Verlegers i.S. von § 831 BGB aus. Die Anleitung zur intravenösen Infusion einer Kochsalzlösung betreffe im übrigen keine besonders gefährliche oder ungewöhnliche ärztliche Maßnahme. Es habe deshalb für den Verleger auch kein Anlass zu außerordentlichen Vorkehrungen zur Vermeidung von Druckfehlern bestanden.

Auf die Frage einer etwaigen Haftung des *Autors*, der den Druckfehler übersehen hat, geht das Urteil nicht ein, weil dieser nicht verklagt worden war. Immerhin bemerkt das Gericht, das Auftreten eines einzelnen Druckfehlers gestatte nicht den Schluss, daß der für die Korrektur Verantwortliche die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt habe. Eine Häufung von Druckfehlern im Lehrbuch des Verfassers werde von der Revision nicht behauptet. Hieraus wird man wohl den Schluss ziehen dürfen, daß auch nach Ansicht des Senats den Autor, der viele Druckfehler übersieht, ein Verschulden trifft. Was aber für vermeidbare Druckfehler gilt, muss füglich auch für vermeidbare *inhaltliche* Fehler gelten.

Spätestens an dieser Stelle stockt dem Verfasser wissenschaftlicher Publikationen der Atem. Soll der Bearbeiter eines Praxiskommentars zum BGB, der exzentrische Ansichten vertritt, eine neue höchstrichterliche Entscheidung übersieht oder phantasievoll Fehlzitat an Fehlzitat reiht, etwa für die Kosten des verlorenen Prozesses aufkommen müssen, der von einem Rechtsanwalt im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Erläuterungen angestrengt wurde? Soll der gescheiterte Examenskandidat vom Verfasser eines in vieler Hinsicht überholten Lehrbuchs Schadensersatz verlangen können, weil sich

dieser Unglücksrabe mit diesem Buch auf die Prüfung vorbereitet hat? Die bloße entfernte Möglichkeit einer solchen fast unübersehbaren Haftung könnte den wissenschaftlichen Publikationsbetrieb nahezu zum Erliegen bringen. Ihre Voraussetzungen seien deshalb im folgenden etwas genauer untersucht.

(2) Da eine Vertragsbeziehung zwischen Autor und Leser in der Regel ausscheiden dürfte, kommt nur eine deliktische Haftung in Betracht. Sie lässt sich schwerlich bereits mit dem Argument verneinen, den Verfasser treffe keine Verkehrspflicht, seine Leser oder deren Vertragspartner (z.B. die Patienten oder Mandanten) vor mittelbaren Schäden auf Grund fehlerhafter Informationen zu bewahren. Wissenschaftliche Werke sind potentiell eine Gefahrenquelle für Dritte, weil sie beim Leser ein besonderes Vertrauen in ihre inhaltliche Richtigkeit erwecken. Dieser wird gewöhnlich davon ausgehen, die betreffende Publikation entspreche den für das jeweilige Fachgebiet geltenden wissenschaftlichen Standards, beruhe also insbesondere auf dem aktuellen Stand der Wissenschaft. Allein der Autor hat es auch in der Hand, den von ihm geschaffenen „Gefahrenherd“ zu kontrollieren, d.h. Abweichungen von diesen Standards soweit möglich zu vermeiden.

Auch das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs verspricht in der Regel keinen Haftungsausschluss. Zwar wendet sich ein wissenschaftliches Werk an einen sachkundigen Leserkreis, von dem erwartet werden darf, daß er seinen Inhalt nicht unbesehen übernimmt. Es liegt aber keineswegs außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, daß zahlreiche Benutzer im „blinden Vertrauen“ auf seine Richtigkeit handeln. Das unkritische Befolgen selbst offenkundig falscher Auffassungen ist zwar ein schuldhaftes Fehlverhalten des Lesers. So hätte in dem vom BGH entschiedenen Fall der behandelnde Arzt ohne weiteres die Unverträglichkeit von fast 160g binnen kurzer Zeit in den Blutkreislauf verbrachten Kochsalzes erkennen müssen. Ihn trifft deshalb ein erhebliches Verschulden. Dennoch wird man nicht sagen können, daß eine solche sklavische Befolgung der in einem anerkannten Lehrbuch enthaltenen Anweisung nach der Lebenserwartung vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden dürfte. Ebenso wird man zwar vom Anwalt bei der Beratung eines Mandanten verlangen können, daß er sich „in wesentlichen Rechtsfragen nicht mit der Fundstellenangabe im Palandt begnügt, sondern die angeführte BGH-Entscheidung selbst überprüft“. Es erscheint aber immerhin zweifelhaft, ob das unkritische Vertrauen auf den Kommentar ein so ungewöhnlich grobes Fehlverhalten darstellt, daß der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen wird. Der als Nebentäter mithaftende Assistenzarzt oder

Rechtsanwalt ist aber für den wissenschaftlichen Autor, der sich einen Fehltritt geleistet hat, nur ein schwacher Trost. Lediglich das mitwirkende Verschulden des Benutzers, der den Schaden selbst erlitten hat, z.B. die allzu große Naivität des am schlechten Lehrbuch gescheiterten Examenskandidaten, stellt wenigstens die Reduktion der Ersatzpflicht in Aussicht. Auch von Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der Norm ist Abhilfe kaum zu erwarten. In der Regel wird der geltend gemachte Schaden innerhalb des Schutzbereichs der Verkehrspflicht liegen, deren Verletzung dem Autor vorgeworfen wird. Obgleich der Verstoß gegen diese Verkehrspflicht nicht ohne weiteres mit einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Sinn des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs gleichgesetzt werden kann, wird in der Praxis aus dem einen gewöhnlich auch das andere folgen.

Wenigstens den juristischen Autor rettet am Ende zwar eine der Segnungen unseres Haftpflichtrechts: das Fehlen einer allgemeinen deliktsrechtlichen Generalklausel. Die bloße fahrlässige Beeinträchtigung fremder Vermögensinteressen, wie etwa die irrtümliche Verleitung zur nutzlosen Aufwendung von Prozeßkosten, ist als solche grundsätzlich kein haftungsbegründender Tatbestand nach §§ 823 ff. BGB. *Canaris* hat diese Entscheidung des Gesetzgebers wegen ihrer freiheitsschützenden Wirkung zu Recht eine Tat genannt [*Canaris*, Schutzgesetzverpflichtungen, FS Larenz II, 1983, S. 27, 36]. Sie ist jedoch heute nicht mehr unumstritten. Eine im Vordringen befindliche neuere Auffassung will bei Verletzung bestimmter vermögensbezogener Verkehrspflichten eine deliktische Haftung unabhängig von den in § 823 I BGB normierten Tatbeständen eintreten lassen. Eine solche Schutzpflicht für fremdes Vermögen wird dabei u.a. aus der Verantwortung gegenüber demjenigen abgeleitet, der auf professionell oder informationell Überlegenen angewiesen ist. Auf dieser schiefen Bahn wäre auch für die juristische Literatur kein Halten.

Anderen Wissenschaften, deren Fehler zu einer Rechtsgutsverletzung i.S. von § 823 I BGB führen können, ist das Deliktsrecht ohnehin weniger wohl gesonnen. So käme für den Autor eines medizinischen Lehrbuchs durchaus eine Haftung wegen Gesundheitsverletzung in Betracht, wenn ein Patient nach seinen Anweisungen falsch behandelt wird. Der Verfasser einer Anleitung zur Statik-Berechnung beim Brückenbau, der in der Aufregung Sinus und Kosinus verwechselt hat, müsste mit noch weit schlimmeren Haftungsfolgen rechnen, wenn die fehlerhaft errichtete Brücke bei ihrem Einsturz Mensch, Tier und Gefährt in die Tiefe reißt.

(3) Daß das Risiko einer derartigen Schadensersatzpflicht empfindliche Rückwirkungen auf die Bereitschaft

zur Veröffentlichung auch ganz einwandfreier wissenschaftlicher Bücher und auf deren Inhalt haben würde, liegt auf der Hand. jedenfalls potentiell schadensstiftende Aussagen würden soweit wie möglich ausgemerzt, kühne Thesen, die den gesicherten Boden des allgemein geteilten Erkenntnisstandes verlassen, müßte der Verfasser für sich behalten. Die lebendige Vielfalt eines reichen Publikationswesens mit ihren Licht- und Schattenseiten würde verkümmern. Eine solche Entwicklung wäre mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für Freiheit der Wissenschaft unvereinbar. Die Bedrohung mit einer Schadensersatzpflicht darf im Ergebnis nicht dazu führen, daß der freie Austausch von wissenschaftlicher Meinung, Kritik und Gegenmeinung behindert oder gar unterbrochen wird. Dieser Kommunikationsprozeß ist für den Fortschritt der Wissenschaft unentbehrlich. Bei der gebotenen Abwägung zwischen Grundrecht der Forschungsfreiheit und anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten ist also der Wissenschaft auch eine gewisse Fehlertoleranz zuzubilligen. Wissenschaftliche Publikationen richten sich - wie bereits erwähnt - an den sachkundigen und kritischen Leser. Sie wollen ihm eigene Überprüfung und Würdigung nicht einfach abnehmen. Die Bekanntgabe eines Forschungsergebnisses, das nach Begründung oder Inhalt nicht dem in der jeweiligen Wissenschaft akzeptierten Standard entspricht, ist daher auch dann von der Wissenschaftsfreiheit gedeckt, wenn die Abweichung auf *einfacher Fahrlässigkeit* beruht. Eine Schädigung Dritter durch eine leicht fahrlässige wissenschaftliche Fehlinformation ist nach Art. 5 III GG nicht rechtswidrig und begründet deshalb auch keine deliktische Haftung.

(4) Das Haftungsprivileg des wissenschaftlichen Autors gilt auch für dessen *Verleger*. Dieser übt eine „unentbehrliche Mittlerfunktion“ zwischen dem Verfasser und seinen Lesern aus. Ohne ihn wäre die angemessene Verbreitung von Forschung nicht möglich. Die Garantie der Wissenschaftsfreiheit erstreckt sich deshalb auch auf seine Tätigkeit. Eine Einschränkung der Publikationsfreiheit des wissenschaftlichen Verlegers über die für den Autor geltenden Haftungsschranken hinaus müßte notwendig nachteilige Auswirkungen auf den Kommunikationsprozeß haben, welcher die Grundlage der Wissenschaft bildet.

Zwar gelten die allgemeinen Regeln der *Produzentenhaftung* grundsätzlich auch für den Hersteller eines Buches [zur Produkthaftung für Druckwerke inzwischen auch *Foerste*, Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433]. Den Verleger trifft damit im Prinzip eine Verkehrspflicht, durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, daß die von ihm produzierten Bücher in gefahrlosem Zustand auf den Markt gelangen. Eine fahrlässige

Verletzung dieser Pflicht könnte zu einer deliktsrechtlichen Haftung nicht nur gegenüber dem Benutzer, sondern auch gegenüber einem mittelbar geschädigten Dritten führen. Indessen bezieht sich die Verkehrspflicht des Verlegers in erster Linie auf die einwandfreie Herstellung des Werkes, d.h. insbesondere auf die Vermeidung von Druckfehlern. Für die inhaltliche Richtigkeit zu sorgen, ist bei wissenschaftlichen Büchern Sache des Autors. Vom Verleger wird man insoweit neben der sorgfältigen Auswahl nur eine Überprüfung auf eklatante Fehler verlangen können, die auch ohne besonderes Fachwissen auf dem betreffenden Gebiet sofort auffallen. Eine Verletzung dieser eingeschränkten Verkehrspflicht kann aber nach der hier vertretenen Auffassung nur dann zu einer deliktischen Haftung des Verlegers führen, wenn sie grob fahrlässig oder gar vorsätzlich erfolgt ist. Unter diesen Umständen wird dem Verleger der Entlastungsbeweis des fehlenden Verschuldens verhältnismäßig leicht gelingen. Dabei kommt ihm auch zustatten, daß sich die Herkunft eines Fehlers an Hand von Manuskript, Druck- und Korrekturfahnen in der Regel einfach aufklären lässt.

Die Haftung des Buchproduzenten unterscheidet sich also nicht unerheblich von der des gewöhnlichen *Warenherstellers*. Dieser muß sich bei Konstruktion, Fabrikation und Instruktion nach dem neueren Stand von Wissenschaft und Technik richten, soweit er objektiv erkennbar und ermittelbar ist. Lediglich für Gefahren, die in der Entwicklungs- und Konstruktionsphase bei aller nach diesem Standard gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar waren, wird - von der Gefährdungshaftung im Pharmabereich nach § 84 AMG abgesehen - grundsätzlich nicht gehaftet. Auch für solche Entwicklungsrisiken trifft den Hersteller jedoch eine Haftung bei Verletzung seiner Produktbeobachtungspflicht. Sie gebietet ihm, „laufend den Fortgang der Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem einschlägigen Gebiet zu verfolgen“. Bei Großunternehmen, die ihre Erzeugnisse in der ganzen Welt vertreiben, gehören dazu auch „die Verfolgung der Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen sowie die Auswertung des gesamten internationalen Schrifttums“. Konsequenterweise wird dem Hersteller daher auch angesonnen, sich nicht auf den vermeintlich gesicherten Stand der Wissenschaft allein zu verlassen, sondern auch abweichende Außenseiter- und Mindermeinungen zu berücksichtigen, die wissenschaftlich vorgetragen und begründet werden.

Die daraus resultierenden Anforderungen sind sehr hoch. Sie kontrastieren auffällig zu der Großzügigkeit, mit welcher der Bundesgerichtshof die Haftung des Verlegers eines medizinischen Lehrbuchs beurteilt hat. Bei

ihr soll es – wie gesagt – auf ein paar Druckfehler hin oder her nicht ankommen. Dies läßt sich mit der Erwägung begründen, daß für den Produzenten eines wissenschaftlichen Buches im Interesse der Forschungsfreiheit die gleiche Fehlertoleranz gelten muß wie für den Autor. Dagegen wird die Frage, ob und inwieweit sich der Warenhersteller bei seiner Haftung auf das auch für ihn geltende Grundrecht der Forschungsfreiheit berufen könnte, soweit ersichtlich nicht einmal diskutiert. Dabei ist nicht zu bezweifeln, daß in der Entwicklung vieler höherwertiger Produkte eine Forschungskomponente enthalten ist, deren freie Entfaltung durch das Haftungsrisiko empfindlich beeinträchtigt wird. Die für die EG-Richtlinie [gemeint ist die EG-Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG] ursprünglich vorgeschlagene Gefährdungshaftung für Entwicklungsrisiken ist daher wegen ihrer innovationshemmenden Wirkung nicht in die Tat umgesetzt worden. Aber auch die geltende verschuldensunabhängige Regelung der Produzentenhaftung errichtet für die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit in der Industrie gewisse Barrieren. Dennoch ist ihre Verfassungsmäßigkeit nicht zu bezweifeln. Bei einer kommerziell verflochtenen Forschung tritt das Grundrecht des Art. 5 III GG im Konflikt mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten, wie Leben, Gesundheit oder Eigentum der Verbraucher, zurück (vgl. oben IV. 4.). Der Haftungsausschluß für die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhende Fehlinformation gilt nur für die von politischen, weltanschaulichen oder wirtschaftlichen Interessen unabhängige Forschung, wie sie etwa in Universitäten, Max-Planck-Instituten oder Großforschungseinrichtungen betrieben wird.

#### e) Haftung bei bewußter Fälschung

Für eine *leichtfertige* oder gar *vorsätzliche* Schädigung Dritter versagt im Übrigen auch dieses Haftungsprivileg. Insoweit bleibt es bei der Anwendung der allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften. Die daraus erwachsenden Haftungsrisiken sind mit der Freiheit der Wissenschaft zu vereinbaren. Sie werden allenfalls mittelbar der Qualität der Forschung zugute kommen, weil sie krasse Abweichungen von den Regeln sorgfältiger, besonnener gewissenhafter wissenschaftlicher Arbeit verhindern helfen.

Daß solche dennoch immer wieder vorkommen, ist kein Geheimnis. Auch die Geschichte der Wissenschaft ist nicht frei von Skandalen. Ein Astronom erfindet sich

einen Komet, ein berühmter Psychologe belegt seine Theorie der Vererblichkeit der Intelligenz mit erdichteten Untersuchungen an eineiigen Zwillingen, ein Physiker entdeckt eine neue Art von Strahlung, die es gar nicht gibt und hält damit für ein Jahr die Fachwelt zum Narren, ein Krebsforscher beweist die Überwindung der Immunbarriere an Hand von weißen Mäusen mit hervorragend angewachsenen schwarzen Hautimplantaten, die das Produkt eines Filzstifts waren. Besondere Berühmtheit hat in den USA vor einigen Jahren der Fall *John Darsee* erlangt, der als einer der erfolgreichsten Fälscher der Geschichte der Wissenschaft gilt. Im Alter von 31 Jahren war er an die renommierte Harvard Medical School berufen worden und konnte mit 33 Jahren bereits über hundert wissenschaftliche Publikationen auf experimenteller Grundlage vorweisen, die allerdings zum Teil auf geschickte Mehrfach-Veröffentlichungen zurückzuführen waren. Seine Fälschungen mußten in mühsamer Kleinarbeit durch andere Wissenschaftler aufgedeckt werden. Herausgeber wissenschaftlicher Fachzeitschriften und Mitautoren hatten nichts davon bemerkt, obgleich Unstimmigkeiten nicht zu übersehen waren. So findet sich anscheinend in einem Stammbaum, mit dem Darsee den Erbgang einer seltenen Herzkrankheit beschreibt, ein 17jähriger Mann mit vier Kindern im Alter von acht, sieben, fünf und vier Jahren, was zumindest auf eine höchst ungewöhnliche Akzeleration der Geschlechtsreife des Vaters hindeutet.

Fälle dieser Art beweisen, daß Ehrgeiz und Karrierestreben auch Wissenschaftler korrumpieren können. Selbst Nobelpreisträger sind dagegen anscheinend nicht gefeit. Zugleich sind solche Affären aber auch die unerfreuliche Begleiterscheinung eines harten Wettbewerbs um die knapp gewordenen Stellen und Forschungsmittel. Sie deuten damit auf strukturelle Mängel unseres Wissenschaftsbetriebes hin. Die Maxime „publish or perish“ entwickelt sich zur Geißel der Forschung.

Aus juristischer Sicht ist zu derlei Skandalen nur wenig anzumerken. Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit deckt die bewußte Fälschung nicht (vgl. oben IV 1). Für die daraus entstehenden Schäden, etwa von Forschungsorganisationen oder von Fachkollegen, die sich vergeblich abmühen, die gefälschten Experimente zu reproduzieren, wird nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften gehaftet. Dabei ist insbesondere auch eine Ersatzpflicht wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB in Betracht zu ziehen.



Patrick Schultes  
*Grenzüberschreitende studentische Mobilität  
in Europa und Hochschulzulassung  
in höhere Fachsemester  
– zugleich Anmerkung zum Beschluss des  
VG Münster vom 16.10.2014 – 9 L 787/14*

## I. Einleitung

In ihrem Beschluss vom 16.10.2014<sup>1</sup> stellt die 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Münster unter anderem fest, dass die in § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW geregelte Rangfolge bei der Vergabe von verfügbar gebliebenen Studienplätzen in höheren Fachsemestern zulassungszahlenbegrenzter Studiengänge (hier: Humanmedizin) nicht gegen Bestimmungen des Europarechts verstößt. § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW sieht bei der Vergabe der Studienplätze in höheren Fachsemestern eine unterschiedliche Behandlung von Ortswechslern innerhalb Deutschlands auf der einen Seite und Bewerbern, die anrechenbare Leistungen im Ausland erbracht haben, auf der anderen Seite vor.

## II. Ausgangslage

Seit Inkrafttreten der Ersten Verordnung zur Änderung der Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO) vom 17.7.2012<sup>2</sup> ist das mindestens sechsjährige<sup>3</sup> Studium der Medizin wieder in drei Abschnitte aufgeteilt (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 ÄAppO).<sup>4</sup>

So schließt der Erste Studienabschnitt (auch „Vorklinik“) nach vier Semestern<sup>5</sup> mit dem Ersten Abschnitt der ärztlichen Prüfung (andere Bezeichnung: „Physikum“). Diesem folgt der zweite Abschnitt (auch „klinischer Abschnitt“) mit einer Dauer von 3 Jahren und eine zusammenhängende praktische Ausbildung („Praktisches Jahr“) von 48 Wochen. Der Zweite Abschnitt der Ärztlichen Prüfung (schriftlich) findet vor, der dritte und letzte Abschnitt (mündlich-praktisch) nach dem Praktischen Jahr statt.<sup>6</sup>

Da das Medizinstudium in Deutschland mit einem *numerus clausus* belegt ist, greifen einige Studienbewerber auf die Möglichkeit zurück, sich an einer Hochschule im europäischen Ausland einzuschreiben. Inzwischen besteht diesbezüglich ein großes Studienangebot<sup>7</sup> – teilweise verbunden mit erheblichen Studiengebühren.<sup>8</sup> Nach Absolvieren des Ersten Abschnitts der Ärztlichen Prüfung versuchen dann einige Studenten, ihr begonnenes Studium in Deutschland fortzusetzen.<sup>9</sup>

Im Auswahlverfahren, das für höhere Fachsemester nicht von der Stiftung für Hochschulzulassung (SfH), sondern von der jeweiligen Hochschule nach Landesrecht durchgeführt wird, konkurrieren diese Bewerber

1 VG Münster, Beschluss 16.10.2014 – 9 L 787/14 –, juris.

2 Erste Verordnung zur Änderung der ÄAppO vom 17.6.2012 (BGBl. I, S. 1539).

3 In den Mitgliedsländern der Europäischen Union muss die ärztliche Grundausbildung mindestens sechs Jahre und 5.500 Stunden theoretischen und praktischen Unterrichts an einer Universität oder unter Aufsicht einer Universität umfassen, Art. 24 Abs. 2 der RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

4 Mit der Approbationsordnung für Ärzte vom 27.6.2002, BGBl. I S. 2405, wurde die Prüfungsstruktur zum 1.10.2003 weitgehend verändert. Diese sah eine zweigeteilte Ärztlichen Prüfung, also mit dem Ersten Abschnitt nach zwei Jahren und dem Zweiten Abschnitt (dem sog. „Hammerexamen“) nach sechs Jahren Medizinstudium, folglich nach dem Praktischen Jahr, vor, vgl. hierzu *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 6 ff. Die Erste Verordnung zur Änderung der ÄAppO führte zu einer Rückkehr zum alten Prüfungsmodell, vgl. *Haage*, *MedR* 2012, 630, 633.

5 Die Angaben zur Dauer der jeweiligen Abschnitte beziehen sich auf die vorgesehene Regelstudienzeit.

6 Vgl. auch *Haage*, in: NK-ÄAppO, § 1 Rn. 4 ff.

7 Ein Medizinstudium in deutscher Sprache kann in Österreich, Schweiz, Ungarn und Polen absolviert werden. Ein Studium in englischer Sprache bieten Universitäten – neben solchen in England und Irland – in Ungarn, Serbien, Slowenien, Polen, Rumänien, Bulgarien, Kroatien, Litauen, Zypern, Lettland, Tschechien, Slowakei und Spanien an. Nicht selten bieten Unternehmen eine entsprechende Vermittlung an diese Universitäten an.

8 So betragen die Studiengebühren für ein (deutschsprachiges) Studium an der Semmelweis-Universität in Budapest 6.900€ pro Semester, s. [http://medizinstudium.semmelweis.hu/nav/aufnahme\\_fur\\_studienanfanger](http://medizinstudium.semmelweis.hu/nav/aufnahme_fur_studienanfanger) (7.6.2015).

9 Dies kann zum einen damit zusammenhängen, dass ein Weiterführen des Studiums in der Regel nur noch in englischer Sprache oder in der Landessprache möglich ist. Zum anderen sind im Rahmen der Ausbildung in dem klinischen – praktischen – Studienabschnitt Kenntnisse der jeweiligen Landessprache für den Patientenkontakt erforderlich. Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dass ein Studium in den ost- oder mitteleuropäischen Ländern ohnehin nur als Einstieg in das Humanmedizinstudium dienen sollte und eine Weiterführung an einer deutschen Universität von Anfang an geplant war.

mit Bewerbern, die den Studienort innerhalb Deutschlands wechseln (Ortswechsler), mit Bewerbern, die auf einen Teilstudienplatz zugelassen sind (Teilzugelassene), mit Bewerbern, die infolge eines wichtigen Grundes – z.B. Betreuung eines Kindes oder eines zeitweiligen Auslandsstudiums – ihr Studium unterbrechen mussten (Unterbrecher), und mit Bewerbern, die in einem anderen Studiengang anrechenbare Leistungen erworben haben (Quereinsteiger).

### III. Vergabe von Studienplätzen in höheren Fachsemestern

Nach § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW werden die verfügbaren Studienplätze nach der dort festgeschriebenen Rangfolge vergeben. An dritter Stelle werden diejenigen Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt, die im Zeitpunkt der Antragstellung an einer Hochschule *im Geltungsbereich des Grundgesetzes* für den gewählten Studiengang endgültig eingeschrieben sind oder vor diesem Zeitpunkt endgültig eingeschrieben waren; erst an

vierter und letzter Stelle folgen Bewerberinnen und Bewerber, die anrechenbare Leistungen im Ausland vorweisen können.

Der nordrhein-westfälischen Regelung ähnliche Bestimmungen finden sich in Mecklenburg-Vorpommern, § 5 Abs. 2 und 3 HZG M-V<sup>10</sup> i.V.m. § 8 Abs. 1 HZVO M-V<sup>11</sup>, Niedersachsen, § 6 NHZG<sup>12</sup> i.V.m. § 15 HVVO<sup>13</sup>, Sachsen, § 7 SächsHZG<sup>14</sup>, und Sachsen-Anhalt, § 9 Abs. 2 HZulG LSA<sup>15</sup> i.V.m. § 17 Abs. 1 HVVO<sup>16</sup>; in einem begrenzteren Maße auch in Schleswig-Holstein<sup>17</sup>, § 8 Abs. 2 HZG<sup>18</sup> i.V.m. § 37 HZVO<sup>19</sup>. Der Wortlaut der Regelungen in Brandenburg<sup>20</sup> und Thüringen<sup>21</sup> ist diesbezüglich nicht eindeutig.<sup>22</sup> Kürzlich geändert wurden die Regelungen betreffend die Hochschulzulassung in höheren Semestern in Berlin, Hessen und Schleswig-Holstein.<sup>23</sup> Eine ausdrückliche Gleichstellung von Ortswechslern innerhalb Deutschlands und Bewerbern, die anrechenbare Leistungen im Ausland erbracht haben, erfolgt hingegen beispielsweise in Baden-Württemberg.<sup>24</sup>

- 10 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Mecklenburg-Vorpommern (Hochschulzulassungsgesetz - HZG M-V) v. 14.8.2007 (GVBl. M-V 2007, S. 286), zuletzt geändert am 16.12.2010 (GVBl. M-V, S. 730, 758).
- 11 Verordnung über die Zulassung zum Hochschulstudium in Mecklenburg-Vorpommern (Hochschulzulassungsverordnung - HZVO M-V) v. 23.5.2008 (GVBl. M-V 2008, S. 145), zuletzt geändert am 9.7.2014 (GVBl. M-V S. 387).
- 12 Niedersächsisches Hochschulzulassungsgesetz (NHZG) v. 29.1.1998 (Nds.GVBl. Nr.3/1998, S.51), zuletzt geändert am 11.12.2013 (Nds.GVBl. Nr.22/2013, S. 287).
- 13 Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen durch die Hochschulen (Hochschul-Vergabeverordnung) v. 22.6.2005 (Nds. GVBl. Nr.14/2005, S.213), zuletzt geändert am 19.6.2014 (Nds. GVBl. Nr.11/2014, S.158).
- 14 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium im Freistaat Sachsen (Sächsisches Hochschulzulassungsgesetz - SächsHZG) v. 7.6.1993 (SächsGVBl., S. 462), zuletzt geändert am 18.10.2012 (SächsGVBl., S. 568).
- 15 Hochschulzulassungsgesetz Sachsen-Anhalt (HZulG LSA) v. 12.5.1993 (GVBl. LSA 1993, S. 244, zuletzt geändert am 24.7.2012 (GVBl. LSA, S. 297).
- 16 Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt über die Vergabe von Studienplätzen (Hochschulvergabeverordnung - HVVO) v. 26.5.2008 (GVBl. LSA 2008, S. 196), zuletzt geändert am 27.5.2014 (GVBl. LSA, S. 232, ber. 381).
- 17 Insoweit wird noch das Kriterium der „sozialen Härte“ angeführt: Nach § 8 Abs. 2 HZG sind Studienplätze zunächst an Bewerberinnen und Bewerber, die für diesen Studiengang an einer Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes endgültig eingeschrieben sind oder waren und für die die Ablehnung des Zulassungsantrages eine soziale Härte bedeuten würde und erst dann an sonstige Bewerberinnen und Bewerber, die für diesen Studiengang an einer Hochschule in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union endgültig eingeschrieben sind oder waren, zu vergeben.

- 18 Hochschulzulassungsgesetz (HZG) v. 19.6.2009 (GVBl. 2009, S. 331), zuletzt geändert am 24.9.2014 (GVBl. 2014, S. 306).
- 19 Landesverordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularwerte, die Festsetzung von Zulassungszahlen, die Auswahl von Studierenden und die Vergabe von Studienplätzen (Hochschulzulassungsverordnung - HZVO) v. 21.3.2011 (NBl. MWV. Schl.-H. 2011, S. 11), zuletzt geändert am 4.4.2014 (NBl. HS MBW. Schl.-H. 2014, S. 27).
- 20 § 15 der Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durch die Hochschulen des Landes Brandenburg (Hochschulvergabeverordnung – HVV) vom 16.5.2014
- 21 § 35 Abs. 5 der Thüringer Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen an den staatlichen Hochschulen (Thüringer Vergabeverordnung) v. 18.6.2009 (GVBl., S. 485), zuletzt geändert durch Verordnung v. 7.4.2014 (GVBl., S. 151).
- 22 In beiden Fällen werden „Bewerber, die für denselben Studiengang an einer Hochschule eingeschrieben sind“ vor sonstigen Bewerbern eingestuft. Ob der Begriff „Hochschule“ auch Universitäten außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes umfasst, ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut. *Selbmann/Drescher* sehen in dieser Formulierung allerdings eine Bevorzugung von Ortswechslern, *Selbmann/Drescher*, Zur Europarechtskonformität von Regelungen der Bundesländer zur Hochschulzulassung in höhere Fachsemester, DÖV 2010, 961, 962 ff.
- 23 Vgl. noch zur alten Gesetzeslage: *Selbmann/Drescher* aaO. (Fn. 22), 962 ff.
- 24 Hier findet sich eine ausdrückliche Gleichstellung in § 19 Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durch die Hochschulen (Hochschulvergabeverordnung - HVVO) v. 13.1.2003 (GBl. 2003, S. 63, ber. S. 115), zuletzt geändert am 9.5.2014 (GBl., S. 262) und § 7 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Baden-Württemberg (Hochschulzulassungsgesetz - HZG) v. 15.9.2005 (GBl. 2005, S. 629), zuletzt geändert am 5.5.2015 (GBl. 2015, S. 313).

Neben dem VG Münster haben sich bisher das OVG Schleswig-Holstein,<sup>25</sup> das OVG NRW<sup>26</sup> und jüngst auch das VG Leipzig<sup>27</sup> mit der Europarechtskonformität der Bevorzugung von Ortswechslern gegenüber Bewerbern, die die vorklinischen Semester im Ausland absolviert haben, befasst. Diese kommen zu einem ähnlichen Ergebnis wie die zu besprechende Entscheidung.

#### IV. Sachverhalt

Die Antragstellerin hatte nach der Approbationsordnung für Ärzte anrechnungsfähige Studien der Medizin an der Universität Riga, Lettland, absolviert. Zum Wintersemester 2014/2015 bewarb sie sich auf Zulassung zum 5. Fachsemester bzw. zum 1. Klinischen Fachsemester an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (WWU Münster). Ihr auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO gerichteter Antrag zielte darauf, die Antragsgegnerin, die WWU Münster, zu verpflichten, ihre Bewerbung in die Ranggruppe nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 HZG i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 3 VergabeVO NRW – anstelle der Ranggruppe nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 HZG i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 3 VergabeVO NRW – einzuordnen. Die Antragstellerin erstrebte folglich eine Gleichbehandlung ihrer Bewerbung mit derjenigen von Bewerbern, die bereits an einer anderen deutschen Hochschule im Studiengang Humanmedizin eingeschrieben sind oder waren.

#### V. Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Zunächst lässt das Verwaltungsgericht offen, ob ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse besteht. Insofern sei es der Antragstellerin möglich, die Zuweisung eines Studienplatzes nach Ablehnung oder Nichtbescheidung des Zulassungsgesuchs im gerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen. Es bestünden zumindest Bedenken, ob ein Teilaspekt des Zulassungsverfahrens einer gerichtlichen Überprüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zugeführt werden könne.<sup>28</sup>

Unabhängig davon verneint das Gericht das Vorliegen sowohl des Anordnungsgrundes als auch des Anordnungsanspruchs. Für die begehrte einstweilige Anordnung fehle zunächst der Antragsgrund, da es auf die von der Antragstellerin gestellte Rechtsfrage nicht an-

komme. § 1 i.V.m. Anlage 5 der Zulassungszahlenverordnung<sup>29</sup> legt die Zahl der Studienplätze für das 1. klinische Semester des Humanmedizinstudiums an der WWU Münster auf 113 Studienplätze fest (Auffüllgrenze). Die Antragsgegnerin habe glaubhaft geltend gemacht, dass sich bereits 159 Studentinnen und Studenten i.S.d. § 25 Abs. 2 VergabeVO NRW zurückgemeldet hätten. Damit ergebe sich bereits durch reguläre Rückmelder eine Überschreitung der Sollzahl, die aus der Studienfortführungsgarantie für Medizinstudenten und -studentinnen, § 3 der Zulassungszahlenverordnung, resultiere. In dieser Situation sei das Eilrechtsschutzgesuch in Wahrheit auf die Erteilung einer gerichtlichen Rechtsauskunft gerichtet.<sup>30</sup>

Sodann führt das Gericht aus, dass im Übrigen aber ohnehin ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht werden könne.

So verstoße die Rangfolge des § 26 Abs. 1 Nrn. 1-4 VergabeVO NRW bei summarischer Prüfung nicht gegen europarechtliche Bestimmungen. Dabei zitiert das VG Münster – ausführlich (Rn 17-25) – die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 1. Oktober 2009.<sup>31</sup> Darin verneint das Gericht einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 12 EGV (heute Art. 18 AEUV), da nach § 2 VergabeVO NRW die Studienplätze an Deutsche sowie an ausländische Staatsangehörige oder Staatenlose, die im Sinne dieser Verordnung Deutschen gleichgestellt sind, vergeben werden.

Anschließend befasst sich die zitierte Entscheidung mit der Prüfung eines Eingriffs in die Freizügigkeit nach Art. 18 EGV (heute: Art. 21 AEUV) im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV (Art. 18 AEUV). Ein Eingriff in den Gewährleistungsbereich des Freizügigkeitsrechts in seiner Verklammerung mit dem Diskriminierungsverbot wird angenommen.<sup>32</sup>

Die vorgesehene Nachrangigkeit lasse sich aber nach dem Gemeinschaftsrecht rechtfertigen. Zunächst solle eine Umgehung der Zulassungsbegrenzung für Hochschulen verhindert werden. Es sei insofern ein legitimes Interesse des Ordnungsgebers, den Studenten, die in Deutschland über eine Zulassung zum Studium verfügen, die Fortsetzung des Studiums zu ermöglichen und sie nicht einem Wettbewerb mit denjenigen auszusetzen,

25 OVG Schleswig-Holstein, Beschluss 10.4.2008, 3 MB 10/08.

26 OVG NRW, NVwZ-RR 2010, 229.

27 VG Leipzig, Beschluss 17.12.2014 – NC 2 L 1129/14, NC 2 L 1130/14, NC 2 L 1131/14, NC 2 L 1282/14, NC 2 L 1283/14, NC 2 L 1284/14, NC 2 L 1383/14 –, juris.

28 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 5.

29 Verordnung über die Festsetzung von Zulassungszahlen und die Vergabe von Studienplätzen in höheren Fachsemestern an den

Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen zum Studienjahr 2014/2015 vom 19.8.2014 (GV. NRW 2014, Ausgabe Nr. 24, S. 429-474).

30 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 6.

31 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss 1.10.2009 – 13 B 1185/09 –, juris.

32 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 21.

die – ohne das *nc*-Verfahren durchlaufen zu haben – Ausbildungsabschnitte im Ausland absolviert haben. Dies würde dem nationalen Zulassungsrecht zuwiderlaufen.<sup>33</sup>

Diesen Ausführungen tritt nun das VG Münster bei. Es unterstützt diese Auffassung mit einem Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, die auf die „Intensität des Zulassungsanspruchs der jeweiligen Bewerber“ abstellen. Ortswechsler hätten „mit dem erfolgreich durchlaufenen Auswahlverfahren und deren Ausnutzung durch Einschreibung an einer deutschen Hochschule eine auch rechtlich beachtliche Bindung an das staatlich zur Verfügung gestellte Bildungssystem auf Hochschulebene erlangt, die sich von denjenigen Bewerbern, bei denen dies nicht der Fall ist (Ranggruppe Nr. 4) deutlich unterscheidet“. Der Bewerberkreis, der sich ausländische Leistungen hat anrechnen lassen, habe zu keinem Zeitpunkt eine rechtlich geschützte Akzeptanz entwickeln können.<sup>34</sup>

## VI. Kritische Würdigung

Nachfolgend sollen die – interessanten, aber nicht entscheidungserheblichen – Passagen des Urteils, die sich mit der Europarechtskonformität der Vergabeverordnung auseinandersetzen, näher beleuchtet werden.

Das VG Münster bejaht – richtigerweise – eine Beeinträchtigung des Schutzbereiches von Art. 21 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV.

Titel XII des dritten Teils des AEUV zu den internen Politiken der Union (Art. 165 und 166 AEUV) widmet sich der allgemeinen und beruflichen Bildung. Kein Gegenargument für die Eröffnung des Schutzbereiches wäre hier, wie teilweise vor dem EuGH vorgetragen,<sup>35</sup> dass die Verantwortung der Mitgliedstaaten für Lehrin-

halte und Gestaltung des Bildungssystems von der Union *strikt* geachtet werden muss, Art. 165 AEUV (ex Art. 149 EGV). Der EuGH hat mehrmals und früh klargestellt, dass diese Zuständigkeit unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts ausgeübt werden muss,<sup>36</sup> und zwar insbesondere unter Beachtung der Grundfreiheiten und der Bestimmungen über das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.<sup>37</sup> Insofern bildet sich hier eine Schnittmenge der bildungspolitischen Kompetenzverteilung zwischen supranationaler und mitgliedstaatlicher Ebene und somit ein Spannungsfeld.<sup>38</sup>

Ebenso wenig – so richtig vom VG Münster erkannt – ist hier problematisch, dass vorliegend Ansprüche gegen den Herkunftsstaat geltend gemacht werden. Der EuGH verneint zwar die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten auf rein innerstaatliche, d. h. nicht grenzüberschreitende Sachverhalte.<sup>39</sup> In der Rs. *D’Hoop* machte der EuGH allerdings deutlich, dass es bei der Bestimmung dieses Merkmals weniger auf das Kriterium verschiedener Nationalitäten ankommt, sondern mehr und mehr um die Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen geht, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht, und solchen, die dieses Recht nicht genutzt haben.<sup>40</sup> Er führte – unter Rückgriff auf die in *Singh* eröffnete Linie<sup>41</sup> – aus, dass es für denjenigen, der von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, „mit dem Recht auf Freizügigkeit unvereinbar (wäre), wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, ihn deshalb weniger günstig behandeln würde, weil er von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, die ihm die Freizügigkeitsbestimmungen des EG-Vertrags eröffnen.“<sup>42</sup> Dies gilt besonders im Bereich der Bildung – es soll insbesondere die Mobilität

33 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 25.

34 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 28.

35 Dieses Argument wurde beispielsweise bemüht durch die deutsche, die niederländische, die österreichische und die schwedische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission in Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24.

36 Vgl. in diesem Sinne: Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 70.

37 Vgl. in diesem Sinne: Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 99.

38 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 165; Rn. 1; vgl. auch den Überblick bei Fürst, Die bildungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, S. 98 ff.

39 Urteil EuGH, Land Nordrhein-Westfalen/Uecker und Jacquet/Land Nordrhein-Westfalen, Rs. C-64/96 und C-65/96, EU:C:1997:285, Rn. 23; Urteil EuGH, Steen/Deutsche Bundespost, Rs. C-332/90, EU:C:1992:40, Rn. 9 f.; vgl. auch Nic Shuibhne, Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time

to Move On?, 39 Common Market Law Review 2002, 731; Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens’ Europe, 35 Legal Issues of Economic Integration 2008, 43; Spaventa, Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, 45 Common Market Law Review 2008, 13; Dautricourt/Thomas, Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: all for Ulysses, nothing for Penelope?, 34 European Law Review 2009, 433.

40 Haltern verweist insofern auf die veränderte Vergleichsgruppe, Haltern, Europarecht, Dogmatik im Kontext, 2. Auflage 2007, Rn. 1297 ff.; Chalmers/Davies/Monti, European Union Law, 3. Aufl. 2014, 492.; s. auch Urteil EuGH, Knoors/Staatssecretaris van Economische Zaken, Rs. C-115/78, EU:C:1979:31, Rn. 24.

41 Urteil EuGH, D’Hoop, Rs. C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 31.

42 Urteil EuGH, D’Hoop, Rs. C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 39; Urteil EuGH, De Cuyper, Rs. C-406/04, EU:C:2006:491, Rn. 39; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 93; Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 25.

von Lernenden und Lehrenden gefördert werden.<sup>43</sup> Die deutschen Medizinstudierenden, die die Freizügigkeitsbestimmungen genutzt haben, kommen somit nicht zu einer „internen Situation“ zurück; benachteiligende Maßnahmen dürfen hier nicht ansetzen.<sup>44</sup>

Eine solche Beschränkung kann nach Gemeinschaftsrecht nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen.<sup>45</sup>

Grundsätzlich kommen vier – vor dem EuGH aufgeworfene – Rechtfertigungsgründe in Betracht: das Argument der übermäßigen Belastung der Finanzen,<sup>48</sup> der Schutz der öffentlichen Gesundheit,<sup>46</sup> die Wahrung der Einheitlichkeit des Hochschulunterrichts<sup>47</sup> und zuletzt die Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems.<sup>49</sup>

*Erstens:* Das Argument der übermäßigen Belastung der Finanzen greift vorliegend nicht.<sup>50</sup> Unabhängig davon, dass dieses Argument vor dem EuGH wenig erfolgversprechend ist,<sup>51</sup> ist es hier nicht sachlich einschlägig. Die Zahl der Studienplätze im klinischen Bereich ist festgesetzt und an vorhandene Kapazitäten gebunden; im Streit steht hier nur die Reihenfolge der Zulassung. Das finanzielle Argument kann daher (zum gegenwärtigen Stand) nicht erfolgreich bemüht werden.

Als entscheidender Rechtfertigungsgrund diente in der Rs. *Bressol* das Argument des Schutzes der öffentlichen Gesundheit.<sup>52</sup> Dieses dürfte hier *zweitens* ebenso nicht einschlägig sein. Dass eine Ausbildung im europäischen Ausland den erforderlichen Anforderungen nicht genügt, kann wohl nicht erfolgreich vorgetragen werden<sup>53</sup> – die Anrechnung des im Ausland absolvierten Studiums ist schließlich bei Bewerbung auch für gewöhnlich erfolgt (Gleichwertigkeitskriterium, § 12 ÄAppO). Letztens würde auch der Nachweis eines zukünftigen Ärztemangels schwerfallen: Die Studienbewerber

wollen sich gerade in der Regel in Deutschland nach erfolgreichem Abschluss des Medizinstudiums niederlassen.

Mit der Rechtfertigung aufgrund der Wahrung der Einheitlichkeit des Hochschulunterrichts haben sich *drittens* in der Rs. *Kommission/Österreich* sowohl der EuGH als auch insbesondere Generalanwalt Jacobs schwer getan.<sup>54</sup> Österreich wollte im konkreten Fall wohl geltend machen, dass die Offenheit des Hochschulzugangs – Österreich sperrte sich im Gegensatz zu Deutschland gerade gegen die Einführung eines *numerus clausus* – und die Durchlässigkeit des Bildungssystems gefährdet sei. Der EuGH hat diesem Rechtfertigungsversuch aber schnell den Wind aus den Segeln genommen. Auch setzte er hier eine hohe Hürde in Bezug auf die Beibringung von Beweismitteln (s.u.). Auch wenn sich der EuGH in der Rs. *Bressol* gegenüber dieser Argumentationslinie empfänglicher zeigte und dort eine darauf gestützte Rechtfertigung grundsätzlich für möglich hielt,<sup>55</sup> erscheint es sinnvoller, eine mögliche Rechtfertigung für die Regelung von § 26 VergabeVO NRW mit der in der Rs. *Lyyski* hervorgebrachten Rechtfertigung der Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems zu diskutieren.<sup>56</sup> In diese Kategorie zählen wohl auch die Argumente, die vom VG Münster (und ursprünglich vom OVG Münster) vorgebracht wurden.

Diesen Erwägungen entgegenet die Literatur,<sup>57</sup> dass die erbrachten Leistungen – nicht zuletzt in der erfolgreichen Anrechnung manifestiert – gleichwertig seien. Weiterhin sei es für die im Ausland eingeschriebenen Studierenden schwerer, ihr Studium fortzusetzen (aus kapazitären oder sprachbezogenen Gründen). Des Weiteren berechtige nicht die Zulassung an einer bestimmten Hochschule *per se* zu einem Ortswechsel. Es fehle insofern an einem sachlichen Grund, Ortswechsler aus Deutschland zu bevorzugen.<sup>58</sup>

Aufschluss über den Erfolg solcher Argumente kann jedoch nur durch einen detaillierten Blick auf die bishe-

43 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 44.

44 *Chalmers/Davies/Monti* aaO. (Fn. 40), S. 493.

45 Urteil EuGH, *De Cuyper*, Rs. C-406/04, EU:C:2006:491, Rn. 40.

46 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

47 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427.

48 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427 und Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

49 Urteil EuGH, *Lyyski*, Rs. C-40/05, EU:C:2007:10.

50 Dieses Argument hatte im Rechtsstreit auch keinen Erfolg. Nachdem die finanzielle Natur der Problematik auf EuGH-Ebene insbesondere anfänglich weitgehend ignoriert wurde, wurde in *Bressol* nur kurz darauf verwiesen, dass sich das Bildungswesen auf der Grundlage des Systems der „geschlossenen Dotierung“ finanziert, bei dem die globale Mittelzuweisung nicht von der Gesamtzahl der Studierenden abhängt, Urteil EuGH, *Bressol* u.a.,

Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 50. Ob dieses Argument, das für Belgien und Österreich in der Tat von einigem Gewicht ist, bei weiterer Überzeugungsarbeit unter Rückgriff auf empirisches Datenmaterial ein stärkeres werden kann, ist aber nicht ausgeschlossen, *Hilpold*, Anm. zu EuGH: Beschränkung der Neueinschreibung „nichtansässiger“ Studenten, *EuZW* 2010, 465, 472.

51 Vgl. u.a. Urteil EuGH, *Kommission/Italien*, Rs. C-388/01, EU:C:2003:30, Rn. 13 und Urteil EuGH, *Verkooijen*, Rs. C-35/98, EU:C:2000:294, Rn. 48.

52 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 54 ff.

53 So auch *Selbmann/Drescher* aaO (Fn. 22), S. 967.

54 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 50.

55 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 53.

56 Urteil EuGH, *Lyyski*, Rs. C-40/05, EU:C:2007:10, Rn. 39.

57 Zu beachten ist, dass diese ggf. eigene Interessen verfolgt, s. *Selbmann*, der Studierende in Studienplatzklagen vertritt.

58 *Selbmann/Drescher* aaO (Fn. 22), S. 967 f.

rige Spruchpraxis des EuGH sowie kontextuale Erwägungen gewonnen werden. Der vom VG Münster zu entscheidende Fall betrifft eine nachgelagerte Ebene im Vergleich zu den Urteilen des EuGH in den Rs. *Bressol* und *Kommission/Österreich*: Hier war nicht eine Zulassungsbeschränkung gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten streitgegenständlich, sondern die Behandlung von Staatsangehörigen im Herkunftsstaat, die nach Rückkehr in den Herkunftsstaat eine andere Behandlung erfuhren. Dennoch sind die beiden Urteile hier durchaus von Interesse.

Das von Österreich angeführte Argument der „Wahrung der Einheitlichkeit des österreichischen Bildungssystems“ – gemeint war ein starker Andrang von Studienwerbern aus anderen Mitgliedstaaten mit der Folge von strukturellen, personellen und finanziellen Problemen – überzeugte den EuGH nicht (s.o.). Insbesondere Generalanwalt Jacobs äußerte sich skeptisch ob dieses Rechtfertigungsgrundes.<sup>59</sup> Der EuGH bemängelte ausdrücklich, dass Österreich erst in der mündlichen Verhandlung Schätzungen über den zu erwartenden Studentenandrang – zudem allein für das Fach Medizin und somit keine Schätzungen in Bezug auf andere Studienfächer – vorgelegt hatte. Dabei musste Österreich einräumen, insoweit über keine anderen Daten zu verfügen.<sup>60</sup> Im Übrigen scheint es dem EuGH auch bitter aufgestoßen zu sein, dass die fragliche nationale Bestimmung im Wesentlichen vorbeugenden Charakter hatte.<sup>61</sup>

Der deutlichen Kritik der fehlenden Nachweise steht entgegen, dass Österreich durchaus plausible Gründe für eine Zulassungsbeschränkung hatte: Einerseits sah sich Österreich einem großen Strom deutscher Studenten ausgesetzt; andererseits wollte es an einem grundsätzlich freien Hochschulzugang festhalten und gerade keinen *numerus clausus* einführen. Dies hing auch damit zusammen, dass Österreich eine unterdurchschnittliche Akademikerquote von 15% verzeichnete (OECD-Durchschnitt: 24 %).<sup>62</sup> Österreich hatte in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass im Fach Medizin die Zahl der Studienbewerber bis zu fünfmal so hoch sein könnte wie die Zahl der verfügbaren Studienplätze, was

das finanzielle Gleichgewicht des österreichischen Systems der Hochschulausbildung und damit dessen Bestand selbst bedrohen würde.<sup>63</sup> *Hilpold* weist ferner darauf hin, dass der Prozentanteil der ausländischen Studierenden in Österreich mit 18,7% europaweit an erster und weltweit an dritter Stelle stand und weiterhin etwa 30% aller in Österreich Studierenden Studienfächer belegten, für welche in Deutschland Zugangsbeschränkungen durch einen *numerus clausus* galten.<sup>64</sup>

Der EuGH beschränkte sich auf der Rechtfertigungsebene aber darauf, festzustellen, dass hier nicht eine allein Österreich betreffende Problemstellung vorliege.<sup>65</sup>

Als Rechtfertigungsgrund in der Rs. *Bressol* führte Belgien zunächst übermäßige Belastungen zur Finanzierung des Hochschulunterrichts an. Diese waren jedoch ausweislich der Ausführungen des Gesetzgebers kein entscheidender Grund für die Regelung.<sup>66</sup>

So befasste sich der EuGH im Anschluss mit der Frage, ob die Regelung aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit des Systems des Hochschulunterrichts zu rechtfertigen sei. Zwar schloss der EuGH nicht ohne Weiteres aus, dass dies die Ungleichbehandlung bestimmter Studierender rechtfertigen könne. Er zog es jedoch vor, die hierzu vorgebrachten Rechtfertigungsgründe unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu prüfen.<sup>67</sup> Insofern zeigte sich der EuGH feinfühlig in Bezug auf die Situation der Mitgliedstaaten Österreich und Belgien und vermied eine direkte Stellungnahme.

Somit stand nur eine Rechtfertigung aufgrund von Erfordernissen der öffentlichen Gesundheit im Raum.<sup>68</sup> Nach dem EuGH kann die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung ein legitimes Ziel darstellen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer diesbezüglichen Maßnahme überließ der EuGH zwar dem vorlegenden nationalen Gericht; er gab allerdings klar begrenzte und detailliert ausgeführte Hinweise mit an die Hand. Er verlangt dabei spezifische Untersuchungen zur tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Gesundheit; diese sind dem Gericht durch die zuständigen

59 „Erstens ist nicht klar, was mit dem Ziel gemeint ist, die Einheitlichkeit des österreichischen Systems der Hochschulausbildung zu erhalten. Nach dem allgemeinen Tenor der österreichischen Argumentation und dem Sachverhalt des Falles scheint „Einheitlichkeit“ so viel zu bedeuten wie „bevorrechtigter Zugang für österreichische Staatsangehörige“, Schlussanträge GA *Jacobs*, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 30.

60 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62 ff.

61 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62 ff.

62 <http://www.news.at/a/oessterreich-hochschulbildung-akademikerquote-oecd-schnitt-121318> (7.6.2015).

63 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 64.

64 *Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, Das Urteil des EuGH vom 7.7.2005 in der Rechtssache C-147/03, *Kommission gegen Österreich*, EuZW 2005, 647, 650.

65 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62.

66 Urteil EuGH, *Bressol u.a.*, Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 50.

67 Urteil EuGH, *Bressol u.a.*, Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 54.

68 Dieses Argument war auch deswegen entscheidend, weil der EuGH in *Hartlauer* kurz zuvor diesem Rechtfertigungsgrund einen hohen Stellenwert eingeräumt hatte. Urteil EuGH, *Hartlauer*, Rs. C-169/07, EU:C:2009:141, Rn. 47.

Stellen vorzulegen.<sup>69</sup> Auch stellt er das Erfordernis einer Prüfung auf, inwiefern die zuständigen Stellen die Erreichung dieses Ziels angemessen mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Erfordernissen in Einklang gebracht haben, insbesondere mit dem den Studierenden aus anderen Mitgliedstaaten zustehenden Recht auf Zugang zum Hochschulunterricht, das zum Kernbereich des Grundsatzes der Freizügigkeit der Studierenden gehört.<sup>70</sup>

Insofern wird deutlich, dass der EuGH seiner Linie, den Gesundheitsschutz als wirksamen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungsmaßnahmen mit weitem Ermessen für die Mitgliedstaaten zu akzeptieren treu bleibt. Dabei verlangt er jedoch eine kohärente und substantiierte Darlegung der Rechtfertigung.

Tatsächlich formuliert der EuGH hier vorsichtiger und zeigt sich sensibel in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Problematiken, die sowohl Belgien als auch Österreich im Dialog vorgebracht haben. Auch ist die Sprache bei weitem nicht mehr so empathisch wie zu Beginn der Entwicklung der Unionsbürgerschaft. Letztlich wird die Entscheidung auch dem vorlegenden Gericht aufgegeben. In der Literatur wurde dies bereits als eine Verschiebung von der strikten Auffassung hin zu einer verständnisvolleren Betrachtung (von *Bidar*<sup>71</sup> hin zu *Förster*<sup>72</sup> oder von *Kommission/Österreich*<sup>73</sup> hin zu *Bressol*<sup>74</sup>) gesehen.<sup>75</sup>

Dies darf jedoch nicht über die tatsächlichen Konsequenzen hinwegtäuschen. Auch in *Bressol* ist die Rechtfertigungsmöglichkeit sehr eng umgrenzt – nach *Hilpold* grenzen die Kriterien gar an eine „*probatio diabolica*“.<sup>76</sup> In der Tat hat der belgische Verfassungsgerichtshof die Quote in nur drei Fällen für gerechtfertigt gehalten, nämlich für die Bachelor-Studiengänge in „Veterinärmedizin“, „Heilpädagogik“ und „Heilpädagogik und Rehabilitation“.<sup>77</sup> In allen übrigen Fällen verneinte das Gericht das Vorliegen von ausreichenden Nachweisen. So hielt sich das belgische Gericht an die enge Marschroute, die durch den Gerichtshof vorgegeben wurde. *Chalmers/Davies/Monti* so auch ferner darauf hin, dass eine sehr

naheliegende Gefahr von weitgehenden Beschränkungen im grenzüberschreitenden Zugang zur Ausbildung besteht, sofern es Mitgliedstaaten zuerkannt werden sollte, Maßnahmen auf der Basis von unklarem potentiellen Risiko zu erlassen.<sup>78</sup>

Auffällig ist, dass der Gerichtshof in beiden Fällen starken Fokus auf Aufschlüsselung, Nachweise und Belege seitens der Mitgliedstaaten gelegt hat. Damit entgeht er zum Teil der Kritik, zu schwere Bedeutung auf das Ergebnis selbst und zu wenig auf den Prozess zu legen.<sup>79</sup> Andererseits gibt dies dem EuGH mehr Spielraum in der Begründung seines Urteils – insbesondere da er so in *Bressol* Verständnis für die belgische Situation zeigen konnte.<sup>80</sup>

Damit eng zusammen hängt auch das Prozessverhalten der Mitgliedstaaten. Es wird in der Entscheidung *Kommission/Österreich* deutlich, dass der EuGH wenig Mühe hatte, die Argumente Österreichs abzuweisen. Dem lag offensichtlich auch Kritik am Prozessverhalten Österreichs zugrunde.<sup>81</sup> Gleiches gilt auch für die Verteidigung Belgiens „*pre-Bressol*“, die bis dahin keine den EuGH zufrieden stellende Rechtfertigung nahebringen konnte.<sup>82</sup> Dies scheinen keine Einzelfälle zu sein.<sup>83</sup>

Hingegen hat das Argument, in dem vorliegenden Fall handle es sich nur um „Trittbrettfahrer“ in Bezug auf die Nutzung der grenzüberschreitenden Mobilität, das moralische Gewicht auf seiner Seite, das auch in dem Urteil des VG Münster durchschimmert: Das nationale Verfahren wird – unter Rückgriff auf das europäische Ausland mit deutlich höheren Studiengebühren – umgangen, weil dessen Maßstäbe gegebenenfalls nicht erfüllt werden können. Es fragt sich insoweit, ob die „Trittbrettfahrer“ noch mit dem eigentlichen Zweck in Einklang stehen. Diese Abwägung nimmt Generalanwalt *Jacobs* wie folgt vor:

„(41) Es fragt sich, ob diese zwei Situationen rechtlich unterschiedlich behandelt werden sollten oder können.

69 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 74.

70 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 79.

71 Urteil EuGH, *Bidar*, Rs. C-209/03, EU:C:2005:169.

72 Urteil EuGH, *Förster*, Rs. C-158/07, EU:C:2008:630.

73 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427.

74 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

75 *Craig/de Búrca*, EU Law: Text, Cases, and Materials, 5. Aufl. 2011, S. 841.

76 *Hilpold* aaO. (Fn. 50), 473.

77 Belgischer Verfassungsgerichtshof, Urteil Nr. 89/2011 31.5.2011, Geschäftsverzeichnisnr. 4034 und 4093, B.8.1 – B.8.8.5.

78 *Chalmers/Davies/Monti* aaO. (Fn. 40), S. 921, mit Verweis auf die Kontextvergleichbarkeit im Bereich der Gesundheit.

79 *Scott*, On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO, in: Weiler (Hrsg.), The EU, the

WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?.

80 *Van der Mei* bezeichnete das Urteil deswegen als „clever ruling“, *A.P. van der Mei*, (13) European Journal of Migration and Law 2011, 123, 130.

81 *Hilpold* aaO. (Fn. 50), S. 650 weist auf *Dobrowz*, *Ecolex* 2005, 85, 87 hin, der befürchtete, Österreich könnte versucht sein, das Verfahren halbherzig zu betreiben, um über die „Hintertür eines Vertragsverletzungsverfahrens“ die Einführung eines *numerus clausus* zu rechtfertigen.

82 Urteil EuGH *Gravier/Ville de Liège*, Rs. C-293/83, EU:C:1985:69; Urteil EuGH *Kommission/Belgien*, Rs. C-47/93, EU:C:1994:181, Rn. 9; Urteil EuGH, *Kommission/Belgien*, Rs. C-65/03, EU:C:2004:402, Rn. 30.

83 *Nic Shuibhne*, Annotation of Schwarz, *Commission v. Germany and Morgan* (2008), 45 CML Rev. 771, 781-786.

Das ist meines Erachtens zu verneinen. Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung gibt dafür keine Grundlage her. Beide Arten von Studenten genießen – wenn gleich aus unterschiedlichen Gründen – individuelle Rechte, die ihnen im EG-Vertrag eingeräumt wurde, und ich meine nicht, dass die Motive für die Wahl der einen oder der anderen Hochschule irgendeine Auswirkung auf den Umfang dieser Rechte haben sollten, vorausgesetzt natürlich, dass es zu keinem Missbrauch kommt – ein Thema, mit dem ich mich im Zusammenhang mit der zweiten von Österreich geltend gemachten Rechtfertigung befassen werde.“<sup>84</sup>

Aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts ergeben sich keinerlei präzise Nachweise, die diesen hohen Kriterien des Gerichtshofs genügen würden. Vielmehr dürfte diese pauschale Begründung so keinen Erfolg haben. Es erscheint weiterhin zumindest zweifelhaft, dass sich für das beschriebene Vorbringen im Rahmen der Rechtfertigung ausreichend Nachweise oder Belege finden lassen, sodass die nordrhein-westfälische Regelung den strengen Maßstäben des EuGH standhielte.

## VII. Kontextuelle Erwägungen

Die grenzüberschreitende Mobilität Studierender innerhalb der EU nimmt immer größere Ausmaße an:<sup>85</sup> Bereits 2008 studierten etwa 500.000 Studenten in anderen Mitgliedstaaten als ihrem Heimatstaat; dies entspricht einem Zuwachs von 50% gegenüber dem Jahr 2000.<sup>86</sup> Die EU-Minister haben sich darauf geeinigt, den Anteil der Studierenden, die einen Teil ihres Studiums

oder ihrer Ausbildung im Ausland absolvieren, bis 2020 auf 20 % zu erhöhen.<sup>87</sup> Die Aktivität der EU-Organe in diesem Bereich ist ebenfalls beträchtlich.<sup>88</sup> Demgegenüber stehen – bereits angesprochene – mitgliedstaatliche Bedenken gegenüber dieser studentischen Mobilität.<sup>89</sup>

Diese grenzüberschreitende Mobilität dient nicht mehr nur den Studenten selbst. Drei kontextuelle Erwägungen liegen hinter der bisherigen Spruchpraxis des EuGH und können auch im gegenwärtigen Fall fruchtbar gemacht werden. Die starke Eindämmung mitgliedstaatlicher Macht und Erweiterung des Einflusses der EU-Organe ist *erstens* im Rahmen der Entwicklung einer europäischen Identität zu sehen.<sup>90</sup> *Zweitens* sind kontextuelle politische Hintergründe zu beleuchten. *Drittens* offenbaren auch wirtschaftliche Hintergründe einen anderen, beachtenswerten, Blick auf das Bild der Rechtsprechung.

*Erstens:* Die Verschränkung der Thematik der Unionsbürgerschaft mit dem Identitätsdiskurs wurde bereits ausgiebig an anderer Stelle besprochen.<sup>91</sup> Die Grundidee dabei ist, dass durch die Begegnung von Studierenden verschiedener Nationalitäten ein Gefühl der gemeinsamen Zugehörigkeit zu Europa unter den Teilnehmern entsteht, und auf diesem Wege europäische Bürger geformt werden.<sup>92</sup>

In Bezug auf Studierende wird diese Idee durch mehrere politik- und sozialwissenschaftliche Studien gestützt: Diese weisen darauf hin, dass Studenten, die einen Studienaufenthalt innerhalb Europas absolviert haben, – im Vergleich zu nicht-mobilen Studenten – eher angeben, sich als Europäer zu fühlen.<sup>93</sup> Dabei kamen einige Studien zu dem Ergebnis, dass während der Auslandspe-

84 Schlussanträge GA *Jacobs*, Kommission/Österreich, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 41.

85 *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 21.

86 Commission Staff Working Document, SEC(2011)526 “Progress Towards the Common European Objectives in Education and Training (2010/2011): Indicators and Benchmarks”, S. 34 ff.

87 [http://ec.europa.eu/education/policy/higher-education/mobility-cbc\\_de.htm](http://ec.europa.eu/education/policy/higher-education/mobility-cbc_de.htm) (7.6.2015).

88 Hingewiesen sei exemplarisch auf die Programme *Erasmus*, *Erasmus+*, *Europäischer Hochschulraum* oder den *Bologna-Prozess*. Vgl. dazu ebenso Kommission, KOM(2009) 329, Grünbuch - Die Mobilität junger Menschen zu Lernzwecken fördern oder Mitteilung der Kommission KOM(2010) 2020, EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum.

89 Beispielhaft sind die Äußerungen vom ehemaligen österreichischen Bundeskanzler Schüssel in *Parker*, Austrian chancellor urges EU court to heed national feelings, *Financial Times* (20.4.2006), oder vom ehemaligen dänischen Ministerpräsidenten Rasmussen, EUObserver.com, unter [euobserver.com/9/20666](http://euobserver.com/9/20666).

90 *O’Leary*, The Social Dimension of Community Citizenship, in: Rosas/Antola (Hrsg.), *A Citizen’s Europe*, 156, 178.

91 Vgl. statt vieler *Haltern* aaO. (Fn. 40), Rn. 1326. *Haltern* führt in Rn. 1370 aus: „Damit wird nachvollziehbar, was – mit dem Be-

griff und der Praxis der Unionsbürgerschaft – auf dem Spiel steht. Wer sich als Bürger eines Gemeinwesens definiert, nimmt den transtemporalen, kollektiven Charakter dieses Gemeinwesens in seine individuelle Identität mit auf. (...) Dieser erfolgreiche Vorgang hat zur Folge, dass er Ansprüche stellen kann, die im Extremfall das Äußerste von seinen Bürgern verlangen und doch als legitim betrachtet werden. Dies kann erfüllend und sinnstiftend sein. Es kann aber auch zu all jenen Katastrophen und Hypertrophien führen, die uns aus dem blutigen letzten Jahrhundert bekannt sind.“

92 *Mitchell*, Student mobility and European Identity: Erasmus Study as a civic experience?, *Journal of Contemporary European Research* 8(4) 2012, S. 490 ff.

93 Basierend auf *Deutsch et al.*, Political Community and the North Atlantic Area; *Lijphart*, Tourist Traffic and Integration Potential, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 2 No. 3 1964, S. 251 ff.; *Fligstein*, Euroclash. The EU, European Identity, and the Future of Europe; *Mitchell* aaO. (Fn. 91); *Recchi/Favell*, Pioneers of European Integration. Citizenship and Mobility in the EU; *Roeder*, Does Mobility Matter for Attitudes to Europe? A Multi-level Analysis of Immigrants’ Attitudes to European Unification, *Political Studies*, Vol. 59 No. 2 2011, S. 458–471; *Kommission* (Auftraggeber), *The Erasmus Impact Study, Effects of mobility on the skills and employability of students and the internationalisation of higher education institutions*, S. 136.

riode das Gefühl einer europäischen Identität nochmals verstärkt wird;<sup>94</sup> andere Studien nach verändert sich die Einstellung nicht signifikant im Zeitverlauf des Auslandsjahres.<sup>95</sup> Insofern scheint der Schluss dergestalt naheliegend, dass ein Auslandsaufenthalt zumindest das Potential hat, die Einstellung zur europäischen Identität zu verändern. Dieses Potential entfaltet sich jedoch – evtl. abhängig von der vorherigen Einstellung – bei nicht allen Teilnehmenden.<sup>96</sup>

Wie *Haltern* ausführt, liegt die Unionsbürgerschaft als Folie über der Frage, wer wir sind und welche Identität wir haben.<sup>97</sup> Dies könnte umso mehr gelten angesichts der Überlegung, dass Studierende durch ihre Mobilität und durch ihre Zugehörigkeit zur intellektuellen Elite „Unionsbürger *par excellence*“ und „Hoffnungsträger des Integrationsprozesses“ sind.<sup>98</sup> Insofern lässt sich jedoch mit den obigen Ergebnissen im Gegenteil fragen, ob für die Verankerung dieser Idee nicht andere Schichten als der junge und gut ausgebildete Europäer geeigneter wären.<sup>99</sup>

*Zweitens* sind die politischen Hintergründe zu beachten. Es ist keineswegs der Fall, dass der EuGH ausschließlich für die Integration im Bildungsbereich verantwortlich ist; so haben die Mitgliedstaaten selbst eine bedeutende Rolle in der Europäisierung der Bildung gespielt.<sup>100</sup> Besonders erkennbar wird dies durch den *Bologna-Prozess*, einen zwischenstaatlichen Reformprozess, der am 19.6.1999 mit der Unterzeichnung der so genann-

ten *Bologna-Erklärung* durch Hochschulminister und -ministerinnen aus 29 europäischen Ländern begann. Diese Erklärung beginnt mit den Worten:

„Dank der außerordentlichen Fortschritte der letzten Jahre ist der europäische Prozeß für die Union und ihre Bürger zunehmend eine konkrete und relevante Wirklichkeit geworden. Die Aussichten auf eine Erweiterung der Gemeinschaft und die sich vertiefenden Beziehungen zu anderen europäischen Ländern vergrößern die Dimension dieser Realität immer mehr.“

Es folgt zweimal die Formulierung „Europa des Wissens“.<sup>101</sup> Diese Formulierungen in einem außerhalb des europäischen Rahmens angelegten Abkommen scheinen nicht nur den oben beschriebenen Bedenken der Mitgliedstaaten zu widersprechen; sie ebnen dem Gerichtshof weiterhin den Weg für weitreichende Entscheidungen wie *Kommission/Österreich* oder *Bressol*.<sup>102</sup> Ebenso wird darauf hingewiesen – und dies dürfte mindestens ebenso bedeutend sein – dass die Kommission im Zuge des *Bologna-Prozesses* deutlich an Einflussnahme und Spielraum gewonnen hat. Sie konnte die Entwicklung eines „Europas des Wissens“ nur als ein Zuwerfen des Spielballes deuten und sah sich fortan als Spielmacher des weiteren Prozesses. Auch dieser ebnete den Weg für die behandelten Urteile des EuGH.<sup>103</sup>

94 *van Mol*, From EU-identification Towards a Wider European identity. The Influence of European Student Mobility on European Identity, Paper for the ISA Conference 2010; *van Mol*, The Influence of European Student Mobility on European Identity and Subsequent Migration Behavior, in: Dervin (Hrsg.): *Analyzing the Consequences of Academic Mobility and Migration* S. 29 ff.; *Streitwieser*, Erasmus Mobility Students and Conceptions of National, Regional and Global Citizenship Identity, Northwestern University, Center for Global Engagement (Working Paper No. 11-001).

95 *Sigalas*, Cross-border mobility and European identity: The effectiveness of intergroup contact during the ERASMUS year abroad, *European Union Politics* 11(2), S. 241 ff.; *Wilson*, What Should We Expect of ‚Erasmus Generations‘?, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 49, No. 5 2011, S. 1113-1140. Verschiedene Erklärungen werden für die Divergenzen hervorgebracht: Zum einen beruht die Studie von *Wilson* auf einer relativ kleinen Stichprobe (99 Erasmus-Studierende, 145 Studierende ohne Auslandsaufenthalt); die Studie von *Sigalas* konzentriert sich zudem nur auf England als Entsende- und Empfängerland. Der Kontext in diesem Zusammenhang kann aber durchaus von Bedeutung sein; Unterschiede innerhalb der europäischen Länder wurden in weiteren Studien ausgemacht, vgl. *van Mol*, Europe on the Move. A study into intra-European student exchanges in higher education. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass die Einstellung bezüglich der europäischen Identität im Vereinigten Königreich abweichend zu anderen europäischen Ländern sein könnte, vgl. *Hawkins*, Nation, Separation and Threat: An Analysis of British Media Discourses on the European Union Treaty Reform Process, *Journal of Common Market Studies* Vol. 50 2012, S. 561–577.

Wichtiger erscheint allerdings das Argument, dass sich Erasmus-Studierende gegenüber nicht-mobilen Studierenden bereits vor dem Auslandsaufenthalt durch eine höhere Affinität zu Europa, durch eine ansatzweise bereits vorhandene Art europäischer Identität auszeichnen. *Sigalas*, *van Mol* und *Wilson* kommen zu diesen Ergebnissen. Diese Hypothese lässt sich derzeit jedoch noch nicht endgültig überprüfen; diesbezüglich besteht noch wissenschaftlicher Aufholbedarf.

96 So auch *Kuhn*, Why Educational Exchange Programmes Miss Their Mark: Cross-Border Mobility, Education and European Identity, *Journal of Common Market Studies* (50) 2012, S. 994.

97 *Haltern* aaO. (Fn. 40), Rn. 1374.

98 So *Hilpold* aaO. (Fn. 50), 471.

99 Diese Theorie entwickelt *Kuhn* aaO. (Fn. 95), S. 994 ff. mit Hinweis darauf, dass Europäer aus niederen Bildungsschichten in der Regel nicht in Berührung mit der Förderung der grenzüberschreitenden Mobilität kommen.

100 *Garben*, The Bologna process and the Lisbon strategy: commercialisation of higher education through the back door? *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (6) 2010, 209, 217.

101 Der Europäische Hochschulraum Gemeinsame Erklärung der Europäischen Bildungsminister, 19.6.1999.

102 Es dürfte kein Zufall sein, dass GA in *Sharpston* den *Bologna-Prozess* auch in ihren weitreichenden und einschneidenden Schlussanträgen im *Bressol*-Fall nutzt: Schlussanträge GA in *Sharpston*, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2009:396, Rn. 1.

103 *Garben* aaO. (Fn. 103), 219; *Ravinet*, From Voluntary Participation to Monitored Coordination: Why European Countries Feel Increasingly Bound by their Commitment to the Bologna Process, 43 (3) *European Journal of Education* 2008, 353, 357.

*Drittens* sind jedoch immer mehr Formulierungen wie die einer „wissensbasierten“ Wirtschaft und einem wettbewerbsfähigen Bildungssystem in den Fokus gerückt. Diese Forderung wurde sodann nicht nur bezeichnenderweise zum Schlüsselwort der *Lissabon-Strategie*,<sup>104</sup> sondern fand sich auch in Begründungssträngen der handelnden Organe.<sup>105</sup> Die immer wiederkehrende Rhetorik zeigt die der Idee zugrunde liegende Kraft. *Fejes* führt in diesem Sinne aus:

„[the] planetspeak rhetoric such as the ideas of the knowledge society, employability, lifelong learning, quality assurance and mobility [...] constitute a way of thinking that makes participation in the Bologna process and the implementation of its objectives a rational way to act.“<sup>106</sup>

### VIII. Fazit

Diese drei im Hintergrund laufenden kontextuellen Erwägungen sind ebenso zu beachten, wenn der Stand-

punkt des Gerichtshofes ausgeleuchtet werden soll. Insofern erscheint es – auch unter Berücksichtigung der beschriebenen Entscheidungen *Bressol* und *Kommission/Österreich* – nur schwer nachvollziehbar, dass dem EuGH die kurze und auf eine „Intensität des Zulassungsanspruches“ gestützte Argumentation genügen würde. Auch erscheint fraglich, ob der strengen Nachweispflicht Genüge getan werden könnte; pauschale Begründungen reichen dem EuGH jedenfalls ausdrücklich nicht. Es dürfen Zweifel bestehen, ob die nordrhein-westfälische Regelung in dieser Form vor dem EuGH Bestand hätte.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Öffentliches Recht, Abt. 1: Europa- und Völkerrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

104 [http://www.consilium.europa.eu/de/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm](http://www.consilium.europa.eu/de/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm) (07.06.2015).

105 *Garben* aaO. (Fn. 103), S. 227 ff.

106 *Fejes*, *The Bologna process: governing higher education in Europe through standardization*, in: Halvorsen/Nyhagen (Hrsg.): *The Bologna process and the shapening of the future knowledge societies*, S. 219.

Michel Fromont

*La formation d'étudiants de haut niveau en droit étranger à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Lors de la refonte de la carte universitaire de l'Académie de Paris en 1968-1971, d'assez nombreux professeurs de l'ancienne Faculté de droit et des sciences économiques de Paris ont créé, avec la quasi totalité des économistes et une partie importante des professeurs de sciences humaines et sociales, l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Tous les départements de cette Université, notamment le Département des Études internationales, européennes et comparatives ont développé progressivement l'enseignement des droits étrangers, principalement des droits des États européens.

**I. Les master en droits français et étranger**

Parmi les professeurs de droit de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne qui ont entendu encourager et rénover l'enseignement des droits étrangers figurent deux grands professeurs qui se sont dépensés sans compter pour ouvrir les études universitaires de droit vers l'étranger: les professeurs André Tunc et Claude-Albert Colliard auxquels il convient tout d'abord de rendre hommage.

André Tunc (1917-1999) avait en 1968 une riche expérience internationale. En particulier, de 1947 à 1950, il occupa le poste de conseiller juridique du Gouvernement français au Fonds monétaire international et à son retour des Etats-Unis, il écrivit avec son épouse quatre volumes consacrés au droit américain: deux étaient consacrés aux sources et techniques (Paris 1955), et deux au droit constitutionnel américain (Paris 1954) ce qui est d'ailleurs une belle preuve de pluridisciplinarité pour un agrégé de droit privé. Par la suite, il porta ses recherches également sur le droit anglais et sur le droit français, principalement sur la responsabilité civile qu'il contribua à révolutionner dans les années 1980. Entre-temps, il avait été appelé à enseigner à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris dès 1958 qu'il ne quitta qu'en 1969 quand il opta pour la nouvelle Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il était alors devenu le maître incontesté du droit civil comparé.

Claude-Albert Colliard (1913-1990) ne fut pas seulement un grand professeur de droit international et de libertés publiques. Il fut aussi un admirable administrateur universitaire tant à Grenoble où il fut un grand doyen qu'à Paris qu'il a rejoint dès 1959. Sans lui, l'Université de Paris 1 n'aurait pas créé un Département des Études internationales, européennes et comparatives et c'est grâce à son imagination

créatrice et à ses talents d'animateur que ce département prit son essor. Sans être lui-même comparatiste, il a toujours voulu ouvrir l'université française à une plus grande connaissance des droits du monde entier, y compris les pays les plus proches de la France. Partageant avec André Tunc le goût de l'innovation et une grande attention aux étudiants, Claude-Albert Colliard forma avec lui une équipe remarquable de créativité et d'efficacité au service de nouvelles formes d'enseignement des droits étrangers.

La conception classique de l'enseignement des droits étrangers consistait et, pour certains, consiste aujourd'hui encore, à enseigner en premier lieu le droit français, censé être le droit dont l'étude est la plus formatrice, puis, en second lieu, à dispenser un enseignement d'initiation aux principaux droits étrangers, principalement en mettant l'accent sur les sources du droit et sur l'existence de grandes familles du droit. Une telle conception présente l'inconvénient de faire du droit français un système de raisonnement dont l'étudiant a quelque difficulté à s'échapper et de favoriser en conséquence un apprentissage assez superficiel des droits étrangers. Or, comme me l'a souvent répété le grand comparatiste que fut le professeur Léontin Constantinesco, pour faire du « droit comparé », il faut d'abord « mettre les mains dans le cambouis », c'est-à-dire étudier le droit d'un pays donné comme le font les apprentis juristes du pays concerné. Cela exige que soient exploitées à fond toutes les sources d'information relatives à ce droit, c'est-à-dire à la fois non seulement les textes constitutionnels et législatifs, mais encore la jurisprudence, la doctrine et même les méthodes d'enseignement de ce droit. Cela exige, en particulier, que l'apprenti comparatiste acquière une connaissance sérieuse du système juridique du pays étudié avant d'approfondir certaines branches de celui-ci et de comparer dans la mesure du possible les méthodes et les solutions de ce droit avec celles du droit français. C'est le seul moyen de comprendre le système juridique d'un autre pays que le sien.

C'est pourquoi le professeur André Tunc imagina d'organiser d'une toute autre manière l'enseignement des droits étrangers. Il le fit en commençant par monter un programme quadriennal d'études juridiques franco-anglaises. Il le fit en associant l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne au King's College de l'Université de Londres. Il fit d'ailleurs siennes bien des suggestions du professeur

Alec Chloros, du King's College de Londres, qui devint plus tard le juge grec de la Cour de justice des Communautés européennes. Il bénéficia aussi de l'appui précieux du professeur R. Graveson (1911-1991), professeur au King's College de Londres, qui avait été codirecteur de *The International and Comparative Law Quarterly* (1955-1961), puis président de l'International Association of Legal Science (1960-62). L'idée fondamentale était que les étudiants de chacune des deux universités devaient étudier ensemble un programme commun pendant plusieurs années, soit quatre années jusqu'à la réforme de Bologne et cinq années depuis l'entrée en vigueur de cette réforme, les étudiants français et les étudiants britanniques commençant ensemble leurs études par le droit anglais. Les étudiants français, qui sont recrutés au sortir du lycée ou d'une année préparatoire, ont donc l'immense privilège d'aborder leurs études juridiques par le droit anglais, et, plus précisément, de suivre à Londres les mêmes enseignements et d'y subir les mêmes contrôles que les autres étudiants du King's College. Certes, un tel aménagement des études exige des étudiants un grand effort d'adaptation et donc beaucoup d'efforts et d'intelligence. Mais le résultat est là: avoir été initié au droit exclusivement par des professeurs étrangers donne à l'étudiant un avantage incomparable: il sait en profondeur comment raisonne un juriste anglais et maîtrise parfaitement à la fois la bibliographie et le vocabulaire juridique anglais. Bien plus, il connaît la psychologie britannique, ce qui lui donne un avantage certain dans les négociations qu'il aura à mener. Peut-être objectera-t-on que la connaissance du droit français est de ce fait un peu négligée. Il n'en est rien, car le Français qui revient en France étudier le droit français après deux années d'études du droit anglais apprend plus vite et a un recul qui se révèle très profitable pour des études approfondies de droit français. Peut-être objectera-t-on aussi que les études portent sur un seul droit étranger et qu'il y a plus juxtaposition de deux cursus nationaux qu'une étude véritablement comparative des deux droits. Mais l'expérience prouve que l'apprentissage d'un droit étranger constitue le pas décisif et qu'une fois franchi ce premier pas, il est assez aisé d'acquérir des connaissances sérieuses en d'autres droits étrangers. En outre, il ne faut pas oublier que les étudiants participant à un tel programme font partie d'un groupe binational relativement restreint (40 étudiants pour le programme Paris 1 – King's College) et qu'ils sont ainsi amenés s'entraider en faisant eux-mêmes les comparaisons nécessaires pour comprendre en profondeur le droit de l'autre pays. Le programme d'études juridiques franco-anglaises commença en 1977 et a donc maintenant presque 40 ans derrière lui.

Le succès de cette formule a amené l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne à organiser trois autres programmes fondés sur les mêmes principes, ceux du bilinguisme et de la biculturalité: le programme franco-allemand Paris 1 – Cologne (créé en 1990 par le professeur Michel Fromont), le programme franco-espagnol Paris 1 – Madrid (Complutense) (créé en 1997 par les professeurs Patrick et Hélène Ruiz-Fabri) et le programme franco-italien Paris 1 - Florence (créé en 2000 par les professeurs Pierre-Laurent Frier et Marcel Morabito). Du fait de cette extension, quatre programmes fonctionnent parallèlement depuis 15 à 30 ans selon les pays concernés, les deux plus importants étant le programme franco-anglais et le programme franco-allemand. Quand les étudiants de ces quatre programmes binationaux arrivent à Paris après deux ans passés à l'étranger, ils forment une promotion de plus d'une centaine d'étudiants. Parmi les branches de droit français qu'ils doivent alors étudier, certaines sont normalement enseignées à des étudiants français qui sont débutants et la pédagogie utilisée est donc peu adaptée à des étudiants ayant déjà étudié pendant deux ans le droit, fût-ce un droit étranger. Pour remédier à cet inconvénient, des cours spéciaux de droit français ou comparé ont été créés depuis une vingtaine d'années pour la centaine d'étudiants français et européens qui reviennent chaque année de leurs deux ans d'études de droit dans le pays partenaire. Non seulement, la pédagogie s'en trouve fortement améliorée, mais cette organisation permet un brassage entre étudiants provenant de l'un des quatre pays concernés, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie, ce qui leur permet de créer des liens d'amitié entre eux.

En outre, afin de satisfaire aux exigences du processus de Bologne, ces programmes bilingues et biculturels comprennent désormais cinq années d'études (la cinquième année étant consacrée à une étude comparée des deux systèmes juridiques précédemment étudiés) et débouchent sur un master 2 professionnel ou recherche; c'est le cas notamment des Masters 2 *Droit anglo-américain des affaires*, *Droits français et allemand des affaires*, *Droits français et italien*, *Droit public comparé*, *Opérations et fiscalité internationale des sociétés*, *Droit pénal et politique criminelle en Europe*. Mais cette cinquième année permet aussi aux étudiants de suivre, s'ils le préfèrent, d'autres Master de deuxième année, soit en France, soit en Allemagne.

Un tableau complet des enseignements de ce type devrait comprendre également quelques indications sur le Master en droits français et américain, créé en 1990 par le professeur X. Blanc-Jouvan. Ce cursus ne fonctionne pas tout à fait de la même manière du fait que les étudi-

ants américains ont déjà effectué des études universitaires et que, sauf obtention d'une bourse, les bénéficiaires américains de ce cursus doivent acquitter des frais de scolarité élevés à l'Université Cornell ou à celle de Columbia même pendant leurs études à Paris.

Pour donner une vue plus concrète de ces programmes, quelques indications supplémentaires vont être données sur le programme d'études Paris 1- Cologne qui fonctionne depuis 25 ans.

## II. Le fonctionnement concret du programme franco-allemand Paris 1 – Cologne

Le premier problème qui s'est posé dès le début du fonctionnement du programme franco-allemand, est l'organisation du recrutement des étudiants. Il ne se pose pas d'ailleurs tout-à-fait de la même façon pour les étudiants français et les étudiants allemands.

Les étudiants français présentent la particularité de commencer leurs études supérieures très jeunes (entre 18 et 19 ans) alors qu'il les commencent tout de suite dans une université étrangère, donc très loin de leurs parents et dans une langue qu'ils maîtrisent encore imparfaitement (spécialement le langage juridique). Pour éviter que ces jeunes connaissent l'échec dans une telle aventure, il est nécessaire de choisir avec beaucoup de soin les candidats: ils doivent être non seulement fortement motivés, mais aussi être aptes à surmonter des difficultés de toute sorte, spécialement être capables de s'adapter à un changement radical de pédagogie et d'acquérir dans des délais assez brefs une grande maîtrise de la langue. Cela explique qu'il a fallu mettre en place une procédure permettant tout à la fois d'avoir un contact très personnel avec les candidats et de tenir compte de l'avis motivé de leurs professeurs. De fait, le taux d'échec en première année à Cologne a été et demeure très faible. Il faut dire que l'Université de Cologne, spécialement sous l'impulsion du professeur Ulrich Hübner, puis de la professeure Barbara Dauner-Lieb, a su remarquablement encadrer les jeunes venus de France. De plus, une remarquable solidarité entre les étudiants français et allemands du programme s'est développée très tôt et contribue au succès de tous.

Les étudiants allemands ont a priori moins de difficultés à surmonter durant les premiers semestres pour deux raisons: ils sont un peu moins jeunes et surtout, ils commencent leurs études supérieures dans leur propre pays et en utilisant leur propre langue. Leurs difficultés ne commencent guère qu'à l'arrivée à Paris, mais ils sont déjà plus âgés et plus expérimentés, même si le changement de pédagogie constitue pour eux un véritable choc: la pédagogie française est plus autoritaire et exige une plus

grande discipline. La procédure de recrutement adoptée par l'Université de Cologne a suivi en conséquence des techniques plus classiques; elle porte principalement sur la compréhension des textes et les connaissances linguistiques.

Le deuxième problème à résoudre a été celui du financement du programme. En ce qui concerne le financement des enseignements, le problème n'a pas été trop aigu du fait que les universités de Paris 1 et Cologne disposent d'un grand nombre d'enseignants. Bien plus, la qualité des étudiants franco-allemands a été si grande que les enseignants se réjouissaient et se réjouissent toujours d'avoir la chance de les avoir pour étudiants. Du côté français, le Ministère de l'enseignement supérieur a accepté après de longues démarches de créer deux postes d'enseignants pour s'occuper à temps partiel des problèmes de coordination et d'animation, l'un pour la direction des études (emploi de professeur agrégé de l'enseignement secondaire), l'autre pour l'organisation des échanges scientifiques avec l'Université de Cologne. Le problème a été plus aigu pour trouver les locaux nécessaires pour accueillir les bureaux rendus nécessaires pour le fonctionnement du programme, spécialement à Paris 1 où les locaux sont insuffisants compte tenu du nombre total d'étudiants (40 000).

Néanmoins, compte tenu de la conception française de l'égalité des chances, le problème le plus aigu fut à plusieurs reprises le financement des bourses. En effet, vivre à l'étranger pendant deux ans entraîne nécessairement des frais supplémentaires pour les intéressés. Heureusement, l'Université franco-allemande a apporté un soutien important aux deux universités, même si le grand nombre de participants au programme l'a souvent conduite à limiter son aide à un nombre d'étudiants inférieur au nombre réel. En outre, le Programme Erasmus, et, du côté allemand, la Stiftung des deutschen Volkes ont également accordé leur soutien sous la forme de l'octroi de quelques bourses. Personnellement nous regrettons que l'Université franco-allemande n'ait pas concentré toute son aide sur seulement quelques universités des deux pays pour chacune des grandes disciplines. Ainsi une véritable université sans murs aurait surgi de l'espace universitaire franco-allemand. Le saupoudrage des aides n'est jamais aussi efficace qu'un financement solide de quelques grandes initiatives. Il faut relever que les séjours à Paris sont indirectement aidés par l'aide personnalisée au logement qui permet aux étudiants de bénéficier, sans conditions de revenus des parents, d'une participation assez importante au financement du loyer de la chambre, ce qui est appréciable pour une ville comme Paris réputée pour le prix élevé de ses logements.

Cette organisation qui est assez lourde à faire fonctionner apporte beaucoup de satisfactions aux responsab-

les actuels de ce programme, la professeure Barbara Dau-ner-Lieb, Cologne, et le professeur David Capitant, Paris 1. En effet, les étudiants franco-allemands se donnent à fond à leurs études et à la promotion de leurs diplômes. Non seulement ils réussissent leurs examens bien au delà des performances des étudiants ordinaires tant en France qu'en Allemagne bien que les examens qu'ils subissent sont exactement les mêmes pour tous: ils obtiennent presque tous des notes bien au dessus de la moyenne des autres étudiants et les redoublements ou abandons sont rarissimes. Une forte solidarité les unit, ce qui permet à ceux, heureusement peu nombreux, qui rencontrent des difficultés de les surmonter. En outre, leurs deux associations, l'association des Juristes de Paris 1 et de Cologne (JPC) et l'association Juristen des deutschen und französischen Rechts (JDFR e.V.), sont très actives, non seulement pour développer les contacts entre leurs membres (sous la forme de rencontres le soir ou le week-end ou même de brefs voyages), mais aussi pour faire connaître leurs diplômes à l'extérieur: chaque année, ils organisent plusieurs séminaires avec des personnalités extérieures.<sup>1</sup> De plus, les grands anniversaires de la création du Programme font l'objet de cérémonies et de festivités importantes; ce fut le cas, notamment du 20e anniversaire qui fut fêté le 13 mars 2010 à l'Université de Cologne, dans des lieux prestigieux, et ce sera le cas pour le 25e anniversaire qui sera fêté le 30 mai 2015 à Paris tant à l'Université qu'à l'Ambassade d'Allemagne et auquel participeront des personnalités de premier plan. De surcroît, ces deux associations éditent ensemble un Annuaire qui a paru sur papier jusqu'en 2010 et qui est désormais consultable sur le site internet de chacune des deux associations.<sup>2</sup>

Les débouchés professionnels sont aisés à trouver. Certes, l'on pourrait penser que la connaissance approfondie de l'allemand ne suffit plus aujourd'hui pour permettre des carrières prestigieuses. Il n'en est rien. Comme l'a déclaré un jour le responsable d'un cabinet d'avocats américains à Paris: « peu importe le droit étudié, ce qui compte, c'est d'être habitué à raisonner dans le cadre de divers systèmes juridiques ». De plus, l'étude de

la langue anglaise est encouragée à Paris 1 et plusieurs profitent de la cinquième année pour faire des études en langue anglaise pendant une année, par exemple, en faisant le Master 2 Droit anglo-américain des affaires à King's College (Londres) ou en suivant un programme d'études à l'un des deux collèges d'Europe, celui de Bruges ou celui de Natolin (Warszawa).

La plupart des diplômés des deux pays, qui sont aujourd'hui plus d'un millier, ont la possibilité de faire carrière soit dans les institutions européennes, notamment la Commission européenne ou la Cour de justice de l'Union européenne, soit dans les institutions nationales, notamment les Universités, le ministère des affaires étrangères et les juridictions, soit dans les cabinets d'avocats les plus prestigieux ou les entreprises les plus importantes. A cet égard, les diplômés ont connu des succès particulièrement flatteurs dans les Universités: ainsi deux d'entre eux sont devenus professeurs de droit privé (Louis Davout à Paris 2 et Jonas Knesch à La Réunion), deux d'entre eux sont devenus professeur en Allemagne ou Privatdozent (Achilles, Hochschule für angewandte Wissenschaften, München; Bernhardt Krefe, Hagen), quatre d'entre eux sont devenus maître de conférences en France (Iris Barsan, Paris 12; Julien Dubarry, Paris 2; Natalie Joubert, Bourgogne; Valérie Parisot, Rouen): enfin Claire Micheau commence une carrière brillante à l'Université de Luxembourg.

Si l'on ajoute au millier de diplômés du programme franco-allemand les deux milliers d'étudiants qui sont aujourd'hui diplômés des autres programmes biculturels et bilingues franco-anglais, franco-italien et franco-es-pagnol, ces innovations de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ont permis d'injecter parmi les juristes des quatre pays concernés environ trois mille juristes ouverts à la culture et spécialement au droit des pays voisins de la France et, en tout premier lieu de l'Allemagne.

L'auteur est ancien professeur des Universités allemandes et professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1 Par exemple, voir *Tim Maxian Rusche*, 3. Deutsch-französisches Kolloquium der Universität Paris 1 und der Universität zu Köln am 25.5.2012 in Paris, Deutsch-französische Konvergenzen: Unternehmensfinanzierung und Governance der Finanzinstitutionen, *EuZW* 2013, p. 9; le texte de l'article se trouve aussi sur

le site Internet de l'Université de Cologne (Deutsch-Französische Studiengänge Rechtswissenschaften: Commentaires de presse).

2 [www.juristespariscologne.fr](http://www.juristespariscologne.fr) on <https://de-de.facebook.com/JDFR>.

Albrecht Bischoffshausen  
*Ökonomische Rechtfertigung der  
urheberrechtlichen Schutzfrist*  
– *Analyse de lege lata und de lege ferenda*  
*aus historischer, dogmatischer und*  
*rechtsökonomischer Sicht*

Der Verfasser stellt im nachfolgenden Beitrag seine Dissertation vor, die von Prof. Dr. Horst-Peter Götting, LL.M. (London), TU Dresden, betreut wurde und im Rahmen eines Promotionsstipendiums am Max Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München entstanden ist. Die Drucklegung wurde im Jahr 2013 mit einem Zuschuss des Wissenschaftsfonds der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht gefördert. Die Arbeit ist in der Reihe „Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht“ bei Nomos ([www.nomos-shop.de/21061](http://www.nomos-shop.de/21061)) erschienen.

### 1. Teil: Urheberrechtliche Schutzexpansion und Schutzfrist

Die vielgepriesene Informations- und Wissensgesellschaft hat eine Kultur des Wissens und des Teilens begründet und dadurch ein lange unumstrittenes Rechtsgebiet in wenigen Jahren auf den Kopf gestellt: Während radikale Stimmen die Abschaffung des Urheberrechts fordern,<sup>1</sup> unterstreichen andere umso überzeugter den Schutz immaterieller Güter. Weshalb wird die Debatte um ein Rechtsgebiet, das lange Zeit nur eine überschaubare Fachöffentlichkeit interessiert hat, aktuell mit einer bislang ungekannten Härte und noch dazu in der Mitte der Gesellschaft geführt? Eine Ursache mag sein, dass die faktische Verfügbarkeit informationeller Ressourcen im Distributionskanal Internet das geistige Schaffen enorm beflügelt, dass die Aussicht auf mehr Teilhabe das Spannungsfeld zwischen möglichst ungehindertem Zugang zu stofflosen Gütern und deren gleichzeitigem Schutz aber andererseits erheblich verschärft hat. Das Urheberrecht leidet an einer Akzeptanz-

krise.<sup>2</sup> Angesichts der gesetzgeberischen Entwicklung der letzten Jahrzehnte, scheint die Antwort auf die Probleme, die massenhafte, nahezu (grenz-)kostenlose Kopien dem Urheberrecht bescheren, eindeutig. Schutzexpansion und verschärfte Konsequenzen für Rechtsverletzer werden indes immer mehr als hypertroph hinterfragt.<sup>3</sup> Es liegt daher auf der Hand, nach dem rechten Maß urheberrechtlichen Schutzes und insbesondere nach der Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist zu fragen.

### 2. Teil: Geschichte des Urheberrechts und seiner Schutzfrist

Die historische Analyse<sup>4</sup> des Urheberrechts und der Schutzfrist in Deutschland, England, den Vereinigten Staaten und Frankreich lässt zwei Tendenzen erkennen: Zum einen kennen schon die sog. Privilegien als rudimentäre Vorläufer des modernen Urheberrechts seit Mitte des 15. Jahrhunderts eine Befristung. Zum anderen tritt eine gegenläufige Strömung ab Mitte des 18. Jahrhunderts für den Schutz des „geistigen Eigentums“ ein und macht sich unter dem Einfluss der Naturrechtslehre für ein zeitlich unbegrenztes Urheberrecht stark. Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass die ersten, bildungspolitisch motivierten Gesetze im nachrevolutionären Frankreich zur Verbreitung aufklärerischer Ideen eine zeitliche Begrenzung der *propriété littéraire* vorsahen.<sup>5</sup> Dessen ungeachtet kennzeichnet die französische Urheberrechtslehre später den ewigen Schutz des *droit moral*, den das Land bis heute kennt. Zu einer Renaissance der naturrechtlichen Lehre kam es in Deutschland in den 1950er und 1960er-Jahren.<sup>6</sup> Neben den beiden großen

1 *Van Schijndel/ Smiers*, NO COPYRIGHT, Köln 2012.

2 Hierzu *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 25 ff.

3 So u.a. *Zypries*, Hypertrophie der Schutzrechte? – Vortrag anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 17.9.2004 in Berlin, GRUR 2004, 977 ff. Wie die 2011 beschlossene, umstrittene Verlängerung der leistungsschutzrechtlichen Schutzfrist für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller durch die Richtlinie 2006/116/EG zeigt, ist das Thema dabei nicht nur von theoretischem, sondern von

praktischem Interesse.

4 Ausführlich zur historischen Entwicklung *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 47-122.

5 So *Le Chapelier* in einer Rede vor der *Assemblée Constituante* im Jahr 1791, *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 114 f.

6 Zur Geschichte des Urheberrechtsgesetzes von 1965 und seiner Begründungsansätze *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 88 ff.

Tendenzen – Befristung bzw. ewiges Recht – zeigt die Historie, dass anstelle dogmatisch tragfähiger Motive Partikularinteressen oft eine tragende Rolle gespielt haben. In diese Richtung weist die Geschichte der aktuellen Schutzfrist: Bei der letzten großen Reform des Jahres 1965 hatten sich alle Vorgängerentwürfe für die Einführung einer sog. Urhebernachfolgevergütung und gegen die Verlängerung der bis dahin geltenden 50-jährigen Schutzfrist ausgesprochen. Der überarbeitete Regierungsentwurf, der zu einer Fristverlängerung auf die bis heute geltenden 70 Jahre *post mortem auctoris*<sup>7</sup> führte, verzichtete kurzfristig auf die Urhebernachfolgevergütung und begründete diese Verlängerung um 20 Jahre vor allen Dingen mit der gestiegenen Lebenserwartung. Die Verlängerung, die bis dahin ohne internationales Vorbild gewesen war und die die weitere internationale Entwicklung erheblich beeinflusst hat, basierte damit auf einem – plötzlichen – Ersatz für die ursprünglich angedachte, später aber wieder fallen gelassene Urhebernachfolgevergütung.<sup>8</sup>

### 3. Teil: Individualistische und kollektivistische Rechtfertigung der Befristung des Urheberrechts

Die Ausgestaltung des Urheberrechts ist Ausdruck von Begründungen, die das Schutzrecht im Laufe seiner Entwicklung in unterschiedlichem Maße geprägt haben. Diese Ansätze lassen sich in *individualistische* und *kollektivistische* Theorien unterscheiden. Individualistische Ansätze lassen sich auf eine Primärbeziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk zurückführen, aufgrund derer eine rechtliche Sekundärbeziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk gerechtfertigt ist. Kollektivistische Rechtfertigungsansätze beziehen sich demgegenüber zunächst auf die Primärbeziehung zwischen der Gesellschaft und Werken, aufgrund derer eine rechtliche Sekundärbeziehung zwischen Urhebern und ihren Werken gerechtfertigt ist.<sup>9</sup>

#### A. Individualistische Rechtfertigungsansätze

Das Naturrecht hat bei der historischen Entwicklung hin zum heutigen Urheberrecht eine wichtige Rolle gespielt, ist jedoch unter anderem wegen der vorstaatlichen Begründung des Urheberrechts als „geistiges Eigentum“, daneben aber auch wegen der Beliebtheit der aus ihm

abgeleiteten Aussagen nicht mehr vertretbar.<sup>10</sup> Dessen ungeachtet rekurriert die aktuelle rechtspolitische Diskussion regelmäßig auf Begrifflichkeiten wie „geistiger Diebstahl“ oder „Raubkopien“, um eine ontologische Nähe zwischen dem „geistigen Eigentum“ und dem Sacheigentum herzustellen.

Der Rechtfertigungsansatz vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht stellt den schöpferischen Urheber in den Vordergrund und betont das „geistige Band“ zwischen seiner Persönlichkeit und seinem Werk.<sup>11</sup> Inhaltlich ist die Befristung des Urheberrechts gerechtfertigt, weil das Werk mit dem Urheber eine Schicksalsgemeinschaft eingeht: Sobald die Persönlichkeit des verstorbenen Urhebers verblasst, endet auch das Urheberrecht. Schwächen offenbart der Ansatz mit Blick auf massenkompatible, schnelllebige Verstandeswerke wie Computerprogramme oder Datenbanken, bei denen von der Emanation der Persönlichkeit als *Regelfall* schöpferischen Wirkens keine Rede sein kann.

Wegen der Einbeziehung solcher Verstandeswerke verdient der dritte Ansatz, die dualistische Theorie,<sup>12</sup> Augenmerk. Obwohl die Anerkennung vermögensrechtlicher Befugnisse im Urheberrecht, die der Ansatz von persönlichkeitsrechtlichen Aspekten *trennt*, angesichts des im deutschen Recht vorherrschenden Monismus und seiner praktischen Ableitungen u.a für die (Un-)Übertragbarkeit des Urheberrechts radikal annimmt, kann der Dualismus insbesondere den Schutz von Verstandeswerken institutionell rechtfertigen. Hinsichtlich der Rechtfertigung der Schutzfrist offenbart aber auch dieser Ansatz Schwächen. Ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht, wie es im französischen Urheberrecht verankert ist, führt letzten Endes zu einer Art Denkmalschutz geistiger Werke. Dieser Gedanke aber verlässt den Boden einer individualistischen Rechtfertigung primär im Urheberinteresse. Andererseits ist das französische Modell mit seinem ewigen *droit moral* nicht die *einzige* denkbare Konsequenz. Zukunftsweisend erscheint die Theorie, weil sich mit ihr abweichende Schutzfristen für vermögenswerte und persönlichkeitsrechtliche Bestandteile des Urheberrechts rechtfertigen lassen, wobei letztere nicht *zwangsläufig* ewig fort dauern müssen.

Der vierte und letzte individualistische Ansatz ist die im geltenden deutschen Recht verankerte monistische Theorie. Obwohl einige der Argumente gut nachvoll-

7 § 64 UrhG: Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers.

8 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 91.

9 Siehe auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006, S. 46 ff.

10 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 128 ff.

11 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 139 ff.

12 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 149 ff.

ziehbar sind,<sup>13</sup> offenbart auch dieser Ansatz bei näherem Hinsehen Schwächen: Der Monismus überzeugt als institutioneller Rechtfertigungsansatz allenfalls, wenn es um den Schutz schöpferisch-individuell geprägter Werke geht. Hingegen ist fraglich, ob das einheitlich ausgestaltete Urheberrecht mit seinem Doppelcharakter der Realität der Werkschöpfung durchweg entspricht, indem es als wesentlichen Schutzgrund ohne jegliche Differenzierung postuliert, dass sich in geistigen Werken *regelmäßig* die schöpferische Individualität des Urhebers manifestiere. Angesichts kulturwirtschaftlicher Produktionsbedingungen, bei denen schnellelebige Verstandeswerke im Vordergrund stehen, scheint der allein urheberzentrierte Ansatz jedenfalls als *einzig* Legitimationsgrundlage nicht mehr ausreichend. Auch inhaltlich bestehen Zweifel, ob der Ansatz beim Rückgriff auf persönlichkeitsrechtliche Argumente für die einheitlich lange postmortale Dauer des Urheberrechts der kulturwirtschaftlichen Realität annähernd Rechnung trägt.

Letztlich leiden alle individualistischen Ansätze daran, dass sie nach der Art der vom Urheberrechtsschutz erfassten Werke gar nicht oder allenfalls rudimentär differenzieren. Zwar können gerade der personalistische Ansatz und auch die monistische Theorie den Schutz von Werken, in denen sich die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt, rechtfertigen. Dennoch greifen alle Ansätze zu kurz, wenn es um den Schutz alltäglicher Verstandeswerke geht, die längst die kulturwirtschaftliche Praxis dominieren, weil die Theorien starr davon ausgehen, dass der Urheberrechtsschutz *primär* auf die Interessen des schöpferisch tätigen Urhebers abstellt.

#### B. Kollektivistische Rechtfertigungsansätze

Dem kulturpolitischen Ansatz nach *Lessig*<sup>14</sup> zufolge bezweckt das Urheberrecht eine gerechte und attraktive Kultur. Indem es vom Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers und Produzenten ausgeht, sind dem Urheberrecht u.a. zeitliche Grenzen inhärent. Die Befristung stellt sicher, dass der aktive und selbstbestimmte Nutzer seinen Beitrag für eine gerechte und attraktive Kultur leisten kann, die andernfalls behindert würde. Obwohl der Ansatz unter dem Aspekt eines Schutzes vor unberechtigter Manipulation auch einen postmortalen Fortbestand des Urheberpersönlichkeitsrechts stützt, bleiben die Aussagen für die konkrete Länge der Schutzfrist vage.

Der demokratiebasierte Ansatz nach *Netanel*<sup>15</sup> führt zwar ebenfalls zu einer institutionellen Rechtfertigung des Urheberrechts, leidet dabei aber an Annahmen, die kaum falsifizierbar sind. Obwohl der Ansatz zum Teil spekulative Züge aufweist, spricht einiges für die Bedeutung des Urheberrechts für ein demokratisch organisiertes Gesellschaftssystem, weil es die hierfür notwendige kommunikative Basis schafft. Auch mit Hilfe dieser Theorie lässt sich die Befristung des Urheberrechts inhaltlich rechtfertigen, da die selbstgesteckten produktiven und strukturellen Ziele andernfalls verfehlt würden.

Letztlich leiden alle dargestellten individualistischen und kollektivistischen Ansätze daran, einen einheitlichen Schutz „*one size fits all*“ zu propagieren. Zwar ist im Rahmen der kollektivistischen Ansätze die Einbeziehung verschiedener schützenswerter Interessen bereits auf der Ebene der institutionellen Rechtfertigung möglich, dennoch gelangen alle Theorien spätestens bei der Frage der inhaltlichen Rechtfertigung der Schutzfrist an Grenzen. Deshalb lohnt der Versuch, mithilfe der Rechtsökonomik differenziertere Aussagen hinsichtlich der Rechtfertigung des Urheberrechts und seiner Schutzfrist zu gewinnen.

## 4. Teil: Ökonomische Analyse der urheberrechtlichen Schutzfrist

### A. Die institutionelle Rechtfertigung des Urheberrechts

Die rechtsökonomischen Ansätze lassen sich für die institutionelle Rechtfertigung auf den gemeinsamen Nenner bringen, dass das Urheberrecht ein Mittel für die effiziente Allokation immaterieller Ressourcen darstellt.<sup>16</sup> Ausgangspunkt für alle Ansätze ist der Befund, dass es ohne den rechtlichen Schutz persönlicher geistiger Schöpfungen zu einem Marktversagen käme,<sup>17</sup> das die Ansätze jeweils mit unterschiedlichem Fokus zu beheben suchen.

#### I. Incentive-Access-Ansatz

Nach dem Incentive-Access-Paradigma bezweckt das Urheberrecht, sowohl die Unterproduktion neuer Werke als auch die Unternutzung bestehender Werke zu vermeiden. Der Ansatz propagiert eine Balance zwischen Anreizen *ex ante* zur Schaffung urheberrechtlich geschützter Werke und der Zugangs- und Nutzungsmöglichkeit. Hieraus folgt zunächst, dass sich ein per se hohes Schutz-

13 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 155 ff.

14 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 169 ff.

15 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 177 ff.

16 *Landes/Posner*, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Legal Studies, 325 ff. (1989); zu den durchaus umstrittenen Grundannahmen der ökonomischen Analyse *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 233 ff.

17 Zu den Hauptgründen für Marktversagen *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 261 ff.

niveau verbietet und darüber hinaus, dass nicht von einem Automatismus ausgegangen werden kann, wonach mehr Urheberrecht *ex ante* mehr geistiges Schaffen oder gar mehr Verbreitung von Wissen induziert. Forschung im Bereich der Literatur- und Musikmärkte weist darauf hin, dass das Urheberrecht *ex ante* weniger monetäre Anreize vermittelt als vermutet.<sup>18</sup> Dennoch kann einer Abschaffung des Urheberrechts nicht das Wort geredet werden. Forschungsergebnisse relativieren das klassische Anreizargument, es steht aber keineswegs fest, dass ohne Urheberrechtsschutz die vom Gesetzgeber avisierten Ziele besser erreicht würden.<sup>19</sup>

## II. Property Rights-Ansatz

Während der Incentive-Access-Ansatz insofern interventionistisch argumentiert, als der Gesetzgeber durch entsprechende Ausgestaltung des Urheberrechts Kosten und Nutzen auszubalancieren hat, plädiert der Property Rights-Ansatz für ein möglichst geringes Maß an staatlichen Eingriffen.<sup>20</sup> Er setzt auf möglichst breite Schutzrechte, um Verhandlungs- und Tauschlösungen am Markt zu ermöglichen. Die wirkmächtige neoklassische Schule deutet urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte weniger als Anreizinstrumente, sondern sieht darin sog. *property rights*, um Trittbrettfahrer auszuschließen. Obwohl die Theorie einen prominenten Platz unter den ökonomischen Ansätzen einnimmt, ist das von ihr propagierte, nahezu blinde Vertrauen in die Selbstregulierung des Marktes für Geistesgüter gerade im Bereich des Urheberrechts problematisch. Die Fokussierung auf Allokationseffizienz lässt die verschiedenen schutzwürdigen Interessen der vom Urheberrechtsschutz Betroffenen außer Acht. Gelingt es schon nicht, zugunsten der schöpferisch Tätigen urheberpersönliche Interessen zu rechtfertigen, sind dem Ansatz Nutzerinteressen gänzlich fremd. Indem der Ansatz ausgehend vom *Coase*-Theorem auf die unsichtbare Hand des Marktes und auf Verhandlungslösungen baut, verkennt er, dass Urheber, Werkvermittler und (End-)Nutzer sich oft genug nicht auf gleicher Augenhöhe gegenüberstehen. Verhandlungslösungen können aber in der Realität nicht erzielt werden, wenn vollständige Information und vollständiger Wettbewerb nicht einmal annäherungsweise vorliegen.

## III. Transaktionskostenökonomik

Auch mithilfe der Transaktionskostenökonomik lässt sich das Urheberrecht jedenfalls in Bezug auf seine vermögenswerten Befugnisse institutionell rechtfertigen.<sup>21</sup> Dem Ansatz zufolge löst das Urheberrecht Marktversagensprobleme, indem es positive externe Effekte internalisiert und Urhebern, Intermediären und Endnutzern Handlungsspielräume auf dem Markt eröffnet. Darüber hinaus propagiert der Ansatz eine inhaltliche Ausgestaltung des Urheberrechts am Maßstab der Transaktionskosten. Erwünschte Transaktionen mit urheberrechtlich geschützten Werken werden gefördert, indem die dabei anfallenden Kosten durch entsprechende Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen möglichst niedrig gehalten werden. Der Ansatz stößt allerdings an Grenzen, weil Transaktionskosten *ex ante* nicht bestimmt bzw. gemessen werden können. Dennoch stellt die Transaktionskostenökonomik bei der Befassung mit den vermögenswerten urheberrechtlichen Befugnissen im Unterschied zu den beiden konkurrierenden effizienzbasierten Ansätzen nicht nur darauf ab, dass das Urheberrecht Markttransaktionen *prinzipiell* ermöglicht. Der Ansatz geht darüber hinaus der Frage nach, wie das Urheberrecht inhaltlich modelliert sein sollte, um Markttransaktionen zu ermöglichen. Hierin liegt der entscheidende Vorteil gegenüber konkurrierenden ökonomischen Theorien.

### B. Die inhaltliche Rechtfertigung der Schutzfrist

Der Praxistest für die ökonomischen Ansätze ist ihre Anwendung auf das Phänomen der urheberrechtlichen Schutzfrist. Dabei zeigt sich zum einen, ob die Befristung aus ökonomischer Sicht inhaltlich gerechtfertigt ist. Zum anderen kann eine Applikation der Theorien die Frage beantworten, inwieweit die ökonomische Analyse inhaltliche Aussagen für die Bemessung einer optimalen Schutzfrist liefert.

### I. Incentive-Access-Ansatz

Der Incentive-Access-Ansatz propagiert einen Ausgleich der durch den Urheberrechtsschutz vermittelten Vor- und Nachteile. Aus dieser zugegebenermaßen abstrakten Einsicht lassen sich für die inhaltliche Rechtfertigung

18 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 276 ff.

19 Zu Alternativen zum Urheberrechtsschutz *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 284 ff.

20 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 281 ff.

21 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 292 ff.

der urheberrechtlichen Schutzfrist folgende Aussagen ableiten: Ein Gleichgewicht zwischen Vor- und Nachteilen lässt sich nur durch eine Befristung des Urheberrechtsschutzes erreichen. Ist bereits die faktische Anreizwirkung des Urheberrechts *ex ante* umstritten, sind die Effekte der Anreizwirkung wegen des Gesetzes vom abnehmenden Grenznutzen und wegen Diskontierungseffekten für weit in der Zukunft liegende monetäre Vorteile marginal. Auch wenn dieser Schluss nicht zwingend ist, ist die inhaltliche Rechtfertigung der postmortalen Fortdauer des Urheberrechtsschutzes weit über den Tod des Urhebers hinaus deshalb zumindest problematisch. Eine Schwäche des Ansatzes ist seine mangelnde Operationalisierbarkeit. Mangels empirischer Fundierung lässt sich die „richtige“ Dauer urheberrechtlichen Schutzes, bei der Grenznutzen und Grenzerlös des Urheberrechtsschutzes gleich sind, nicht *quantifizieren*. Versuche, eine jahresgenaue Annäherung an die richtige Schutzdauer vorzunehmen, sind spekulativ. Dennoch ist eine *qualitative* Aussage möglich: Der Incentive-Access-Ansatz spricht für eine Differenzierung der Schutzfrist. Die im geltenden Recht verankerte einheitlich-starre Schutzfrist „one size fits all“ ermöglicht schon dem Grunde nach keinerlei Unterscheidung nach Werkkategorien, sodass sich in der Länge der Schutzfrist noch nicht einmal *abstrakt* ein Gleichgewicht zwischen den beiden Aspekten urheberrechtlichen Schutzes widerspiegelt.

## II. Property Rights-Ansatz

Auch wenn sich aus dem Property Rights-Ansatz zumindest ableiten lässt, dass der Urheberrechtsschutz befristet sein muss, streitet er für eine lange Schutzfrist. Werden Urheber und Rechteinhaber durch ein möglichst breites bzw. langes *property right* in die Lage versetzt, externe Effekte auf lange Sicht zu internalisieren, gilt dies erst recht für sogenannte *ex post*-Investitionen. Um diese abzusichern, lässt sich mit diesem Ansatz der lange postmortalen Fortbestand des Urheberrechtsschutzes inhaltlich legitimieren. Dies allerdings konterkariert das berechtigte Ziel, dass das Urheberrecht nicht nur möglichst viele, sondern qualitativ hochwertige Werke, die nicht nur den Massengeschmack bedienen, fördern soll. Wie sich bereits im Rahmen der institutionellen Rechtfertigung des Urheberrechts abgezeichnet hat, leidet der Ansatz wegen der Propagierung eines *einseitig* an Urheber- bzw. Verwerterinteressen orientierten Schutzes an Schwächen. Zuletzt überzeugt er auch deshalb nicht, weil der abstrakte Verweis auf die Allokationswirkung des Wettbewerbs keinerlei quantitative Erkenntnisse im Hinblick auf die konkrete Dauer der Schutzfrist liefert.

## III. Transaktionskostenökonomik

Auch die Transaktionskostenökonomik gelangt zunächst zur Rechtfertigung der Befristung des Urheberrechtsschutzes. Darüber hinaus lässt sich mit der transaktionskostenökonomischen Analyse aber keine konkrete Schutzdauer ermitteln, weil die Transaktionskosten als Maßstab des Ansatzes *ex ante* nicht beziffert werden können. Dennoch sind interessante *qualitative* Aussagen möglich: Aus der näherungsweise Bestimmung der Höhe der Transaktionskosten folgt zunächst die Notwendigkeit einer Differenzierung der urheberrechtlichen Schutzdauer. Eine lange Schutzfrist kommt danach allenfalls für „Orchideenwerke“ in Betracht, die kommerziell wenig erfolgreich sind. Weil die Amortisierung der Fixkosten, die für deren Herstellung anfallen, längere Zeit in Anspruch nimmt, wäre insofern ein vergleichsweise längerer Schutz inhaltlich gerechtfertigt. Kürze Schutzfristen wären nach dem Ansatz hingegen für solche Werke bzw. Werkgattungen angebracht, die aus Sicht von nachschaffenden Urhebern und Nutzern eine aufwändige Rechtklärung sowie einen aufwändigen Rechteerwerb bedeuten. Um zu verhindern, dass prohibitiv hohe Kosten (legalen) Transaktionen nicht auf Dauer entgegenstehen, wäre schließlich bei solchen Werken an eine kurze Schutzfrist zu denken, die zu „verwaisen“ drohen, weil Rechteinhaber bzw. potenzielle Lizenzgeber nicht mehr aufzufinden sind.

## 5. Teil: Regelungsalternativen im Hinblick auf die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schutzfrist

Dem Ansatz *de lege lata*, sämtliche Werkgattungen im Hinblick auf die Schutzfrist einheitlich behandelt, stehen Konzepte gegenüber, die zwischen längerlebigen Werkgattungen und solchen, deren urheberrechtlicher Schutz nach einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne enden soll, unterscheiden. Alternativen zur einheitlichen Schutzfrist werden verglichen mit Ansätzen, die unmittelbar oder mittelbar differenzieren.

Eine *einheitlich* lange oder sogar ewige Schutzfrist ist mit Blick auf die klassische, urheberzentrierte individualistische Rechtfertigung problematisch, weil vom Urheberrecht längst nicht mehr *primär* der schöpferisch tätige Urheber, sondern in Wahrheit nicht selten Inhaber abgeleiteter Rechte, die Verwerter profitieren. Je mehr im Urheberrecht aber *faktisch* auch schutzwürdige Interessen der Verwerter und der Endnutzer Einzug halten, desto weniger lässt sich eine undifferenziert lange Schutzfrist alleine mit individualistischen Argumenten

inhaltlich rechtfertigen. Der Incentive-Access-Ansatz sowie der transaktionskostenökonomische Ansatz fördern zutage, dass eine *Differenzierung* der Schutzfrist wünschenswert wäre: Eine fixe Differenzierung mittels werk- bzw. gattungsspezifischer, passgenauer Fristen scheitert allerdings an zwei Hürden: Zum einen mangelt es an empirischen Erkenntnissen, ohne die die Festlegung von Fristen zwangsläufig willkürlich wäre. Daneben würde eine solche Regelung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Fristendickicht führen, das die Rechtsanwender überfordern würde. Dem eingangs angesprochenen Rechtfertigungsbedarf des Urheberrechts und seiner Schutzfrist würde aber eine Regelung, die die urheberrechtliche Überregulierung noch weiter verfestigen würde, nicht gerecht, das Gegenteil wäre der Fall.

Letztlich sprechen deshalb die besten Argumente für ein System *de lege ferenda*, das Unterschiede in der Lebensdauer verschiedener Werke bzw. Werkgruppen *mittelbar* berücksichtigt.<sup>22</sup> Denkbar wäre eine Registrierungslösung, bei der das Urheberrecht nach einer Eingangsschutzfrist von fünf bzw. 20 Jahren ab Veröffentlichung oder (Erst-)Registrierung durch mehrfache Verlängerung auf bis zu 75 bzw. 80 Jahre ausgeweitet werden könnte. Der Vorteil eines solchen Ansatzes liegt zunächst in der *marktbasierten* Bestimmung der Schutzdauer: Das Urheberrecht dauert danach so lange, wie die kostenpflichtige Aufrechterhaltung des Schutzes aus Sicht der Urheber lohnt. Zusätzlich zu Gebühren, die für Fristverlängerung(en) anfallen, bietet auch der zeitliche Aufwand für die Registrierung Anreiz für eine Überprüfung dahingehend, ob sich die Aufrechterhaltung des Schutzes jeweils (noch) rentiert. Es sticht die Parallele zum Patentrecht ins Auge, dessen Schutzentstehung und -dauer von der ersten Registrierung bzw. der Entrichtung jährlicher Verlängerungsgebühren abhängen.

Problematisch an beiden Ansätzen zur mittelbaren Differenzierung der Schutzfrist ist allerdings die Anknüpfung des Fristbeginns an die Eintragung in ein Register. Auch wenn längst nicht alle Urheber durch die Einhaltung von Förmlichkeiten zur Herbeiführung des urheberrechtlichen Schutzes abgeschreckt werden dürften, scheint der Preis, weniger gut organisierte Urheber durch das Raster fallen zu lassen, hoch – jedenfalls bei der Registrierung als Voraussetzung für die *Entstehung*

des Schutzes. Darüber hinaus ist nach deutschem<sup>23</sup> und internationalem<sup>24</sup> Urheberrecht die Entstehung und Ausübung des Schutzes nicht an die Erfüllung von Förmlichkeiten gebunden.

## 6. Teil: Mögliche Gestaltung der Schutzfrist *de lege ferenda*

Neben der Erklärung<sup>25</sup> einer Gestaltung der Schutzfrist *de lege ferenda* schlägt der Autor folgende Formulierung für eine Neugestaltung der Schutzfrist vor:<sup>26</sup>

- (1) Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte entstehen mit der Schöpfung des Werkes und erlöschen frühestens 15 Jahre nach dessen gestatteter Erstveröffentlichung (Eingangssfrist). Wurde das Werk nicht veröffentlicht, beginnt die Schutzfrist mit der Werkschöpfung.
- (2) Die Schutzfrist nach Absatz 1 kann um jeweils fünf Jahre nach Ablauf der Eingangssfrist insgesamt bis zu siebenmal verlängert werden. Die Verlängerung wird durch Eintragung des Werkes in ein Register bewirkt. Für jede Verlängerung ist eine Gebühr zu entrichten, die von Periode zu Periode ansteigt. Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte erlöschen spätestens 50 Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung oder der Werkschöpfung.
- (3) Das Urheberpersönlichkeitsrecht nach Maßgabe der §§ 12 bis 14 erlischt 70 Jahre nach dem Tode des Urhebers.
- (4) Alle oben genannten Fristen sind Jahresfristen und werden nach Maßgabe von § 69 berechnet.
- (5) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, die näheren Einzelheiten der Verlängerung und der Gebühren nach Absatz 2 durch Rechtsverordnung zu erlassen.

## 7. Teil: Ausblick

Das Grundmotiv für die Heranziehung der Rechtsökonomik war die eingangs festgestellte Tendenz der urheberrechtlichen Schutzexpansion und einer zugleich konstatierten Akzeptanzkrise des Urheberrechts. Die Effektivität des Urheberrechts lässt sich nicht dekretieren. Letztlich also muss die Akzeptanz des Urheberrechts

22 Zustimmung *Flehsig*, Besprechung zu Bischoffshausen, Die ökonomische Schutzfrist des Urheberrechts, ZUM 2014, 626, 627.

23 Dies folgt aus dem sog. Schöpfungsprinzip, § 7 UrhG.

24 Siehe Art. 5 Abs. 2 Satz 1 RBÜ (Pariser Fassung).

25 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 343 ff.

26 Der *Autor* räumt ein, dass eine Umsetzung angesichts der auf europäischer und internationaler Ebene bestehenden Regelungen

wenig realistisch scheinen mag, weist aber zugleich darauf hin, dass eine ergebnisoffene Diskussion überhaupt erst möglich ist, wenn Vorschläge auf dem Tisch liegen. *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 348 f. Zweifel an der Umsetzbarkeit der vorgeschlagenen Lösung äußert *Peukert*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, 77, 88.

verbessert werden, damit alle Adressaten des Urheberrechts – Urheber, Intermediäre und Endnutzer – wissen, weshalb die Rechtsordnung welche Arten von Werken für wie lange schützt. Die Rechtsökonomik bedient sich bei der Analyse rechtlicher Phänomene eines hohen Abstraktionsgrades, die die facettenreiche Realität des kreativen Schaffens zwangsläufig auf Modelle reduziert, in denen die denkbaren Motive des Werkschaffens monetarisiert werden. Für die institutionelle Rechtfertigung des Urheberrechts stoßen die verschiedenen rechtswirtschaftlichen Ansätze an Grenzen, weil sie oft genug nur die vermögenswerten Urheberinteressen im Blick haben. *Cum grano salis* überzeugt die ökonomische Analyse bei der Grundfrage, warum das Urheberrecht nach ökonomischer Lesart nicht nur ist, sondern sein soll. Bei der konkreten Frage der inhaltlichen Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist führt die ökonomische Analyse gleichwohl zu einer gewissen Ernüchterung. Wegen der theorieimmanenten Ausblendung unzähliger, da unzählbarer Rahmenbedingungen kann die rich-

tige Schutzfrist jahresgenau nicht bestimmt werden. Bessere, belastbarere und vor allen Dingen konkretere Ergebnisse werden sich mithilfe der ökonomischen Analyse nur erzielen lassen, wenn das empirische Fundament des Forschungsgebietes Urheberrecht weiter verstärkt wird. Auch wenn die untersuchten ökonomischen Ansätze qualitativ für ein größeres Maß an Differenzierung der Schutzfrist sprechen, treten auch die Grenzen einer Ökonomisierung des Urheberrechts zutage. Wie am unterbreiteten Vorschlag für eine Schutzfristregelung *de lege ferenda* sichtbar wird, soll deshalb nicht einem Primat der Rechtsökonomik das Wort geredet werden. Bei der Suche nach einer optimalen urheberrechtlichen Schutzfrist müssen nicht nur aus verfassungsrechtlichen Gründen auch metaökonomische Ziele angemessen Berücksichtigung finden.

Dr. Albrecht Bischoffshausen, LL.M. arbeitet als Rechtsanwalt in München.



# Ludwig Raiser

## *Die Universität im Staat*<sup>1</sup>

Die Selbstständigkeit der Universität dient dazu, der Wissenschaft in Forschung und Lehre den Raum freier Selbstbestimmung zu sichern, dessen sie bedarf um unvoreingenommen Erkenntnis zu gewinnen und damit dem Staat und allen außerstaatlichen Mächten auch kritisch gegenüberzutreten zu können. Der Sinn ist nicht Abkehr vom Staat, sondern ein besonderer Dienst im Staat. Zwar wäre es unrichtig zu behaupten, unvoreingenommene, kritische Forschung sei nur in autonomen Forschungseinrichtungen möglich. Es gibt allenthalben staatliche und industrielle Forschungsinstitute, deren Forschungsarbeit dem Rang nach nicht hinter der der Hochschulen zurückbleibt, und man würde sich die Kritik am sowjetischen System unverantwortlich leicht machen, wollte man Rang und Wert der an den dortigen Anstalten getriebenen Forschung leugnen. Aber alle geschichtliche Erfahrung lehrt, daß die Versuchung für

den Staat als Machthaber zu groß ist, die Forschungsergebnisse zu beeinflussen und die wissenschaftliche Kritik zu unterdrücken. Wie der demokratische Rechtsstaat des Rechtes bedarf, um in Ehren leben zu können, und dennoch die Rechtsprechung unabhängigen Gerichten anvertraut, so muß von ihm um seiner Existenz willen gefordert werden, daß er den Universitäten als den hauptsächlichen Trägern der Wissenschaft, deren Haltung den Maßstab setzt für alle übrigen Forschungseinrichtungen des Landes, diejenige Selbstständigkeit gibt und rechtlich sichert, die es ihnen ermöglicht, ihren Dienst im und am Staat frei auszurichten.

Ludwig Raiser (1904-1980) war Rektor der Universitäten Göttingen und Tübingen, 1951-1955 DFG-Präsident und 1961-1965 Vorsitzender des Wissenschaftsrats.

1 Auszug entnommen aus *Ludwig Raisers* Schrift „Die Universität im Staat“. Erschienen im Rahmen der Schriften des Hofgeismarer Kreises zur Lage und Reform der deutschen Hochschulen, Heidelberg 1958



# Nikolaus Blum und Katrin Vehling

## „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG

### I. Ausgangslage

Dass die Novellierung des Gesetzes über befristete Verträge in der Wissenschaft (kurz Wissenschaftszeitvertragsgesetz – WissZeitVG<sup>1</sup>) auf der politischen Agenda steht, war spätestens seit der Aufnahme der befristeten Beschäftigungsverhältnisse in die Reformvorhaben des Koalitionsvertrags<sup>2</sup> zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013 klar. Die Regierungsparteien haben hier generellen Handlungsbedarf gesehen und eine Novellierung des Gesetzes angekündigt. Bundesministerin Johanna Wanka hat diese Ankündigung Anfang des Jahres wieder aufgegriffen und erklärt, sie wolle mit einer Änderung des WissZeitVG gegen die prekären Arbeitsbedingungen bei Deutschlands wissenschaftlichem Nachwuchs vorgehen.<sup>3</sup>

Seitdem arbeiteten die Regierungsfractionen an einer Verständigung über die Eckpunkte der Novellierung. Der erste Schritt zur Einigung war Ende Juni 2015 erreicht. CDU und CSU präsentierten ein Papier<sup>4</sup> „Grundsätze für gemeinsames Bund-Länder-Programm und Eckpunkte für flankierende Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes“, welches sich in entscheidenden Punkten mit dem Anfang des Jahres vorgelegten Positionspapier<sup>5</sup> zur Novellierung des WissZeitVG der SPD-Bundestagsfraktion deckte.

Der vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) erarbeitete Referentenentwurf für ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (1. WissZeitVGÄndG)“<sup>6</sup> ließ nicht lange auf sich warten und liegt seit dem 15. Juli 2015 vor.

Das bislang geltende WissZeitVG entstand im Zuge der Föderalismusreform, die im September 2006 in Kraft trat und die Aufhebung der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes vorsah. Es löste die §§ 57a-57f Hochschulrahmengesetz (HRG) ab. Das in diesen Vorschriften geregelte wissenschaftliche Sonderbefristungsrecht wurde im WissZeitVG verselbstständigt und erweitert. Das neue Gesetz sah sich seit seinem Inkrafttreten am 18.4.2007 anhaltender Kritik ausgesetzt.

Von Anfang an haben die in den Wissenschaftseinrichtungen vertretenen Gewerkschaften ihren Unmut über das WissZeitVG und die dadurch rechtlich gestützte Befristungspraxis an Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen kundgetan.<sup>7</sup>

Die im Jahr 2008 vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) bei der HIS Hochschul-Informationssystem GmbH in Auftrag gegebene und 2011 vorgestellte Evaluation<sup>8</sup> des WissZeitVG bestätigte einzelne Kritikpunkte bezüglich hoher Befristungsquoten und kurzer Vertragslaufzeiten.<sup>9</sup>

Mit zunehmender Bedeutung von wissensbasierten Tätigkeiten und dem daraus resultierenden, wachsenden öffentlichen Interesse an der Situation des wissenschaftlichen Nachwuchses<sup>10</sup> ist die Befristungspraxis im Wissenschaftsbereich in den letzten Jahren in den politischen Fokus gerückt und immer wieder Gegenstand diverser Novellierungsinitiativen geworden. Auch wenn befristete Beschäftigungsverhältnisse aufgrund von Qualifizierungsphasen, zeitlich begrenzt zur Verfügung stehenden Mitteln sowie weiteren, sich aus der Organisation der Wissenschaft selbst ergebenden Sachgründen seit Langem im deutschen Wis-

1 Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506)

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, 16.12.2013, S. 21.

3 Siehe zB <http://www.spiegel.de/uni/spiegel/studium/arbeitsbedingungen-wanka-will-ausbeutung-von-wissenschaftlern-stoppen-a-1013667.html> [abgerufen am 16.8.2015].

4 Arbeitsgruppe Bildung und Forschung der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Mit dem Tenure-Track-Programm Perspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs substanziell verbessern – Grundsätze für gemeinsames Bund-Länder-Programm und Eckpunkte für flankierende Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, 23. Juni 2015.

5 Arbeitsgruppe Bildung und Forschung der SPD-Bundestagsfraktion, Eckpunktepapier zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 30.6.2014.

6 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Bildung und Forschung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschafts-

zeitvertragsgesetzes (1. WissZeitVGÄndG), Bearbeitungsstand 9.7.2015.

7 Siehe zB GEW-Stellungnahme zur Einführung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 1.4.2007, abrufbar unter <http://www.gew.de/wissenschaft/wissenschaftszeitvertragsgesetz/> [abgerufen am 16.8.2015].

8 Jongmanns, Evaluation des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG), Gesetzesevaluation im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (HIS:Forum Hochschule 4/2011). Hannover: HIS.

9 Jongmanns, aaO, S. 2, wonach sich im Jahr 2009 83 Prozent der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis befanden.

10 Konsortium Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs, Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2013 (BuWiN 2013): Statistische Daten und Forschungsbefunde zu Promovierenden und Promovierten in Deutschland, Wichtige Ergebnisse im Überblick, S.4.

senschaftsbetrieb etabliert sind, wird politisch der Ruf nach mehr Planbarkeit und Sicherheit von wissenschaftlichen Berufswegen immer lauter.

## II. Novellierungsbedarf aus Sicht der außeruniversitären Forschung

Aus dem Blickwinkel der Wissenschaftseinrichtungen ist zunächst zu fragen, ob tatsächlich ein dringender Novellierungsbedarf besteht und ob mit den vorliegenden Änderungsvorschlägen die bestehenden Herausforderungen bewältigt werden. Die bereits erwähnte HIS-Studie hat die bestehende Befristungspraxis an den deutschen Universitäten und Wissenschaftseinrichtungen schonungslos offengelegt. Häufig kurze Vertragslaufzeiten von unter einem Jahr, unabhängig von der Qualifikationsphase, hohe Befristungsquoten bei den wissenschaftlichen Beschäftigten in den Einrichtungen sowie mangelnde Berufsperspektiven kennzeichnen das Bild der viel angeführten „ausufernden Befristungspraxis“.<sup>11</sup> An dieser Situationsbeschreibung dürfte sich seit der Datenerhebung für die Studie wenig geändert haben.<sup>12</sup> Es steht außer Zweifel, dass sie unakzeptabel ist. Und zwar nicht nur für den wissenschaftlichen Nachwuchs, dem berechenbare und transparente Karrierewege fehlen – das liegt auf der Hand. Die Situation ist auch für die Wissenschaftseinrichtungen eine immense Belastung, denn sie verursacht einen hohen Verwaltungsaufwand und stellt die Zusammenarbeit zwischen Instituten, Fakultäten und Personalverwaltungen nicht selten auf die Zerreißprobe. Insoweit besteht dringender Reformbedarf.

Gleichzeitig drängt sich jedoch die Frage auf, ob eine allein rechtliche Herangehensweise tatsächlich geeignet ist, die festgestellten Probleme zu lösen. Denn nicht primär das Arbeitsrecht ist Ursache der unerwünschten Entwicklungen. Betrachtet man den Gesamtkontext lassen sich weitere, nicht minder relevante Faktoren identifizieren, welche beträchtlichen Einfluss auf die Beschäftigungsverhältnisse in der Wissenschaft nehmen.

Allen voran sind hier die finanzielle Lage der Wissenschaftseinrichtungen und die Förderpraxis der Mittelgeber zu nennen. Der Anteil der Drittmittelforschung an den projektbezogenen Fördermaßnahmen ist in den vergangenen Jahren stetig gewachsen. Ständige Finanzierungsunsicherheiten durch die Abhängigkeit von den Fi-

nanzierungsträgern erschweren nicht selten eine mittelfristige Stellenplanung. Im gleichen Atemzug nehmen die Performance-Erwartungen der Mittelgeber gegenüber den Mittelempfängern zu: Forschungsvorhaben werden immer komplexer und internationaler und erfordern einen zunehmend höheren Verwaltungsaufwand (etwa bei der Ausgestaltung von Vertragswerken).

Der Konkurrenzkampf um die zur Verfügung stehenden Mittel in der Wissenschaft wird härter. Die Forderung nach mehr unbefristeten Stellen für wissenschaftliche Beschäftigte muss daher solange eine kaum lösbare Aufgabe bleiben, als es den Forschungseinrichtungen nicht möglich ist, eine belastbare mittel- und langfristige Budgetplanung für die geforderten Zusatzplanstellen zu erstellen.

In diesem Kontext ist weiterhin zu bedenken, dass der demographische Wandel auch das Wissenschaftssystem trifft und es vor neue personelle und strukturelle Herausforderungen stellt. Die bisher größtenteils personalverwaltend tätigen Personalbereiche müssen umdenken, sich freischwimmen und planerisch und steuernd eingreifen. Dies erfordert Kenntnisse in personalpolitischen und -strategischen Gestaltungsmöglichkeiten und Prozessen, wie sie in der freien Wirtschaft bereits seit Langem den Erfolg und die Arbeitgeberattraktivität von Unternehmen sichern. Auch verschiebt sich der Themenschwerpunkt auf die Phase nach der Promotion.<sup>13</sup> Wurde zu Beginn des Jahrtausends noch fast ausschließlich die Situation der Promovierenden und die Entwicklung und der Ausbau strukturierter Doktorandenprogramme thematisiert, hat sich der Fokus von Öffentlichkeit und Politik nunmehr verstärkt auf die beruflichen Perspektiven der Postdoktoranden verschoben.<sup>14</sup>

Eine erhöhte Fluktuation der Beschäftigten liegt bei Forschungseinrichtungen, gleich ob außeruniversitär oder universitär, in der Natur der Sache.<sup>15</sup> Nur in beschränktem Umfang stehen Professuren, Instituts- und Abteilungsleiterstellen oder Stellen des sogenannten Mittelbaus zur unbefristeten Besetzung zur Verfügung. Auch die Innovationsfähigkeit der Einrichtungen erfordert einen regelmäßigen Zufluss von neuem und flexiblem Gedankengut. Die Forschungseinrichtungen sind überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert, daher dem Gemeinwohl verpflichtet und mit einem Ausbildungsauftrag versehen. Niemand erwartet ernsthaft,

11 Ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Pressemitteilung vom 19.1.2015. Abrufbar unter: <https://www.verdi.de/presse/pressemitteilungen/++co++b8c149ea-9fda-11e4-a02e-52540059119e> [abgerufen am 16.8.2015].

12 Die Datenbasis für die HIS-Studie stammt aus dem Jahr 2009.

13 BuWiN 2013 – Überblick, aaO, S.4.

14 BuWiN 2013 – Überblick, aaO, S.4.

15 So auch Bundeskanzlerin Angela Merkel (CDU), wenn sie von einer „der schwierigeren Aufgaben“ spricht, die Balance zwischen Dynamik und Sicherheit zu finden“, zu finden unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Koalition-will-Zeitvertragsgesetz-fuer-Wissenschaftler-aendern-2730651.html> [abgerufen am 16.8.2015].

dass für alle Doktoranden Dauerstellen in der öffentlichen Forschung bereitstehen. Bei den Postdoktoranden, die nach der Promotion in der Forschung bleiben, ist die Erwartungshaltung schon höher, auch wenn faktisch der größte Teil später als hochqualifiziertes Personal in Unternehmen der freien Wirtschaft oder öffentliche Einrichtungen wechselt. Erschwert wird der Wechsel immer noch durch eine verengte akademische Sichtweise, die ihn häufig als Scheitern einer akademischen Karriere wertet. Dieses „Mindset“ muss sich ändern und durch eine Fluktuationskultur ersetzt werden.

In Anbetracht der Fülle der Faktoren, die die Beschäftigungssituation in der Wissenschaft beeinflussen, lässt sich feststellen, dass es eines politischen Maßnahmenbündels<sup>16</sup> bedürfen wird, um nachhaltige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen für wissenschaftliches Personal herbeizuführen. Es muss auch die Finanzierungsmodalitäten und personalpolitische Maßnahmen umfassen. Die geplante Gesetzesreform des WissZeitVG kann einen Beitrag leisten, „den Fehlentwicklungen bei Befristungen“<sup>17</sup> in der Wissenschaft entgegenzuwirken. Das erhoffte Allheilmittel wird sie nicht sein.<sup>18</sup>

Ungeachtet dieser Feststellung sollen im Folgenden die rechtlichen Aspekte der geplanten Gesetzesnovellierung eingehender beleuchtet werden.

### III. Rechtliche Kritik

Im Zentrum der Kritik am WissZeitVG in seiner derzeitigen Fassung steht die Annahme, das Gesetz leiste, in Abweichung von seinen eigentlichen Regelungszielen, einer ausufernden Befristungspraxis bei wissenschaftlichem und künstlerischem Personal an Universitäten und Forschungseinrichtungen Vorschub.

Im Detail belaufen sich die Einwände insbesondere auf die im Folgenden kurz dargestellten Punkte<sup>19</sup>:

- Das Gesetz ermöglicht kurzlaufende Kettenverträge. In den Wissenschaftseinrichtungen findet sich daher ein hoher Anteil an Beschäftigten mit befristeten Arbeitsverhältnissen, deren Laufzeiten nicht selten unter einem Jahr liegen und eine verlässliche Karriere- und Familienplanung erschweren.

- Teilweise fehlt es bei befristeten Beschäftigungsverhältnissen in der ersten Qualifikationsphase (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG) an einer Sicherstellung, dass das Ziel der Qualifikationsbefristung auch erreicht wird. Ohne vertragliche Vereinbarungen über die jeweiligen Rechte und Pflichten bietet sich im Bedarfsfall für die Betroffenen keine Handhabe, ihren Anspruch auf Qualifizierung durchzusetzen. Befristungs- und Qualifizierungsdauer sind dabei nicht selten inkongruent.

- Bei der Anrechnung von studienbegleitenden befristeten Arbeitszeiten auf die insgesamt zulässigen Befristungsdauern gibt es keine einheitliche Handhabung in den Einrichtungen. Das WissZeitVG trägt nicht zu einer Klarstellung bei, wenn es von der Nichtanrechenbarkeit von Zeiten eines befristeten Arbeitsverhältnisses spricht, die „vor dem Abschluss des Studiums liegen“ (§ 2 Abs. 3 Satz 3 WissZeitVG).

- Ähnlich verhält es sich bei der Anrechnungspraxis von Eltern-, Betreuungs- und Pflegezeiten (§ 2 Abs. 5 WissZeitVG). Insbesondere bei einem Arbeitgeberwechsel ist nicht gewährleistet, dass diese familienpolitische Regelung sachgerecht zur Anwendung kommt.

- Die Möglichkeit, wissenschaftliches und wissenschaftsaccessorisches Personal aufgrund von vorübergehend zur Verfügung stehenden Finanzmitteln gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG befristet zu beschäftigen, führt ohne eine Kopplung der Befristungsdauer an die Laufzeit der Finanzierungsbewilligung zu Kettenbefristungen und Kurzverträgen. Überdies wird mit diesem Befristungstatbestand der Anwendungsbereich des Gesetzes auf das wissenschaftsaccessorische Personal ausgeweitet. Dieses Personal setzt sich gerade nicht aus Wissenschaftlern zusammen und übt nach Auffassung der Kritiker zumeist Daueraufgaben aus.

- Die in § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 WissZeitVG enthaltene Tarifsperrung verschließt diesen arbeitsrechtlichen Sonderbereich gegenüber einer kollektivrechtlichen Ausgestaltung durch die Tarifpartner.

16 Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Stellungnahme zur Novelle des WissZeitVG vom 25.3.2015. Abrufbar unter [http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Allianz\\_WissZeitVG\\_20150325.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Allianz_WissZeitVG_20150325.pdf) [abgerufen am 16.8.2015].

17 <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Koalition-will-Zeitvertragsgesetz-fuer-Wissenschaftler-aendern-2730651.html> [abgerufen am 16.8.2015].

18 So auch *Albert Rupprecht* (CSU), der sich mit Bezug zu der

Situation an den Hochschulen äußerte: „Die Praxis an den Hochschulen aber ist viel komplizierter als es per Gesetz zu fassen ist.“ Zu finden auf <http://www.sueddeutsche.de/politik/hochschulenzwang-des-zeitvertrags-1.2511139> [abgerufen am 16.8.2015].

19 SPD-Eckpunktpapier, aaO; Erläuterungen in den Gesetzesentwürfen der Fraktion der SPD, BT-Drs. 17/12531 sowie der Fraktion von Bündnis90/Die Grünen, BT-Drs. 18/1463.

Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Auslegung des WissZeitVG ist begrenzt. Die seit Inkrafttreten des WissZeitVG ergangenen Urteile konnten die drängenden Fragen der Praxis nur teilweise beantworten. Zwar ist unbestritten, dass es den Gerichten zu einzelnen Fragestellungen gelungen ist, den Anwendern jedenfalls Anhaltspunkte für die richtige Anwendung und Auslegung der Vorschriften des WissZeitVG an die Hand zu geben. So etwa bei der Ermittlung des Zeitpunktes des Abschlusses einer Promotion<sup>20</sup> oder der Ermittlung der Höchstbefristungsdauer bei wissenschaftlichen Beschäftigten, die nicht den medizinischen Fachrichtungen angehören,<sup>21</sup> aber in der medizinischen Forschung arbeiten.<sup>22</sup>

Für die nötige Rechtssicherheit und folglich Planbarkeit und Verlässlichkeit bei den befristet Beschäftigten hat dies nicht gesorgt. Als Beispiel sei eines der in diesem Kontext am meisten beachteten Urteile der letzten Jahre genannt. In der Entscheidung des BAG vom 1.6.2011<sup>23</sup> hatte das Gericht die sachgrundlose Befristung einer promovierten Lehrkraft für besondere Aufgaben für rechtswidrig erklärt, da der personelle Geltungsbereich des § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 1 WissZeitVG – wissenschaftliches und künstlerisches Personal mit Ausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer – im vorliegenden Fall nicht eröffnet gewesen sei.

Zunächst stellte das BAG fest, dass das WissZeitVG seinen persönlichen Geltungsbereich „eigenständig und abschließend“<sup>24</sup> bestimme. Es komme daher nicht auf die Begriffsbezeichnungen oder statusrechtliche Zuordnungsdefinitionen nach den Landeshochschulgesetzen an.<sup>25</sup> Mit dem Abhandenkommen der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes im Zuge der Föderalismusreform „ging die Definitionsmacht für die verschiedenen Kategorien der Personalstruktur an den Hochschulen auf die Länder über, so dass der Bund gezwungen war, den personellen Geltungsbereich des WissZeitVG eigenständig zu definieren“.<sup>26</sup> Da das WissZeitVG aber gerade nicht definiert, was unter dem Begriff „wissenschaftlicher Mitarbeiter“ zu verstehen ist, hatte das BAG ergänzend eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Befristungsmöglichkeit und unter Berücksichtigung grundgesetzlicher Wertentscheidungen vorzunehmen.<sup>27</sup>

Wissenschaftliches Personal müsse danach eine – zumindest überwiegend – wissenschaftliche Dienstleistung erbringen, da nur eine „inhaltlich-tätigkeitsbezogene Interpretation des Begriffs ‘wissenschaftliches Personal’“<sup>28</sup> dem „Sinn und Zweck des Gesetzes“<sup>29</sup> entspreche und das im Gesetzestext verwendete Adjektiv „wissenschaftlich“ als „tätigkeitsbezogener Ausdruck (...) auf einen – von einer reproduktiven oder repetierenden Tätigkeit abzugrenzenden – Aspekt hin [deutet]“.<sup>30</sup>

Das BAG hat angenommen, dass „wissenschaftliche Tätigkeit (...) alles [sei], was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist (...)“.<sup>31</sup> Sie sei „nach Aufgabenstellung und anzuwendender Arbeitsmethode darauf angelegt, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern“.<sup>32</sup> „Die Vermittlung von Fachwissen und praktischen Fertigkeiten an Studierende und deren Unterweisung in der Anwendung wissenschaftlicher Methoden“<sup>33</sup> könne dabei ebenfalls eine wissenschaftliche Dienstleistung sein.<sup>34</sup> Dies aber nur dann, wenn die Lehrtätigkeit dem Lehrenden „die Möglichkeit zur eigenständigen Forschung und Reflexion“<sup>35</sup> belasse.

Die Grenzen dieser Definition sind erkennbar fließend,<sup>36</sup> „wenig konturiert und aussagekräftig“<sup>37</sup>, die rein dogmatische Herangehensweise problematisch.<sup>38</sup> Wissenschaftliche Einrichtungen werden nach diesem Urteil gezwungen, bei jeder Einstellung im Einzelfall zu diskutieren, ob die von dem Mitarbeiter auszuführenden Aufgaben als wissenschaftliche Tätigkeit anzusehen sind oder nicht. Denn die Trennlinie zwischen wissenschaftlichem Personal i. S. d. WissZeitVG und sonstigen Beschäftigten verläuft in der Praxis nicht immer derart gradlinig, wie vom BAG offenbar angenommen. Die Unsicherheiten bei der Grenzziehung, insbesondere im Bereich von Befristungen bei wissenschaftlichen Misch Tätigkeiten, die sowohl wissenschaftlich-forschender als auch verwaltender oder lehrender oder krankenversorgender Natur sind, werden bleiben. Insgesamt hat dieses Urteil also eher zu einer Verunsicherung über den Anwendungsbereich des WissZeitVG geführt.

20 BAG, Urteil vom 20.1.2010 - 7 AZR 753/08.

21 BAG, Urteil vom 2.9.2009 - 7 AZR 291/08.

22 Hauck-Scholz, Aktuelle Probleme des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG), öAT 2013, S. 89.

23 BAG, Urteil vom 1.6.2011 - 7 AZR 827/09; NZA 2011, S. 1280.

24 NZA 2011, S. 1280 (1282).

25 NZA 2011, S. 1280 (1282).

26 Hauck-Scholz, aaO, S. 89.

27 ArbG Hamburg, Urteil vom 26.2.2014 - 27 Ca 307/13.

28 NZA 2011, S. 1280 (1284).

29 NZA 2011, S. 1280 (1284).

30 NZA 2011, S. 1280 (1284).

31 NZA 2011, S. 1280 (1283).

32 NZA 2011, S. 1280 (1283).

33 NZA 2011, S. 1280 (1283 f.).

34 NZA 2011, S. 1280 (1283 f.).

35 NZA 2011, S. 1280 (1283).

36 Kroll, Aktuelles zum Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen – Rechtsprechung und Gesetzgebung, öAT 2014, S. 244 (245).

37 Hauck-Scholz, aaO, S. 89.

38 Hauck-Scholz, aaO, S. 89.

#### IV. Novellierungsvorschläge

Es hat in den vergangenen Jahren mehrere Gesetzesinitiativen zu einem „Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (1. WissZeitVG-ÄndG)“ gegeben.

Auf einen, noch in der letzten Legislaturperiode von der Bundestagsfraktion der SPD vorgelegten Entwurf<sup>39</sup> folgte ein fast gleich lautender Gesetzesantrag<sup>40</sup> der Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Hamburg, dem Baden-Württemberg, Bremen und Niedersachsen beigetreten sind, der allerdings nicht durch den Bundesrat eingebracht wurde. Aufgrund der Bundestagswahl und langwierigen Koalitionsverhandlungen stagnierte das Novellierungsvorhaben anschließend. Seit Mai 2014 liegt ein Vorschlag<sup>41</sup> der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen vor. Dieser Gesetzesentwurf geht nicht über den von der SPD im Jahr 2013 vorgelegten Entwurf hinaus.

Schließlich hat auch die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) im Januar 2015 einen umfangreichen Entwurf<sup>42</sup> eines Gesetzes zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVGÄndG) vorgelegt, dessen Grundforderungen sich zwar mit den Entwürfen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen decken, in vielen Teilen aber weit über das dort Geforderte hinaus gehen.

Die Reformvorschläge lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Einführung von Mindestvertragslaufzeiten von grundsätzlich zwei Jahren in der Post-Doc-Phase, um für mehr Beschäftigungssicherheit und Planbarkeit zu sorgen und zukünftig die häufige Vereinbarung von sehr kurzen Vertragslaufzeiten von bis zu einem Jahr zu unterbinden.

- Verpflichtender Abschluss einer den Vertrag ergänzenden Betreuungsvereinbarung als zusätzliche Voraussetzung für eine Befristung in der Promotionsphase gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG, wobei die Betreuungsvereinbarung den Qualifizierungszweck der Beschäftigung (i. d. R. die Promotion) sowie die jeweiligen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, Betreuungsstandards oder z.B. etwaige Lehrverpflichtungen wiederzugeben hat und an die vorgesehene Laufzeit des Beschäf-

tigungsverhältnisses zu koppeln ist (weitergehend bei der GEW: Qualifizierungsabrede sowie für den Fall des Erreichens des Qualifizierungsziels die Vereinbarung des Entfalls der Befristungsabrede als Voraussetzung für Befristung in Post-Doc-Phase).

- Engere Fassung des Anwendungsbereichs des Befristungstatbestands der überwiegenden Drittmittelfinanzierung dahingehend, dass befristete Arbeitsvertragslaufzeiten nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG künftig den Laufzeiten der Finanzierungsbewilligungen der Drittmittelgeber entsprechen müssen (bei längeren Bewilligungszeiträumen mindestens 24 Monate).

Daneben zusätzliche Vorgaben für die Befristung von nicht-wissenschaftlichem und nicht-künstlerischem Personal, wonach der Arbeitgeber die Notwendigkeit einer befristeten Beschäftigung darlegen und stets mehr als 50 Prozent des angestellten nicht-wissenschaftlichen und nicht-künstlerischen Personals in einer Einrichtung fest angestellt sein muss (anders bei der GEW: Gänzliche Herausnahme von überwiegend mit Lehraufgaben betrautem sowie nicht-wissenschaftlichem und nicht-künstlerischem Personal aus dem Anwendungsbereich des WissZeitVG).

- Klarstellung, dass Arbeitszeiten, die während des Erststudiums (Abschluss mit Bachelor und konsekutiv anschließendem Master oder gleichwertig) geleistet wurden, nicht auf die 12- beziehungsweise 15-Jahre-Regelung angerechnet werden, um einheitliche Handhabung bei der Anrechnung von studienbegleitenden Arbeitszeiten zu gewährleisten.

- Sicherstellung, dass privilegierte Tatbestände nach § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG (z.B. Mutterschutz/Elternzeit, Pflege von Kindern oder Angehörigen) auch tatsächlich Begünstigten zugutekommen. In der Praxis sind derartige Zeiten bei Arbeitgeberwechseln nicht immer erkennbar ausgewiesen worden (wesentlich umfassender die GEW: Automatismus auch bei Verlängerung im Rahmen der familienpolitischen Komponente in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG sowie Ausweitung derselben auch auf Drittmittelbefristungen).

- Aufhebung der Tarifsperre in § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 WissZeitVG zur Sicherung der Tarifautonomie.

39 BT-Drs. 17/12531.

40 BR-Drs. 267/13.

41 BT-Drs. 18/1463.

42 GEW-Gesetzesentwurf: Dauerstellen für Daueraufgaben - Min-

destandards für Zeitverträge; abrufbar unter: <http://www.gew.de/wissenschaft/wissenschaftszeitvertragsgesetz> [abgerufen am 16.8.2015].

#### IV. Referentenentwurf vom 9.7.2015<sup>43</sup>

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Bildung und Forschung für ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes“ – 1. WissZeitVGÄndG – behält, wie erwartet, die grundsätzliche Stoßrichtung der Eckpunkte der Fraktionen von CDU/CSU und SPD sowie der vorausgegangenen Gesetzesinitiativen bei. So soll mit der Gesetzesänderung – sei es durch Neuregelungen, sei es durch stärkere Konturierung bestehender Regelungen – Fehlentwicklungen in der Befristungspraxis entgegengetreten werden, ohne die in der Wissenschaft erforderliche Flexibilität und Dynamik zu beeinträchtigen<sup>44</sup> und sie damit handlungsunfähig zu machen. Gleichzeitig distanziert sich der Referentenentwurf aber auch von Forderungen der früheren Vorschläge. Er übernimmt nicht die vielfach eingebrachte Aufhebung der Tarifsperre, weil sie „der Grundkonzeption des Gesetzes widerspricht“<sup>45</sup>, oder die Verpflichtung zum Abschluss von Betreuungsvereinbarungen, weil sie „von der dem Gesetz zugrunde liegenden Gesetzgebungskompetenz nicht gedeckt ist“<sup>46</sup> sowie die Forderung nach Mindestvertragslaufzeiten wegen „fehlender Zweckmäßigkeit“<sup>47</sup>.

Konkret sieht der Referentenentwurf die explizite Aufnahme des Qualifizierungsziels als Grundlage einer sachgrundlos<sup>48</sup> befristeten Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG vor. Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 (Promotionsphase) und Satz 2 (Post-Doc-Phase) werden an das Erfordernis geknüpft, dass die jeweilige Beschäftigung „zur eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“<sup>49</sup> dient. Die Wahrnehmung auch von Daueraufgaben durch befristete Beschäftigte bleibt möglich, ist aber künftig nur noch dann als sachgerecht anzusehen, wenn die Tätigkeit im Zusammenhang mit der persönlichen Qualifizierung des einzelnen Beschäftigten steht.<sup>50</sup>

Die vereinbarte Befristungsdauer und die angestrebte Qualifizierung sollen künftig in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>51</sup> Bei einer formalen Qua-

lifizierung wie etwa der Promotion bedeutet dies, dass die Laufzeit des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses dem Doktoranden die Möglichkeit geben muss, die Promotionsleistungen in angemessener Zeit zu erbringen. Kurz- und Kettenbefristungen sollen hierdurch verhindert werden.

Im Bereich von Befristungen aufgrund von Drittmittelfinanzierungen soll die vereinbarte Befristungsdauer der jeweiligen Dauer der Mittelbewilligung entsprechen.<sup>52</sup> Der Abschluss eines in der Laufzeit nicht der Dauer der Mittelbewilligung entsprechenden, kürzeren Vertrags bleibt bei begründeten Ausnahmen im Einzelfall möglich.<sup>53</sup> Als mögliche Gründe für eine Kurzbefristung nennt der Referentenentwurf Abschlussarbeiten im Nachgang zu einem Arbeitsverhältnis, etwa zur Fertigstellung einer Publikation, Doktorarbeit oder eines Projekts, sowie die Überbrückung zu einer Anschlussbeschäftigung oder zwischen zwei Projekten.<sup>54</sup>

Eine Befristung wegen Drittmittelfinanzierung von wissenschaftsakzessorischem Personal soll nicht mehr möglich sein. Der Anwendungsbereich des WissZeitVG wird nicht mehr auf diese Beschäftigtengruppe ausgeweitet.

Die familienpolitische Komponente in § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG (neu) soll dahingehend präzisiert werden, dass sich die insgesamt zulässige Befristungsdauer bei Betreuung eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren nicht nur bei leiblichen und adoptierten Kindern um zwei Jahre je Kind verlängert, sondern auch bei der Betreuung von Stief- und Pflegekindern (Verweis auf § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz).

Der Entwurf greift schließlich noch die Problematik der uneinheitlichen praktischen Handhabung der Anrechnung von studienbegleitenden befristeten Arbeitszeiten auf die insgesamt zulässigen Befristungsdauern auf und stellt in einem neuen § 6 klar, dass studentische Hilfskrafttätigkeiten nicht nur während eines Studiums, das zu einem ersten berufsqualifizierenden Abschluss führt (z.B. Bachelor), sondern auch während einem konsekutiv anschließendem Master- oder gleichwertigem Studium anrechnungsfrei bleiben.

43 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO.

44 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Vorblatt, S. 1.

45 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Vorblatt, S. 1.

46 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Vorblatt, S. 1.

47 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Vorblatt, S. 1.

48 Der Referentenentwurf stellt klar, dass „die als ‚typisierte Qualifizierungsphase‘ konzipierte sachgrundlose Befristung“ durch die in den Gesetzestext aufgenommene Zwecksetzung nicht zu einer Sachgrundbefristung wird. Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung, S. 10.

49 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Gesetzestext, § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2.

50 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung, S. 7.

51 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Gesetzestext, § 2 Abs. 1 Satz 3.

52 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Gesetzestext, § 2 Abs. 2 Satz 1.

53 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung, S. 6.

54 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung, S. 6.

## VI. Bewertung des Entwurfs aus Sicht der außeruniversitären Forschungseinrichtungen

Wie ist der Referentenentwurf aus Sicht der außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu bewerten und was bedeutet er für die alltägliche Praxis im Wissenschaftsbetrieb? Zunächst ist festzustellen, dass der Referentenentwurf insgesamt sehr ausgewogen ist. Er verfolgt erkennbar das Ziel, die beabsichtigte Eindämmung der befristeten Arbeitsverträge mit den Notwendigkeiten eines innovativen und zugleich den Nachwuchs qualifizierenden Wissenschaftsbetriebs in Einklang zu bringen. Zu einzelnen Regelungsinhalten sind folgende Anmerkungen zu machen:

a) Besonders wichtig und zu begrüßen ist die Beibehaltung der Tarifsperre in § 1 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG. Ihr Wegfall hätte nicht, wie von den Befürwortern dieser Gesetzesänderung intendiert, zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen der befristet beschäftigten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler beigetragen, sondern zu einer Zersplitterung der geltenden Regelungen in der deutschen Wissenschaftslandschaft geführt.

Die Tarifsperre war ursprünglich eingeführt worden um sicherzustellen, dass von der im WissZeitVG festgeschriebenen Befristungsdauer nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann. Neben der Begrenzung der Höchstbefristungsdauer war Regelungszweck, das Nachrücken junger Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler auf die vorhandenen Stellen sicherzustellen.<sup>55</sup>

Die Öffnung des wissenschaftlichen Sonderbefristungsrechts für die kollektivrechtliche Gestaltung wäre auch deshalb problematisch, weil die Wissenschaftseinrichtungen nicht als Arbeitgeber organisiert sind und ihre gemeinsamen Interessen nicht wirksam vertreten können. Mangels einer solchen einheitlichen Organisation der wissenschaftlichen Arbeitgeber in Deutschland würde es durch die Aufhebung der Tarifsperre mit hoher Wahrscheinlichkeit nur zu einer weiteren Ausdifferenzierung und Uneinheitlichkeit der Rahmenbedingungen kommen. Die Zersplitterung der Tariflandschaft und Unübersichtlichkeit der jeweils geltenden Befristungsregelungen würden sich zum Nachteil des wissenschaftlichen Nachwuchses auswirken.

b) Die explizite Aufnahme des Qualifizierungsziels als Grundlage einer sachgrundlos befristeten Beschäfti-

gung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist die logische Konsequenz der bisher allein in der Gesetzesbegründung enthaltenen Zweckbestimmung des WissZeitVG,<sup>56</sup> die Qualifizierung (Aus-, Fort- und Weiterbildung) des wissenschaftlichen Nachwuchses an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen (§ 5 WissZeitVG) sicherzustellen.<sup>57</sup>

Der Referentenentwurf verzichtet dabei ausdrücklich auf die Vorgabe eines formalen Qualifizierungsziels<sup>58</sup> und erkennt weiterhin an, dass sich wissenschaftliche Qualifikation nicht allein in der formalen Qualifizierung im Rahmen eines Promotions- oder Habilitationsvorhabens erschöpft, sondern in einer Vielzahl von Ausprägungen stattfinden kann, insbesondere auch in der Mitarbeit an Forschungsvorhaben<sup>59</sup> oder in dem Erwerb von Fähigkeiten und Kenntnissen im wissenschaftlichen Projektmanagement, der wissenschaftlichen Akquisition und Mitarbeiterführung.

Das trägt der Realität in den Forschungseinrichtungen Rechnung, in der nicht jede Beschäftigung während der Qualifikationsphase auf eine Promotion oder Habilitation ausgerichtet ist, gleichwohl aber für eine Karriere innerhalb des Wissenschaftssystems (z.B. im Bereich des Wissenschaftsmanagements) förderlich sein kann. Die Annahme, jeder wissenschaftlich Beschäftigte strebe die Erstellung einer Dissertation oder Habilitationsschrift an, trifft erwiesener Maßen nicht zu.<sup>60</sup>

Insbesondere nach Abschluss der Promotion zweifeln viele an der Sinnhaftigkeit einer weiteren formalen Qualifizierung. Und dies zu recht. Denn einerseits stehen auf dem steinigen Weg der akademischen Karriere, trotz aller politischen Fördermaßnahmen (Tenure Track Positionen, Juniorprofessuren etc.), nur sehr begrenzt Stellenkapazitäten zur Verfügung. Andererseits honorieren andere Arbeitgeber, ob privat oder öffentlich, in der Regel keine weiteren formalen akademische Qualifikationen über die Promotion hinaus. Sehr wohl aber schätzen sie die Erfahrungen und Fähigkeiten, die mit selbständigen wissenschaftlichen Arbeiten erworben wurden.

Die Festlegung formaler Qualifizierungsziele als Voraussetzung für eine wirksame Befristung würde darüber hinaus die außeruniversitären Forschungseinrichtungen vor neue Herausforderungen stellen. Sie verfügen bekanntlich weder über ein eigenes Promotions- noch Habilitationsrecht. Damit hätten sie kaum mehr eine Handhabe gehabt, wissenschaftliche Beschäftigte außerhalb ihrer kooperativen Graduiertenprogramme befristet zu

55 Bereits zur Vorgängerregelung § 57 a Satz 2 HRG: BVerfGE 94, 268; BT-Drs. 10/2283, S. 6.

56 So auch CDU/CSU-Eckpunktepapier, aaO.

57 Vgl. hierzu Gesetzesbegründung zum WissZeitVG, BT-Drs. 16/3438.

58 So auch bisher BT-Drs. 16/3438, S. 11.

59 Von Weschpfennig, „Prekäre Beschäftigungsverhältnisse“ des akademischen Mittelbaus – Abhilfe durch den Gesetzgeber?, <http://www.juwiss.de/44-2014/> [abgerufen am 16.8.2015].

60 Von Weschpfennig, aaO.

beschäftigten. Die Auseinandersetzung mit den Universitäten über das Promotions- und Habilitationsrecht würde neuen Zündstoff erhalten. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) hätte die so entstehende Lücke nicht schließen können, enthält es doch nur eine zwei-jährige sachgrundlose und damit sehr kurze Befristungsmöglichkeit oder, für den Wissenschaftsbetrieb nicht selten unpassende und damit unsichere Befristungsgründe.

c) Der Verzicht auf die Festschreibung des Erfordernisses einer formalen Betreuungsvereinbarung zur Sicherung des Qualifizierungszwecks, wie noch in den älteren Vorschlägen für die Gesetzesnovellierung gefordert, kommt mit Blick auf die vorausgegangene politische und mediale Diskussion überraschend, ist aber normativ richtig. Die Regelungskompetenz des Bundes fehlt. Zum einen, so stellt der Referentenentwurf zutreffend fest, ist die gesetzliche Verknüpfung von Befristung nach WissZeitVG und Betreuungsvereinbarung von dessen Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 Grundgesetz, auf der das WissZeitVG ausschließlich beruht, nicht gedeckt.<sup>61</sup> Nach den Erläuterungen des Entwurfs knüpfen die Vorgaben für den Abschluss und die Inhalte einer Betreuungsvereinbarung „nicht an den Arbeitnehmerstatus an, sondern sind primär im Kontext der wissenschaftlichen und künstlerischen Qualifizierung zu sehen und zielen auf deren Erfolg“.<sup>62</sup>

Daher unterliegt eine hochschulrechtliche Betreuungsvereinbarung<sup>63</sup> der Gesetzgebung der Länder beziehungsweise ist Angelegenheit der Universitäten. Eine Vielzahl der Universitäten hat sie in ihre Promotionsordnungen aufgenommen, das Land Baden-Württemberg schreibt den Abschluss in seinem Landeshochschulgesetz (§ 38 Abs. 5 Satz 2) vor.<sup>64</sup> Die bayerischen Universitäten sehen sie seit kurzem ausdrücklich in den „Grundsätzen der staatlichen bayerischen Hochschulen zum Umgang mit Befristungen nach dem WissZeitVG und zur Förderung von Karriereperspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs“<sup>65</sup> vor.

Darüber hinaus hätte eine solche Regelung im WissZeitVG alle außeruniversitären Forschungseinrichtungen vor kaum lösbare rechtliche Probleme sowie einen nicht leistbaren Verwaltungsaufwand gestellt. Denn der Arbeitsvertrag würde zwar zwischen Doktorand und

Forschungseinrichtung abgeschlossen. Da das Promotions- und Habilitationsrecht aber alleine bei den Hochschulen liegt, ist die eigentliche Qualifikation maßgeblich durch diese zu befördern und sicherzustellen. Adressaten der sich aus der Betreuungsvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten sind der univesitäre Betreuer und der Doktorand, nicht die Einrichtung, an welcher der Doktorand seine Arbeit erstellt.<sup>66</sup>

Eine Vermischung des Rechtsverhältnisses der Doktoranden mit der außeruniversitären Forschungseinrichtung auf Grundlage eines Arbeitsvertrags und dem öffentlich-rechtlichen Doktorandenverhältnis mit der Hochschule, dem in der Regel die Betreuungsvereinbarung zugrunde liegt, wäre weder rechtssystematisch sauber, noch in der Praxis gut handhabbar gewesen. Auch bei den mittlerweile weit verbreiteten gemeinsamen Berufungen verbleibt das eigentliche Promotionsverfahren bei den Hochschulen und unterliegt den dortigen Ordnungen. Der Abschluss einer Betreuungsvereinbarung und die anschließende Betreuung durch die Hochschule könnte von den außeruniversitären Einrichtungen regelmäßig nur sehr bedingt beeinflusst und nachgehalten werden.

Neben den praktischen Schwierigkeiten würden auch neue Rechtsunsicherheiten entstehen. Wenn die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags mit der außeruniversitären Forschungseinrichtung an den Abschluss und die Einhaltung einer Betreuungsvereinbarung mit der Hochschule gekoppelt wäre, müsste das Verhältnis dieser beiden Verträge geklärt werden. Was wäre die Konsequenz bei Mängeln eines oder beider Rechtsverhältnisse (z.B. unterlassener oder verspäteter Abschluss oder Verstoß gegen die Betreuungsvereinbarung)? Würde bei Mängeln im Betreuungsverhältnis die Befristung entfallen und ein Doktorandenvertrag in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übergehen? Solche Risiken wären für die Forschungseinrichtungen nicht tragbar, würden weitere formale Absicherungen und Verwaltungsaufwand hervorrufen und sich letztlich zulasten des wissenschaftlichen Nachwuchses auswirken.

d) Die Möglichkeit, Arbeitsverträge über den Sachgrund der Drittmittelfinanzierung zu befristen (§ 2 Abs. 2 WissZeitVG)<sup>67</sup>, gilt als der unbestrittene Erfolgsfaktor des WissZeitVG und hat in diesem Bereich für ein hohes

61 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung S. 8.

62 Referentenentwurf 1. WissZeitVGÄndG, aaO, Begründung S. 8.

63 Grundlegend zu der Thematik der hochschulrechtlichen Betreuungsvereinbarungen: *Löwisch/Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren, OdW 3 (2014), S. 103.

64 *Löwisch/Würtenberger*, aaO, S. 103.

65 Abrufbar unter <http://www.km.bayern.de/allgemein/meldung/3347/bessere-arbeitsbedingungen-fuer-nachwuchswissenschaftler.html> [abgerufen am 16.8.2015].

66 *Löwisch/Würtenberger*, aaO, S. 103.

67 Siehe hierzu umfassend *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs.2 WissZeitVG, OdW 4 (2015), S. 217 ff. in diesem Heft.

Maß an Rechtssicherheit bei Arbeitgebern und Beschäftigten gleichermaßen gesorgt. Der nun in den Referentenentwurf aufgenommene Gleichlauf von vereinbarter Befristungsdauer und Dauer der Finanzierungsbewilligung wird im Rahmen der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten der außeruniversitären Forschungseinrichtungen schon heute umgesetzt.

Entscheidend ist aber die Ausgestaltung der Vorschrift als „Soll-Vorschrift“, wodurch der Referentenentwurf die Realität der Drittmittelpraxis in der deutschen Forschung berücksichtigt. Eine andere Ausgestaltung, etwa als „Muss-Vorschrift“, hätte verkannt, dass den Forschungseinrichtungen bei der Vielzahl unterschiedlicher Drittmittelgeber (deutsche öffentliche oder private, ausländische oder supranationale Finanzierungsträger) mit entsprechend mannigfaltigen, differierenden Förderformaten und Bestimmungen, jedenfalls hinreichende Flexibilität bei der personellen Ausgestaltung (Personalplanung und -einsatz) der Projekte zugestanden werden muss, um innerhalb des engen zuwendungsrechtlichen Rahmens manövrierfähig zu bleiben. Etwa bei Personalwechseln (z.B. arbeitgeber- und/oder arbeitnehmerseitige Kündigung) unterhalb der Projektlaufzeit oder bei einem sich außerplanmäßig ergebenden personellen Sonderbedarf muss auch die Vereinbarung kürzerer Vertragslaufzeiten angemessen sein.

Gleichzeitig wäre durch eine mandatorische Koppelung der Laufzeiten von Vertrag und Drittmittelfinanzierung in simplifizierender Weise unterstellt worden, dass die für die Durchführung eines Projektes benötigten Expertisen über die Gesamtlaufzeit der Finanzierungsbeurteilung immer identisch sind. Die Praxis zeigt aber, dass häufig das Gegenteil der Fall ist. Projekte, insbesondere größere Vorhaben mit Laufzeiten von mehreren Jahren, lassen sich regelmäßig in mehrere Projektabschnitte unterteilen. Diese können Vor-, Haupt- und Nachbereitungstätigkeiten umfassen, aber auch selbstständige Teilprojekte innerhalb des Gesamtprojektes. Im Rahmen des Gesamtprojektes werden daher, je nach Abschnitt, unterschiedliche Fachkenntnisse benötigt, die nicht durch eine Person abgedeckt werden können. Die zugrunde liegenden Finanzierungszusagen sind darüber hinaus häufig zu unspezifisch, als dass sich daraus personalwirtschaftliche Rückschlüsse für Personalplanung und -einsatz ziehen ließen. Personelle Einzelmaßnahmen können sich nach der individuellen Auswahl als wesentlich kostenintensiver herausstellen, als bei Beantragung der Mittel für die Position veranschlagt; z.B. dann, wenn die Bewerbungssituation eine Einstellung verteuert. Den wissenschaftlichen Arbeitgebern bleibt in diesen Fällen nur die Kürzung der Beschäftigungszeit auf eine gegenüber der Projektlaufzeit

kürzere Vertragslaufzeit, um die Finanzierung der Stelle zu gewährleisten. Es ist daher zu hoffen, dass die flexible Formulierung des Referentenentwurfs im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erhalten bleibt.

e) Kritisch zu beurteilen ist demgegenüber aus Sicht der außeruniversitären Forschung die geplante Abschaffung der Befristungsmöglichkeit für nicht-wissenschaftliches (sog. wissenschaftsakzessorisches Personal wie Technische Assistentinnen und Assistenten) und nicht-künstlerisches Personal auf Grundlage von befristet zur Verfügung stehenden Mitteln (Streichung von § 2 Abs. 2 Satz 2 WissZeitVG sowie der beziehenden §§ 3 Satz 2, 4 Satz 2, 5 Satz 2 WissZeitVG). Diese Änderung wird mit dem Argument begründet, dass für Daueraufgaben auch dauerhaft Personal angestellt werden soll. Dieses Argument ist in seiner Abstraktheit nicht zu bestreiten, trifft aber nicht die Realität vieler Drittmittelprojekte. Die Projekte sind per se keine Daueraufgaben. Zwar haben große Forschungseinrichtungen immer ein gewisses Volumen an Drittmittelprojekten in Bearbeitung, es wäre aber ein Irrtum zu meinen, dass dabei einheitliche Qualifikationsanforderungen an das technische Personal bestehen.

Im Gegenteil: die Qualifikationen und die Finanzierung auch des nicht-wissenschaftlichen Personals werden im Detail in den Projektanträgen beschrieben und nur in dem Umfang bewilligt, wie tatsächlich notwendig. Ihre Funktion ist für die erfolgreiche Durchführung des Projekts unter Umständen genauso wichtig wie die der wissenschaftlichen Mitarbeiter (z.B. beim Einsatz spezieller Messtechniken). Mittel für die Schulung und das Anlernen von vorhandenem technischem Personal sind in den Drittmittelfinanzierungen nicht enthalten. Die Ausstattung von Drittmittelprojekten mit technischem Personal wird mit dieser Gesetzesänderung in Zukunft schwieriger, etwa dann, wenn im Rahmen von drittmittelfinanzierten Studien Feldarbeiten (Erhebungen, Stichproben oder Ähnliches) durchzuführen sind, für die vorübergehend speziell geschultes Personal benötigt wird, welches aber in der Regel so spezialisiert ist, dass es anderweitig kaum einsetzbar ist oder aber auch dann, wenn eine Personalaufstockung erforderlich wird.

Mit der Abschaffung der Befristungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG für wissenschaftsakzessorisches Personal werden die Arbeitgeber geneigt sein, in Drittmittelprojekten künftig statt über das WissZeitVG, über das TzBfG zu befristen. Die mit Einführung des WissZeitVG geschaffene Rechtssicherheit in diesem Bereich würde wegfallen, da eine nach § 14 Abs. 1 TzBfG wirksame Drittmittelbefristung<sup>68</sup> eine strengere Prognose dahingehend voraussetzt, dass mit einer Weitergewährung der Drittmittel über den Projektzeitraum hinaus nicht zu rechnen ist.

Diese Prognose kann aber nicht immer gleichermaßen verlässlich getroffen werden, da die wissenschaftlichen Einrichtungen keinen Einfluss auf Geldgeber und etwaige Anschlussfinanzierungen haben. Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG wäre weiterhin nur bei Neueinstellungen möglich. (Neuange-stelltes) wissenschaftsakzessorisches Personal müsste spätestens nach zwei Jahren entfristet oder, was der wesentlich häufigere Fall sein dürfte, mangels dauerhafter Beschäftigungsperspektive und Finanzierungsmöglichkeit, ausgetauscht werden.

## VII. Fazit und Ausblick

Der vorgelegte Referentenentwurf für die Änderung des WissZeitVG ist eine notwendige Maßnahme zur Änderung der derzeitigen Befristungspraxis in Wissenschaftseinrichtungen, die ohne Wenn und Aber als unbefriedigend zu bezeichnen ist. Die derzeitige Praxis wird weder dem Bedürfnis nach planbaren, verlässlichen Karrierewegen und angemessenen Vertragslaufzeiten gerecht, noch bietet sie die nötige Rechtssicherheit für die Einrichtungen.

Die Gesetzesänderung alleine wird allerdings nicht ausreichen, um langfristig Verhältnisse in der deutschen Wissenschaftslandschaft herbeizuführen, die den berechtigten Interessen des wissenschaftlichen Nachwuchses und der Wissenschaftseinrichtungen gerecht werden. Faktoren wie Finanzierungsunsicherheiten, demografische Entwicklung und wissenschaftsspezifisches Mindset spielen eine ebenso wesentliche, wenn nicht sogar gewichtigere Rolle als das vielfach kritisierte Arbeitsrecht. Um eine spürbare Verbesserung herbeizuführen sind Maßnahmen erforderlich, die insbesondere bei der Finanzierungs- und Stellensituation der Einrichtungen an-

setzen. Denn die geplanten Gesetzesänderungen bemühen sich zwar um ein Gleichgewicht zwischen einer Verbesserung der Situation der wissenschaftlichen Beschäftigten einerseits, und der besonderen Situation der wissenschaftlichen Arbeitgeber andererseits, beinhalten aber auch das Potenzial neue Unsicherheiten zu schaffen, wenn sie etwa die Befristungsmöglichkeiten für wissenschaftsakzessorisches Personal einschränken.

Derzeit entwickeln viele wissenschaftliche Einrichtungen eigene Richtlinien, z.B. in Form von Personalpolicies, die den einrichtungsspezifischen Umgang mit befristet beschäftigtem Personal regeln. Sie verfolgen das Ziel, die Situation der Beschäftigten in Bezug auf die Forderungen Planbarkeit und Verlässlichkeit der Karriere, angemessene Vertragslaufzeiten und Karriereentwicklung zu verbessern. Diese Entwicklung ist zu begrüßen und darf nicht, wie gelegentlich polemisch vermerkt, als „Wissenschaftslobbyismus“ oder „Zeitspiel“<sup>69</sup> missverstanden werden.

Es ist ein wichtiger Schritt der Wissenschaftseinrichtungen, unter Wahrung ihrer wissenschaftlichen und institutionellen Eigenständigkeit und Berücksichtigung der daraus resultierenden personalwirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Besonderheiten, ihren höchstgelegenen Beitrag für verbesserte und verlässlichere Beschäftigungsbedingungen für die Wissenschaft in Deutschland zu leisten. Das könnte ein entscheidender Schritt in der Entwicklung von der Personalverwaltung hin zum wissenschaftsadäquaten Personalmanagement sein.

Nikolaus Blum ist Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München. Katrin Vehling ist Personalreferentin für Grundsatzfragen am Helmholtz Zentrum München.

68 Offen bleiben soll an dieser Stelle, ob man mit der Rechtsprechung bei der Befristung aufgrund Drittmittelfinanzierung einen unbenannten Sachgrund in § 14 Abs. 1 TzBfG annimmt (BAG-Urteil vom 29. 7. 2009 - 7 AZR 907/07) oder die Drittmittelfinan-

zierung als Fall des Satz 2 Nr. 1 sieht.

69 Z. B. <http://www.studis-online.de/Karriere/art-1847-befristungen.php> [abgerufen am 16.8.2015].

Bernd Kaßbaum

„Erweiterte moderne Beruflichkeit“  
- ein Kompass für Berufsbildungs- und  
Hochschulpolitik

In allgemeinsten Form sind Berufe komplexe Bündelungen von Arbeitsfähigkeiten, die Erwerbstätige in die Lage versetzen, anspruchsvolle Aufgaben in spezifischen Arbeitsbereichen selbstständig zu bewältigen. Berufe setzen einen gesellschaftlichen Konsens voraus. Sie sind durch Gesetze, Berufsbilder oder Studienprogramme geregelt. Sie werden auf besonderen, beruflichen Arbeitsmärkten angeboten und nachgefragt. Sie basieren auf der gesellschaftlichen Arbeitsteilung und sind veränderbar. Heute unterscheidet man für die Bundesrepublik Aus- und Fortbildungsberufe nach dem Berufsbildungsgesetz, vollzeitschulische Berufe nach den Landesgesetzen oder professionelle bzw. akademische Berufe im Bereich der Hochschulen. Für die Beschäftigten sind Berufe eine wesentliche Voraussetzung für die Sicherung von Beschäftigung und Einkommen.

Mit „Beruflichkeit“ meint man übergreifende Prinzipien und Qualitätsmaßstäbe für Berufe, Berufsbildung und Arbeit. Beruflichkeit von Bildung zielt auf Qualitätsmaßstäbe beruflichen Lernens und die zur Sicherung dieser Qualität notwendigen gesellschaftlichen und politischen Regelungen und Verfahren. Beruflichkeit von Arbeit bezeichnet Qualitätsmaßstäbe für die lernförderliche Gestaltung von Arbeit und zielt auf qualifizierte, berufsbezogene Beschäftigungsverhältnisse. Wie die Berufe selbst unterliegt auch das Verständnis von Beruflichkeit einem stetigen, von sozialen Interessen und technisch-organisatorischen Prozessen bestimmten, Wandel. In der jüngeren Geschichte lässt sich z.B. die Entwicklung der „modernen“ aus der „traditionellen“ Beruflichkeit ableiten.<sup>1</sup>

Die IG Metall hat mit ihrem Diskussionspapier „Erweiterte moderne Beruflichkeit. Ein gemeinsames Leitbild für die betrieblich-duale und die hochschulische Berufsbildung“ Überlegungen zur notwendigen und sinnvollen Weiterentwicklung von Beruflichkeit angestellt und verbindet sie mit weitreichenden Vorschlägen für die Verbesserung der Qualität von Bildungs- und Arbeitsprozessen. Im Kern erweitert die IG Metall ihr Verständnis von Beruflichkeit in einem zweifachen Sinn: sie „erweitert“ ihr Verständnis von Beruflichkeit in Richtung Studium und Lehre und stellt gemeinsame, aus der

Berufsbildung gewonnene Prinzipien für die Gestaltung beruflicher Lernprozesse in der betrieblich-dualen und der hochschulischen Berufsbildung zur Diskussion. Vor dem Hintergrund zentraler gesellschafts- und arbeitspolitischer Herausforderungen gibt das Leitbild ebenso der Weiterentwicklung von Beruflichkeit bereichsübergreifend wichtige Impulse.

Politisch legt die IG Metall damit einen wichtigen Grundstein für eine übergreifende und an einheitlichen Maßstäben ausgerichtete Berufsbildungspolitik. In Zukunft soll nicht mehr danach gefragt werden, was allgemeine und berufliche Bildung trennt, sondern wie eine stärkere Integration beider Bereiche vorstättengehen kann.

In diesem Beitrag sollen folgende Fragen beantwortet werden:

Was waren die Auslöser für diesen Diskurs und wie werden die Herausforderungen benannt? Was sind die Kernaussagen des Leitbilds? Was ist das „Neue“ in Bezug auf das Verständnis von Beruflichkeit? Welche bildungs-, arbeits- und gesellschaftspolitischen Schlussfolgerungen lassen sich in Bezug auf die genannten Herausforderungen ziehen? Welche Schlüsse sind in Richtung Hochschule, Studium und wissenschaftliche Weiterbildung zu ziehen? Was sind die weiteren Perspektiven?

### **I. Zentrale berufsbildungspolitische Herausforderungen**

Bildungs- und Erwerbschancen sind abhängig von der sozialen Herkunft. Das Ringen um Bildung auch für die sozial benachteiligten Gruppen und die Diskussion um das Verhältnis von Ausbildung und Studium oder grundsätzlich zwischen allgemeiner und beruflicher Bildung durchzieht die Geschichte der deutschen Gewerkschaften von Anbeginn. Es ist eine Auseinandersetzung um die Verteilung von Bildungs- und Erwerbschancen, gegen ein ausgrenzendes und gegliedertes Schul- und Bildungssystem, gegen die starre Trennung zwischen allgemeiner und beruflicher Bildung und für mehr Chancengleichheit, Durchlässigkeit und für die Gleichwertigkeit von allgemeiner und beruflicher Bildung.<sup>2</sup>

1 Vgl. zur Begriffsbestimmung siehe: Glossar, in IG Metall 2014a.

2 Vgl. stellvertretend: Blankertz 1992, Friedeburg 1989.

Ein Ergebnis der nur in Teilen erfolgreichen Bildungsreform der sechziger und siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts war im Kern die sog. Bildungsexpansion. Eine Reihe von Maßnahmen wie die Einführung der Schüler- und Studienausbildungsförderung „haben im Durchschnitt die Bildungsniveaus aller Schichten verbessert, ohne gleichzeitig gravierende herkunftsbedingte Ungleichheiten beseitigt“ (Kutscha 2016, S. 5) zu haben. Daran haben die auch die schulpolitischen Strukturentscheidungen der Bundesländer in den letzten Jahren wenig geändert (vgl. Klemm 2014). Der Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung und die Möglichkeit, ein Studium aufzunehmen, sind nach wie vor stark von der sozialen Herkunft abhängig. Die Sozialerhebung des Deutschen Studentenwerks liefert dazu regelmäßig die Daten. Von 100 Akademiker-Kindern studieren 77. Von 100 Kindern aus Familien ohne akademischen Hintergrund schaffen hingegen nur 23 den Sprung an die Hochschule (vgl. Middendorf 2012). Und um ans andere Ende zu gehen: Nach wie vor verlassen knapp 6 Prozent der Schülerinnen und Schüler das Schulsystem ohne Abschluss. Der Anteil von Jugendlichen ohne Berufsausbildung zwischen 20 und 29 Jahren beträgt noch immer 13,1 Prozent (Berufsbildungsbericht 2015).

Der demografische Wandel, der von vielen gesellschaftlichen Akteuren konstatierte Fachkräftemangel und der scheinbar unaufhaltsame Anstieg der Studienanfängerzahlen haben in den letzten Jahren zu einer breiten Debatte über die Notwendigkeit einer neuen Justierung von beruflicher und hochschulischer Bildung geführt. So fordert der Wissenschaftsrat auf der Basis des Erfolges dualer Studiengänge bei Studierenden und Betrieben zusätzliche „hybride“, dh. an der Schnittstelle von Berufsbildung und Hochschule angesiedelter Studienmodelle und eine weit über die gegenwärtigen Regelungen des Dritten Bildungsweges hinausreichende Öffnung der Hochschulen für berufserfahrene Studierende ohne formale Hochschulzugangsberechtigung.<sup>3</sup> Unter der Überschrift: „Wir brauchen alle!“ setzen sich die Arbeitgeber für weitreichende Reformen und eine stärkere Verzahnung von Berufsbildung und hochschulischer Bildung ein.<sup>4</sup> Ein von den Arbeitgebern, der Hochschulrektorenkonferenz und dem Stifterverband der deutschen Wissenschaften eingesetzter Expertenkreis „Durchlässigkeit“ schlägt eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung der gegenseitigen Durchlässigkeit zwischen Berufsbildung und Hochschulen vor.<sup>5</sup>

Auch die Gewerkschaften haben sich mit einer Reihe von Stellungnahmen geäußert.<sup>6</sup>

Das Leitbild der IG Metall ist in diesen Kontext einzuordnen. Die Arbeit nahm ihren Ausgang in der Auseinandersetzung mit drei zentralen Entwicklungslinien von Arbeit und Bildung. Dies sind a. die sog. Akademisierungsdebatte, b. die unter den Schlagworten der Regulierung, Prekarisierung und Subjektivierung zu fassenden Prozesse der Veränderung von Arbeit sowie c. das Vordringen eines Bildungstypus, der im Leitbild als angelsächsisch geprägter Bildungstyp bezeichnet wird. Hinzugekommen ist d. in den letzten Monaten die Frage, was die zunehmende Digitalisierung der Arbeit für Bildungsinhalte, -strukturen und Prozesse bedeutet.

In allen diesen Bereichen lassen sich Risiken der „Entberuflichung“, aber auch neue Chancen und Perspektiven für Beruflichkeit identifizieren. In dieser Ambivalenz sollen die genannten Felder in ihrer Bedeutung für das neue Verständnis von Beruflichkeit diskutiert werden.

#### 1. Akademisierung

Die Akademisierungsdebatte ist vielschichtig und wird bis heute mit vielen Emotionen geführt. In der Regel meint man, wenn man von Akademisierung spricht, den wachsenden Anteil von Studierenden im Bildungssystem und von HochschulabsolventInnen im Beschäftigungssystem. Die Zunahme von HochschulabsolventInnen im Betrieb kann Ausdruck einer stärkeren Verwissenschaftlichung der Produktion sein. Sie kann ebenso gut Teil eines Substitutionsprozesses sein, der dadurch bestimmt ist, dass duale Ausbildung und Fortbildung entwertet und betrieblich-duale Ausbildungskapazitäten zugunsten von dual Studierenden reduziert werden und Arbeitsplätze, die bis dato den AbsolventInnen dualer Ausbildungsgängen vorbehalten waren, für HochschulabsolventInnen geöffnet werden.

Diese Prozesse – sollten sie sich bewahrheiten – werden nicht nur zu Lasten von betrieblich-dual ausgebildeten Beschäftigten und gering Qualifizierten gehen, sondern möglicherweise auch Folgen für die HochschulabsolventInnen, deren Einkommens- und Beschäftigungssituation heute noch relativ gut ist, selbst haben, da das Risiko unterwertigen Arbeitseinsatzes und damit auch Risiken des Einkommensverlustes mit der Anzahl der HochschulabsolventInnen zunehmen kann.<sup>7</sup>

3 Vgl. Wissenschaftsrat 2014.

4 BDA/BDI 2014.

5 Vgl. BDA/HRK/Stifterverband 2015.

6 Vgl. neben vielen anderen: Hoffmann 2015, Urban 2015b, IG Metall 2014b.

7 Vgl. Drexel 2012.

Die Debatte bewegt sich zwischen zwei Polen. Nida-Rümelin als einer der Protagonisten weist auf ein Missverhältnis von beruflicher und akademischer Bildung hin: „Wenn diese (gemeint ist die Studienanfängerquote) sich wieder von derzeit über 50% auf ca. ein Drittel pro Jahrgang wie noch im Jahr 2000 reduzieren würde, täte dies sowohl der akademischen als auch der beruflichen Bildung gut und trüge zur Stabilisierung des akademischen und des nichtakademischen Arbeitsmarktes gleichermaßen bei.“ (Nida-Rümelin, 2014, S. 128). Folgerichtig setzt er sich nicht nur für die Beschränkung der universitären Bildung, sondern auch für die Stärkung der beruflichen Bildung ein. In der Debatte wurde daraus die Forderung nach einer „Hochschule der Wenigen“ und nach dem Wiederlangen einer für verloren gehaltenen Exklusivität der Universität.

Die andere Position wird beispielhaft von *Martin Baetghe* und *Markus Wieck* bestimmt. Sie sprechen für das Jahr 2013 von dem „Wendepunkt in der deutschen Bildungsgeschichte“, weil die Neuzugänge in der dualen Ausbildung mit 497.427 erstmals unter der Zahl der Studienanfänger (510.672) lagen. „Der Wandel zu einem neuen, stark wissensbasierten Ausbildungssystem erscheint unumkehrbar. In ihm werden die Institutionen und Governance-Formen der dualen Ausbildung allenfalls eine nachgeordnete Bedeutung haben“ (Baetghe/Wieck, 2015, S. 5). Allerdings: Ein weiteres Drittel von ca. 500.000 Personen befindet sich im Schulberufssystem und im sog. Übergangssystem.

Nach Auffassung der IG Metall wird es kein „entweder – oder“ geben. Während einerseits die Nachfrage nach Abitur und Studium ungebrochen scheint, was *Günter Kutscha* mit den „Paradoxien der Bildungsreform“ (Kutscha 2015, S. 2) erklärt, die u.a. die zentrale Rolle des Abiturs als Berechtigung zum Studium nicht infrage gestellt haben, deuten andererseits Prognosen über den zukünftigen Arbeitskräftebedarf darauf hin, dass dieser unbestritten zu Lasten gering Qualifizierter gehen wird, aber Fachkräfte – wie oft kolportiert – trotz geringer Zuwächse nicht im Akademikerbereich, sondern vor allem in der mittleren Qualifikationsebene benötigt werden (vgl. Zika 2012; Bosch 2015).

Im Rahmen des Leitbilds der IG Metall stehen drei Aspekte dieser Debatte im Vordergrund: Erstens wird danach gefragt, wie betrieblich-duale Aus- und Fortbildung gestärkt, die soziale und berufliche Durchlässigkeit erhöht und Gleichwertigkeit zwischen beruflicher und allgemeiner Bildung hergestellt werden kann. Zweitens wird angesichts der unbestrittenen, wenngleich zu relativierenden Feststellung, dass der Anteil von HochschulabsolventInnen im Beschäftigungssystem weiterhin zunehmen wird, gefragt, wie Studierende besser als heute

auf das Erwerbsleben vorbereitet werden können und drittens wird vor dem Hintergrund der notwendigen stärkeren Integration von Berufsbildung und Hochschule gefragt, wie denn die erforderlichen und zusätzlichen Brücken zu bauen sind und aus welchem Material sie sein könnten.

## 2. Deregulierung, Prekarisierung und Subjektivierung

Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen Arbeitskraft- und Qualifikationstypus. Ein Beschäftigungssystem, das auf dem Prinzip von „hire and fire“ beruht, hat prinzipiell ein anderes – ökonomisches – Interesse an beruflichen und fachlichen Standards wie eine Ökonomie, die auf die Stabilität des Beschäftigungssystems und auf langjährig beschäftigte Stammebelegschaften setzt. Zurzeit erleben wir widersprüchliche Prozesse. Einerseits bemüht sich die Wirtschaft um Fachkräfte, andererseits nehmen die Zahl der angebotenen Ausbildungsplätze und auch die Zahl der Ausbildungsbetriebe stetig ab. Die Zahl prekärer Beschäftigungsverhältnisse hat ein hohes Niveau erreicht.

Die Segmentierungen der Arbeitsmärkte, die Deregulierung und die Prekarisierung der Beschäftigungsverhältnisse sind unbestritten global, aber auch innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums und in Deutschland auf dem Vormarsch und dies quer zu allen Qualifikationsebenen. Stammebelegschaften arbeiten neben LeiharbeiterInnen und WerkvertragsnehmerInnen in denselben Prozessen in einer Werkshalle oder einem Büro. Marktförmige Prozesse in den Unternehmen und der Zwang zur Selbstvermarktung für die Beschäftigten in den Unternehmen oder für die als „Freelancer“ agierenden Erwerbstätigen nehmen zu. Ganze Beschäftigtengruppen sind als Contract- oder Crowd-Worker oder als Erwerbstätige der Sharing Economy weitgehend von geregelter und abgesicherter Erwerbsarbeit ausgeschlossen; sie müssen auf Mitbestimmungsrechte verzichten und haben oft nur minimalen sozialen Schutz.

Unsere These lautet: Eine Wirtschaft, die auf prekäre und fragmentierte Beschäftigungsverhältnisse baut, verliert auf Dauer nicht nur ihre durch Berufsbildung geschaffene Qualifikationsbasis, sondern im gleichen Zug auch das Interesse an geordneter und strukturierter Berufsbildung. Arbeits-, Arbeitsmarkt- und Qualifikationspolitik werden komplementär: der Zerfaserung von Beschäftigung folgt die Zerfaserung von Qualifikation. Beispiele für diese Entwicklungen sind die Debatten um die Verkürzung von Lernzeiten, die Aufsplitterung von Lernprozessen in kleinteilige Lerneinheiten, die Reduktion von Bildung auf „Anpassungsqualifizierung“, die ungleichen Weiterbildungschancen in den Betrieben, der „unterwertige“ Einsatz von Arbeitskräften nach Ausbildung und Studium u.a.m.

Im Rahmen des Leitbilds der IG Metall stehen drei Aspekte im Vordergrund. Erstens werden Wege vorge schlagen, um Beruflichkeit zu sichern und zu stärken. Berufsbildung wird dabei als Teil der indirekt wirkenden Regulierung von Beschäftigung verstanden. Zweitens wirkt Beruflichkeit auf die Inhalte von Arbeit, weil sie nicht nur Folge, sondern auch Voraussetzung von lernförderlicher Arbeit ist. Drittens muss sich Berufsbildung mit den diesen Beschäftigungsverhältnissen innewohnenden Tendenzen der Selbstvermarktung auseinandersetzen. Berufsbiografische Kompetenzen werden wichtiger, um Beschäftigte zu befähigen, angesichts erzwungener oder freiwilliger Wechsel der Beschäftigungsverhältnisse Möglichkeiten der Mitgestaltung von Arbeits- und Lernwegen zu geben.

### 3. Qualifizierung für Beschäftigungsfähigkeit

Auf der einen Seite erhält die duale Ausbildung innerhalb Europas, in den USA und anderen Teilen der Welt aufgrund ihrer spezifischen Kombination von Theorie und Praxis und der daraus resultierenden Zusammenarbeit unterschiedlicher Lernorte ein großes Augenmerk. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass innerhalb der OECD und innerhalb der europäischen Institutionen ein „angelsächsischer“ Bildungstyp um sich greift, der zum Prototypen der Herausbildung des europäischen Bildungsraums wurde und der sich u.a. durch die Dominanz vollzeitschulischer und hochschulischer Lernprozesse, durch die Modularisierung, durch Standardisierung, Lernergebnis- und Kompetenzorientierung ausdrückt.<sup>8</sup>

Obwohl die europäische Bildungspolitik auch Impulse für mehr Chancengleichheit, für mehr Mobilität und für die Vergleichbarkeit der Abschlüsse im europäischen Kontext gibt, bleibt festzuhalten, dass die Ursprünge dieser Prozesse im Kontext einer Politik stehen, mit der die europäischen Institutionen die Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Wirtschaftsraums steigern wollen, in der berufliche Qualifizierung in Ausbildung und Studium sich auf die Steigerung der Beschäftigungsfähigkeit („employability“) fokussiert und am Ende nur auf kurzfristige Arbeitsmarktanforderungen beziehen soll. Das sich hier ausdrückende Konzept der Beschäftigungsfähigkeit steht im Widerspruch zu einem Konzept der auf Beruflichkeit basierenden Beschäftigungsfähigkeit. Das „angelsächsische“ Konzept beruht auf der Risiküberantwortung auf den einzelnen Beschäftigten und „entspricht der Deregulierung der europäischen Arbeitsmärkte“ (wiss. Beraterkreis 2014, S. 14). Dahinter verbirgt sich ein Konzept zur Ökonomisierung von Bil-

dung. Beruflichkeit leugnet die Schnittstelle zu Ökonomie und Beschäftigungssystem nicht. Das duale Ausbildungssystem mit den zwei Lernorten Betrieb und Berufsschule basiert auf einem im wirtschaftlichen Kontext vertraglich abgeschlossenem Ausbildungsverhältnis. Aber so wie das Ausbildungsverhältnis an Mindeststandards gebunden ist, geht das Bildungskonzept weit über die unmittelbare Verwertung beruflicher Qualifikationen hinaus. Beruflichkeit orientiert sich an Erwerbsbiografien und an umfassender beruflicher Handlungsfähigkeit.

Im Rahmen des Leitbildes stehen folgende Aspekte im Vordergrund: Berufliches Lernen ist Bildung. Beruflichkeit zielt auf die Entwicklung von Persönlichkeit. Das Konzept der Beruflichkeit basiert auf „geordneten“ beruflichen Lernwegen. Es versteht sich als Angebot der Gestaltung von beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildungsprozessen in transnationalen Unternehmen und gibt Impulse für die europäische Bildungsdebatte, weil seine Qualitätskriterien auch auf andere Berufsbildungssysteme übertragbar sind. Beruflichkeit ist Teil einer nachhaltigen Innovations- und Beschäftigungsstrategie.

### 4. Digitalisierung der Arbeit

Die Digitalisierung der Arbeitswelt ist in vollem Gange und beileibe kein neues Phänomen. Neu ist die durch das sog. „Internet der Dinge“ und seine Umsetzung in Forschungs- und Entwicklungsprojekten erwartete Qualität der flexiblen Automatisierung und die damit verbundene Neugestaltung der Schnittstelle von Mensch und Maschine. Wie andere Rationalisierungs- und Innovationsprozesse auch, ist der Weg in die weitere Digitalisierung der Arbeitswelt nicht nur ein technischer, sondern auch ein sozialer Prozess. Die digitale Arbeitswelt wird maßgeblich von technologischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Interessen bestimmt. Demzufolge wird die Debatte auch sehr stark in Form möglicher Szenarien geführt.<sup>9</sup>

Zusammenfassend folgen die entworfenen Szenarien mehrheitlich zwei Denkmustern: „eine Richtung, die auf Nach- und Weiterqualifizierung von Facharbeitern setzt, damit sie als Partner auch bei veränderten technologischen und arbeitsorganisatorischen Strukturen agieren können; eine andere Diskussionsrichtung versucht, der selbstständigen Steuerung durch Maschinen vorrangige Priorität einzuräumen, um auf das Know-how der Facharbeiter verzichten zu können.“ (Ahrens/Spöttl, 2015, S. 190). Während also der eine Weg eher in die Polarisierung von Qualifikationsanforderungen und der Hierarchisierung der Arbeitsorganisation zwischen Werkstatt

8 Vgl. Kuda/Kaßebaum 2012.

9 Vgl. Hirsch-Kreinsen 2015; Kaßebaum u.a. 2015.

und Prozessüberwachung mündet, zielt der andere auf kooperative Arbeitsformen, flache Hierarchien und eine enge Zusammenarbeit von FacharbeiterInnen und IngenieurInnen.<sup>10</sup> Verlierer werden unbestritten die gering Qualifizierten sein und ältere Beschäftigte, Gruppen, welche ohne Qualifizierungsangebote wenig Chancen haben werden.

Bildung und Qualifizierung kommt in der Debatte eine Schlüsselrolle zu. Soweit besteht Einigkeit unter WissenschaftlerInnen und Praktikern. Die Diskussion über die Inhalte von Berufen sowohl im betrieblich-dualen Kontext wie im Studium haben erst begonnen. Die Spannweite ist hierbei groß: Während der von der Deutschen Akademie für Technikwissenschaften (acatech) eingesetzte Expertenkreis zu dem Schluss kommt, das das „klassische Konzept des Berufs (...) auf den Prüfstand gestellt werden (muss)“ (acatech 2013, S. 97) fragen sich andere, wie Facharbeit in den bestehenden beruflichen Strukturen erhalten und weiter entwickelt werden kann. Notwendig erscheint dabei ein „neuer Profilschnitt künftiger Berufe“ (Zinke/Schenk, 2014) und die Weiterentwicklung vorhandener Berufsbilder, die im Zuge der Technisierungs- und Automatisierungsprozesse der vergangenen Jahre bereits zu einer systematischen Verankerung von Prozesskompetenz in den Ausbildungsordnungen geführt haben (vgl. Ahrens/Spöttl 2015).

Die verschiedenen Stellungnahmen der Institute sehen die zunehmend wichtigere IT-Kompetenz in Fertigung, Montage und Instandhaltung, in Produktionssteuerung und Prozessüberwachung. Prozesskompetenz wird wichtiger ebenso wie interdisziplinäres Denken und Problemlösefähigkeit. Systemische Kompetenzen sowohl im Umgang mit Computeranwendungen wie in Bezug auf komplexe Arbeitsabläufe nehmen zu. Zugleich bedarf es auch in Zukunft hoher Produktionskompetenz, das Fachwissen über Bearbeitungsmethoden und die Erfahrungen mit realen Produktionsabläufen. Tendenziell – so Ittermann/Niehaus – „wachsen qualifizierte Wissensarbeit und traditionelle Produktionsarbeit immer weiter zusammen.“ (Ittermann/Niehaus 2015). Daraus folgt neben Anderem, dass eine rein wissensbasierte Ausbildung nicht taugt. Der spezifische Mix von Wissens- und Erfahrungsorientierung wird auch in Zukunft berufliches Lernen bestimmen müssen.<sup>11</sup>

Auch im Bereich der Ingenieurausbildung und Ingenieurbeschäftigung führt die Entwicklung von cyberphysischen Systemen zu einer stärkeren Integration von verschiedenen ingenieurwissenschaftlichen Disziplinen. Aufgabenstellungen der Automationstechnik, Prozess- und Unternehmenssteuerung müssen ganzheitlich ge-

löst werden. Dafür müssen auch Wissensbestände aus Anlagen- und Maschinenbau, Elektro- und Automatisierungstechnik und Informatik zusammengeführt werden. Auch, wenn nicht zwangsläufig neue Studiengänge entstehen werden, so müssen doch „Maschinenbauer in Informatik und Informatiker in Maschinenbau“ (vgl. VDI-Nachrichten vom 24.10.2014) qualifiziert werden. Überdies haben IngenieurInnen und InformatikerInnen im Prozess der Digitalisierung eine Schlüsselrolle. Ihr Berufsstand stellt zugleich Entwickler und Anwender. Ob sie sich an kooperativen oder hierarchischen Arbeitsformen orientieren, hängt von auch ihrem Berufsbild und ihrer Ausbildung ab.

Im Rahmen des Leitbildes „erweiterte moderne Beruflichkeit“ stehen hierbei folgende Aspekte zur Diskussion. Erstens wird die Konzeption der Beruflichkeit mit den ihr innewohnenden Qualitätsdimensionen für unabdingbar für die Weiterentwicklung von Qualifikationsangeboten erachtet. Betrieblich-duale Berufe beinhalten schon heute eine Reihe der für die digitalisierte Arbeitswelt für notwendigen befundenen Kompetenzen. Studienprogramme sind entlang dieser Qualitätsmaßstäbe beruflichen Lernens weiter zu entwickeln. Zweitens ist die Beruflichkeit von Bildung die Voraussetzung einer an der Beruflichkeit von Arbeit orientierten, kooperativen Arbeitsorganisation.

## II. Erweiterte moderne Beruflichkeit

Ein „Meilenstein“ auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Berufsverständnis war die Entwicklung des „Konzepts der modernen Beruflichkeit“ in den achtziger und neunziger Jahren. Dieses Verständnis von Beruflichkeit ging angesichts der Anforderungen an mehr Flexibilität und der Gestaltungskompetenzen der Beschäftigten davon aus, spezialisierte Einzelberufe zu bündeln und neue Berufe auf der Basis einer breiten fachlichen Qualifikation zu schaffen. In den Mittelpunkt des beruflichen Lernprozesses rückte die Arbeits- und Geschäftsprozessorientierung. Selbstständigkeit im beruflichen Lernen wächst durch die Ausrichtung der Lernprozesse an umfassenden beruflichen und reflexiven Handlungskompetenzen. Dieses Verständnis von Beruflichkeit floss in eine Reihe neuer Metall- und Elektroberufe ein.

Die „erweiterte moderne Beruflichkeit“ baut auf diesem Verständnis auf. Es respektiert einerseits die Besonderheiten von dualer Ausbildung und Studium, aber andererseits fußt es auf dem Gedanken, dass die Entwicklung einer umfassenden und reflexiven beruflichen Handlungskompetenz sowohl in der Ausbildung wie im

10 Vgl. Hirsch-Kreinsen 2014.

11 Vgl. Pfeiffer/Suphan 2015.

Studium sinnvoll und notwendig ist. Dabei baut es bezogen auf das Studium auf einer langjährigen, auch von den Gewerkschaften getragenen Diskussion über die Verbesserung der Qualität von Studium und Lehre auf.<sup>12</sup> Das Leitbild stellt damit gemeinsame Prinzipien für die Gestaltung der Lernprozesse in der betrieblich-dualen und in der hochschulischen Berufsbildung zur Diskussion. Damit wird ein weiterer Grundstein für eine übergreifende und an einheitlichen Maßstäben ausgerichtete Berufsbildungspolitik gelegt.

Beruflichkeit hat drei Dimensionen. Es geht erstens um definierte Qualitätsansprüche an berufliches Lernen in Ausbildung und Studium und zweitens um Ansprüche an die Gestaltung von Arbeit, drittens um die Beteiligung der Sozialparteien bei der curricularen Entwicklung von Berufsbildern und Studiengängen entlang dieser Qualitätsansprüche. „Erweiterte moderne Beruflichkeit“ ist Bildungskonzept wie es als Politikkonzept auch Vorschläge für die Berufsbildungspolitik, für Arbeits-, Betriebs- und Gesellschaftspolitik macht. In diesem Beitrag sollen diese Schlussfolgerungen im Kern auf die Frage zugespitzt werden, was berufliches Lernen im Studium bedeuten und wie es umgesetzt werden kann.

### III. Beruflichkeit als Bildungskonzept

Beruflichkeit zielt auf eine breite fachliche Qualifizierung und den Erwerb einer umfassenden beruflichen Handlungskompetenz. Für Beschäftigte ergibt sich daraus eine größere Sicherheit bei der Wahl ihres Arbeitsplatzes, für ihre Erwerbsbiografie und ihr Einkommen. Beruflichkeit in dem von der IG Metall beschriebenen Sinn ist Teil eines emanzipatorischen Bildungsverständnisses, das die Menschen befähigt, soziale, technisch-organisatorische und ökonomische Zusammenhänge zu erkennen sowie individuelle und kollektive Interessen zu vertreten. Beruflichkeit in diesem Verständnis ist damit auch Teil eines Gegenkonzepts gegen die zunehmende Ökonomisierung von Bildung.

Das dem Leitbild innewohnende Verständnis von beruflichem Lernen wird in 15 Dimensionen beschrieben (Erläuterungen siehe IG Metall 2014):

#### Berufliches Lernen

- erfordert eine breite fachliche Qualifikation
- vermittelt Wissen, Handlungsfähigkeit und ermöglicht praktische Erfahrung
- orientiert sich an Arbeits- und Geschäftsprozessen
- geschieht durch die Bewältigung von (berufstypischen) Aufgaben

- ist entdeckendes und forschendes Lernen
- ist Bildung
- ist soziales Lernen
- zielt auf die Reflexion und die Gestaltung von Arbeit
- umfasst die Reflexion und die Gestaltung von Lern- und Berufswegen
- bereitet auf die Berufsrolle vor
- fördert und entwickelt Identität
- verknüpft Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung
- zielt auf ein anderes Theorie-Praxis-verhältnis
- hat unterschiedliche Lernort
- schließt niemanden aus.

Vier Aspekte sollen herausgegriffen werden<sup>13</sup>:

#### 1. Das Verhältnis von Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung

Insbesondere durch die Digitalisierung ist das Verhältnis von Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung im beruflichen Handeln neu zu bestimmen. Die These, dass auch in den künftigen Arbeitsstrukturen „Qualitäten eines dynamischen Erfahrungswissens eine besonders große Rolle“ (Pfeiffer/Suphan 2015, S. 212) spielen werden, wird unterstützt. Andererseits werden Anteile eines wissenschaftsorientierten Arbeitshandelns zunehmen. Dieses Verhältnis von Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung gilt im Prinzip, aber in unterschiedlichen Ausprägungen, für Ausbildung und Studium.

Angesichts der beschriebenen Akademisierungsprozesse muss das Studium junge Menschen auf außerhochschulische Arbeitsmärkte vorbereiten und sie befähigen, berufliche Anforderungen zu erkennen und eigene Erwerbsbiografien mitzugestalten. Wissenschaftliche und berufliche Kompetenzen sind aufeinander abzustimmen. Zur Wissenschaftlichkeit gehören ein kritisch-reflexives Verständnis von Wissenschaften, dh. die Aneignung und der kritische Umgang mit Wissensbeständen, Systematiken und Methoden. Aber ebenso gilt, dass ein rein kognitiver oder wissensbasierter Zugang nicht reicht. Eigene (berufsbezogene) Erfahrungen an unterschiedlichen Lernorten sind wichtig, um berufliche Handlungskompetenzen und eine eigene berufliche Identität herauszubilden. Duale Studiengänge sind dafür ein Beispiel ebenso wie an beruflichem Handeln orientierte Praxisphasen im Studium.

In Richtung Ausbildung ist festzustellen, dass eine in der Dualität von (praxisorientierter) Theorie und (reflektierter) Praxis beruhende berufliche Ausbildung den

<sup>12</sup> Vgl. stellvertretend Gutachternetzwerk 2009.

<sup>13</sup> Vgl. Kassebaum u.a. 2015.

Anteil wissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Bewältigung beruflicher Aufgaben erhöhen muss, um den kompetenten Umgang mit vernetzten Systemen und komplexen Arbeitsabläufen zu erlernen. Wissenschaftsorientierung heißt hier, wissenschaftliche Erkenntnisse in die Lösung berufstypischer Aufgaben einzubeziehen und auch, berufliche Erfahrungen für Fragen an die Wissenschaft zu nutzen.

## 2. Die Bedeutung von arbeits- und geschäftsprozessorientiertem Lernen

Berufliches Lernen umfasst fachliches und soziales Wissen, den Erwerb von Handlungsfähigkeit und die im Lernprozess ermöglichten praktischen Erfahrungen. Es muss daher prozess- und problemorientiert sein. Es zielt auf Selbstständigkeit. Methodisch orientiert es sich an den Konzepten des „entdeckenden“ und des „forschenden“ Lernens“. Es geschieht am besten in der Bewältigung von berufstypischen Aufgaben und orientiert sich an realen und für den Beruf zentralen Arbeits- und Geschäftsprozessen. Horizontal sind vor- und nachgelagerte Bereiche ebenso einzubeziehen wie die systemischen Prozesse einer – digitalisierten – Produktionssteuerung und der flexiblen Automatisierung. Auch vertikal, dh. z.B. im Verhältnis von Werkstatt und Produktionssteuerung, zielt Beruflichkeit auf kooperatives Arbeitshandeln. Die für die digitale Arbeitswelt typischen Arbeitsaufgaben an den Schnittstellen von Mechanik, Elektrotechnik und Informatik sind sowohl für die Ausbildungsberufe wie für die Studiengänge noch zu identifizieren. Ausbildungsordnungen und Studienprogramme sind entsprechend weiter zu entwickeln. Für das Studium ist der Bezug auf berufstypische Aufgaben zum Teil noch Neuland.

## 3. Berufliches Lernen zielt auf die Reflexion und Gestaltung von Arbeit und Bildung

Im realen Prozess des Arbeitens finden auf unterschiedlichen Ebenen arbeitspolitische Aushandlungsprozesse statt. Beschäftigte sind Teil dieser Prozesse. Daher muss die Entwicklung ihrer Gestaltungskompetenz in verschiedenen Dimensionen Inhalt der beruflichen Lernprozesse sein. Im Kontext neuer Arbeits- und Beschäftigungsformen mit den Risiken und Möglichkeiten erzwungener und freiwilliger Arbeitswechsel bekommt die Fähigkeit, Lern- und Berufswege und damit auch die biografische Entwicklung mitzugestalten, deutlich mehr Gewicht. Bildungsbiografische und arbeitspolitische Interessen müssen erkannt und Wege der Umsetzung identifiziert werden. Berufliches Lernen zielt darauf, sich mit den eigenen und den sozialen Bedürfnissen und

Interessen auseinander zu setzen, individuelle und kollektive Rechte kennen zu lernen, sich mit KollegInnen über Alternativen in Bezug auf Arbeitsorganisation, Technikeinsatz und Produktion zu verständigen und sich im Rahmen der betrieblichen und gewerkschaftlichen Interessenvertretung für sie einzusetzen.

## 4. Berufliches Lernen ist Bildung

Die Diskussion über mögliche und sinnvolle Arbeits- und Beschäftigungsformen auch und gerade in der digitalisierten Arbeitswelt, die Debatte über mögliche Freiheitsgrade in atypischen Beschäftigungsverhältnissen und auch bildungspolitische Entwicklungen wie die Anerkennung informeller und informell erworbener Kompetenzen werden überlagert von weitreichenden Prozessen der Ökonomisierung von Bildung, Arbeit und Gesellschaft. Berufliche Qualifikation wird vielfach auf Anpassqualifizierung reduziert und ihr Erwerb wird Teil der „Selbstvermarktung“ der Beschäftigten in der neoliberalen Ökonomie.

Um diese Widersprüche zu reflektieren, soziale Interessen zu erkennen und um Handlungsoptionen für die Einzelnen und die Belegschaften sichtbar werden zu lassen, bedarf es der Fähigkeiten zur Reflexion beruflicher, gesellschaftlicher und ökonomischer Erfahrungen. Berufliches Lernen zielt daher immer auch auf Persönlichkeitsentwicklung. Berufliches Lernen ist soziales Lernen, es fördert und entwickelt berufliche und soziale Identität. Notwendig sind „ganzheitliche“ Bildungsprozesse, welche die Reflexion der Erfahrungen ermöglichen. Erst in der Reflexion dieser Erfahrungen in den Spannungsfeldern und Widersprüchen zwischen subjektiven Bedürfnissen und sozialen Interessen, zwischen Ökonomie und Ökologie und zwischen Kapital und Arbeit formen sich Interessen und soziale Identität heraus.

Beruflichkeit steht für ein flexibles, an den Anforderungen des Arbeitsmarktes sowie an den Ansprüchen einer subjektbezogenen Berufsbildung ausgerichtetes emanzipatorisches Bildungskonzept. Es ist die Alternative zu Qualifizierungskonzepten, deren Reichweite durch das marktconforme Konzept der Employability begrenzt wird.

## IV. Rückschlüsse für Hochschule, Studium und wissenschaftliche Weiterbildung

Mit dem Leitbild „erweiterte moderne Beruflichkeit“ möchte die IG Metall einer Bildungspolitik zusätzliche Kraft geben, welche dazu beiträgt, „die Chancen der Individuen zu erweitern und zu verbessern“, „die Qualität der Arbeit zu sichern und zu befördern“ und „den sozialen Zusammenhalt zu sichern und den gesellschaft-

lichen Fortschritt zu unterstützen“ (alle Zitate IG Metall 2014, S. 32 ff.). Beruflichkeit dient damit auch als Vorlage für politisches Handeln.

Auf diesen allgemeinen Zielen aufbauend werden eine Reihe von Vorschlägen für die Bildungs- und Berufsbildungspolitik, für Arbeits-, Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik, für Betriebs- und Tarifpolitik und zuletzt für die Gesellschaftspolitik der IG Metall gemacht. Diese Vorschläge wurden in einer Reihe von Beiträgen konkretisiert und differenziert.<sup>14</sup> Im Folgenden sollen die Schlussfolgerungen der Erweiterung des Konzepts der Beruflichkeit auf Studium und wissenschaftliche Weiterbildung und damit der zweifelsohne schwierigen und auch im Leitbild der IG Metall bisher nur begonnenen, aber nicht beendeten Debatte um das Verhältnis von Wissenschaftlichkeit und Beruflichkeit nachgegangen werden.

In der deutschen Bildungsgeschichte geht die Trennung von allgemeiner und beruflicher Bildung in ihren pädagogischen Dimensionen auf den Einfluss des Neuhumanismus insbesondere auf die preußischen Schul- und Hochschulreformen zurück. *Herwig Blankertz* schreibt dazu<sup>15</sup>:

Die Neuhumanisten verhielten sich gegenüber den alten Universitäten zwar genauso kritisch wie Merkantilisten und Philantropen, aber ihre Therapie war (...) die entgegengesetzte, nämlich nicht Wendung zum unmittelbaren Verwertungsinteresse an Wissenschaft, sondern gerade umgekehrt Bindung an das Ideal reiner Erkenntnis, Bindung an Wahrheit und Wert um ihrer selbst willen.“ (*Blankertz* 1982, S. 130).

Dass dahinter verborgene, trotz aller Brechungen bis heute in weiten Bereichen der Wissenschaften akzeptierte Selbstverständnis ist, dass ein wissenschaftliches Studium – indirekt – auf den Arbeitsmarkt vorbereitet, weil es den AbsolventInnen wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden zur Verfügung stellt, die diesen den Transfer in den beruflichen Alltag ermöglicht. Dieses Verständnis soll für sich genommen nicht infrage gestellt werden. Aber spätestens in der Phase der Bildungsexpansion, mit der Entwicklung der Hochschulen für angewandte Wissenschaften, der Berufsakademien und der Dualen Hochschule in Baden-Württemberg und der Orientierung der überwiegenden Zahl der Studierenden

auf die außerhochschulische Arbeitsmärkte stellt sich die Frage, ob dieser Ansatz reicht oder er nicht durch eine Systematik der Praxis- und Berufsorientierung ergänzt werden muss.

Das Konzept der Beruflichkeit kann dabei auf die lange Liste und breite Diskussion der spätestens mit dem Beginn der Studienreformprojekte in den siebziger Jahren einsetzenden Initiativen zur Praxisorientierung von Studium und der Diskussion über das Verhältnis von Theorie und Praxis in der Wissenschaft anknüpfen. Der Praxisbezug wird dabei immer als „reflektierte“ Praxis verstanden. Das Studium benötigt „einen kritisch-reflektierten Praxisbezug (...), der fachliche und methodische Qualifikation in den Kontext gesellschaftlicher Prozesse stellt und auf die Entwicklung umfassender Handlungskompetenzen ausgerichtet ist.“ (DGB 2012, S. 14).

Der sog. Bologna-Prozess hat den Bezug des Studiums auf den Arbeitsmarkt verstärkt. Die ländergemeinsamen Strukturvorgaben fordern die Hochschulen auf, den Bachelor als „ersten berufsqualifizierenden“ Abschluss, den Master als „weiteren berufsqualifizierenden“ Abschluss zu konzipieren.<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang hat nicht nur in einzelnen Fachkulturen, sondern auch auf der Ebene der Hochschulrektorenkonferenz eine intensive Diskussion begonnen. „Akademischer Bildungsanspruch und Arbeitsmarktrelevanz des Studiums schließen sich nicht aus“, wird dabei in einer Handreichung des HRK-Nexus Projektes festgestellt (HRK Nexus 2014, S. 3). In der Broschüre wie in der HRK selbst bezieht sich man sich in der Argumentation auf den Begriff der „Employability“, der im Unterschied zum Berufsbegriff (!) – so die Argumentation – dem Arbeitsmarktbezug von Studium ausreichend Flexibilität gebe, um das Studium von einem unmittelbaren und engen Bezug auf Tätigkeitsanforderungen zu schützen.

Folgende Feststellungen in dieser Diskussion sind bemerkenswert. Erstens wird die Notwendigkeit einer breiten Ausbildung betont. Es sei „nicht Aufgabe der Hochschulen, auf ein spezielles Berufsbild vorzubereiten, sondern diese müssen die Absolventinnen und Absolventen wissenschaftlich vielseitig für die wechselnden Anforderungen der Arbeitswelt breit qualifizieren.“ (ebd.) Zweitens kann der für notwendig erachtete Arbeitsmarktbezug nicht ohne Reflexions- und Aushandlungsprozesse stattfinden, an denen nicht nur Akteure innerhalb, sondern auch außerhalb der Hochschulen zu betei-

14 Vgl. *Urban* 2015a und b, auch: *Kuda/Strauß* 2013.

15 Das Gegenkonzept wird in einem ebenfalls bei *Blankertz* gefundenen und von ihm eingeführten Zitat *Pestalozzis* sichtbar: „Der Mensch müsse Mensch sein, ehe er Kannengießer werden könne, während er in Wahrheit muss Kannengießer werden, weil eben seine Menschheit unabhängig von seiner Kannengießerarbeit

ihn zum Unmenschen in der Gesellschaft machen würde.“ (nach *Blankertz* 1982, S. 136).

16 Vgl. KMK, Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor und Masterstudiengängen (Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 10.10.2003 i.d.F. vom 4.2.2010).

ligen sind. Und drittens wird konstatiert, dass die Debatte über die „Beschäftigungsrelevanz eines Studiums nach Fächern differenziert erfolgen (muss).“ (ebd.) Eine ähnliche Argumentation ist auch beim Akkreditierungsrat festzustellen. Eine auf Initiative der Studierenden, der Gewerkschafts- und der Arbeitgebervertreter im Akkreditierungsrat eingerichtete Arbeitsgruppe kommt auf der Basis einer Differenzierung zwischen den Fächern zu dem Ergebnis, dass zu klären ist, „auf welche Weise die Verantwortlichen (Hochschule/Fakultät) die Anforderungen an Fachlichkeit und Beruflichkeit im Studiengang sicherstellen wollen. Das Ergebnis dieser Vergewisserung ist im Verfahren zu dokumentieren und seine Umsetzung bei der Reakkreditierung zu überprüfen.“ Und darauf aufbauend: „Lernzielorientierte Referenzsysteme sollten im Akkreditierungsverfahren genutzt werden können, wenn die zuständigen Fachbereiche oder Fakultäten an den Hochschulen dies verlangen.“ (Akkreditierungsrat 2015; S. 2) Der Akkreditierungsrat hat diese Vorschläge angenommen und in den soeben angelaufenen Prozess zur Überarbeitung der Akkreditierungsverfahren überführt.

Berufe entstehen nach einem Aushandlungsprozess im gesellschaftlichen Konsens. Das Berufsverständnis zielt nicht mehr auf Spezialberufe, sondern auf ein breites berufliches und fachliches Fundament, das einen flexiblen Arbeitseinsatz innerhalb eines weiten Berufsfeldes ermöglicht und die Beschäftigten vor den Unwägbarkeiten gegenwärtiger Arbeitsmärkte schützt und sie befähigt Lern- und Erwerbsbiografien mitzugestalten. Während die Zahl der Berufe (ohne Fortbildungsberufe und ohne vollschulische Berufe) auf der Basis der Berufsbildungsgesetzes und der Handwerksordnung in den letzten 40 Jahren quasi halbiert und auf ca. 350 reduziert wurde, sind Studierende und Lehrende auf der Basis eines zunehmend ausdifferenzierten Hochschulsystems gegenwärtig mit ca. 16.000 Bachelor- und Masterstudiengängen konfrontiert. Diese werden als singuläre Studiengänge konzipiert und akkreditiert. Obwohl Fachgesellschaften, Berufsverbände, Fakultäten- und Fachbereichstage in einer Reihe von Fächern bemüht sind, gemeinsame Standards und gemeinsame berufliche und fachliche Kerne zu identifizieren, bleibt ein Bild der Unübersichtlichkeit. Lernzielorientierte Referenzsysteme, an deren Erarbeitung neben den Studierenden auch die Sozialpartner zu beteiligen sind, könnten hier eine mögliche Form der Zusammenführung und Verdichtung bewerkstelligen. Die Aushandlungs- und Konsenskultur des dualen Berufsbildungssystems könnte hier Vorbild sein.

Einen eigenen Diskurs zum Thema Praxis- und Berufsorientierung gibt es in den für die IG Metall nicht unwichtigen Ingenieurwissenschaften. Praxisorientie-

rung leitet sich hier aus der Bestimmung von Kompetenzbegriffen und Lernergebnissen ab. Die aktuelle Diskussion wird maßgeblich um das von den europäischen Ingenieurverbänden ausgehende internationale Fachsiegel „Eur-Ace“ herum geführt. Dieses Siegel verlangt die Beschreibung der Studienprogramme und Lernergebnisse in Bezug auf folgende Kriterien: „Knowledge and Understanding; Engineering Analysis; Engineering Design; Investigations; Engineering Practice; Making Judgements; Communication and Team-working; Lifelong Learning“ (<http://www.enaee.eu/eur-ace-system/eur-ace-framework-standards>). Ob und inwieweit der in diesen und anderen Kontexten entwickelte Kompetenzbegriff an das Konzept der beruflichen Handlungskompetenz heranreicht, kann an dieser Stelle nicht nachverfolgt werden, dass er jedoch auf einem umfassenden Verständnis von Handlungsfähigkeit beruht, ist unbestritten.

Das dazu notwendige Verhältnis von Theorie und Praxis stellt sich im besten Fall in der Integration und nicht in der Addition von Methoden dar, dh. nicht das Auslagern des Erwerbs von „Schlüsselqualifikationen“ in eigenständige Einrichtungen oder das Verdrängen der Praxis in das Praxissemester, sondern ein „Wechselspiel von praktischem Handeln und theoriegeleitetem Wissen“ (IG Metall 2014a, S. 28) macht die neue Qualität aus. Dieses Wechselspiel von Theorie und Praxis kann auf unterschiedlichen Wegen geschehen: dazu gehören praxisorientierte Aufgabenstellungen, Studien- und Projektarbeiten, Lerngruppen, Exkursionen, Betriebserkundungen, Planspiele, Praktika und Praxisphasen. Alle Praxisanteile – so eine Handlungshilfe der Gewerkschaften für die Akkreditierung und Studienganggestaltung von Ingenieurstudiengängen, „erfordern die explizite Formulierung von Kompetenzziele oder -anforderungen im Hinblick auf das Erreichen beruflicher Handlungskompetenz.“ (Gewerkschaftliches Gutachternetzwerk 2009, S. 34). Berufliches und wissenschaftliches Lernen können im Studium spannungsreich aufeinander bezogen sein, sie müssen nicht zwangsläufig einen Widerspruch bilden. Ihr Verhältnis wird sich auch spezifisch in den jeweiligen Fächerkulturen ausbilden. Aktuell wurde eine Lernmatrix als Methode der Integration beider Lernprinzipien vorgeschlagen (Elsholz 2015). Ein weiterer Ansatz ist die Lernfabrik, die praktisch fachliche und berufliche Aufgabenstellungen simuliert (vgl. Prinz u.a. 2014). Das Konzept der Beruflichkeit zielt – wie genannt – auf ein Wechselspiel von (praxisbezogener) Theorie und (theoriegeleiteter) Praxis. Es schlägt den Bezug der Lehre auf berufliche Aufgabenstellungen vor und bietet dafür die Methode der Arbeits- und Geschäftsprozessorientierung an. Berufliches Lernen geht

in diesem Konzept von den Bedürfnissen und Interessen der Lernenden aus und bietet dafür methodisch das „entdeckende“ und/oder „forschende Lernen“ an. Es schlägt die Kooperation unterschiedlicher Lernorte an. Diese Methoden sind vor dem Hintergrund weitreichender Studienreforminitiativen in vielen Fachkulturen anschlussfähig an einen Diskurs guter Lehre.

Ein größeres Thema bleibt die Bestimmung des Verhältnisses von Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung. In allgemeiner Weise ist die Formulierung im Leitbild unstrittig, dass „ein bloß kognitiver und/oder wissenschaftlicher Zugang (...) nicht aus(reicht), um berufliche Handlungskompetenzen zu entwickeln.“ (IG Metall 2014a, S. 26) Ob es als gleiches, gleichwohl die Differenzen beider Bildungstypen akzeptierendes, Prinzip für die betrieblich-duale Ausbildung wie für das Studium gelten kann, wird von WissenschaftlerInnen, die beratend an der Entstehung des Leitbildes beteiligt waren, kontrovers diskutiert. *Rita Meyer* wirft die Frage der Hierarchisierung beruflicher Abschlüsse auf.<sup>17</sup> *Georg Spöttl* weist darauf hin, dass die „wissenschaftliche Ausbildung an Hochschulen (...) völlig anderen Handlungslogiken (folgt) als eine betrieblich-duale Ausbildung. In Hochschulen dominiert abstrakt-systematisches, wissenschaftliches Fachwissen, das mit wissenschaftlichen Methoden zu erschließen ist.“ (Spöttl 2014, ohne Seitenangabe). Entscheidend seien nicht die Methoden, sondern das Erkenntnisinteresse und die Unterschiedlichkeit der beruflichen Aufgaben. *Jürgen Strauß* – in derselben Veröffentlichung – leugnet die Unterschiede wie weiterhin notwendige Klärungen nicht. Für ihn steht auch nicht die Beschreibung des Status Quo im Vordergrund, sondern ein Prozess des voneinander Lernens. „Das Leitbild kann eine Orientierung für die Reform hochschulischer und betrieblich-dualer beruflicher Bildung sein“ (Strauß 2014, ohne Seitenangabe).

#### IV. Ausblick

Das Konzept der „erweiterten modernen Beruflichkeit“ ist ein Kompass für die Berufsbildungs- und Hochschulpolitik der IG Metall, weil sich aus ihm im Interesse der Auszubildenden, der Studierenden und der Beschäftigten eine Reihe von bildungs- und arbeitspolitischen Vorschlägen ableiten lassen. Daraus resultieren kleine und große Projekte. Sie knüpfen zum großen Teil auch an die bildungspolitischen Forderungen der IG Metall an. Ziele

wie mehr Durchlässigkeit zwischen allgemeiner und beruflicher Bildung, der Ruf nach mehr Gleichwertigkeit, das Erstreiten von mehr Chancengleichheit – all diese Forderungen müssen nicht neu geschrieben werden. Aber sie erhalten durch ein gemeinsames Leitbild für die betrieblich-duale und die hochschulische Berufsbildung zusätzliche Anregungen und Begründungszusammenhänge.

Die neue und durchaus noch zu untermauernde Qualität resultiert aus einem nach gleichen Prinzipien entwickelten Bildungskonzept von Beruflichkeit. Aus ihm lassen sich Anforderungen an die Weiterentwicklung betrieblich-dualer und hochschulischer Bildung ebenso ableiten wie Ansprüche eines neuen Verhältnisses der beiden Bereiche zueinander. Wie weit dieser Impuls reicht, wird noch zu erkunden sein. Ob er dazu führen wird, Bildung aus der Umklammerung der Ökonomisierung zu befreien, ob er Beruflichkeit von Bildung und Arbeit angesichts zunehmender Prekarisierung eine Perspektive gibt, ob er ein Beitrag zur Verbesserung der Qualität von Studium und Lehre sein wird, gar einen Beitrag dazu leisten wird, das Verhältnis von allgemeiner und beruflicher Bildung neu zu bestimmen, ob er zu einem stärkeren Miteinander der beiden Bildungssysteme führen wird und eine aufeinander abgestimmte Politik von Berufsbildungs- und Hochschulsystem, von Bildungs- und Beschäftigungssystem und von Bund und Ländern befördert, das steht heute noch dahin. Der wissenschaftliche Beraterkreis schließt sein jüngstes Gutachten hoffnungsvoll:

„Perspektiven eines neuen wissenschaftsbasierten Berufsbildungssystems zu entwickeln, heißt weder die herkömmliche Hochschulbildung noch die bestehende Berufsausbildung fortzuschreiben. Die Zielperspektive legt vielmehr nahe, Elemente beider Lernwege auf der Grundlage wissenschaftlich begründeten Erfahrungswissens in ‚erweiterter Beruflichkeit‘ zu kombinieren.“ (Beraterkreis 2014, S. 62)

Bernd Kaßbaum ist Gewerkschaftssekretär beim Vorstand der IG Metall im Ressort Bildungs- und Qualifizierungspolitik. Seine Arbeitsschwerpunkte sind Hochschulpolitik, Schule und Arbeitswelt sowie Berufsbildungsforschung.

17 Vgl. Meyer, Rita 2013.

## Literatur:

ACATECH: Umsetzungsempfehlungen für das Zukunftsprojekt Industrie 4.0, April 2013, ([www.acatech.de/fileadmin/user\\_upload/Baumstruktur\\_nach\\_Website/Acatech/root/de/Material\\_fuer\\_Sonderseiten/Industrie\\_4.0/Abschlussbericht\\_Industrie4.0\\_barrierefrei.pdf](http://www.acatech.de/fileadmin/user_upload/Baumstruktur_nach_Website/Acatech/root/de/Material_fuer_Sonderseiten/Industrie_4.0/Abschlussbericht_Industrie4.0_barrierefrei.pdf))

Ahrens, Daniela/Spöttl, Georg, Industrie 4.0 und Herausforderungen für die Qualifizierung von Fachkräften, in: Hirsch-Kreinsen u.a. 2015, S. 185-204.

Akkreditierungsrat, Fachlichkeit und Beruflichkeit in der Akkreditierung. Abschlussbericht und Empfehlungen der Arbeitsgruppe Fachlichkeit und Beruflichkeit des Akkreditierungsrates vom 06.02.2015 (zitiert nach: [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Veroeffentlichungen/Berichte/AR\\_Abschlussbericht\\_AGFachlichkeit.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Veroeffentlichungen/Berichte/AR_Abschlussbericht_AGFachlichkeit.pdf)).

Autorengruppe Bildungsberichtserstattung (Hrsg.), Bildung in Deutschland 2014, Bielefeld 2014.

BDA/BDI (Hrsg.), Wir brauchen Alle! Berufliche und akademische Bildung stärken. Potenziale heben. Berlin, Dezember 2014.

Blankertz, Herwig, Geschichte der Pädagogik, Wetzlar 1982

BMBF (Hrsg.), Berufsbildungsbericht 2015, Berlin 2015.

Bosch, Gerhard, Umbruch der Arbeit, Beruflichkeit, Qualifizierungsbedarfe, in: Schröder, Lothar / Urban, Hans-Jürgen (Hrsg.) Gute Arbeit. Qualitative Tarifpolitik-Arbeitsgestaltung-Qualifizierung, Frankfurt/Main 2015.

DGB, Bundesvorstand, Für eine demokratische und soziale Hochschule. Das Hochschulpolitische Programm des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Berlin, Dezember 2012.

Drexel, Ingrid, Gesellschaftliche und politische Folgen von Akademisierung, in: Kuda, Eva u.a. (Hrsg.), Akademisierung der Arbeitswelt? Hamburg 2012, S. 36-51

Elsholz, Uwe, Portfolioansätze in hochschulischer und beruflicher Bildung, erscheint in: Cendon, E./Pellert, A./Mörth, A. (Hrsg.), Lernendenzentrierte Studienformate. Münster 2015.

Friedburg, Ludwig von, Bildungsreform in Deutschland, Frankfurt/M. 1989.

Gewerkschaftliches Gutachternetzwerk (Hg.) Studium als Wissenschaftliche Berufsausbildung. Gewerkschaftliches Argumentationspapier zur Gestaltung und Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen in den Ingenieurwissenschaften. Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hannover, Oktober 2009.

Hirsch-Kreinsen, Hartmut, Wandel von Produktionsarbeit – Industrie 4.0. In: WSI-Mitteilungen 6/2014, S. 421-429.

Hirsch-Kreinsen, Hartmut/Ittermann, Peter/Niehaus,

Jonathan (Hrsg.), Digitalisierung industrieller Arbeit, Baden-Baden 2015.

Hoffmann, Rainer, 11 Thesen zur Zukunft der Arbeit, in: Gegenblende 2015 (<http://www.gegenblende.de/33-2015/++co++b579b7c2-0f5b-11e5-af3b-52540066f352>).

IG Metall (2014a), Vorstand, Ressort Bildungs- und Qualifizierungspolitik, Diskussionspapier. Erweiterte moderne Beruflichkeit. Ein gemeinsames Leitbild für die betrieblich-duale und die hochschulische Berufsbildung, Frankfurt/Main, November 2014.

IG Metall (2014b), Vorstand (Hrsg.), Fachkräfte sichern! Frankfurt/Main, Nov. 2014.

Ittermann, Peter/Niehaus, Jonathan, Industrie 4.0 und Wandel der Industriearbeit, in: Hirsch-Kreinsen u.a. 2015, S. 33-52.

Kaßbaum, Bernd/Ressel, Thomas/Schränkel, Hanna, Berufsbildung 4.0: Ein bildungspolitischer Kompass für die Gestaltung der digitalen Arbeitswelt, erscheint in: Schröder, /Urban, Hans-Jürgen (Hrsg.) Jahrbuch Gute Arbeit 2016.

Kuda, Eva/Kaßbaum, Bernd, Bologna- und Kopenhagen-Prozess: auf dem Weg zu einem neuen Verhältnis von beruflicher und akademischer Bildung, in: Kuda, Eva u.a. (Hrsg.), 2012, S. 68-95.

Kuda, Eva/Strauß, Jürgen, Akademisierung als Königsweg? Eine gewerkschaftliche Perspektive, in: Schultz, Tanjev/Hurrelmann, Klaus (Hrsg.), Die Akademikergesellschaft. Müssen in Zukunft alle studieren? Weinheim und Basel 2013.

Meyer, Rita (2013): Professionalisierung für eine moderne Beruflichkeit durch wissenschaftliche Berufsausbildung, in: <http://denk-doch-mal.de/wp/rita-meyer-professionalisierung-fuer-moderne-beruflichkeit/>

Middendorf, Elke, Die wirtschaftliche und soziale Lage der Studierenden in Deutschland 2012. 20. Sozialerhebung des Deutschen Studentenwerks, durchgeführt durch das HIS-Institut für Hochschulforschung, Hannover 2012.

Pfeiffer, Sabine/Suphan, Anne, Industrie 4.0 und Erfahrung – das Gestaltungspotenzial der Beschäftigten anerkennen und nutzen, in: Hirsch-Kreinsen u.a. 2015, S. 205-230.

Prinz, Christopher u.a., Lernfabrik zur Vermittlung berufsfeldrelevanter Handlungskompetenzen, in: Industrie Management 30/2014, S. 39-42.

Spöttl, Georg (2014), Einspruch aus der Hochschule, in: <http://denk-doch-mal.de/wp/georg-spoettl-einspruch-aus-der-hochschule-was-fuer-bedenken-gibt-es/> 2014.

Strauß, Jürgen, Erfahrungs- und Wissenschaftsorientierung – Gemeinsame und unterschiedliche Prinzipien

des Lernens in betrieblich-dualer Ausbildung und im Studium, in: <http://denk-doch-mal.de/wp/juergen-strauss-erfahrungs-und-wissenschaftsorientierung-ist-unverzichtbar/>

Urban, Hans-Jürgen, (2015a), Beruflichkeit als Teil von gewerkschaftlicher Arbeits- und Bildungspolitik, in: <http://denk-doch-mal.de/wp/hans-juergen-urban-beruflichkeit-als-teil-von-gewerkschaftlicher-arbeits-und-bildungspolitik-2/>

Urban, Hans-Jürgen, (2015b) Perspektiven der Berufsbildung, in: Gegenblende 2015 (<http://www.gegenblende.de/33-2015/++co++02731c06-3128-11e5-af53-52540066f352>).

Ver.di/ IG Metall (Hrsg.), Wissenschaftlicher Beraterkreis. Berufsbildungsperspektiven 2014. Leitlinien für eine gemeinsame duale, schulische und hochschulische berufliche Bildung. Berlin, Frankfurt, April 2014.

Wissenschaftsrat (Hrsg.), Empfehlungen zur Gestaltung des Verhältnisses von beruflicher und akademischer Bildung. Erster Teil der Empfehlungen zur Qualifizierung von Fachkräften vor dem Hintergrund des demographischen Wandels (Drs. 3818-14), April 2014.

Zika, Gerd u.a., Qualifikations- und Berufsfeldprojektionen bis 2030, in: IAB-Kurzberichte 18/2012 (siehe auch zum Projekt „Qualifikation und Beruf in der Zukunft“: [www. http://www.bibb.de/de/11727.php](http://www.bibb.de/de/11727.php) ).

# Robert Brehm und Wolfgang Zimmerling

## *Der Rücktritt von der Hochschul- oder Staatsprüfung - ein „Dauerbrenner“ für die Gerichte - aufgezeigt an sechs Beispielen*

### Einleitung

Juris weist für die Zeit vom 1.1.2013 bis 28.2.2015 39 Entscheidungen unter „Prüfungsrücktritt“ und 41 Entscheidungen unter „Rücktritt von der Prüfung“ aus. Eliminiert man die Doppel, verbleiben immerhin noch 56 Entscheidungen. Darunter sind eine von Verfassungsgerichten, 22 von Obergerichten und 33 von Verwaltungsgerichten. Bereits aus dieser Zahl ist ersichtlich, welche praktische Bedeutung diese Möglichkeit, nicht zur Prüfung antreten zu müssen bzw. im Falle eines befürchteten oder tatsächlich negativen Ausgangs der Prüfung die Möglichkeit eines Rücktritts bzw. – terminologisch richtig – die Möglichkeit des Antrags auf Genehmigung des Rücktritts von der Prüfung hat. Wir wollen anhand einiger konkreter Fälle den Stand der gegenwärtigen Rechtsprechung – die nach unserer Ansicht leider nicht immer rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht – deutlich machen:

**Fall 1: Das Problem von Gutachten von Amts- bzw. Polizeiarzt (VG Potsdam, Beschl. v. 25.2.2014 – 1 L 6/14 (n.v.) / OVG OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21.7.2014 – OVG 10 S 5/14, juris = NVwZ-RR 2014, 889)**

Das VG Potsdam hatte den Antragsgegner verpflichtet, dem Antragsteller, der nach der Prüfungsordnung keinen weiteren Prüfungsversuch hatte, nicht zu der ihm aufgrund Prüfungsanfechtung eingeräumten letzten Möglichkeit einer Modulprüfung im Rahmen des Fachhochschul-Studiums angetreten war, die Fortsetzung der begonnenen Laufbahnausbildung und des begonnenen Studiums durch die Teilnahme an den Lehrveranstaltungen und Prüfungen vorläufig zu ermöglichen. Das OVG Berlin-Brandenburg hat den Beschluss aufgehoben und den Antrag des Prüflings zurückgewiesen, weil er seine krankheitsbedingte Prüfungsunfähigkeit nicht hinreichend nachgewiesen habe. Die Anforderungen an einen Prüfling, der von einer Prüfung zurücktreten will, sind hoch.<sup>1</sup>

Niemand zweifelt daran, dass diese dann nochmals höher sind, wenn ein Prüfling nach einer nicht bestandenen Prüfung zurücktreten will gegenüber dem Fall, dass er – wegen (angeblicher) Prüfungsunfähigkeit – gar nicht zur Prüfung angetreten ist.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat im konkreten Fall den Nachweis der Prüfungsunfähigkeit durch – unstrittig vorgelegte – Bescheinigungen von Polizeiarzten verneint.

Diese Entscheidung ist – u.a. wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht der entsprechenden Prüfungsbehörde – fehlerhaft ist. Zwar traf den Prüfling die Pflicht, die Prüfungsunfähigkeit „auf Verlangen der Fachhochschule der Polizei durch ein polizei- oder amtsärztliches Gutachten zu belegen“, nachdem die Fachhochschule den Ast. schriftlich aufgefordert hatte, „bei jeder weiteren Erkrankung an Prüfungstagen“ ein solches Gutachten vorzulegen.

Zurücktretende Prüflinge unterliegen bei den Prüfungsbehörden zunächst einmal einem „Simulations-„Generalverdacht“, der umso intensiver wird, je öfter ein Rücktritt erfolgt (oft unter Vorlage von Attesten immer des gleichen Arztes). Hat nun ein Prüfling – sei es durch mehrfachen Rücktritt, sei es durch Prüfungsanfechtung – die Prüfungsbehörde nun „hinreichend geärgert“ schaut diese bei gleichem Sachverhalt bei einem „Wiederholungstäter“ um so genauer auf die vorgelegten Atteste. Dies wissen auch die Gerichte.

Offensichtlich sind viele Prüfungsbehörden nicht in der Lage, „ihre“ Amts- oder Polizeiarzte dazu zu bewegen, Atteste oder Ärztliche Gutachten auszustellen, die den Ansprüchen der Prüfungsbehörden – und vor allem auch der Gerichte, die oft strenger sind als die Prüfungsbehörden – genügen. Aber: Ist dafür der Prüfling verantwortlich zu machen? Ist er insbesondere verantwortlich dafür, dass – wie in der Regel – die Amts- und die Polizeiarzte die Diagnose des Privatarztes in dem vom Prüfling vorgelegten Attest in der Regel ohne eigene Untersuchung bestätigen? Oder überspitzt gefragt: Ist der Prüfling für das „Amtsarzt- bzw. Polizeiarztsystem“ und seine seit langem bekannten Probleme verantwortlich?

<sup>1</sup> Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2014, Rn. 249ff, 267ff.; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Auflage, 2007 Rn. 428ff.; Vgl. aus neuerer Zeit auch OVG Münster, Beschl. v. 20.10.2014 – 14 A 699/14, juris.

Einige Zitate aus diesem Beschluss (zitiert aus juris, Rn. 13) machen das Dilemma des Prüflings deutlich:

„Die Bescheinigung des Polizeiarztes O vom 12.11.2013 erschöpft sich in der Aussage „AU-schreibung vom 7.11.2013 wird bestätigt!“, ohne nähere Angaben zu der Art der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Ast. und deren Auswirkungen auf sein Leistungsvermögen am Prüfungstag zu enthalten. Auch die Bescheinigung des Polizeiarztes D vom 19.11.2013 gibt keine inhaltlichen Informationen zum Gesundheitszustand des Ast., sondern lautet: „Ein GA wird nicht erstellt. Eine reguläre Attestierung durch Herrn O liegt Ihnen vor. Bei Rückfragen wenden Sie sich an das Ref. 43 = Md I“.

Dies hat die Fachhochschule trotz der deutlichen Aufforderung des Polizeiarztes D. nicht getan. Aber die Konsequenz des OVG Berlin-Brandenburg war nun nicht, dem Prüfungsamt der Fachhochschule ein paar deutliche Worte zur Mitwirkungspflicht der Prüfungsbehörde „ins Stammbuch zu schreiben“. Nein: Das OVG Berlin-Brandenburg schreibt folgendes:

„Diese Aussagen sind ersichtlich nicht geeignet, eine krankheitsbedingte Prüfungsunfähigkeit des Ast. am Prüfungstag polizeiärztlich nachzuweisen“.

Uns stellt sich die Frage, warum hat die Fachhochschule nicht – entsprechend der Aufforderung des Polizeiarztes D. – beim Polizeiarzt O nachgefragt und freut sich statt dessen, dass der Prüfling von nichts eine Ahnung hat und deshalb auch nicht die Polizeiarzte um „Nachbesserung der Bescheinigung“ bittet bzw. diese dazu auffordert? Das VG Potsdam hatte insoweit zu Recht geschrieben: „Es ist insbesondere nicht seine (des Prüflings) Sache, den aufgesuchten Polizeiarzt darüber aufzuklären, wie das Gutachten erstellt werden muss.“

## **2. Fall: Das Problem des nachträglichen Rücktritts – nicht nur in Bayern – der Tod der Großmutter (VGH München, Beschluss vom 10.11.2014 – 7 ZB 14.1922, juris)**

Grundsätzlich kann – teilweise über den Wortlaut der jeweiligen prüfungsrechtlichen Vorschriften hinausgehend (konkret § 10 der Bayerischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (JAPO) vom 13.10.2003 eine tatsächlich unerkannte Prüfungsunfähigkeit auch noch nach Abschluss der Prüfung und nach Ablauf materiell-rechtlicher Ausschlussfristen geltend gemacht werden.<sup>2</sup>

Es ist aber Sache des Prüfungsteilnehmers, sich vor Beginn der Prüfung zu vergewissern, ob seine Leistungsfähigkeit durch Krankheit beeinträchtigt ist und dass dann, wenn ein Prüfling wegen Prüfungsunfähigkeit von einer Prüfung zurücktritt, er (und nicht das Prüfungsamt) die materielle Beweislast für den Rücktrittsgrund und die Unverzüglichkeit des Rücktritts trägt.

An diese sind nach der Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen. Nimmt der Prüfling an der Prüfung teil und erklärt er erst nach deren Beendigung seinen Rücktritt unter Berufung auf eine zunächst unerkannte Prüfungsunfähigkeit, muss er die Gründe, weshalb er seine Prüfungsunfähigkeit zuvor nicht erkennen konnte, in gleicher Weise nachweisen wie die Prüfungsunfähigkeit selbst.<sup>3</sup>

Im konkreten Fall war das Verwaltungsgericht Würzburg<sup>4</sup> erstinstanzlich zur Überzeugung gekommen, dass die Klägerin ihre Prüfungsunfähigkeit während der Ersten Juristischen Staatsprüfung ebenso in der erforderlichen Weise nachgewiesen hatte wie den Umstand, dass sie ihre Prüfungsunfähigkeit erst unmittelbar vor ihrem sodann unverzüglich erklärten Prüfungsrücktritt erkennen konnte.

Der VGH München geht – entgegen der Annahme des verklagten Prüfungsamts – davon aus, dass der Prüfling den Tod ihrer Großmutter wenige Tage vor der Prüfung und die sich daran anschließende „Trauerreaktion“ nicht zum Anlass nehmen musste, ihre Prüfungsfähigkeit vor Teilnahme an der Prüfung ärztlich überprüfen zu lassen. Die Klägerin habe bereits im behördlichen Verfahren vortragen lassen, dass sie zwar anlässlich des Todes ihrer Großmutter Trauer empfunden habe, jedoch nicht habe erkennen können, dass sie tatsächlich in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei. Der die Klägerin behandelnde Facharzt für Psychiatrie und Neurologie habe in seinem Attest bestätigt, dass die Klägerin ohne nervenärztliche Behandlung nicht erkennen konnte, dass der Tod ihrer Großmutter bei ihr einen neuen krankheitswertigen Zustand auslöste, „der über das normal übliche einer Trauerphase hinausgeht“. Die Gerichte hatten keinen Zweifel an der Glaubwürdigkeit dieser fachärztlichen Feststellung: Die Klägerin sei bei dem Facharzt seit Mitte 2011 wegen einer depressiven Störung in ambulanter Behandlung und die Erkrankung unter medikamentöser Therapie zu Beginn des Sommers 2012 vollständig remittiert. In Kenntnis der anstehenden Prüfung habe die Klägerin in Absprache mit dem Facharzt zur Rückfallprophylaxe weiterhin eine antidepressive Medikation erhalten. Aus der Vorgeschichte und Ent-

2 Vgl. z. B. VGH München, B. v. 15.11.2004 – 7 ZB 04.1308 – juris Rn. 10.

3 Vgl. z. B. VGH München, B. v. 4.3.2013 – 7 CE 13.181 – juris Rn. 14 f.

wicklung der depressiven Störung ergäben sich keine Hinweise, dass die Klägerin – entgegen der fachärztlichen Feststellung im Attest vom 14.1.2013 – ein Ereignis wie den Tod ihrer Großmutter ohne weiteres zum Anlass nehmen musste, um erneut den sie behandelnden Facharzt aufzusuchen. Zudem habe der Landgerichtsarzt (Amtarzt), der als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie ebenfalls sachkundig sei, in seiner amtsärztlichen Stellungnahme nach persönlicher Vorstellung der Klägerin bestätigt, „dass das beschriebene Verlaufsbild vor dem Hintergrund der bekannten depressiven Vulnerabilität“ der Klägerin „durchaus mit dem klinischen Erfahrungswissen konform geht“.

Das Verwaltungsgericht habe nach alledem seine Aufklärungspflicht nicht verletzt. Weitere Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts drängten sich nach den Umständen des Einzelfalls nicht auf, insbesondere habe für das Verwaltungsgericht kein zwingender Anlass bestanden, weitere sachverständige Beurteilungen einzuholen oder den die Klägerin behandelnden Facharzt in der mündlichen Verhandlung persönlich zu befragen, weil die der gerichtlichen Überzeugungsbildung dienenden sachverständigen Äußerungen insoweit bereits eindeutig und unmissverständlich gewesen seien. Folglich wurde der Antrag auf Zulassung der Berufung der Prüfungsbehörde zurückgewiesen.

### Fall 3: Prüfungsrücktritt aufgrund äußerlicher Umstände der Prüfung (VGH Mannheim, Beschl. v. 24.4.2014 – 9 S 1292/13 – n.v.)

In diesem Fall geht es wie bei der Nr. 1 um die Mitwirkungspflicht einer Prüfungsbehörde, allerdings im Zusammenhang mit einem durch äußerliche Umstände gerechtfertigten Rücktritt von einer juristischen Staatsprüfung.

Die Rechtsfrage nach dem Vorliegen eines wichtigen Rücktrittsgrundes kann nur so beantwortet werden, dass ein Rücktrittsrecht dann gegeben ist, wenn ansonsten der das Prüfungsrecht beherrschende Grundsatz der Chancengleichheit verletzt würde.<sup>5</sup> Die im Rahmen des Berufungszulassungsantrags von der Prüfungsbehörde thematisierte „Frage nach der bei Prüfungen noch zumutbaren Temperatur“ ist einer Beantwortung in allgemeiner Form nicht zugänglich und daher nicht klärungsfähig. Die Grenzen des bei Wahrung der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit noch Zumutbaren können nur im Einzelfall bestimmt werden. Dies gilt insbesondere

deshalb, weil zwar einerseits objektive Kriterien, wie etwa die Temperatur im Prüfungsraum, auch objektiv zu bestimmen sind, es für die – maßgebliche – Verletzung der Chancengleichheit indes nicht darauf ankommt, ob eine objektiv feststellbare Grenze überschritten ist, sondern ob die äußeren Einwirkungen dazu geeignet sind, etwa die Konzentration eines Prüflings nicht nur unerheblich zu erschweren und ihn dadurch abzuhalten, seine wahre Befähigung nachzuweisen.<sup>6</sup> Die Abgrenzung einer solchen Situation von „normalen Bedingungen“, bei denen eine erhebliche Störung nicht anzunehmen ist, ist nur bei Bewertung sämtlicher relevanter Umstände des Einzelfalls möglich (zusätzlich relevante Faktoren können z.B. Kleidung, Luftfeuchtigkeit, Raumgröße, Lüftungsmöglichkeiten und Beschattung sein) und entzieht sich daher einer grundsätzlichen Klärung.<sup>7</sup>

Hinsichtlich der während der Prüfung im Prüfungsraum herrschenden Temperaturen und ihren Folgen für die Wahrung der Chancengleichheit unter den Prüflingen kommt es – entgegen der Auffassung des Prüfungsamts – nicht maßgeblich darauf an, ob sich aus einem Vergleich der vorgelegten Prüfungsergebnisse eine Beeinflussung dieser Ergebnisse durch die Raumtemperatur ablesen lässt oder nicht. Entscheidend ist allein, ob diese Temperaturen noch als „normal“ und damit auch in Prüfungssituationen hinzunehmen anzusehen sind oder nicht. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen herrschten im fraglichen Prüfungsraum unstreitig am ersten Prüfungstag zur Prüfungszeit zwischen 9.00 Uhr und 13.00 Uhr Temperaturen zwischen 25,8°C und 30,7°C, davon über zwei Stunden oberhalb von 28°C, am zweiten Prüfungstag noch zwischen 26,1°C und 28,0°C. Dabei hat es zusätzlich auch die für den 21.08.2012 registrierte Luftfeuchtigkeit berücksichtigt. Soweit die Beklagte meinte, der Mensch müsse im Stande sein, „Hitzebeanspruchung im Interesse einer mentalen Leistung zu kompensieren“, spricht nach zutreffender Auffassung des VGH Mannheim bereits das Erfordernis einer solchen „Kompensation“ dafür, die „Normalität“ eines entsprechenden Zustandes im Sinne von „die Chancengleichheit wahren“ in Frage zu stellen. Wenn einerseits bei Temperaturen deutlich unter 18°C auch die Kompensation durch weitere Kleidungsstücke nicht als ausreichender Ausgleich für eine bestehende Beeinträchtigung durch zu niedrige Raumtemperatur anzusehen ist<sup>8</sup>, so kann für eine Kompensation einer Beeinträchtigung durch (zu) hohe Temperaturen durch entsprechend leichte Bekleidung und vermehrtes Trinken nichts ande-

4 Beschl. v. 23.7.2014 – W 2 K 13.166 – n.v.

5 Vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, aaO, Rn. 251 und 467ff.

6 Niehues/Fischer/Jeremias, aaO Rn. 467.

7 Vgl. Niehues/Fischer/Jeremias aaO

8 Vgl. BVerwG, Urteil vom 6.9.1995 – 6 C 16/93 –, BVerwGE 99, 172, 179 und juris, Rn. 41[insoweit nicht in BVerwGE].

res gelten. Der VGH Mannheim nimmt Bezug auf das Ergebnis einer von der Prüfungsbehörde angeführten Untersuchung zur Leistungsfähigkeit in Büroräumen bei erhöhten Außentemperaturen: Danach sollen (schon) bei Lufttemperaturen über 26°C in Arbeitsräumen zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden, zu denen neben der Lockerung von Bekleidungsregeln und der Bereitstellung geeigneter Getränke auch die Nutzung von Gleitzeitregelungen zur Arbeitszeitvertagerung gehören. Bei Überschreitung der Lufttemperatur von 30° C müssten „wirksame Maßnahmen“ ergriffen werden, „welche die Beanspruchung der Beschäftigten (lediglich) reduzieren“.<sup>9</sup> Dabei beziehen sich diese Feststellungen auf Arbeitsstätten, an die betriebstechnisch keine spezifischen raumklimatischen Anforderungen gestellt werden. Sie sind damit mit Prüfungsräumen schriftlicher Prüfungen grundsätzlich vergleichbar. Die für „Arbeitsräume“ geltenden Maßstäbe können indes nicht generell auf Prüfungsräume übertragen werden. Dies folgt aus der Bedeutung, die berufsbezogene Prüfungen für das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) haben, aber auch aus der prüfungsspezifischen Funktion nachzuweisen, ob bzw. inwieweit der Prüfling über bestimmte, für das Erreichen eines Ausbildungsziels erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. So erfordern Prüfungssituationen – anders als das bloße „Arbeiten“ in Arbeitsräumen – jedenfalls ein besonderes Maß an Aufmerksamkeit und Konzentrationsfähigkeit über – im vorliegenden Fall – vier Stunden hinweg und an zwei aufeinander folgenden Tagen. Dies bedeute – so der VGH Mannheim –, dass „normale“ Prüfungsbedingungen keinesfalls hinter den in ASR A 3.5. genannten Arbeitsbedingungen zurückbleiben dürfen, insoweit vielmehr tendenziell eher strengere Anforderungen gelten. Daher hat der VGH die Annahme des Verwaltungsgerichts, im vorliegenden Fall hätten mit Blick auf die von ihm festgestellten Temperaturen und weiteren Faktoren keine „normalen“ Verhältnisse mehr geherrscht, nicht beanstandet.

Der Umstand, dass der Kläger seine konkrete Beeinträchtigung nicht beweisen könne, sei zur Darlegung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht geeignet. Eine Verletzung der Chancengleichheit liegt nämlich bereits dann vor, wenn ungewöhnliche äußere Einwirkungen „geeignet sind“, die

Konzentration eines Prüflings nicht nur unerheblich zu erschweren und ihn dadurch abzuhalten, seine wahre Befähigung nachzuweisen“.<sup>10</sup> Eines Nachweises, dass die hohe Raumtemperatur eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Klägers im konkreten Einzelfall verursacht hat, bedürfe es nicht.

#### **Fall 4: Dauerleiden und Prüfungsrücktritt (VG Berlin, Urteil vom 11.2.2015 – VG 12 K 100.14, juris)**

Prüfungsunfähigkeit im Rechtssinne liegt nicht vor und damit ist ein Fernbleiben vom Prüfungstermin nicht entschuldigt, wenn die Leistungseinschränkungen auf einem aus prüfungsrechtlicher Sicht unerheblichen „Dauerleidens“ beruhen. Ein solches hatte die Prüfungsbehörde in diesem Fall – nach Ansicht des Gerichts zu Recht – angenommen.

Ein „Dauerleiden“ im prüfungsrechtlichen Sinne ist eine erhebliche Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes zum Zeitpunkt der Prüfung, die die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Prüflings nicht nur vorübergehend, sondern prognostisch auf unbestimmte Zeit mit offenen Heilungschancen bedingt. Ein „Dauerleiden“ prägt die Leistungsfähigkeit des Prüflings auch dann, wenn dieses ein schwankendes Krankheitsbild mit Stadien, in denen das Leistungsvermögen des Prüflings nicht eingeschränkt ist, aufweist. Liegt ein solches „Dauerleiden“ vor, ist es zwecklos, die Prüfung zu verschieben, weil es auch im nächsten Prüfungstermin bei der Beeinträchtigung bliebe. Zudem ist ein „Dauerleiden“ inhaltlich prüfungsrelevant, weil es das reguläre Leistungsbild des Prüflings prägt, und der Prüfling unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit und dem Gesichtspunkt der Eignung für den Beruf auf der Grundlage dieses regulären Leistungsbildes zu prüfen ist. Liegt ein schwankendes Krankheitsbild vor, ist es Sache des Prüflings zu zeigen, dass er seine Krankheit so im Griff hat, dass er den Belastungen von Prüfung und Beruf (hier Lehrer) trotz der Krankheit gewachsen ist. Gelingt ihm dies nur teilweise, muss er die Beeinträchtigung hinnehmen. Abzugrenzen ist ein solches „Dauerleiden“ von einer akuten Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, auch wenn akute Erkrankungen häufiger auftreten, ohne dass sie auf ein „Dauerleiden“ zurückzuführen sind.<sup>11</sup>

9 Technische Regeln für Arbeitsstätten, Raumtemperatur – ASR A3.5 – in der Fassung des GMBI. 2012, S. 660, Punkt 4.4 mit Tabelle 4.

10 Vgl. BVerwG, Urteil vom 6.9.1995 – 6 C 16/93 –, aaO S. 179; Vgl. *Niehues/Fischer/Jeremias* aaO Rn. 251 und 467.

11 Im vorliegenden Prüfungsverfahren hatte die Klägerin früher etwa eine „Erkältung“ oder eine „Zahnentzündung“ geltend ge-

macht; vgl. grundlegend zu den Fragen und den Rechtsproblemen des „Dauerleidens“ im prüfungsrechtlichen Sinne mwN *Niehues/Fischer/Jeremias*, aaO Rn. 258; Zim-merling/Brehm, Rn. 466ff.; BVerwG, Beschl. vom 13.12.1985 – 7 B 210.85 – DÖV 1986, S. 477 f., Juris Rn. 5ff.; BVerwG, Beschluss vom 5.7.1983 – 7 B 135.82 – Juris Rn. 6 f.; VGH Mannheim, Beschluss vom 2.4.2009 – 9 S 502.09 – MedR 2009, 616 f., Juris Rn. 4.

Es geht dabei nicht um eine fachärztliche Einschätzung, die ärztlichen Sachverstand erfordert, sondern um die prüfungsrechtliche Würdigung der von den Ärzten mitgeteilten Umstände und Auswirkungen einer Erkrankung auf die Leistungsfähigkeit des Prüflings nach den oben beschriebenen rechtlichen Kriterien.<sup>12</sup>

**Fall 5: Prüfungsrücktritt wegen Befangenheit des Prüfers – VGH Kassel, Urt. v. 18.5.2009- 8 A 336/09 juris = MedR 2010, 48 ff.- Bearbeitung Dr. Robert Brehm)**

Anders als bei einem Rücktritt wegen Prüfungsunfähigkeit stellt sich die Sachlage dar, wenn der Prüfling bei einem Rücktritts Antrag auf einen Prüfer trifft, der ihm nicht wohl gesonnen ist. Auch hier obliegt es in der Regel dem Prüfling, die Befangenheit des Prüfers oder jedenfalls seine Besorgnis einer solchen Befangenheit unverzüglich geltend zu machen.<sup>13</sup> Allerdings macht die Rechtsprechung hierfür eine Ausnahme bei den seltenen Fällen der „objektiven Befangenheit“ von Prüfern, also dann, „wenn außerhalb jeden vernünftigen Zweifels steht, dass ein Prüfer nicht über die gebotene Distanz verfügt“.

Bei dem nunmehr besprochenen Verfahren handelt es sich um eine krasse Ausnahme, bei der sich bereits aufgrund des Akteninhalts die Befangenheit des Prüfers zeigte. Der Prüfling machte als Rücktrittsgrund geltend, sein Vater liege auf der Intensivstation und ringe um sein Leben. Dazu meinte der Prüfer man könne die Angaben nicht überprüfen und äußerte: „*Mal sei es die Tante, mal die Großmutter oder der Hund*“.

Während das VG Gießen<sup>14</sup> den Prüfling noch zurückwies, rückte der VGH Kassel im Berufungsurteil die Maßstäbe zurecht: Er wies – insoweit zutreffend – auf die Amtsermittlungspflicht der Prüfungsbehörden als Bestandteil ihrer Fürsorge- und Hinweispflicht in einem bestehenden Prüfungsrechtsverhältnis hin, die – ausnahmsweise – unverzügliche Geltendmachung nicht forderten.<sup>15</sup>

**Fall 6: Vergleiche im Falle von zahlreichen Rücktritten (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.4.2014 – OVG 10 N 90/11 NVwZ-RR 2014, 686)**

In ständiger Rechtsprechung billigt das OVG Berlin-Brandenburg die Wirksamkeit gerichtlicher oder außer-

gerichtlicher Vergleiche, mit dem einem Prüfling, der eine Prüfung nicht bestanden hatte, eine weitere – letzte – Wiederholungsprüfung zugestanden wird. In der besprochenen Entscheidung weist das OVG die Angriffe gegen derartige Vergleiche nach einem erneuten Rücktritt zurück.

Im konkreten Fall wandte sich der Kl. nach rund 13 Jahren des Studiums der Humanmedizin, gegen die Feststellung des endgültigen Nichtbestehens des Ersten Abschnitts der Ärztlichen Prüfung, also der Prüfung, zu der man sich erstmals nach zwei Jahren melden kann. Zuvor war er zahlreiche Male mit oder ohne Attest nicht zum Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung angetreten oder hatte die Prüfungsversuche aus gesundheitlichen Gründen abgebrochen. Nachdem die Approbationsbehörde das Nichtbestehen der mündlich-praktischen sowie der schriftlichen Prüfung festgestellt und der Kläger Klage erhoben hatte, schlossen die Beteiligten im April 2009 einen Vergleich, wonach der Kl. die Klage zurücknahm und der Bekl. ihm zwei weitere Prüfungsmöglichkeiten bis spätestens zum 31.3.2010 einräumte. Nachdem der Kläger auch diese auf der Grundlage des Vergleichs eingeräumten Wiederholungsprüfungen im Juli/August/September 2009 und im Februar 2010 nicht absolviert bzw. nicht bestanden hatte, stellte der Bekl. das endgültige Nichtbestehen der Prüfung fest. Zu einem in der Folge dennoch eingeräumten weiteren Prüfungsversuch im Juli 2010 erschien der Kl. wiederum nicht. Die Klage blieb – zu Recht – in zwei Instanzen erfolglos:

Insbesondere scheiterte er mit „erheblichen rechtlichen Bedenken“ im Hinblick auf seinen mit dem Bekl. am 23.4.2009 geschlossenen Vergleich. Bei der Klage, die diesem außergerichtlichen Vergleich zugrunde lag, in dessen Folge der Kläger die Klage zurückgenommen hat, ging es um die zwischen den Bet. streitige Frage, ob der Kl. von der schriftlichen wie auch der mündlich-praktischen Prüfung im Februar und März 2008 wirksam zurückgetreten ist. Zur Beendigung dieser Unsicherheit haben sich die Bet. darauf geeinigt, dass der Kl. die Klage zurücknimmt und noch zwei weitere Prüfungsversuche erhalten solle, die er im dritten Quartal 2009 bzw. – bei Nichtbestehen oder Nichterscheinen – spätestens im ersten Quartal 2010 abzulegen hatte. Dieser Vergleich unterlag nach Auffassung des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg keinen rechtlichen Bedenken.

12 Vgl. zB BVerwG, Beschluss vom 6.8.1996 – 6 B 17.96 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 371, juris Rn. 6.

13 Sehr streng OVG Koblenz, Urt. v. 15.1.1999- 2 A 10946/98, DVBl 1999, 1597, zutreffend dagegen *Abramenko*, DVBl 1999, 1599.

14 Beschl. v. 15.11.2007 – 5 E 1521/07, n.v.

15 Zur Fürsorge- und Hinweispflicht *Zimmerling/Brehm*, aaO, Rn. 144ff.

Der Abschluss des Vergleichs verstößt insbesondere nicht gegen § 2 Abs. 2 Nr.3 VwVfG, der gem. § 1 Abs. 1 BlnVwVfG auch für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden Berlins gilt und ua die Geltung der den öffentlich-rechtlichen Vertrag betreffenden Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG für die Tätigkeit der Behörden bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen von Personen ausschließt. Der Grund für den teilweisen Ausschluss von Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes liege in den Besonderheiten des Prüfungsrechtsverhältnisses, insbesondere im höchstpersönlichen Charakter der Prüfung. Daher gelte er nur für die Prüfung im engeren Sinne, also die prüfungsspezifischen Teile eines Verwaltungsverfahrens. Außerhalb der spezifischen Prüfungssituation, wenn es nicht um die Leistungsbewertung selbst, sondern um allgemeine Verfahrensfragen geht, bestehe dagegen die Möglichkeit des Abschlusses eines Vergleichs nach den allgemeinen Grundsätzen fort, so dass bspw. im Falle von Streitigkeiten über den äußeren Verfahrensablauf, den Rücktritt von einer Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit oder die Gestaltung einer Wiederholungsprüfung Vereinbarungen getroffen werden dürften.<sup>16</sup>

Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus § 2 Abs. 2 BlnVwVfG, wonach „im Übrigen“ für den Bildungsbereich nur bestimmte Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes und ua nicht die §§ 54 ff. VwVfG gelten. Jedenfalls könne der zitierte Ausschluss nicht umfassend in der Weise verstanden werden, dass im gesamten Schul- und Hochschulbereich die nicht ausdrücklich genannten Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes grundsätzlich keine Anwendung finden dürfen. Der außergerichtliche Vergleich vom 23.04.2009 sei danach in nicht zu beanstandender Weise geschlossen worden, um Strei-

tigkeiten über das Vorliegen von Prüfungsunfähigkeit als Voraussetzung für die Genehmigung eines Rücktritts von der Prüfung oder die Anerkennung eines wichtigen Grundes für das Versäumen eines Prüfungs-teils zu beenden. Der Kl. sei seit Zulassung zur Prüfung zu zahlreichen Prüfungsterminen nicht erschienen und habe sich auf Prüfungsunfähigkeit berufen. In der Vereinbarung vom 23.4.2009 habe die Prüfungsbehörde ihre in den Bescheiden vom März 2008 getroffene Bewertung, dass der Kl. von den vorangegangenen Prüfungsterminen nicht wirksam zurückgetreten sei, zurückgestellt und ihm zwei weitere Wiederholungsmöglichkeiten zugestanden. Im Gegenzug hat sich der Kl. zu einem Absolvieren der Prüfung innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens verpflichtet. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass es sich um ein unzulässiges Koppelungsgeschäft gehandelt habe, weil sich der Bekl. eine unzulässige Gegenleistung außerhalb der Approbationsordnung habe versprechen lassen.

### Zusammenfassung

Wenn auch die meisten der zahlreichen Verfahren zu Lasten des jeweiligen Prüflings ausgehen, so zeigen doch die genannten Fälle, dass es sich für den Anwalt oft lohnt, genauer hinzuschauen und für die Gerichte, den Einzelfall genau zu betrachten.

Den Prüflingen ist anzuraten, sich so früh wie möglich einem fachkundigen Anwalt anzuvertrauen – möglichst nicht erst, wenn das Prüfungsergebnis bereits feststeht und bekanntgemacht worden ist.

Robert Brehm und Wolfgang Zimmerling, Rechtsanwälte in Frankfurt und Saarbrücken

16 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2013 – , BeckRS 2013, ; Beschl. v. 11.6.2012 – OVG 10 M 4/12; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 2 Rn. 42; Schliesky in Knack/Henneke,

VwVfG, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 35; Ziekow, VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 26; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 2 Rn. 125; Niehues/Fischer/Jeremias, aaO, Rn. 918.

# Tobias Mandler

## *Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen*

### *gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG*

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen nach dem WissZeitVG steht seit geraumer Zeit in der Kritik. Bemängelt werden unter anderem zu kurze Vertragslaufzeiten und Kettenbefristungen. Im Zuge dessen werden unterschiedliche Modelle zur Novellierung des WissZeitVG diskutiert.<sup>1</sup>

Verschiedentlich hat diese Kritik allerdings schon in der Gegenwart Auswirkungen. Insbesondere sog. Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG sind durch die Rechtsprechung zunehmend mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs für unwirksam erklärt worden.

Den hierzu maßgeblichen Grenzen und Kriterien des Rechtsmissbrauchs sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Ziel ist die Erarbeitung eines abstrakt anwendbaren Prüfungsmaßstabes.

Hierzu gliedern sich die folgenden Ausführungen in die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs (I.), deren Reflexion an der Befristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG (II.) sowie einen Praxishinweis (III.) und ein Fazit (IV.)

#### **I. Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs**

Das Zivilrecht enthält verschiedene Korrektive, die neben den gesetzlichen Grundlagen wirken und die Verwirklichung subjektiver Rechtspositionen ermöglichen. Im Rahmen der Befristung von Arbeitsverträgen ist der institutionelle Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB ein solcher Regelungsmechanismus. Er begrenzt im Einzelfall die einseitige Ausnutzung rechtlicher Spielräume. Inhalt und Reichweite richten sich dabei sowohl nach europarechtlichen und nationalen Vorgaben.

##### **1. Europarechtliche Vorgaben**

Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zur EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge sieht bestimmte Mindestan-

forderungen für die Verlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen vor. So statuiert die inkooperierte Rahmenvereinbarung, Art. 1 1999/70/EG, in ihren allgemeinen Erwägungen unter Nr. 7 die an die Mitgliedsstaaten gerichtete Pflicht einem Missbrauch durch befristete Arbeitsverträge mit Hilfe der Notwendigkeit objektiver Gründe im Grundsatz entgegenzutreten. Dadurch soll ein Rahmen geschaffen werden, der Missbrauch präventiv verhindert. Art. 5 der Rahmenvereinbarung stellt den Mitgliedsstaaten hierzu schließlich verschiedene Maßnahmen zur Wahl.

Diese allgemeinen Vorgaben werden jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH weiter ergänzt.<sup>2</sup> Dieser folgert insbesondere aus dem *Effektivitätsgrundsatz* die Verpflichtung einer *generellen Missbrauchskontrolle*, wenn es trotz der Maßnahmen nach Art. 5 zu einem Missbrauch durch befristete Verträge gekommen ist.<sup>3</sup>

Diese generelle Missbrauchskontrolle müsse auch im nationalen Recht gewährleistet werden.<sup>4</sup> Es seien „*Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur verhältnismäßig, sondern auch effektiv und abschreckend genug sein müssen, um die volle Wirksamkeit der zur Durchführung der Rahmenvereinbarung erlassenen Normen sicherzustellen*“.<sup>5</sup> Es müsse die Möglichkeit bestehen „*eine Maßnahme anzuwenden, die effektive und gleichwertige Garantien für den Schutz der Arbeitnehmer bietet, um diesen Missbrauch angemessen zu ahnden und die Folgen des Verstößes gegen das Unionsrecht zu beseitigen*“.<sup>6</sup> Diese Maßnahmen müsse jedoch nicht zwingend zur Umwandlung befristeter in unbefristete Arbeitsverhältnisse führen.<sup>7</sup>

##### **2. Nationale Vorgaben**

Den Vorgaben des Europarechtes entsprechend, enthalten sowohl das TzBfG als auch das WissZeitVG allgemeine Missbrauchsschranken.<sup>8</sup>

So erfüllen die Höchstbefristungsgrenzen des § 2 Abs. 1 WissZeitVG den Präventionsgrund nach Art. 5 lit. b) der Rahmenvereinbarung. § 2 Abs. 2 Wiss-

1 Siehe hierzu umfassend *Blum/Vehling*, Anmerkung zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 189ff. in diesem Heft.

2 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13, C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 62.

3 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13, C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 62.

4 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13, C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 62.

5 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13,

C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 62.

6 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13, C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 64

7 EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13, C-363/13 und C-407/13, C-362/13, C-363/13, C-407/13 – juris Rn. 65.

8 Zur Europarechtskonformität der Befristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG siehe *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 188 ff.

ZeitVG erfordert demgegenüber einen sachlichen Grund für die Befristung im Sinne von Art. 5 lit. a) der Rahmenvereinbarung. Die vom EuGH eingeforderte besondere Missbrauchskontrolle wird im nationalen Recht über den institutionellen Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB sichergestellt.<sup>9</sup>

Die Wirksamkeit einer Befristung ist danach in zwei Schritten zu prüfen. Zunächst soll das Vorliegen eines Befristungsgrundes konkret überprüft werden.<sup>10</sup> Dessen Anforderungen steigern sich auch mit zunehmender Zahl der Befristungen nicht, sondern bleiben identisch.<sup>11</sup> Ein gesteigerter Prognoseaufwand wird daher nicht erwartet.<sup>12</sup>

Kann danach ein auffälliges Missverhältnis zwischen Vertragsdauer und Gesamtzahl der Befristungsverlängerungen im Maßstab des § 14 Abs. 2 TzBfG und § 21 BEEG festgestellt werden, so hat in einem zweiten Schritt eine umfassende Rechtsmissbrauchsprüfung zu erfolgen.<sup>13</sup> Diese orientiert sich an verschiedenen Missbrauchskriterien, die einen Rechtsmissbrauch indizieren können. Ist danach abstrakt von einem Rechtsmissbrauch auszugehen, kann der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs schließlich durch den Vortrag besonderer Umstände entkräftet werden.<sup>14</sup>

Als wesentliche Missbrauchskriterien werden zunächst alle mit der Verlängerung verbundenen Umstände verstanden. Dies umfasst letztlich sämtliche vorangegangenen Befristungen und Beschäftigungsverhältnisse und bedeutet insoweit die Aufgabe einer nur punktuellen Betrachtung.<sup>15</sup>

Maßgeblich ist danach vor allem die Gesamtdauer der befristeten Beschäftigung im Verhältnis zur Anzahl der Verlängerungen.<sup>16</sup> Daneben indizieren auch die Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz mit gleichen Aufgaben sowie die zeitliche Inkongruenz zwischen Bedarf und Vertragslaufzeit und eine nicht überwiegend auf den Befristungsgrund bezogene Beschäftigung den Rechtsmissbrauch.<sup>17</sup> Selbiges gilt, wenn trotz der Mög-

lichkeit zur dauerhaften Befristung immer wieder auf befristete Verträge zurückgegriffen wird.<sup>18</sup>

Besondere Umstände, die einen danach indizierten Rechtsmissbrauch widerlegen können, sind vor allem branchenspezifische Besonderheiten.<sup>19</sup> Zu diesen zählen vor allem die Pressefreiheit und die nach „Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre“.<sup>20</sup>

Sind danach beachtliche besondere Umstände im konkreten Fall gegeben, so ist schließlich zwischen diesen und den betroffenen Individualinteressen abzuwägen. Das Interesse der Arbeitgeber ihre unternehmerische Personalplanung nicht durch den Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge einengen zu müssen – wenn gleich ein regelmäßiger Bedarf an Arbeitnehmern besteht – ist dabei grundsätzlich gewichtiger als das Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer.<sup>21</sup> Nur im Einzelfall kann daher von grob und unerträglich empfundenen Unbilligkeiten ausgegangen werden, die für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs konstitutiv sind.<sup>22</sup>

### 3. Darlegungs- und Beweislast

Für diese Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs ist der Arbeitnehmer grundsätzlich beweibelastet.<sup>23</sup> Da es sich bei diesen Voraussetzungen aber um sog. innere Tatsachen handelt, kann der Beweis durch Indizien geführt werden.<sup>24</sup> Werden diese vorgetragen und sind diese glaubhaft, so kann der Arbeitgeber die Beweiskraft dieser durch den Vortrag der besonderen Umstände entkräften.<sup>25</sup>

Eines gesonderten Vortrags bedarf es allerdings dann nicht, wenn die besonderen Umstände *evident* sind. So verwirklicht sich gerade die *Wissenschaftsfreiheit* als besonderer Umstand über das Grundgesetz, auch ohne dass entsprechend vorgetragen wurde. Allein im Zusammenhang mit Befristungen außerhalb des WissZeitVG muss daher gesondert vorgetragen werden.<sup>26</sup> Eines Vortrags bedarf es auch dann nicht wenn nicht-wissen-

9 Zur sog. Innentheorie siehe bspw. BVerfGE 89, 231 ff.; Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 Rn. 221.

10 Siehe unter II. 1.

11 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 14 ff.

12 Anders noch BAG, Urteil vom 22.11.1995 – 7 AZR 252/95.

13 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48.

14 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 48.

15 Vgl. BAG, Urteil vom 24.8.2011 – 7 AZR 228/10 = BAGE 139, 109 ff.

16 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 36.

17 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 43 ff.

18 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 43 ff.

19 So auch der EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C-362/13 – juris Rn. 59; EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-586/10 Nr. 27.

20 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 47.

21 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41.

22 Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 Rn. 221.

23 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 48.

24 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 48.

25 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 48.

26 Unrichtig daher insoweit LAG Köln, Urteil vom 6.11.2013 – 11 Sa 226/13.

schaftliches Personal über § 2 Abs. 2 Satz 2 WissZeitVG befristet wurde. Auch diese Befristung steht unzweifelhaft im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>27</sup>

## II. Rechtsmissbrauch bei Befristungen

### gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Fragen des Rechtsmissbrauchs stellen sich bei Drittmittelbefristungen im Rahmen von Forschungsprojekten auf verschiedenen Ebenen. Diese werden vielfach nicht sauber getrennt, was wohl teilweise darauf zurückzuführen ist, dass einige der genannten Missbrauchskriterien bereits Teil des Befristungsgrundes sind. Nachstehend wird deshalb nach der Prognoseebene (1.) und der Rechtsmissbrauchsebene unterschieden (2.).

#### 1. Prognoseebene – Befristungsgrund

Der Befristungsgrund nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist Sachgrund. Wie auch die Projektbefristung gemäß TzBfG bedarf sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einer Prognoseentscheidung.<sup>28</sup> Diese muss für § 2 Abs. 2 WissZeitVG ergeben, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter überwiegend der Zweckbestimmung bestimmter und zeitlich begrenzter Forschungsdrittmittel<sup>29</sup> beschäftigt wird.<sup>30</sup> Ist dies der Fall bietet die Existenz des Drittmittelprojektes einen widerleglichen Sachgrund. Die fremdbestimmten Aufgaben und Projektlaufzeiten begründen hierzu die erforderliche Abhängigkeit gegenüber externen Umständen.<sup>31</sup>

Der Unterschied gegenüber der Prüfung des Rechtsmissbrauchs, liegt daher im *Betrachtungszeitpunkt und der Perspektive*. Die Prognose stellt nur auf die Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Projektbeschäfti-

gung aus der antizipierenden Perspektive des Arbeitgebers ab. Im Rahmen des § 242 BGB ist hingegen das gesamte Beschäftigungsverhältnis im Sinne einer abstrakten *ex post* Betrachtung auf der Grundlage *tatsächlich eingetretener Umstände* maßgeblich.

Aus diesem Grund verwundert es auch nicht, dass etwa der Umstand, ob tatsächlich überwiegend mit Projektbezug gearbeitet wird und ob die Tätigkeit auf demselben Arbeitsplatz und mit identischen Aufgaben ausgeführt wird, sowohl im Rahmen des Befristungsgrundes als auch im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung beachtlich ist. Der Betrachtungszeitpunkt und die Perspektive sind hier verschieden und zu trennen.

Letztlich handelt es sich daher bei der Rechtsmissbrauchsprüfung um zusätzliche Voraussetzungen des Befristungsgrundes als negative Tatbestandsmerkmale im Sinne der Innentheorie.<sup>32</sup> Die vom *Bundesarbeitsgericht* angesprochene Trennung zwischen Befristungsgrund und Rechtsmissbrauch ist daher nur in Bezug auf die Prüfungsmaßstäbe anzuerkennen.<sup>33</sup>

Folge dieser Abschichtung ist die *doppelte Prüfungsobliegenheit* gegenüber bestimmten Umständen. Liegen diese bereits auf der Prognoseebene nicht vor, so fehlt es schon am Befristungsgrund. Einer Prüfung auf der Rechtsmissbrauchsebene bedarf es dann nicht mehr. Im Folgenden sei dies an typischen Grenzfällen erklärt, die dem nachrangigen Rechtsmissbrauch aufseiten des Tatbestandes nahe stehen.

#### a) Daueraufgabe – Folgeprojekte

Befristungsgrund in § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist die überwiegende Beschäftigung im Rahmen eines drittmittelfinanzierten Projektes. Dieser Grund gilt allerdings nicht

27 BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268, 288: „Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses beim Auslaufen der dafür bestimmten Mittel kann für ein Forschungsprojekt hinderlich sein. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, daß eine Hochschule oder Forschungseinrichtung zögert, ein Projekt durchzuführen, wenn sie fürchten muß, nach dessen Beendigung die dafür eingestellte Person langfristig beschäftigen zu müssen“; siehe auch *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 183 f.; *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 123 f.

28 *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 198; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 52.

29 Zur Projektbefristung in der Lehre siehe *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 199 f.; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 70.

30 *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 52.

31 Vgl. BT-Drs. 16/3438 S. 14; LAG Sachsen, Urteil vom 13.3.2014 – 9 Sa 466/13, zur Drittmittequalität von Strukturförderungen; *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 188 mwN.; *Stiller*, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 248 ff.

32 Zur sog. Innentheorie siehe bspw. BVerfGE 89, 231 ff.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 Rn. 221.

33 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09.

absolut, sondern erfordert – ausweislich der Gesetzesbegründung – teilweise eine weitergehende Prüfung auf der Prognoseebene.<sup>34</sup>

Die Existenz eines Drittmittelprojektes begründet damit über die Abhängigkeit von externen Gründen letztlich nur die Vermutung für einen nur vorübergehenden Beschäftigungsbedarf als Teil der Prognoseentscheidung und des Befristungsgrundes.<sup>35</sup> Die Prognose muss sich daher auch darauf beziehen, dass über das Drittmittelprojekt keine Daueraufgaben – als Gegenbegriff des vorübergehenden Bedarfes – finanziert werden.<sup>36</sup>

Daueraufgabe kann auch ein sog. *Folge- oder Anschlussprojekt* sein, sofern keine materiell relevante Inhaltsänderung gegenüber dem vorgehenden Projekt besteht.<sup>37</sup> Insbesondere bei *gleichnamigen Forschungsprojekten*, die keine Änderungen der Aufgabenbeschreibung beinhalten, kann deshalb die erforderliche Prognose nicht mehr gestellt werden. Gleichwohl ist hierbei stets zu beachten, dass gerade auch die Forschung auf Fortsetzung und Vertiefung gewonnener Erkenntnisse angewiesen ist. Auch der bloßen Vertiefung vorhandener Kenntnisse kommt ein insoweit *neuer materieller Gehalt* zu. Allein die sprachliche Identität darf deshalb noch nicht zur finalen Annahme inhaltlicher Kongruenz führen. Im Zweifel ist daher von einem *neuen Projektinhalt* und damit einem nur vorübergehenden Bedarf auszugehen.<sup>38</sup>

Entsprechendes gilt bei sich automatisch verlängernden Drittmittelprojekten.<sup>39</sup> Hier fehlt es bereits am Tatbestand des Drittmittelprojektes. Die Mittel stehen nicht

für einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung. Anderes kann hier nur gelten, wenn der Drittmittelgeber verbindlich erklärt die Anschlussfinanzierung für den kommenden Zeitabschnitt nicht aufrecht zu erhalten.<sup>40</sup> In diesem Fall liegt ein begrenzter Zeitabschnitt (wieder) vor.

Fehlt es an den genannten Voraussetzungen, kann eine Prüfung des Rechtsmissbrauchs gegenüber der gegenwärtigen Befristung dahinstehen. Allein in Bezug auf abgeschlossene Zeiträume kann aus der Beschäftigung mit denselben Aufgaben am selben Arbeitsort noch auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten geschlossen werden.

#### b) Überbrückungsbefristung

Den Daueraufgaben stehen die in der Praxis verbreiteten Überbrückungsbefristungen nahe. Hier werden Kurzbefristungen auf Drittmittelprojekte von *wenigen Monaten* im *Interesse des Beschäftigten* abgeschlossen. Oft sind bspw. Anschlussfinanzierungen noch nicht bewilligt oder die entsprechenden Gelder noch nicht eingetroffen. Weil eine unbefristete Beschäftigung jedoch vielfach ausgeschlossen ist, der Beschäftigte aber weiter beschäftigt werden soll, wird formal eine Befristung auf ein laufendes anderes Drittmittelprojekt vorgenommen bis das eigentliche Projekt beginnt.

In dieser Konstellation fehlt es an einem Befristungsgrund.<sup>41</sup> § 2 Abs. 2 WissZeitVG suspendiert das wirtschaftliche Risiko der Stellenfinanzierung nicht.<sup>42</sup> Dieses verbleibt bei der Hochschule, Universitätsklinik oder Forschungseinrichtung iSv. § 5 WissZeitVG. Das jeweili-

34 BT-Drs. 16/3438 S. 14: „Vielmehr ist im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu beachten, dass die Erfüllung von Daueraufgaben dem Abschluss von befristeten Verträgen entgegensteht. Ob eine solche Daueraufgabe vorliegt, muss weiterhin im Einzelfall geprüft werden. Je langfristiger die Projekte ausgestaltet sind, umso genauer muss die Prüfung sein, ob tatsächlich nicht über Drittmittelprojekte Daueraufgaben erfüllt werden sollen. So fördern Bund und Länder beispielsweise gemeinsam Langfristforschungsvorhaben der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften, die vornherein auf eine Laufzeit von bis zu 25 Jahren angelegt sein können. In derartigen Fällen ist das Arbeitsvolumen so groß und die bereits am Projektanfang prognostizierte Projektlaufzeit so lang, so dass an die Darlegung des Arbeitgebers, ob tatsächlich noch ein Tatbestand vorliegt, der eine Befristung zulässt, oder die Tätigkeit der in dem Projekt Beschäftigten von Anfang an das Gepräge einer Daueraufgabe hat, hohe Anforderungen zu stellen sind.“; vgl. BAG, Urteil vom 13.02.2013 – 7 AZR 284/11 zu sich automatisch verlängernden Mittelbewilligungen; Schmidt in *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 4. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 52; *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 186.

35 Insoweit ist in Zweifel zu ziehen, ob die Bezeichnung als Drittmittelbefristung wirklich richtig ist. Zutreffender erscheint die Bezeichnung der projektbezogenen Drittmittelbefristung.

36 BT-Drs. 16/3438 S. 14; vgl. BAG, Urteil vom 13.02.2013 – 7 AZR 284/11 zu sich automatisch verlängernden Mittelbewilligungen; LAG Köln, Urteil vom 31.7.2014 – 7 Sa 587/13; Schmidt in *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 4. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 52; Müller-Glöge in *Erfurter Kommentar*, 15. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 9a; *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 191 f.; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 72; *Schlacher* in *Laux/Schlacher, Teilzeit- und Befristungsrecht*, 2007, Anhang 2 § 2 Rn. 16; dies verlangt letztlich auch das Europarecht, EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-586/10 Nr. 36 f.; EuGH, Beschluss vom 1.10.2010 – C-3/10; zweifelnd *Groeger*, *ArbRB* 2009 S. 67.

37 *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 191 f. auch zu Sonderforschungsbereichen; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 60.

38 *AR-Löwisch*, § 2 WissZeitVG Rn. 9.

39 Vgl. dazu *AR-Löwisch* § 2 WissZeitVG Rn. 11 mwN.

40 BAG, Urteil vom 7.4.2004 – 7 AZR 441/03 = NZA 2004, 944.

41 Vgl. auch *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 194; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 59.

42 *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 56.

ge Drittmittelprojekt wird hier – wenn auch im Interesse des Beschäftigten – nur vorgeschoben. Die auf der Grundlage von § 2 Abs. 2 WissZeitVG erzeugte Vermutung durch die Existenz eines Drittmittelprojektes ist insoweit widerleglich.

Anderes gilt, wenn die Expertise des Beschäftigten tatsächlich nur von vorübergehendem Nutzen für das jeweilige Projekt ist. In diesem Fall kann eine entsprechende Prognose für den Befristungsgrund noch gestellt werden.

Zu beachten ist hier auch die Rechtsprechung des *Landesarbeitsgerichtes Berlin-Brandenburg*, die zu Recht bei einer Anschlussbefristung von einem Monat zum Zwecke der Fertigstellung der Dissertation vom Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG ausgeht.<sup>43</sup>

#### c) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach Projektabschluss

Das *Landesarbeitsgericht Köln* hat in seiner Entscheidung vom 31. Juli 2014 angedeutet, dass es bei Projektbefristung erforderlich sein könnte eine Prognoseentscheidung auch dahingehend zu treffen, ob der Projektmitarbeiter nach Beendigung des Projekts aufgrund seiner Qualifikation nicht auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Projekt oder im Rahmen der Daueraufgaben des Arbeitgebers befristet oder unbefristet weiterbeschäftigt werden könnte.<sup>44</sup>

Sind Anschlussprojekte absehbar, so würde dies die Prognoseentscheidung und damit auch den Befristungsgrund aufheben. Insbesondere im medizinischen Bereich würden damit Drittmittelbefristungen letztlich unmöglich.

Der Kritik ist allerdings nach der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichtes*, jedenfalls für den hochschulrechtlichen Bereich nicht zu folgen.<sup>45</sup> § 2 Abs. 2 WissZeitVG erlaubt die Befristung gerade unabhängig von den Höchstbefristungsgrenzen zur Gewährleistung der wissenschaftlichen Nachwuchsförderung.<sup>46</sup>

#### d) Tarifvertragliche Verlängerungsgrenzen

Zusätzliche tatbestandsbezogene Missbrauchsregelungen enthalten tarifvertragliche maximale Verlängerun-

gen nach § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG. Diese Möglichkeit besteht auch bei der Sachgrundbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG.<sup>47</sup> Der zweite Satzteil bezieht sich auf beide Befristungsmöglichkeiten.<sup>48</sup>

Es ist damit in erster Linie den Tarifvertragsparteien überlassen die Anzahl zulässiger Verlängerungen auch bei Drittmittelverträgen festzulegen. Derartige Maximalgrenzen werden *Teil des Befristungsgrundes*. Wird daher eine Befristung über die vereinbarte maximale Anzahl hinaus vereinbart, so fehlt der Befristungsgrund.

Sind derartige Regelungen getroffen, so muss sich eine gerichtliche Überprüfung grundsätzlich auf den Befristungsgrund beschränken. Eine Überprüfung auf Rechtsmissbrauch ist sodann weithin ausgeschlossen.

#### e) Kollusives Zusammenwirken mit dem Drittmittelgeber

An einer für den Befristungsgrund erforderlichen Prognoseentscheidung fehlt es auch beim kollusiven Zusammenwirken von Drittmittelgeber und der Hochschule, Universitätsklinik oder Forschungseinrichtung.<sup>49</sup> Werden Drittmittelprojekte nur geschaffen um Befristungsgründe zu erzeugen, so kann der personelle Mehrbedarf im Rahmen einer überwiegenden Projektbeschäftigung nicht prognostiziert werden. Insoweit bedarf es einer Lösung über § 242 BGB nicht.<sup>50</sup>

#### 2. Notwendigkeit zur Prüfung auf Rechtsmissbrauch

Liegen die Voraussetzungen des Befristungsgrundes vor, so muss nicht in jedem Fall auch eine Überprüfung auf einen eventuellen Rechtsmissbrauch stattfinden. Eine solche Prüfung wird erst durch ein gewisses Missverhältnis zwischen Gesamtbeschäftigungsdauer und der Anzahl der Befristungen begründet.

Das *Bundesarbeitsgericht* geht von der Notwendigkeit zur Prüfung des Rechtsmissbrauchs aus, sobald die Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG, also 2 Jahren und 3 Verlängerungen, überschritten werden.<sup>51</sup> Eine weitere Schranke bildet § 21 BEEG.<sup>52</sup>

Der genannte § 14 Abs. 2 TzBfG kann allerdings im Zusammenhang mit Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht die äußerste Grenze einer

43 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.3.2013 – 6 Sa 2102/12; vgl. auch *Löwisch/Wertheimer*, in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2004, VII Rn. 147.

44 LAG Köln, Urteil vom 31.07.2014 – 7 Sa 587/13; in diesem Sinne letztlich schon LAG Brandenburg, Urteil vom 28.2.2003 – 5 Sa 616/02.

45 Vgl. BAG, Urteil vom 07. Mai 2008 – 7 AZR 146/07.

46 BT-Drs. 10/2283, S. 6: „Die Absicherung und Erweiterung der Befristungsmöglichkeiten dient zugleich der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und liegt insofern auch im individuellen Interesse der Nachwuchskräfte. ...“. Siehe auch *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und

Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 183 f.

47 *Preis*, WissZeitVG § 1 Rn. 53; a.A. *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Aufl., WissZeitVG § 1 Rn. 27.

48 *Preis*, WissZeitVG § 1 Rn. 53; vgl. auch BT-Drs. 16/3438 S. 10.

49 *AR-Löwisch*, § 2 WissZeitVG Rn. 12; siehe dazu umfassender auch *Stiller*, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 118 ff.

50 So noch BAG, Urteil vom 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 = BAGE 145, 128 ff.

51 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48

52 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48

Prüfungsnotwendigkeit darstellen. Die sachgrundlose Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG begründet insoweit eine abweichende Ausgangslage. Danach muss ein Rechtsmissbrauch immer ausgeschlossen sein, wenn die Höchstbefristungsgrenzen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG im jeweiligen Abschnitt noch nicht erreicht wurden. Erst wenn die Höchstbefristungsgrenzen insgesamt erschöpft sind, kann das Verhältnis des § 14 Abs. 2 TzBfG Indiz sein.<sup>53</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass eine Befristung nach WissZeitVG nicht den konkreten Befristungsgrund nennen muss. Eine alternative Befristung ist damit nicht ausgeschlossen.

Bei dieser Berechnung sind auch sämtliche Abzüge die das WissZeitVG vorsieht einzupreisen. Insbesondere auch die Familienkomponenten und die erklärten Verlängerungen nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG.<sup>54</sup>

Sind die Höchstbefristungsgrenzen erreicht, so können wiederum nur diejenigen Zeiten einen Rechtsmissbrauch generieren, die außerhalb der derselben liegen. Andernfalls würde den Hochschulen ein Vorwurf aus der zulässigen alternativen Nutzung der Befristungsgründe des WissZeitVG entstehen. Dies ist vom Gesetzgeberwillen nicht gedeckt.<sup>55</sup>

Gerade dieser Umstand ist in der Vergangenheit seitens der Rechtsprechung – neben der auch bei Drittmitteleinstellungen umfassend geltenden Wissenschaftsfreiheit als besonderem Umstand – verkannt worden.

Besteht ein Beschäftigungsverhältnis daher etwa befristet über § 2 Abs. 2 WissZeitVG seit 17 Jahren und waren 15 Jahre im Rahmen der Höchstbefristungsgrenzen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG, so verbleiben nur 2 Jahre, aus denen ein Vorwurf entstehen kann. Dieser liegt aber innerhalb der Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG, weshalb eine Prüfung des Rechtsmissbrauchs grundsätzlich nicht notwendig wäre.

### 3. Indizierter Rechtsmissbrauch

Besteht die Notwendigkeit zur Überprüfung im Hinblick auf einen eventuellen Rechtsmissbrauch, so muss in einer Gesamtbetrachtung das Vorliegen einzelner Indizien belegt werden. Diese indizieren sodann widerleglich den Rechtsmissbrauch und damit die Unwirksamkeit des Befristungsgrundes.

#### a) Rechtsprechung

Die Gesamtdauer der befristeten Beschäftigung im Verhältnis zur Anzahl der Verlängerungen wird von der Rechtsprechung als wichtigstes Indiz gewertet.

So geht das *Bundesarbeitsgericht* – in einem Sachverhalt außerhalb des WissZeitVG – bei einer Sachgrundbefristung mit einer Gesamtdauer von 7 Jahren und 9 Monaten bei viermaliger Verlängerung noch nicht von einem Rechtsmissbrauch aus.<sup>56</sup> Bei einer Gesamtdauer von mehr als 11 Jahren und 13 Befristungen sei dieser hingegen indiziert.<sup>57</sup>

Der genannten Rechtsprechung folgend erklärte das *Sächsische Landesarbeitsgericht* eine Hochschulbeschäftigung von 22 Jahren und 2 Monaten und 11 verschiedenen rechtlichen Grundlagen für rechtsmissbräuchlich.<sup>58</sup> Das Beschäftigungsverhältnis war im entschiedenen Fall zudem teilweise durch die *Verbeamtung* des Beschäftigten unterbrochen worden. Dies war nach Ansicht des Gerichtes jedoch unbeachtlich.<sup>59</sup>

Das *Landesarbeitsgericht Hessen* entschied ferner, dass die Befristung eines Mathematikers über 11 Jahre und insgesamt 16 Verlängerungen zwar den Rechtsmissbrauch indiziere, die Befristung aber durch die Wissenschaftsfreiheit gerechtfertigt werden könne.<sup>60</sup>

Im Ergebnis identisch urteilte das *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*. Bei einer Gesamtbeschäftigungsdauer eines wissenschaftlichen Mitarbeiters von 2 Jahren und 7 Monaten sei ein Rechtsmissbrauch nicht indiziert.<sup>61</sup>

Das *Landesarbeitsgericht Köln* ging hingegen von einem Rechtsmissbrauch bei einer Befristungsgesamtdauer von 14 Jahren und 23 Einzelbefristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG aus.<sup>62</sup>

Das *Arbeitsgericht Aachen*, die Vorinstanz, stellte demgegenüber auf das *Verhältnis* zwischen WissZeitVG und TzBfG ab.<sup>63</sup> Aufgrund der erweiterten Möglichkeiten des WissZeitVG gegenüber dem TzBfG sei eine Befristung von 14 Jahren nicht rechtsmissbräuchlich.<sup>64</sup>

#### b) Verhältnis von Gesamtdauer und Verlängerungen im WissZeitVG

Dem Arbeitsgericht ist im Ergebnis zuzustimmen. Wie bereits im Rahmen der Notwendigkeit zur Überprüfung

53 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48.

54 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, S. 221 ff.

55 BT-Drs. 16/3438 S. 14: „Der neue Befristungstatbestand zielt in erster Linie auf die Beschäftigungsmöglichkeiten des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals nach Abschluss der Qualifizierungsphase. Eine Ausschöpfung der Höchstbefristungsdauer des Absatz 1 ist gleichwohl für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages auf der Basis des Absatzes 2 nicht erforderlich.“

56 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 783/10; BAG, Urteil vom

18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 43.

57 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 43.

58 LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13.

59 LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13.

60 LAG Hessen, Urteil vom 6.8.2015 – 2 Sa 1210/14.

61 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.3.2013 – 6 Sa 2102/12.

62 LAG Köln, Urteil vom 6.11.2013 – 11 Sa 226/13.

63 ArbG Aachen, Urteil vom 29.01.2013 – 5 Ca 3759/12.

64 ArbG Aachen, Urteil vom 29.01.2013 – 5 Ca 3759/12.

des Rechtsmissbrauchs erläutert, geht das WissZeitVG von anderen Grenzwerten aus und gesteht den Hochschulen insoweit erweiterte Spielräume zur Verfügung.<sup>65</sup> Werden diese nicht erheblich überschritten, so kann ein Rechtsmissbrauch nicht indiziert sein.

Die Anschauungen der Arbeitsgerichte sind hier nur insoweit zu ergänzen, dass keine abstrakte Betrachtung erfolgen darf. Es ist vielmehr von den konkreten Höchstbefristungsgrenzen des jeweiligen Beschäftigten auszugehen. Zu berücksichtigen sind daher neben den Grundfristen auch sämtliche Verlängerungs- und Anrechnungsbestimmungen.<sup>66</sup> Erst wenn die Höchstbefristungsgrenzen überschritten werden, kann es auf das Verhältnis von Befristung und Verlängerung ankommen. Dabei sind insbesondere auch die Zeiten, die innerhalb der Höchstbefristungszeiten zurückgelegt wurden, herauszurechnen.<sup>67</sup> Nur so kann dem europarechtlichen Missbrauch bei gleichzeitiger Achtung nationaler Erforderlichkeiten im forschungsbezogenen Hochschulrecht Rechnung getragen werden.

Aus diesem Grund ist auch zwischen wissenschaftlichem Personal und nicht-wissenschaftlichem Personal streng zu unterscheiden<sup>68</sup>: Die Ausweitung des Befristungstatbestandes auf das nicht-wissenschaftliche Personal rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit einer kongruenten Beschäftigung gegenüber den vorhandenen Mitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die ansonsten nicht anwendbaren Höchstbefristungsgrenzen hier analog gelten würden. Für das nicht-wissenschaftliche Personal muss vielmehr der allgemeine Maßstab in Bezug auf die Indizierung des Rechtsmissbrauchs zur Anwendung kommen. Erst auf der Ebene der besonderen Umstände kann über die ebenfalls betroffene *Wissenschaftsfreiheit* Rechtfertigung gesucht werden.

#### c) Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz mit gleichen Aufgaben

Ferner soll die Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz und mit gleichbleibenden Aufgaben den Rechtsmiss-

brauch indizieren können. Dies ist gerade bei *festen Forschungsgruppen mit wechselnden Drittmittelprojekten* aber oft der Fall.

Laboreinrichtungen und Arbeitsplätze bleiben in der Regel identisch. Auch die Aufgaben ändern sich oft nicht in erheblichem Maße, denn gerade die Anwendung *bekannter Methoden auf neue Sachverhalte* macht einen Großteil der Forschung aus.

Aus den gleichbleibenden Aufgaben und Arbeitsplätzen kann daher allein kein Indiz gewonnen werden. Es kommt im Rahmen der Drittmittelbefristung nur darauf an, dass keine Daueraufgaben erfüllt werden<sup>69</sup> und überwiegend mit Projektbezug gearbeitet wird.

#### d) Zeitliche Kongruenz zwischen Projektlaufzeit und Beschäftigungsdauer

Indiz ist auch die zeitliche Kongruenz zwischen der Projektlaufzeit und der Beschäftigungsdauer.<sup>70</sup> Teilweise bleiben die Befristungen deutlich hinter den Projektlaufzeiten zurück oder übertreffen diese sogar. Hieraus entsteht der Eindruck, dass der Beschäftigungsbedarf unabhängig vom eigentlichen Befristungsgrund besteht und deshalb letztlich nur vorgeschoben ist. Außerhalb der bereits besprochenen Überbrückungsbeschäftigungen bei denen der Befristungsgrund fehlt<sup>71</sup>, kann die Indizwirkung insbesondere dann eintreten, wenn jahresweise befristet wird, die Projekte aber Laufzeiten von mehreren Jahren haben. Neben dem Problem, dass durch die erneute Befristung ggf. eine Daueraufgabe entstanden ist,<sup>72</sup> indiziert diese Vorgehensweise den Rechtsmissbrauch, der nicht immer widerlegt werden kann.

In diesem Sinne hat das *Landesarbeitsgericht Köln* geurteilt und eine überschießende Befristung von lediglich 3 Monaten gegenüber der Projektlaufzeit ausreichen lassen, um die Befristung für unwirksam zu erklären.<sup>73</sup> Das Gesetz gehe von der Notwendigkeit einer gegen über dem Projekt kongruenten Laufzeit aus.<sup>74</sup>

Diese Anschauung überzeugt auf der Ebene des Befristungsgrundes nicht.<sup>75</sup> Die Projektbefristung setzt

65 Siehe unter II. 2.

66 Beamtenverhältnisse auf Zeit werden nach § 2 Abs. 3 WissZeitVG angerechnet. Insoweit ist der Entscheidung des LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13 zuzustimmen. Mit beachtlichen Argumenten für die maßgeblichen Zeiten von Studentischen Hilfskräften siehe *Haratsch/Holljesiefken*, Studentische Hilfskräfte auf Lebenszeit? NZA 2008 S. 207 ff. Gleichwohl wird die diesbezügliche Regelung des WissZeitVG auch vor dem Europarecht Bestand haben.

67 Siehe oben unter II. 2.

68 Siehe zum akzessorischen Personal *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 4. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 35 ff.

69 Siehe II. 1. a).

70 BAG, Urteil vom 29.7.2009 – 7 AZR 907/07; LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13 – juris Rn. 27; LAG Köln, Urteil vom

9.9.2009 – 3 Sa 746/09; Preis, *WissZeitVG* § 2 Rn. 58; weitergehend *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 4. Aufl., *WissZeitVG* § 2 Rn. 37, der auch die Kongruenz zu den verbleibenden Teammitgliedern verlangt. Diese Erweiterung findet jedoch im Gesetz keine Stütze. Die Gesetzesbegründung geht vielmehr von der Möglichkeit zur flexiblen und insoweit unabhängigen Befristung aus.

71 Siehe oben II. 1. b).

72 Siehe oben II. 1. a).

73 LAG Köln, Urteil vom 14.3.2011 – 11 Sa 439/10; LAG Köln, Urteil vom 9.9.2009 – 3 Sa 746/09; so scheinbar auch *Hauk-Scholz*, *Aktuelle Probleme des WissZeitVG* öAT S. 89.

74 LAG Köln, Urteil vom 14.3.2011 – 11 Sa 439/10.

75 *AR-Löwisch*, § 2 *WissZeitVG* Rn. 12.

nicht in jedem Fall den Gleichlauf zum Projekt voraus.<sup>76</sup> Dies zeigt sich besonders dann, wenn das Projekt selbst *verschiedene Abschnitte* vorsieht oder ausgewählte fachliche Fähigkeiten nicht im gesamten Projekt benötigt werden. Eine Befristung über die Projektlaufzeit ist gegenüber dem Befristungsgrund ebenso unschädlich, sofern die *Prognose zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses* entsprechend zulässig getroffen wurde.<sup>77</sup> Etwa durch die Kündigung der Drittmittel oder dem vorzeitigen wissenschaftlichen Abschluss des Projektes kann eine überschießende Befristungsdauer entstehen.<sup>78</sup>

Inkongruenz ist danach allein im Zusammenhang mit der *Prüfung des Rechtsmissbrauchs* beachtlich und kann insoweit auch widerlegt werden.

#### e) Überwiegenden Projektbeschäftigung

Wie schon bei der Prognoseentscheidung, ist erheblich, ob der Mitarbeiter schließlich tatsächlich überwiegend mit Projektaufgaben betraut wurde. Erfolgt seine Beschäftigung trotz entsprechender Prognose nicht überwiegend projektbezogen, so ist dies für den Befristungsgrund selbst nicht schädlich, kann im Einzelfall aber den Rechtsmissbrauch widerleglich indizieren.

#### 4. Entkräftung des indizierten Rechtsmissbrauchs

Kann auf der Grundlage der genannten Indizien auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden, so kann dieser Vorwurf durch den Vortrag besonderer Umstände entkräftet werden. Nicht alle Umstände sind allerdings rechtlich verwendungsfähig.

##### a) Vorübergehender Bedarf an persönlicher Eignung und Wegfall des Projektbedarfes

Bleibt die Befristungsdauer hinter der Projektlaufzeit zurück, so kann dies den Rechtsmissbrauch indizieren. Die nur vorübergehende projektbezogene Beschäftigung beruht jedoch oft auf dem Umstand, dass Projekte trotz ihrer Einheitlichkeit in verschiedene *interne Projektabschnitte* eingeteilt werden. Diese Abschnitte betreffen häufig thematisch zu trennende Teilbereiche des Gesamtprojektes und generieren deshalb unterschiedliche

Anforderungen an die *fachliche Eignung des Projektpersonals*. Kann deshalb dargelegt werden, dass bspw. eine gegenüber dem Gesamtprojekt kürzere Befristung auf tatsächlichen Notwendigkeiten der einzelnen Projektabschnitte beruhen, so ist der Vorwurf des Missbrauchs widerlegt. Eine insoweit kürzere Befristung ist zulässig.

Selbiges gilt beim Wegfall des Projektbedarfs aus *externen Umständen*. Hier hat es die Hochschule, Universitätsklinik oder Forschungseinrichtung nicht in der Hand, ob eine Beschäftigung entsprechend den Projektaufgaben weiter möglich ist. Ein solcher Wegfall kann insbesondere dann eintreten, wenn das *angestrebte Forschungsergebnis durch Dritte bereits abschließend erzielt wurde* oder *anderweitige Methoden* eine Fortführung des Projektes *sinnlos* erscheinen lassen. Die Hochschulen, Universitätskliniken und Forschungseinrichtungen sind nicht verpflichtet oder berechtigt Ressourcen zu verschwenden.

Anderes gilt, sofern der Forschungsbedarf aufgrund *interner Entscheidungen* unabhängig von externen Tatsachen eintritt. Ein durch derartige Entscheidungen erzeugter Wegfall des Bedarfs ist dem Risiko der Hochschulen, Universitätskliniken oder Forschungseinrichtungen zuzuordnen und beinhaltet grundsätzlich keinen besonderen entkräftenden Umstand.<sup>79</sup>

##### b) Unterbrechungen des Beschäftigungsverhältnisses

Unterbrechungen des Beschäftigungsverhältnisses können einen weiteren entkräftenden Umstand darstellen. Erfolgt die Beschäftigung nicht durchgängig, sondern projektbezogen lückenhaft, ergibt sich gleichzeitig der Nachweis eines nur vorübergehenden Beschäftigungsbedarfes.

##### c) Wissenschaftsfreiheit – Nachwuchsförderung

Vielfach sind die Gerichte auf die zweifellos geltende Wissenschaftsfreiheit als besonderem Umstand *nicht eingegangen* oder haben diesen für die Drittmittelbefristung *abgelehnt*.

Die Wissenschaftsfreiheit stellt jedoch für die Universitäten, Universitätskliniken und Forschungseinrich-

76 So auch BAG, Urteil vom 15.1.2003 – 7 AZR 616/01; LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13 – juris Rn. 27; *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz NZA 2007 S. 482 f.; AR-*Löwisch* § 2 WissZeitVG Rn. 11; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 15. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 11a; *Jossen*, Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 1. Aufl. 2 Ed., § 2 Rn. 14; *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 193 ff.; *Schlacher* in Laux/Schlacher, Teilzeit- und Befris-

tungsgesetz, 2007, Anhang 2 § 2 Rn. 17; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 58.

77 So auch LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13 – juris Rn. 27.

78 Hier zu eng *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 195.

79 Siehe dazu *Stiller*, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 239 ff.

tungen den gewichtigsten besonderen Umstand dar. Schon das *Bundesarbeitsgericht* hat die Wissenschaftsfreiheit ausdrücklich als abwägungserheblichen Umstand bei der Frage des Rechtsmissbrauchs hervorgehoben.<sup>80</sup>

Der Geltung der Wissenschaftsfreiheit bei Drittmittelbefristungen ist entgegen gehalten worden, dass das Sonderbefristungsrecht des § 2 Abs. 2 WissZeitVG ausschließlich der Förderung der Forschung und nicht der Nachwuchsförderung im Sinne der Wissenschaftsfreiheit dienen würde.<sup>81</sup>

Diese Anschauung ist unzutreffend. Neben der sehr wohl möglichen *Nachwuchsförderung*, die sich bereits aus der Austauschbarkeit der Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG und § 2 Abs. 2 WissZeitVG ergibt,<sup>82</sup> ist gerade die *Forschung* selbst Teil der wissenschaftlichen Freiheit.<sup>83</sup>

Der Befristungsgrund in § 2 Abs. 2 WissZeitVG trägt dem Rechnung. Bei der Novellierung des Hochschulsonderbefristungsrechtes wurde erkannt, dass gerade drittmittelfinanzierte Beschäftigungsverhältnisse zur *Förderung wissenschaftlicher Forschung unerlässlich* sind.<sup>84</sup> Obschon die Finanzierung nicht mit der Notwendigkeit zur Befristung gleichgesetzt werden kann, so könnten Hochschulen doch mit Projekten zögern, bei denen sie fürchten müssen die jeweils eingestellten Personen langfristig beschäftigen zu müssen.<sup>85</sup> Dies würde die zu gewährleistende Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit im Lichte der *staatlichen Förderungspflicht* zu sehr einschränken.<sup>86</sup> Forschung ohne gesicherte Finanzierung ist ebenso wissenschaftsschädlich, wie die unbefristete Beschäftigung von Forschern ohne Finanzierung.<sup>87</sup> Auch hierdurch würde die Nachwuchsförderungsoblie-

genheit im Übrigen beschränkt. Die Möglichkeit, vorhandene Mittel zielgerichtet und effizient einsetzen zu können, ist eine wichtige Grundbedingung für ein modernes Hochschulbild und die in ihr verkörperte Wissenschaftsfreiheit.<sup>88</sup>

Der Wissenschaftsfreiheit kommt aus diesen Gründen *überragende Bedeutung* als besonderem Umstand zu. Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs muss sich deshalb *weithin verbieten*. Das beschränkbare Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer muss insoweit gegenüber der schrankenlos gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des Befristungsgrundes erfüllt sind. Nur in *extremen Einzelfällen* kann deshalb ein indizierter Rechtsmissbrauch nicht widerlegt werden.

### III. Praxisempfehlungen

Im Lichte dieser Rechtslage, die durch die Rechtsprechung nicht an Klarheit gewonnen hat, ist für den praktischen Umgang mit der Drittmittelbefristung Verschiedenes anzuraten.

#### 1. Keine Überbrückungsbeschäftigungen

Insbesondere die sog. Überbrückungsbeschäftigungen erfolgen ohne Befristungsgrund. Diese sollten, soweit wie möglich und unter Inkaufnahme der daraus resultierenden Nachteile für die Beschäftigten, nicht mehr abgeschlossen werden, sofern die Höchstbefristungsgrenzen überschritten sind.

Im Falle der Unzulässigkeit einer solchen Befristung verbleiben nur noch die Befristungsgründe nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG und des TzBfG. Der Ansicht des

80 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 47.

81 BT-Drs. 16/3438 S. 14 ff.

82 Preis, WissZeitVG § 2 Rn. 57.

83 BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268 ff.; LAG Hessen, Urteil vom 6.8.2015 – 2 Sa 1210/14; Stiller, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 254 ff.; Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 190 f.; AR-Löwisch § 2 WissZeitVG Rn. 12.

84 Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 183 ff.

85 BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268, 288: „Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses beim Auslaufen der dafür bestimmten Mittel kann für ein Forschungsprojekt hinderlich sein. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, daß eine Hochschule oder Forschungseinrichtung zögert, ein Projekt durchzuführen, wenn sie fürchten muß, nach dessen Beendigung die dafür eingestellte Person langfristig beschäftigen zu müssen“.

86 BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268 ff.

87 BT-Drs. 10/2283, S. 6: „Die Leistungsfähigkeit der Forschung in Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen hängt in hohem Maße von der Möglichkeit ab, stets genügend neues Personal gewinnen zu können. Ohne den laufenden Zustrom junger Wissenschaftler und neuer Ideen würde die Forschung erstarren. Die Bedeutung der Befristung von Arbeitsverträgen unterscheidet sich in diesem Bereich daher grundsätzlich von anderen Bereichen des Arbeitslebens: Zeitverträge sind hier kein Ausnahmefall, sondern ein unentbehrliches Regelinstrument zur Absicherung der Funktions- und Erneuerungsfähigkeit der Forschung. 2. Die Absicherung und Erweiterung der Befristungsmöglichkeiten dient zugleich der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und liegt insofern auch im individuellen Interesse der Nachwuchskräfte...“; siehe auch Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2008, S. 183 f.; Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 123 f.; zu den Interessenkonflikten bei der Drittmittelforschung eingehend Plander in Drittmittelforschung, 1971, S. 34 ff.

88 Vgl. BT-Drs. 10/2283, S. 6; BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268 ff.

Landesarbeitsgerichts Sachsen, das hier eine Exklusivität annimmt, ist nicht zu folgen.<sup>89</sup> § 1 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG geht erkennbar von einem *leges specialis*-Verhältnis aus.<sup>90</sup> Insbesondere ist hier auch an § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG zu denken.<sup>91</sup>

## 2. Präzise Inhaltsbeschreibung der Folgeprojekte

Daneben ist es angezeigt, für die Problematik der sog. Daueraufgaben Vorsorge zu treffen. *Anschlussprojekte*, die tatsächlich einen anderen Inhalt haben, sind als solche auch in der *Projektbeschreibung* und im *Arbeitsvertrag* kenntlich zu machen.<sup>92</sup> Hierdurch kann der Vorwurf einer unzulässigen Befristung für Daueraufgaben beweisbar widerlegt werden.

Von der Befristung auf inhaltlich völlig identische Folgeprojekte im Rahmen des § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist hingegen abzuraten, soweit es sich nicht sicher um das letzte Folgeprojekt handelt.

## 3. Doppelbefristungen bei längeren Vertragslaufzeiten

Ein Vorteil der Drittmittelbefristung liegt darin, dass sie – anders als bei der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG – auch mit einer auflösenden Bedingung kombiniert werden kann, § 21 TzBfG.<sup>93</sup> Die Bedingung ermöglicht die Kopplung der Vertragslaufzeit an die des Projektes. Dadurch kann das Ende eines Arbeitsverhältnisses abseits von starren Zeitgrenzen erreicht werden und so der Aufwand der Verwaltung zugunsten einer (potentiell) längeren Vertragslaufzeit für den Beschäftigten vermieden werden. Diese Möglichkeit kann auch genutzt werden um Überbrückungsunzulänglichkeiten bei Anschlussfinanzierungen auszuschließen.<sup>94</sup>

Das *Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern* hält die Bedingung auf den Wegfall der projektgebundenen Drittmittel für zulässig.<sup>95</sup> Dieser Rechtsprechung ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings sollten entsprechende Klauseln unbedingt *nur auf externe Gründe* abstellen. Dem Arbeitnehmer darf das *Finanzierungsrisiko* seiner Stelle nicht aufgebürdet werden.<sup>96</sup> Die Bedingung

sollte daher auf Umstände lauten, auf deren Eintreten der Arbeitgeber keinen Einfluss hat. Die Kündigung des Drittmittelprojektes durch den Drittmittelgeber, der Wegfall des Projektes durch Neuerungen in der Forschung und die Nichtverlängerung durch den Drittmittelgeber sind derartige Umstände.<sup>97</sup>

## 4. Kongruenz zwischen Vertrags- und Projektlaufzeit

Zudem ist es auch angezeigt, verstärkt auf eine zeitliche Kongruenz zwischen Vertrags- und Projektlaufzeit zu achten. Abweichungen können nur gerechtfertigt werden, wenn die Notwendigkeit zur nur anteiligen Beschäftigung im jeweiligen Projekt besteht.<sup>98</sup> Eine *jahresweise Befristung auf dasselbe Drittmittelprojekt* ist daher ebenso wenig zu empfehlen wie die Befristung über das Projekt hinaus. Letzteres sollte nur vereinbart werden, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Folgeprojekt auszugehen ist.

## IV. Fazit und Ausblick

Die Notwendigkeit zur Prüfung des Rechtsmissbrauchs bei Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG besteht erst, wenn die *Höchstbefristungsgrenzen überschritten sind* und die *Überschreitung das Maß des § 14 Abs. 2 TzBfG übersteigt*.<sup>99</sup> Ist danach eine Prüfung erforderlich, so sind die Zeiten innerhalb der Höchstbefristungsgrenzen für die Betrachtung unbeachtlich. Ist auf der Grundlage der dann noch erheblichen Zeiten ein Rechtsmissbrauch durch den Beweis eines entsprechenden Indiz indiziert, so kann der hierin liegende Vorwurf durch den Vortrag besonderer Umstände entkräftet werden. Hochschulen, Universitätsklinika und Forschungseinrichtungen können sich hierzu *uneingeschränkt auf die Wissenschaftsfreiheit berufen* und die ihnen im WissZeitVG zugestandenen Freiheiten in Bezug auf Nachwuchsförderung und Forschung gegenüber der jeweiligen Befristung einfordern. Die *schränkenlose Wissenschaftsfreiheit* setzt sich dabei gegenüber dem insoweit

89 LAG Sachsen, Urteil vom 13.3.2014 – 9 Sa 466/13.

90 Richtig hier *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Aufl., WissZeitVG § 2 Rn. 49; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 54.

91 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.3.2013 – 6 Sa 2102/12; siehe auch *Löwisch/Wertheimer* in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2004, VII Rn. 147.

92 So auch *Kroll*, Aktuelles zum Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen öAT 2014 Rn. 247; vgl auch *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 60.

93 *Hesse* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., TzBfG § 23 Rn. 41. Siehe mwN. auch *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungs-

einrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 213 f.; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 61.

94 Zur Anschlussfinanzierung zutreffend *Müller*, Die Drittmittelbefristung nach WissZeitVG öAT 2010 S. 226.

95 LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 5.12.2013 – 4 Sa 63/13; hier zweifelnd *Stiller*, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 276 ff.

96 *Stiller*, Das Drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 276 ff.; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 56.

97 Vgl. dazu auch *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 55.

98 *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 58 f.

99 BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48.

*beschränkten Bestandsschutzinteresse des Beschäftigten* durch und garantiert damit der Hochschule, Universitätsklinik oder Forschungseinrichtung die nach dem Gesetzeswillen versprochene Rechtssicherheit und -klarheit.<sup>100</sup> Nur im *extremen Einzelfall* kann sich daher die Unwirksamkeit der Befristung im hochschulrechtlichen Bereich aus § 242 BGB ergeben.

Tobias Mandler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschul-arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

100 BT-Drs. 16/3438 S. 8: „Hochschulen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen und ihre Drittmittelbeschäftigten benötigen deshalb größere Rechtssicherheit. Diese größere Rechtssicherheit kann durch einen eigenen – in der Wissenschaft besonders relevanten – Befristungstatbestand für Fälle der Drittmittelfinanzierung geschaffen werden.“



Markus Bettecken

*Die Eröffnung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten bei Streitigkeiten über Mitwirkungspflichten des wissenschaftlichen Betreuers aus einem*

*Doktorandenverhältnis*

- LAG Köln, Beschluss vom 28.11.2014 -

6 Ta 221/14

Im Rahmen seines Beschlusses vom 28.11.2014 hat sich das Landesarbeitsgericht Köln mit der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten für die Klage eines Doktoranden gegen seinen wissenschaftlichen Betreuer aus einem „Doktorandenvertrag“ auseinandergesetzt. Im Vordergrund stand dabei insbesondere die Frage, ob die mit der Klage geltend gemachten Mitwirkungsobligationen des wissenschaftlichen Betreuers nach öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind.

### **I. Ausgangslage**

In der jüngeren Vergangenheit haben so genannte „Betreuungsvereinbarungen“ zwischen Doktoranden und ihren wissenschaftlichen Betreuern an Bedeutung gewonnen.<sup>1</sup> Zwischenzeitlich ist der Abschluss derartiger Betreuungsvereinbarungen im baden-württembergischen Landeshochschulgesetz gar vorgeschrieben (§ 38 Abs. 5 Satz 2 LHG BW). Auch in Nordrhein-Westfalen wurde mit Wirkung zum 16. September 2014 eine Regelung in das Landeshochschulgesetz aufgenommen, wonach die Hochschulen den Abschluss einer Betreuungsvereinbarung zwischen Doktoranden und deren wissenschaftlichen Betreuern gewährleisten (§ 67 Abs. 2 Satz 3 LHG NRW).

Gegenstand entsprechender Betreuungsvereinbarungen kann beispielsweise die Festlegung bestimmter Rechte und Pflichten von Doktorand und Betreuer, die Einigung auf die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis oder eine Regelung zur Lösung etwaiger Konflikte sein.<sup>2</sup>

Die Rechtsnatur dieser Betreuungsvereinbarungen und der hieraus erwachsenden Rechte und Pflichten insbesondere auch im Zusammenspiel mit dem rechtlichen Verhältnis zwischen dem Doktoranden und der Einrichtung, an der dieser promoviert, erscheint noch nicht zweifelsfrei geklärt. Soweit ersichtlich, sind bislang kaum

gerichtliche Entscheidungen über Streitigkeiten zwischen Doktoranden und Betreuern aus einer entsprechenden Betreuungsvereinbarung getroffen worden. Das LAG Köln hat sich nunmehr mit Beschluss vom 28.11.2014 im Zusammenhang mit der Eröffnung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten mit der rechtlichen Einordnung des Verhältnisses zwischen Doktorand und wissenschaftlichem Betreuer beschäftigt.

### **II. Die Entscheidung des LAG Köln**

#### **1. Sachverhalt**

Mit Beschluss vom 28.11.2014 entschied das LAG Köln über eine sofortige Beschwerde des Klägers gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichts Aachen vom 12.6.2014 (6 Ca 1762/14).

Der Kläger war aufgrund eines „Doktorandenvertrages“ in der Zeit vom 1.3.2010 bis zum 30.6.2013 als Doktorand in einem Institut für Molekularbiologie und Angewandte Ökologie beschäftigt. Leiter dieses Institutes ist der Beklagte, Arbeitgeber des Klägers war ein eingetragener Verein zur Förderung der angewandten Forschung. Zum Entscheidungszeitpunkt waren Klagen des Klägers gegen seinen vormaligen Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht Aachen anhängig. Mit der weiteren Klage gegen seinen wissenschaftlichen Betreuer in Person beehrte der Kläger die Feststellung, dass die Niederlegung der wissenschaftlichen Betreuung des Klägers und seines Promotionsverfahrens durch den Beklagten nebst entsprechender Widerrufe vormaliger Beratungs- und Bestätigungszusagen unwirksam ist. Zudem machte der Kläger Schadensersatz gegen den Beklagten für entgangenes Einkommen und Vermögensverlust geltend.

Das Arbeitsgericht Aachen hatte sich mit Beschluss vom 12.6.2014 für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht verwiesen. Gegen diesen Beschluss richtete sich der Kläger mit seiner sofortigen Beschwerde zum Landesarbeitsgericht Köln. Seine

1 Vgl. nur Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, S. 103 ff. mwN.

2 Vgl. Löwisch/Würtenberger, aaO, S. 103.

sofortige Beschwerde war erfolgreich, das LAG Köln erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig.

## 2. Urteilsbegründung

Das Landesarbeitsgericht stützt seine Entscheidung im Wesentlichen auf § 2 Abs. 3 ArbGG, wonach auch nicht originär unter die Zuständigkeitsnorm des § 2 Abs. 1, 2 ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fallen können, wenn der Anspruch mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für seine Geltendmachung nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

Das Vorliegen der ersten Voraussetzung nahm das LAG Köln unter Verweis auf die vor dem Arbeitsgericht Aachen anhängigen Rechtsstreitigkeiten des Klägers gegen seinen vormaligen Arbeitgeber als „offensichtlich“ an, da Grundlage sämtlicher Rechtsstreitigkeiten der Doktorandenvertrag sei. Überdies sei es nicht erforderlich, dass die Parteien der Zusammenhangsklage mit denen der Hauptklage identisch sind – vielmehr genüge, dass eine Partei der Hauptklage auch Partei der Zusammenhangsklage sei.

Im Hinblick auf die zweite Voraussetzung des § 2 Abs. 3 ArbGG, wonach keine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben sein darf, befasste sich das LAG Köln mit der Rechtsnatur der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche gegen den Beklagten vor dem Hintergrund der Frage, ob eine öffentlichrechtliche Streitigkeit anzunehmen ist. Für die Abgrenzung soll es nach Auffassung des LAG Köln entscheidend darauf ankommen, welcher Natur das Rechtsverhältnis entspringt, aus dem die Klageansprüche hergeleitet werden, mithin ob dieses von öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Vorschriften geprägt sei. Vor diesem Hintergrund könne dahinstehen, ob das Doktorandenverhältnis den Charakter eines öffentlichrechtlichen Vertrages oder eines vertragsähnlichen Verhältnisses habe, da Grundlage der vorliegenden Streitigkeit alleine der „Doktorandenvertrag“ sei und dieser die Beziehungen zwischen Kläger und Beklagtem auf privatrechtlicher Grundlage als Arbeitsvertrag gestalte. Da der Kläger ausschließlich die Verletzung von Mitwirkungspflichten des Beklagten aus eben jenem (privatrechtlichen) Vertrag

rüge, sei demnach auch keine ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte anzunehmen.

Mit dieser Begründung gab das LAG Köln der sofortigen Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Aachen statt und erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig.

## III. Bewertung

Der Entscheidung des LAG Köln ist aufgrund des ihr zugrundeliegenden Sachverhalts im Ergebnis trotz gewisser Unklarheiten in der Begründung zuzustimmen. Bedauerlicherweise trifft der Beschluss – mangels Entscheidungserheblichkeit aus Sicht des Gerichts letztlich folgerichtig – keine Aussage dazu, ob nach Auffassung des Gerichts auch im Fall einer unmittelbaren vertraglichen Abrede zwischen Doktorand und wissenschaftlichem Betreuer, wie sie nunmehr im baden-württembergischen und nordrhein-westfälischen Hochschulrecht explizit vorgeschrieben ist, oder bei unmittelbar auf öffentlichrechtliche Vorschriften gestützten Ansprüchen eine Zusammenhangsklage vor den Arbeitsgerichten in Betracht kommen kann.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht zunächst die überzeugende Annahme des LAG, dass es für die Zulässigkeit einer Zusammenhangsklage nach § 2 Abs. 3 ArbGG ausreicht, wenn eine Partei der Hauptklage auch Partei der Zusammenhangsklage ist, weshalb eine Identität der Parteien auf beiden Seiten für die Annahme einer Zusammenhangsklage nicht erforderlich ist.<sup>3</sup>

Soweit das Gericht einen rechtlichen Zusammenhang im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbGG zwischen den bereits anhängigen Klagen gegen den vormaligen Arbeitgeber des Klägers und der nunmehr erhobenen Klage gegen den wissenschaftlichen Betreuer in Person mit einer recht knappen Begründung als „offensichtlich“ annimmt, so erscheint dies ebenfalls zustimmungswürdig.

Nach überzeugender Auffassung ist der Begriff des rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhangs im Sinne der Prozessökonomie und nach dem Telos des § 2 Abs. 3 ArbGG, wonach rechtlich oder innerlich zusammengehörende Verfahren nicht in Verfahren vor verschiedenen Gerichten aufgespalten werden sollen,<sup>4</sup> weit auszulegen.<sup>5</sup> Auf Grundlage einer solchen weiten Auslegung war in dem vom LAG Köln entschiedenen Fall ein rechtlicher Zusammenhang schon deshalb anzunehmen, weil die Streitigkeiten von Seiten

3 So auch BAG, Beschluss vom 11.9.2002 – 5 AZB 3/02, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 82; Vgl. auch *Schlewing* in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 2 Rn. 127.

4 Vgl. BAG, Beschluss vom 10.6.2010 – 5 AZB 3/10, NZA 2010,

1086, 1087 mwN.

5 Vgl. *Schlewing* in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 2 Rn. 118.

des Klägers offenbar ausschließlich auf die rechtliche Grundlage ein und desselben Doktorandenvertrages gestützt wurden. Direkte vertragliche Beziehungen mit dem beklagten wissenschaftlichen Betreuer im Sinne einer Betreuungsvereinbarung waren offenbar nicht begründet worden. Streitgegenständlich waren nach den Ausführungen in der Beschlussbegründung alleine Mitwirkungspflichten auf Grundlage des Arbeitsvertrages zwischen dem Kläger und seinem vormaligen Arbeitgeber. Bedauerlicherweise ist der Begründung des LAG Köln nicht zu entnehmen, inwiefern der Arbeitsvertrag, der offenbar alleine zwischen dem Kläger und seinem vormaligen Arbeitgeber abgeschlossen wurde, die streitgegenständlichen Mitwirkungspflichten für den Beklagten in Person statuieren kann, obwohl dieser offensichtlich nicht Vertragspartei geworden ist. Das LAG Köln belässt es hier bei dem kurzen Hinweis, dass die Frage, ob die Klage in der Sache Erfolg haben kann, für die Eröffnung des Rechtswegs unerheblich sei.

Im Hinblick auf die zweite Voraussetzung des § 2 Abs. 3 ArbGG – keine ausschließliche andere Rechtswegzuständigkeit – nimmt das LAG Köln eine Abgrenzung zu einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit vor. Dies ist im Ausgangspunkt folgerichtig, weil eine Zusammenhangsklage vor dem Arbeitsgericht für Rechtsstreitigkeiten, über die die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben, nicht in Betracht kommen kann.<sup>6</sup> Für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist nach der Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes im Ergebnis entscheidend, ob die Klageansprüche aus einem öffentlichrechtlichen oder einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis hergeleitet werden.<sup>7</sup> Im zu entscheidenden Fall hat der Kläger seine behaupteten Ansprüche gegen den Beklagten alleine aus dem privatrechtlichen „Doktorandenvertrag“ mit seinem vormaligen Arbeitgeber hergeleitet und gerade nicht aus der Promotionsordnung oder aus anderen öffentlichrechtlichen Vorschriften. Eine separate Betreuungsvereinbarung mit dem Beklagten war offenbar ebenfalls nicht getroffen worden. Vor diesem Hintergrund überzeugt die Annahme des LAG, wonach hier trotz des ersichtlichen Bezugs zur Promotion des Klägers und auch der ausdrücklichen vertraglichen Bezugnahme auf die Promotionsordnung der Fakultät letztlich nicht von einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit ausgegangen werden kann, da die Klage von Seiten des Klägers ausschließlich auf Rechte und Pflichten aus einem privatrechtlichen Vertrag gestützt wurde. Aus die-

sem Grund lässt das LAG Köln – letztlich ebenfalls konsequent – auch dahinstehen, ob es sich bei dem Doktorandenverhältnis um einen öffentlichrechtlichen Vertrag oder ein „vertragsähnliches Verhältnis“ handelt, da die Klageansprüche eben nicht auf entsprechende öffentlichrechtliche Pflichten des Beklagten gestützt wurden.

Richtigerweise wird man annehmen müssen, dass Beziehungen zwischen dem Hochschullehrer und dem Doktoranden im Hinblick auf wechselseitige Rechte und Pflichten bezüglich einer Promotionsbetreuung auf Grundlage der öffentlichrechtlichen Normen des Hochschulrechts regelmäßig als öffentlichrechtlicher Vertrag zu qualifizieren sind.<sup>8</sup> Dies gilt umso mehr für die nunmehr in Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen (öffentlichrechtlich) vorgeschriebenen Betreuungsvereinbarungen. Auch bei Fehlen einer expliziten Betreuungsvereinbarung werden Mitwirkungspflichten des Hochschullehrers im Rahmen einer Promotionsbetreuung in aller Regel materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein, sofern nicht eine vergleichbare Ausnahmekonstellation wie im vom LAG Köln entschiedenen Fall vorliegt.

Sind solche Mitwirkungspflichten des wissenschaftlichen Betreuers – aus einer Betreuungsvereinbarung oder allgemein aus hochschulrechtlichen Vorschriften – Grundlage von klageweise geltend gemachten Ansprüchen, so dürfte wohl auch eine Zusammenhangsklage vor den Arbeitsgerichten nicht statthaft sein – der Rechtsstreit wäre vielmehr der ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zuzuordnen. Eine entsprechende Klarstellung durch das LAG Köln unter Hinweis auf die Sonderstellung des zugrunde liegenden Sachverhalts in der Begründung des Beschlusses wäre wünschenswert gewesen.

Für die Entscheidung des LAG Köln nur von untergeordneter Bedeutung, in materiell-rechtlicher Hinsicht jedoch durchaus bemerkenswert ist schließlich, dass der Kläger gegen den Beklagten auch einen Anspruch auf Schadensersatz für entgangenes Einkommen und Vermögensverlust geltend machte. Insofern wird deutlich, dass Betreuungsvereinbarungen zwischen Doktorand und wissenschaftlichem Betreuer im Falle von Pflichtverletzungen durchaus erhebliche praktische Folgen haben können. Ob eine pauschale Freizeichnung des wissenschaftlichen Betreuers von etwaigen Schadensersatzansprüchen des Doktoranden im Rahmen einer Betreuungsvereinbarung, wie sie in entsprechenden Mustervereinbarungen zum Teil vorgesehen ist, einer rechtlichen Überprüfung Stand halten

6 Vgl. *Schlewing*, aaO, § 2 Rn. 128.

7 Vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 4.6.1974 – GmS-OGB 2/73, AP RVO §405 Nr. 3.

8 Vgl. die überzeugenden Ausführungen von *Löwisch/Württenberger*, aaO, S. 104.

kann, erscheint jedenfalls dort, wo entsprechende Vereinbarungen nunmehr auch gesetzlich vorgeschrieben sind, zweifelhaft.

#### IV. Fazit

Der Entscheidung des LAG Köln ist im Ergebnis lediglich aufgrund der besonderen Sachverhaltskonstellation, wonach der Kläger Mitwirkungspflichten seines wissenschaftlichen Betreuers alleine aus einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag geltend machte, zuzustimmen. Für etwaige Streitigkeiten aus expliziten Betreuungsvereinbarungen zwischen Hochschullehrern und Doktoranden, die zwischenzeitlich in Baden-Württemberg und

Nordrhein-Westfalen ausdrücklich hochschulrechtlich vorgeschriebenen sind und auch ansonsten in der jüngeren Vergangenheit stark an Bedeutung gewonnen haben<sup>9</sup>, sowie aus allgemeinen Mitwirkungspflichten des wissenschaftlichen Betreuers aus hochschulrechtlichen Vorschriften dürfte eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte jedoch auch im Rahmen einer Zusammenhangsklage nicht in Betracht kommen. Richtigerweise gehören Streitigkeiten aus derartigen öffentlichrechtlichen Verträgen bzw. hochschulrechtlichen Vorschriften vor die Verwaltungsgerichte.

Markus Bettecken ist Rechtsanwalt der Kanzlei Haver  
Mailänder in Stuttgart.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachweise bei Löwisch/Würtenberger aaO, S. 103.

# Maren Jantz

## *LL.M. - Studium am Kings College in London.*

### *Ein Erfahrungsbericht*

#### **I. Warum ein LL.M.?**

Der LL.M. ist ein Thema, mit dem sich inzwischen vermutlich jeder deutsche Jurastudent beschäftigt. Die Anzahl der deutschen Juristen, die ein LL.M.-Programm abschließen, steigt seit Jahren und inzwischen bieten auch viele juristische Fakultäten deutscher Universitäten Studenten die Möglichkeit diesen Abschluss zu erwerben.

Daher habe auch ich mich nach meinem Ersten Staatsexamen im Jahr 2012 mit der Frage beschäftigt, ob es sinnvoll für mich wäre einen LL.M.-Studium zu beginnen. Ich habe mich schnell dafür entschieden, weil ich die mit dem LL.M. verbundene Chance des einjährigen Auslandsaufenthalts nutzen wollte.

Es gibt aber viele weitere Argumente für den Erwerb eines LL.M.

Zunächst kann er für den beruflichen Einstieg und die anschließende Karriere wertvoll sein. Die Studentenzahlen in den Rechtswissenschaften sind konstant hoch, die Anzahl der zugelassenen Anwälte steigt seit Jahren und der Konkurrenzdruck unter Juristen ist somit hoch, daher sind Zusatzqualifikationen – wie auch der LL.M. – eine gute Möglichkeit, sich von anderen Bewerbern abzusetzen. Vor allem für Juristen, die eine Karriere in einer internationalen Wirtschaftskanzlei anstreben, ist ein LL.M.-Studium – insbesondere im englischsprachigen Ausland – sehr nützlich, denn es bescheinigt dem Bewerber gute Sprachkenntnisse, Flexibilität und Weltoffenheit. Der LL.M. wird in diesen Kanzleien mit der Promotion für die Einstellung und die Bezahlung vielfach als gleichwertig behandelt.

Außerdem öffnet der LL.M. die Tür zu Stellen mit Auslandsbezug, zum Beispiel bei einer internationalen Organisation, einem Unternehmen, das multinational orientiert ist oder sogar zu einer Stelle im Ausland.

Von den Berufschancen abgesehen, ermöglicht ein LL.M.-Studium es einem Juristen, der ein besonderes Interesse an einem speziellen Rechtsgebiet hat, seine Kenntnisse darüber zu vertiefen und das Thema aus einem anderen, internationaleren Blickwinkel zu betrachten.

#### **II. Studienaufbau**

Ich entschied mich also für ein LL.M.-Studium. Als Universität wählte ich das King's College London aus. Zum einen weil ich gerne ein Jahr in London verbringen woll-

te und zum anderen weil am King's College ein LL.M. im Arbeitsrecht angeboten wurde, als ich mich bewarb. Die Spezialisierung („specialism“) im Arbeitsrecht gab es dann allerdings schon bevor ich mein Studium begann nicht mehr, weil die Universität ihr Profil schärfen wollte und daher einige Spezialisierungen strich.

Inzwischen gibt es am King's College neben dem allgemeinen LL.M. („tailored LL.M.“) Spezialisierungen im Wettbewerbsrecht („Competition Law“), im Europarecht, im internationalen Wirtschaftsrecht („International Business Law“), im internationalen Finanzrecht („International Financial Law“), im Recht des geistigen Eigentums in Kombination mit Informationsrecht („Intellectual Property & Information Law“), im transnationalen Recht („Transnational Law“) und im internationalen Steuerrecht („International Tax“).

Unabhängig davon für welche Art von LL.M. am King's College sich ein Student entscheidet, der wesentliche Aufbau des Studiums ist identisch. Jeder Student muss bis zum Ende des LL.M.-Programms 180 Credits sammeln, um das Studium erfolgreich abzuschließen. Die Credits müssen durch eine Masterarbeit („writing project“) und verschiedene Kurse erworben werden.

Das Studienjahr ist in drei Abschnitte aufgeteilt, die dort Semester genannt werden. In den ersten beiden Semestern findet Unterricht statt, im dritten Semester werden die Abschlussklausuren geschrieben und im Anschluss an dieses Semester haben die Studenten freie Zeit, in der sie ihre Abschlussarbeiten anfertigen können.

Ein Kurs ist je nach seinem Umfang, also der Anzahl an Unterrichtsstunden, entweder 20 oder 40 Credits wert. Ein 20 Credits Kurs wird in der Regel ein Semester und ein 40 Credits Kurs zwei Semester unterrichtet. In jedem Kurs wird im dritten Semester eine Abschlussklausur geschrieben, deren Bearbeitungszeit in der Regel zwei oder drei Stunden beträgt.

Die zum Ende des Studiums einzureichende Masterarbeit gibt es in zwei verschiedenen Varianten. Die erste heißt „Dissertation“ und ist 60 Credits wert. Eine Dissertation darf maximal 15.000 Wörter inklusive Fußnoten und Inhaltsverzeichnis umfassen, ihr Thema ist vom Studenten selbst zu wählen und der Student muss sich eigenständig einen Professor suchen, der seine Dissertation betreut. Die zweite Variante der Masterarbeit ist das „Research Essay“, das 40 Credits einbringt. Das Thema

des Research Essays ist insoweit vorgegeben als der Student eine Liste mit Vorschlägen von den Professoren seiner Kurse erhält und in einem der Kurs drei Themen als gewünscht auswählen kann. Falls es möglich ist, bekommt er sein erstes Wunschthema zugeteilt, sollte dies nicht möglich sein, erhält er je nach Möglichkeit das zweite oder dritte Thema von seiner Liste. Das Research Essay darf einen Umfang von 7.500 Wörtern inklusive Fußnoten und Literaturverzeichnis nicht überschreiten.

Um einen spezialisierten LL.M. zu erwerben, muss ein Student 120 seiner Credits mit Inhalten aus einem Spezialgebiet erwerben und bei der Universität angeben, dass er einen spezialisierten LL.M. erwerben möchte.

### III. Studienablauf

Eine Woche vor dem Anfang des Semesters gab es eine Einführungswoche für internationale Studenten. Das ist eine große Hilfe zum Knüpfen von Kontakten zu anderen Studenten und um Informationen über das Leben in England bzw. in London sowie über den generellen Ablauf eines Studiums in England und die Einrichtungen und Hilfsangebote am College zu erhalten. Am ersten Tag des Semesters gab es noch eine spezielle Einführung für alle LL.M.-Studenten, um den Ablauf des LL.M.-Programms, die Professoren und die Spezialisierungen vorzustellen.

An diesem Einführungstag bekommen die Studenten außerdem Stundenpläne ausgehändigt, auf denen sämtliche für Juristen angebotenen Kurse mit Hinweis darauf, für welche Spezialisierung sie Credits liefern können, vermerkt sind. Die Studenten haben in den ersten zwei Wochen des Studiums die Möglichkeit alle Kurse zu besuchen, die ihnen interessant erscheinen. Nach zwei Wochen müssen sie sich entscheiden, welche Kurse sie tatsächlich belegen wollen und müssen sich dafür im Intranet der Universität („KEATS“) anmelden.

Der Unterricht in den Kursen orientiert sich an einer Leseliste („reading list“), die jeder Professor für seinen Kurs am Anfang des ersten Unterrichtssemesters ausgibt und die jederzeit auf KEATS zugänglich ist. Dort ist für jede Unterrichtseinheit ein Thema aufgeführt, das im Kurs besprochen wird und es werden Texte angegeben, die für dieses Thema im Voraus zu lesen sind. Diese Texte werden, soweit es den Professoren möglich ist, auf KEATS online gestellt, damit die Studenten sie problemlos finden und abrufen können. Die reading lists haben regelmäßig einen so großen Umfang, dass es kein Student schafft alles zu lesen, was auf der Liste steht, weshalb die

Professoren kennzeichnen, welche Texte die wesentlichsten und daher zur Vorbereitung der Stunde unerlässlich sind. Wie diese Themen dann genau im Unterricht besprochen werden, hängt zum einen von der Kursgröße und zum anderen vom Stil des jeweiligen Professors ab.

Die Kurse, die ich besucht habe, hatte alle Teilnehmerzahlen unter 40 Studenten, weshalb sie eher Unterrichtsstunden in der Schule als Vorlesungen an deutschen Universitäten glichen; der Unterschied zwischen den verschiedenen Kursen lag darin, ob es ein Frontalunterricht mit gelegentlichen Fragen an die Studenten oder ein Unterrichtsgespräch war. Ich habe aber von Kommilitonen gehört, dass ihre Kurse wesentlich größer waren und nehme daher an, dass dort der Lehrstil einer Vorlesung näher kam.

Die Abschlussklausuren im dritten Semester werden in großen Hallen mit über tausend Studenten pro Halle geschrieben. Es werden in jeder Klausur mehrere Fragen in Form von offenen Aufsatzfragen gestellt, von denen man eine bestimmte Anzahl – in der Regel eine Frage für jede Stunde der Bearbeitungszeit – auswählen und bearbeiten muss. Die Klausurfragen beziehen sich auf die Themen der Unterrichtsstunden. Jede Frage behandelt eine Unterrichtseinheit, wobei es weniger Fragen als Unterrichtseinheiten gibt, so dass nicht alle Unterrichtseinheiten abgefragt werden. Es wird aber auch nichts gefragt, was nicht besprochen wurde. Als Antworten werden Essays erwartet.

Ich habe in meiner Zeit am King's College einen tailored LL.M. gemacht, da meine gewünschte Spezialisierung nicht mehr existierte. Ich war deshalb in meiner Kurswahl<sup>1</sup> vollkommen unabhängig. Es gibt nämlich – abgesehen von der Anforderung 120 Credits aus einem Rechtsgebiet für die Spezialisierung zu sammeln – keinerlei feste Vorgaben über Kurse, die man wählen müsste oder solche, die man nicht kombinieren könnte. Ich habe im Rahmen des Studiums daher die vier Kurse belegt, die mich am meisten interessierten, ohne darauf zu achten, dass sie ein sinnvolles oder systematisches Gesamtkonzept ergaben. Das war eine spannende Abweichung vom deutschen Studienkonzept, hinterließ mich aber mit dem Eindruck, dass dies wegen des erworbenen Wissens in unverbundenen Nischen für eine gute juristische Ausbildung nicht geeignet ist. Da der LL.M. für mich nur ein Bonus und nicht die Grundlage meiner Ausbildung war und der Verfolgung meiner spezielleren Interessen diente, begrüßte ich die Möglichkeit. Von den vier Kursen, die ich belegte waren drei Kurse 40 Credits

1 Liste mit allen wählbaren Kursen: <http://www.kcl.ac.uk/prospectus/graduate/master-of-laws/structure> [zuletzt abgerufen am 3.9.2015].

und einer 20 Credits wert. Die umfangreicheren Kurse waren: „Political Theory and International Law“, „International and Comparative Property Law“ und „European Labour Law“; der kürzere Kurs war „Labour Law in the Age of Austerity“. Damit erfüllte ich 140 Credits und fertigte deshalb ein Research Essay an, um insgesamt auf 180 Credits zu kommen.

In meinen Kursen musste ich keinerlei Zwischenleistungen in den Unterrichtssemestern, wie zum Beispiel durch Anfertigung von Hausarbeiten oder Referate, erbringen, sondern wurde nur auf der Grundlage der Abschlussklausuren bewertet. Es gibt aber am King's College auch einige Kurse, die verschiedene Zwischenleistungen während der Unterrichtssemester verlangen.

Die Kurse, die ich besuchte waren alle ziemlich klein. Der größte Kurs war „International and Comparative Property Law“ mit ca. 30-40 Studenten; der kleinste war „Labour Law in the Age of Austerity“ mit 7 Studenten. Von vielen anderen Kursen habe ich aber gehört, dass sie wesentlich größer waren; was vor allem daran lag, dass diese Kurse – im Gegensatz zu drei von meinen vier Kursen – geeignet waren, Credits für eine Spezialisierung zu liefern.

#### IV. Unterschiede zum Studium in Deutschland

Einige Unterschiede zum Studium in Deutschland sind schon angeklungen, so zum Beispiel die kleineren Kursgrößen, die Möglichkeit seine Kurse recht frei zu wählen, die abweichende Lehrform und die andere Art Klausuren zu schreiben. Es gibt aber noch andere Unterschiede.

Sehr auffällig ist, dass die Organisation des Studiums mit wesentlich mehr Rücksicht auf die Bedürfnisse der Studenten konstruiert ist. Schon in der Einführungswoche für internationale Studenten wurde deutlich, dass das King's College mehr Wert darauf legt, seinen Studenten zu helfen als eine deutsche Universität. Es gibt zum Beispiel eine Einrichtung die „Compass“ heißt und deren Zweck es ist für jegliches Problem eines Studenten, sei es ein Studien- oder Lebensbezogenes, entweder selbst Hilfe zu leisten oder ihn zumindest an eine Stelle weiter zu verweisen, die ihm helfen kann.

Für internationale Studenten gibt es außerdem das „English Language Centre“, das über das ganze Jahr Englischkurse für ausländische Studenten mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen, zum Beispiel das Schreiben von englischen Texten im allgemeinen, das Schreiben von Essays, wie sie an der Universität verlangt werden, im Besonderen oder den mündlichen Ausdruck, anbietet, so dass möglicherweise vorhandene sprachliche Probleme schnell behoben werden können. Außerdem bietet das English Language Centre jedem Studenten die Möglichkeit einige

Seiten seiner Masterarbeit einzureichen und sie nach sprachlichen Maßstäben – natürlich nicht inhaltlich – bewertet und weitere sprachliche Tipps und Hilfestellungen zu bekommen.

Auch die Professoren sind jederzeit bereit den Studenten zu helfen und bieten dies auf eine Weise an, die zum Kontakt anhält. Zum einen werden ihre offiziellen Sprechzeiten in der ersten Stunde publik gemacht und beworben, wobei auch mitgeteilt wird, dass in besonderen Fällen nach Absprache Termine zu anderen Zeiten vereinbart werden können; und zum anderen erhalten die Studenten die E-Mail-Adressen der Professoren und werden angehalten jederzeit zu schreiben. Aus eigener Erfahrung kann ich nichts zu den Sprechstunden sagen, aber mit dem Schreiben von E-Mails habe ich die Erfahrung gemacht, dass mit einer Antwort innerhalb der nächsten zwei Tage, zumeist aber noch am selben Tag zu rechnen ist. Das Verhältnis der Studenten zu dem Professoren ist insgesamt ein ganz anderes als in Deutschland. Wegen der kleineren Kursgrößen kennen die meisten Professoren alle ihre Studenten, sind jederzeit ansprechbar und kontaktieren die Studenten teilweise von sich aus per E-Mail, wenn Organisatorisches zum Kurs zu besprechen ist.

Kurz angesprochen habe ich außerdem das Intranet KEATS. Dort finden die Studenten unter anderem die reading lists und viele der Texte, auf die die reading list verweist, so dass ihnen vielfach die Arbeit in der Bibliothek nach den angegebenen Büchern und Artikeln zu suchen abgenommen wird. Auch die reading lists selbst sind ein wertvolles Instrument für den Studenten. Sie sind zwar zu lang, um jede von ihnen für jeden Kurs in jeder Woche durchzuarbeiten, aber wenn ein Student an einem bestimmten Thema ein besonderes Interesse mitbringt, findet er auf der entsprechenden Liste alle Buchkapitel, Artikel und Entscheidungen, die der unterrichtende Professor zu dem jeweiligen Thema für relevant und lesenswert hält, was eine hervorragende Möglichkeit bietet sein Wissen zu vertiefen und ohne große Recherchearbeit einen Überblick über die wesentliche Rechtsprechung und Literatur zu bekommen.

Das King's College kümmert sich zudem nicht nur um die wissenschaftliche Ausbildung seiner Studenten während der Studiumszeit, sondern bietet auch Hilfestellungen für das anschließende Berufsleben. So gibt es dort ein „Careers and Employability Team“, das den Studenten helfen soll seinen Weg aus der Universität ins Berufsleben erfolgreich zu gestalten. Es bietet individuelle Berufsberatungsstunden an („individual guidance sessions“) und organisiert group workshops zu verschiedenen Karriere bezogenen Themen. Die Universität organisiert außerdem Events („Employer Events“), bei denen

sich verschiedene potentielle Arbeitgeber vorstellen und die Studenten die Möglichkeit haben, diese kennenzulernen, Fragen zu stellen und sich Netzwerke aufzubauen. Diese Angebote sind aber natürlich in erster Linie interessant für Studenten, die sich vorstellen können, nach dem Abschluss des LL.M.-Programms in London zu bleiben und dort zu arbeiten.

### V. Abschließende Eindrücke

Das LL.M.-Studium am King's College ist insgesamt also eine sehr andere Erfahrung als ein Studium an einer deutschen Universität. Es gleicht von der Form mehr einem Jahr in einer Schule mit außergewöhnlich freundlichen und hilfsbereiten Mitarbeitern. Die Organisation ist wesentlich mehr an den Bedürfnissen der Studenten orientiert und erinnert an den Service eines Dienstleistungsunternehmens. Inhaltlich habe ich mein Studium – wie bereits erwähnt – rein nach meinen Interessen und nicht mit ineinander greifenden Kursen aufgebaut. Das war einerseits sehr spannend, weil ich meinen Neigungen nachgehen und sogar einen Kurs in Philosophie besuchen konnte, andererseits fand ich es im Nachhinein aber etwas schade, dass ich nicht das Gefühl hatte zumindest einen kleinen zusammenhängenden Teilkomplex des britischen oder internationalen Rechts als Ganzes beleuchtet zu haben. Das war aber in erster Linie der Tatsache geschuldet, dass die von mir angestrebte Spezialisierung nicht mehr angeboten wurde und wäre mit einer an einer Spezialisierung orientierten Kurswahl anders gewesen. Zur inhaltlichen Komponente des LL.M.-Studiums am King's College an sich ist zu sagen,

dass es faszinierend ist, bestimmte, aus der Perspektive des deutschen Rechts bekannte, Rechtsgebiete aus einem ganz anderen Blickwinkel zu betrachten; sowohl das Rechtssystem ist ein anderes, als auch die Art rechtliche Themen und Probleme zu betrachten und zu unterrichten ist anders; sie ist weniger rein juristisch, sondern es werden mehr Bezüge zu gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Themen hergestellt.

Ich habe die Organisation des Studiums im Vergleich zum Studium an einer deutschen Universität sehr gelobt und ich bleibe dabei, dass die Rahmenbedingungen für Studenten angenehmer sind. Aber bei allem Lob muss man zwei Dinge im Hinterkopf behalten, zum einen, dass die Studiengebühren in England inzwischen ziemlich hoch sind und weiter steigen. Britische und EU-Studenten zahlen für ihren LL.M. am King's College im Jahr 2015 13.000 Pfund<sup>2</sup> (entspricht etwa 18.300 Euro) Studiengebühren, ausländische Studenten aus Nicht-EU-Ländern zahlen noch mehr; und zum anderen, dass in Großbritannien das Studium der Rechtswissenschaften keine Voraussetzung für die Ausübung eines juristischen Berufes ist.<sup>3</sup> Es war auffällig, dass ein Großteil der Studenten im LL.M.-Programm nicht britisch waren. In meinen vier Kursen waren von den ca. 70-80 Studenten insgesamt zwei aus Großbritannien. Die Universität muss also den Studenten ein attraktives Angebot machen, um sie zum einem LL.M.-Studium zu veranlassen, das viel Geld kostet und keine direkte Berufsvoraussetzung ist.

Maren Jantz ist Rechtsreferendarin am  
Kammergericht Berlin.

2 <http://www.kcl.ac.uk/prospectus/graduate/master-of-laws/apply-ing> [zuletzt abgerufen am 3.9.2015].

3 Es reicht ein anderes Studium mit anschließendem „conversion course“: für barrister: <http://www.barcouncil.org.uk/careers/how-to-become-a-barrister>; für solicitor: <http://lawsociety.org.uk/law-careers/becoming-a-solicitor> [zuletzt abgerufen am 3.9.2015].

Eva Julia Lohse  
*Verwaltungsrechtliche Steuerung von  
schulischem Bildungserwerb  
– Neue Handlungsformen an  
öffentlichen Schulen*

Die Dissertation wurde von Prof. Dr. Matthias Jestaedt und Prof. Dr. Heinrich de Wall betreut und 2014 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg angenommen. Sie wurde mit dem Promotionspreis der FAU, mit dem Staedtler-Preis und dem Preis der Gesellschaft für Programmforschung ausgezeichnet und ist 2015 in der Schriftenreihe „Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht“ im Nomos-Verlag erschienen.

## I. Überblick über das Thema

Als Reaktion auf den „PISA-Schock“ wurden in den letzten Jahren in den Schulgesetzen der Länder unter dem Schlagwort „Eigenverantwortung der Schulen“ Instrumente eingeführt, die sich an steuerungstheoretisch und ökonomisch geprägten Erkenntnissen der Sozial- und Erziehungswissenschaften orientieren. Beispiele sind „Schulprogramme“, „Schulkonferenzen<sup>1</sup>“, „Bildungsverträge“<sup>2</sup>, Evaluationen<sup>3</sup> und eine mit Hilfe von Zielvereinbarungen stärker kooperativ ausgerichtete Schulaufsicht<sup>4</sup>. Außerrechtlich entwickelte Modelle zu schuli-

chem Lernen<sup>5</sup> sollen dadurch nach gesetzgeberischem Willen ins Recht übersetzt werden. Strukturen und Handlungsformen des bis dahin als klassisches, hierarchisch strukturiertes Verwaltungsrecht konstruierten Schulrechts wurden hierfür modifiziert. Die Landesgesetzgeber verändern rechtliche Strukturen im Bereich der Fachaufsicht, der Rechtsstellung der öffentlichen Schule im staatlichen Gefüge und der Entscheidungsträger innerhalb der Schule und führen regulierungsrechtliche Instrumente insbesondere bei der Schulwahl durch Eltern ein. Dies erfordert eine Einordnung der neu geschaffenen Instrumente, um verwaltungs- und verfassungsrechtliche Probleme bei ihrer Umsetzung aufzuzeigen.

Die Dissertation ordnet die Reformen in den dogmatischen Kontext des Allgemeinen Verwaltungsrechts ein und hinterfragt deren rechtliche Steuerungsmöglichkeiten vor dem Hintergrund von Steuerungstheorien im Recht, den Erklärungsmustern der Neuen Verwaltungswissenschaften sowie regulierungsrechtlichen Ansätzen für ideelle Märkte. Problematisch ist, dass sich die Kernannahmen der Steuerungswissenschaften, nämlich

- 1 Als Schulkonferenz werden in der Dissertation, in Anlehnung an die Terminologie in den meisten Schulgesetzen, die Gremien bezeichnet, mit denen durch Stimmrechte von Eltern- und Schülervertretern eine echte Beteiligung an den schulischen Organentscheidungen herbeigeführt werden soll. In Niedersachsen heißt das Gremium »Schulvorstand« (§ 38a SchulG Nds), in Bayern »Schulforum« (Art. 69 BayEUG), in Rheinland-Pfalz »Schulausschuss« (§ 48 SchulG RhPf). Vorschriften finden sich u.a. in §§ 75, 76 SchulG B; § 33 I 2 SchulVerwG Brem; § 52 I 1 SchulG Hbg; § 128 SchulG Hess; §§ 39a, 78 SchulG MV; § 65 I 2 SchulG NRW; §§ 62 I 1, 91 SchulG SchlH.
- 2 Als konkret-individuelle Vereinbarungen vorgesehen nach § 56 V 2 SchulG B; § 59 II 2 SchulG B; § 17a VI 4 SchulG B; § 44 VI SchulG Bbg; § 47 II SchulG Brem; § 45 II SchulG Hbg; §§ 100 II, 82 IX SchulG Hess; unklar § 42 V SchulG NRW; § 35a SchulG Sachs.
- 3 Interne Evaluation i.S.v. Selbststeuerung und –reflektion: § 114 I SchulG BW; Art. 113c I BayEUG; § 9 II SchulG B; § 7 II SchulG Bbg; § 9 I 1 Nr. 2 SchulG Brem; § 100 II SchulG Hbg; § 127b SchulG Hess; § 39a SchulG MV; § 32 II 3 SchulG Nds; § 3 II SchulG NRW; § 23 II SchulG RhPf; § 59a SchulG Sachs; § 11a Nr. 4 SchulG LSA; § 3 I SchulG SchlH; § 40b II SchulG Thür. Externe Evaluation als Form der Schulaufsicht und Qualitätssicherung in verschiedenen Formen nach allen Schulgesetzen.
- 4 § 114 I 5 SchulG BW i.V.m. § 12 EvalVO BW (Fn. 991); § 12 II SchulVerwG Brem; § 85 I SchulG Hbg; §§ 92 II, 127b III SchulG Hess; § 39a SchulG MV; § 23 II 1, 3 i.V.m. § 96 II 3, 97 IV SchulG

- RhPf; § 40b III SchulG Thür.
- 5 Vorbereitet durch verschiedene Kommissionen, insbesondere: Heinrich-Böll-Stiftung, Selbstständig lernen, 2004; das Forum Bildung 2002 (Landesminister, Wissenschaftler, Vertreter der Sozialpartner, Kirchen, Studierenden und Auszubildenden) mit seiner Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung; die Bildungskommission »Zukunft der Bildung – Schule der Zukunft« beim Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen (Bildungskommission NRW, 1995) und bereits die Bildungskommission des deutschen Bildungsrats (Bildungsrat, Selbstständigkeit der Schule, 1973) sowie DJT, Schule im Rechtsstaat, 1981. Aus der erziehungswissenschaftlichen Literatur zur Schulentwicklung: Klafki, Schultheorie, Schulforschung und Schulentwicklung, 2002, S. 161 ff.; Füller, vorgänge 2009, 116 (118 f. und 120); Buchmann, Schulentwicklung verstehen, 2009, S. 75 ff., insbes. S. 90 zur Gesamtsystemsteuerung und S. 94-96 zur »Educational Governance Fend«; Schule gestalten, 2008, insbes. S. 39 ff. zur »Educational Governance«; Schirp, in: Rolff/Rhinow/Röhrich (Hrsg.), Unterrichtsentwicklung, 2009, S. 3 (4); Horster/Rolff, Unterrichtsentwicklung, 2001, S. 28 f.; Herrmann, Schule zukunftsfähig machen, 2010, S. 82 ff.; Focali, in: Griese/Marburger (Hrsg.), Bildungsmanagement, 2011, S. 21 (31); zum geänderten Bild der Schulleitung Bosen, in: Rolff/Rhinow/Röhrich (Hrsg.), Unterrichtsentwicklung, 2009, S. 44 (53 ff.).

„Wandel von Staatsaufgaben“<sup>6</sup> und ein „Steuerungsdefizit klassischer Rechtsnormen“,<sup>7</sup> im Schulrecht nicht nachweisen lassen, so dass durchaus Zweifel daran gehegt werden können, ob die Übernahme dieser Steuerungsinstrumente zielführend ist. Dennoch erlangen steuerungswissenschaftliche Ansätze für die Verhaltenssteuerung durch Verfahrens- und Organisationsrecht und die Einbindung von Expertise in den Entscheidungsvorgang Bedeutung.

Die reformierten Schulgesetze könnten Modell oder Referenzgebiet für andere Rechtsgebiete mit vergleichbarer Verknüpfung zwischen außerrechtlichen Erkenntnissen und rechtlicher Steuerung von Handlungsspielräumen sein.<sup>8</sup> Allerdings stehen sie erst am Anfang einer verfassungs- wie verwaltungsrechtlich zufriedenstellenden Lösung. Die Einführung emanzipatorischer, partizipativer, konsensualer und kooperativer Steuerungsinstrumente stößt insbesondere im Demokratieprinzip auf verfassungsrechtliche Grenzen. Durch die Reformen wird die fachaufsichtliche Steuerungsverantwortung gelockert und werden den Schulen für die inneradministrative Hierarchie untypische Innenrechtspositionen zugewiesen. Ihnen wird in Teilbereichen die eigenverantwortliche verbindliche Gestaltung des Bildungsprozesses sowie dessen Kontrolle ermöglicht. Das klassische Modell der Ministerialverwaltung und des Vollzugs konditionaler Verhaltensregeln gegenüber der Schule wird nur dort beibehalten, wo es wegen Art. 20 II und Art. 7 I GG unabdinglich ist. Trotz gesetzgeberischer Intention und bildungsökonomischen Forderungen ist auch die Verwirklichung wettbewerbsfördernder regulierungsrechtlicher Ansätze wegen der Gewährleistungen der Art. 2 I, 6 II, 3 I und 7 I GG nur beschränkt möglich. Aus der Beibehaltung der Organisationsform „nicht-rechtsfähige Anstalt“ ergeben sich auch verwaltungsrechtliche Anwendungsschwierigkeiten der Normen zu Schulprogrammen und Evaluationen, die an der Effizienz der Reformen zweifeln lassen.

## II. Ausgangspunkt: Verhältnis zwischen Recht, Steuerung und Bildung

Durch die Reformen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Bildung und der Möglichkeit einer Steuerung des schulischen Bildungserwerbs durch Recht erneut. Die Themen der in der Vergangenheit geführte Verrechtlichungsdebatte<sup>9</sup> und die sich für Gesetzgeber und Administrative ergebenden Grenzen bleiben jedoch aktuell: sie sind insbesondere die Vermeidung übermäßiger Einengung des Bildungsprozesses durch rechtliche Vorgaben und die Unmöglichkeit, dia-logische und eigenmotivierte Abläufe des Bildungsprozesses mit den Instrumenten des Verwaltungsrechts zu regeln. Das Bildungsverwaltungsrecht soll – nicht nur im Bereich der Schule – jedenfalls bewirken, dass der Einzelne sich um seine Bildung bemüht, dass die Verwaltung zweckmäßige Entscheidungen für ein bildungsfreundliches Umfeld trifft und – rechtlich kaum beeinflussbar – Bildungsanreize schafft. Einflussnahme des Rechts erfolgt deshalb weniger durch Aufstellung von Rechtmäßigkeitskriterien, als durch Schaffung von Gestaltungsfreiräumen.

Von den drei Zielen staatlicher Schulbildung, nämlich „Wissenserwerb“, „Heranbildung von Trägern der Gesellschaft“ und „Integration aller Grundrechtsträger“, lässt sich am ehesten das erste durch abstrakte rechtliche Festlegungen zu Inhalten und Kontrollmechanismen regeln.

## III. Schwerpunkt auf mittelbarer Steuerung des Bildungserwerbs und Steuerungsmodi

Zusammengefasst ergibt sich folgendes: Beeinflusst durch steuerungstheoretische Ansätze in den Erziehungswissenschaften wurde von den Landesgesetzgebern versucht dem klassischen Modell der hierarchischen Ministerialverwal-

6 Vgl. statt vieler Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 104–109. Kritisch dazu bereits Wahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 177 (183).

7 Allgemein kritisch hinsichtlich des konstatierten Steuerungsdefizits Di Fabio, in: NZS 1998, S. 449 (450). Kritisch bezüglich der »zwingend(en) und klar(en)« Annahme des Steuerungsverlustes und Rechtsversagens ohne empirische Messung Lepsius, *Steuerungsdiskussion*, 1999, S. 5 und Vofßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vofßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, S. 171 (185 f.).

8 Allgemein zur Entwicklung von Allgemeinem Verwaltungsrecht anhand von Referenzgebieten aus dem Besonderen Verwaltungsrecht vgl. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als*

Ordnungsidee, 2006, S. 122 zum Umweltrecht.

9 Frankenberg, *Verrechtlichung schulischer Bildung*, 1978, S. 54 ff.; Avenarius, in: RdJB 1981, 443 (450); Blankenburg, in: Voigt (Hrsg.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, 1983, S. 42; Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, S. 540; Gericke, *Abbau der Verrechtlichung*, 2003, S. 5–8; zum Schulrecht: Bothe, in: VVDStRL 54 (1994), S. 7, Anm. 88; ebenso Püttner/Rux, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), *VerwR BT*, 2000, 1125 (1128), Rn. 9; Avenarius/Füssel, *Schulrecht*, 2010, S. 15, Tz. 33; Roellecke, in: Faller/Kirchhof/Träger (Hrsg.), *FS Geiger*, 1989, S. 342 (347); nüchtern aus verwaltungsrechtlicher Sicht Oppermann, in: von Münch (Hrsg.), *VerwR BT*, 1985, S. 687 (697 ff.).

tung des Schulwesens weitere Steuerungsmodi hinzuzufügen. Die Gesetzgeber orientieren sich einerseits weiterhin am hierarchischen Vollzug konditionaler Verhaltensregeln gegenüber der Schule, führen aber andererseits am „Neuen Steuerungsmodell“ orientierte Modelle der Selbststeuerung im Rahmen finaler Normen und regulierungsrechtliche Elemente ein. Lehrpläne, Ministerialerlasse und umfassende Rechts- und Fachaufsicht wurden zum Teil als Steuerungsinstrumente ersetzt. Schule, Schulleiter und Schulverwaltungsbehörden stellen weiterhin die Hauptadressaten der gesetzlichen Verhaltensregeln dar, auch wenn einige Individualisierungstendenzen feststellbar sind. Das Modell der mittelbaren Steuerung des Bildungserwerbs durch Regulierung des Unterrichts wurde nur an wenigen Stellen durchbrochen, z.B. bei Mitbestimmungsmöglichkeiten der Schüler zu unterrichtlichen Themen. Steuerungssubjekte sind der Gesetzgeber und die Administrative, unmittelbare Steuerungsobjekte sind die einzelnen Schulen, die gleichzeitig zur Eigensteuerung ermächtigt werden.

Zusammengefasst lassen sich folgende – alte und neue – Steuerungsmodi im Recht erkennen:

(1) *Steuerung durch Wahl der Organisationsform und deren Eigenrecht, also »gesteuerte Selbststeuerung«*: Durch die Beibehaltung der Form »nicht-rechtsfähige Anstalt« für die Schule wählen die Gesetzgeber gleichzeitig eine umfassende Fachaufsicht, beschränkte Einflussmöglichkeiten der Nutzer und einen Ausschluss der Wahrnehmung eigener Rechte der Anstalt gegenüber der staatlichen Aufsicht. Sie beugen Tendenzen zur rechtlichen Anerkennung einer teilweisen Selbstverwaltung der Schulen vor.

Verfassungsrechtlicher Hintergrund ist die Vermeidung einer zu starken Individualisierung des Bildungsprozesses und damit einer Beeinträchtigung der Einheitlichkeit der Schulbildung, die gerade durch Art. 7 I GG gesichert werden soll. Dies führt jedoch dazu, dass die in der Bildungsforschung anerkannten Möglichkeiten der positiven Einflussnahme von Individualisierung auf den Bildungsprozess entweder rechtlich nicht umgesetzt werden können, oder, so sie durch die Einschränkung von Aufsichtsmaßnahmen, durch die Einräumung von Selbststeuerungsmöglichkeiten (v.a. Schulprogramme) und durch die Stärkung der Stellung des Schulleiters verwirklicht werden, zu Reibungen mit der ursprünglich gewählten Organisationsform und der damit einhergehenden Dogmatik führen.

(2) *Steuerung durch Ausgestaltung der Schulverfassung und des Organisationsrechts, also »Organisationssteuerung«*: Durch die Einrichtung unterschiedlicher Gremien und die Verteilung der innerschulischen Entscheidungen auf verschiedene Organe werden die Grundlagen für die Kooperation und Partizipation nicht-staatlicher Akteure gelegt und in Teilen eine Selbststeuerung der Ein-

zelschule ermöglicht. Da von staatlicher Seite die Ergebnisse nur auf Einhaltung der rechtlichen und administrativen Rahmenbedingungen überprüft werden können, soll hierdurch prozedural das »richtige« Ergebnis erzeugt werden. Dies geht einher mit dem Verlust staatlicher Einflussmöglichkeiten auf den Bildungsprozess und ist verfassungsrechtlich je nach Ausgestaltung wegen Art. 20 II GG problematisch, so dass eine klarere Entscheidung des Gesetzgebers für autonome Legitimierung in Anlehnung an Modelle der funktionalen Selbstverwaltung erstrebenswert wäre.

(3) *Steuerung durch Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen, also »hierarchische, abstrakt-generelle Steuerung«*: Hierbei handelt es sich um klassische unmittelbare Steuerung des Bildungserwerbs, durch die die tatsächlichen Unwägbarkeiten, die durch die Person des Lehrers sowie der Schulleitung hinsichtlich der Qualität des täglichen Bildungsprozess entstehen, so weit wie möglich ausgeschaltet und ein einheitliches Bildungsniveau sichergestellt werden sollen. Sie bezieht sich vor allem auf Vorgaben zum (messbaren) Wissens- und Kompetenzerwerb. Der Handlungsspielraum der Bildungseinrichtungen wird deutlich eingeschränkt. Lehrpläne und Bildungsstandards wirken sowohl präventiv durch Vorgaben für die Unterrichtsgestaltung als auch repressiv als Prüfungsmaßstab und Grenze für die Unterrichts- und Prüfungsarbeit der Schule.

(4) *Steuerung durch staatliche Institutionen, also »Expertensteuerung«*: Durch die Einrichtung von Bildungsinstituten nimmt der Staat mittelbar Einfluss auf den Bildungserwerb, indem an diesen Instituten Expertenwissen gesammelt, gebündelt und mittels rechtlich oder außerrechtlich wirkender Instrumente, insbesondere Evaluationen und Schulberatung, für die Steuerung des Bildungserwerbs eingesetzt wird.

(5) *Steuerung durch kooperative Handlungsformen wie Verträge, also »kooperative Steuerung«*: Diese am Neuen Steuerungsmodell orientierte Steuerungsform hat, trotz der Betonung von Zusammenarbeit und Mitwirkung in den Schulgesetzen, einen relativ geringen Einfluss auf die Gestaltung des Bildungsprozesses. Da die Einordnung der »Vereinbarungen« als justiziable und durchsetzbare Verträge unklar bleibt und in den meisten Fällen von einer bloßen Absichtserklärung der Beteiligten für ein besseres Schulklima oder ein Bemühen um Qualitätsverbesserung ausgegangen werden muss, kann zwar eine Wirkung nicht ausgeschlossen werden, ein unmittelbarer verbindlicher Einfluss des Staates entfällt jedoch.

(6) *Steuerung durch Mittel der Aufsicht, also »repressive Steuerung«*: Die Schulgesetze behalten die Möglichkeit der Fachaufsicht und damit der repressiven Kontrol-

le und Nachsteuerung nicht nur in Rechts-, sondern auch in Zweckmäßigkeitfragen bei. Allerdings findet eine Verlagerung der Mittel der Schulaufsicht nach Maßgabe des Instruments der »Schulinspektion« auf Beratung und Unterstützung und somit auf kooperative Aufsichtsinstrumente statt, die im Gegensatz zu einseitigen Aufsichtsmitteln wie der Weisung einen besseren Einfluss auf den Bildungsprozess garantieren sollen. Durch die Einführung von Evaluationen und standardisierten Testverfahren soll außerdem die empirische Basis für Steuerungswissen geschaffen werden, das der Schulaufsicht bessere Reaktionsmöglichkeiten eröffnen kann. Rechtlich wirft dies die Frage der Ermessensbindung bei der Wahl der Aufsichtsmittel und der Möglichkeit des Einschreitens ebenso auf wie die insgesamt ungeklärte Frage, inwieweit einer nicht-rechtsfähigen Verwaltungseinheit trotz fehlender Selbstverwaltungsgarantie wehrfähige Rechtspositionen gegen die Aufsichtsbehörde zustehen können.

Die Regelungen zur Schulaufsicht sind damit die Vorschriften, die sich am meisten verändert haben. Sie dürften gleichzeitig die größten Auswirkungen auf die allgemeine Dogmatik des Verwaltungsrechts haben, in dem sich die Untersuchung von staatlicher Aufsicht und wehrfähigen Rechtspositionen seit langem auf Kommunen und Art. 28 GG sowie funktionale Selbstverwaltungsträger konzentriert.

(7) *Steuerung durch Verhaltensbeeinflussung des Einzelnen, also »individuelle Steuerung«*: Obwohl Bildungserwerb letztlich allein von der Bereitschaft und Motivation des Einzelnen abhängt, ist die Steuerung durch unmittelbare Verhaltensbeeinflussung nur schwach ausgeprägt. Hauptadressat der Normen des Schulrechts bleiben die Schulverwaltung, die Schule und die Organe der Schule sowie die Lehrkräfte, die solche positiven Umstände schaffen sollen, in denen die Bildung des Einzelnen stattfindet und stattfinden kann.

(8) *Steuerung durch Marktmechanismen, also »Wettbewerbssteuerung«*: Eine Steuerung des Bildungserwerbs durch das Verhalten des Einzelnen streben die Regelungen zur Wettbewerbsförderung auf dem (ideellen) Bildungsmarkt an. Ziel ist die Qualitätsverbesserung der Schulen im Wettbewerb, die durch ein Wahlrecht der Eltern bei der Schulwahl erreicht werden soll. Obgleich von der Bildungsökonomie klare Strategien zur Erbringung von Bildungsdienstleistungen auf einem »Ideenmarkt« entwickelt werden, ist das Schulrecht kaum durch allgemeine Entwicklungen des Regulierungsrechts geprägt. Hauptgrund hierfür ist neben Art. 7 I GG die starke Grundrechtsprägung, die jedem den chancengleichen Zugang zu staatlicher Bildung ermöglichen muss, was mit einem echten Wettbewerb der Einzelschulen im Wider-

spruch steht. Entsprechend dürfte die unmittelbare Wirkung der vorhandenen Marktmechanismen auf die Steuerung des Bildungserwerbs an öffentlichen Schulen relativ gering sein. Auch sind die Schulinspektionen kaum mit den klassischen Regulierungsbehörden vergleichbar, so dass trotz anderslautender bildungspolitischer Aussagen nur in sehr geringem Maße von einem markt- und regulierungsgeprägten Rechtsgebiet ausgegangen werden kann.

(9) *Steuerung durch individuelle Rechtspositionen, also »Individualkontrolle«*: Schließlich soll Bildungserwerb durch individuelle Kontrolle des staatlich organisierten Bildungsvorgangs erreicht werden. In den Fokus rücken durchsetzbare Rechtspositionen des Einzelnen, der durch die staatlichen, abstrakt-generellen Entscheidungen sowie deren Ausführung durch die benannten Organe unmittelbar betroffen ist, ebenso wie wehrfähige Innenrechtspositionen der Einzelschulen v.a. gegenüber der Schulaufsicht.

#### IV. Steuerungstheoretische Modelle der „selbstständigen Schule im Recht

Steuerungswissenschaftliche Ansätze werden in den Schulgesetzen nicht als Deutungsschema für eine entscheidungs- und akteursbezogene Betrachtung des Rechts eingesetzt. Vielmehr sind sie ein Versuch, die außerrechtlich entwickelten, steuerungstheoretischen Modelle mit dem Fokus der „selbstständigen Schule“ ins Recht zu übersetzen. Dass dies aus rechtlicher Sicht ziel führend ist, kann bezweifelt werden:

(1) Die eingeführten Instrumente wurden ohne dogmatischen Rückhalt aus der dem Schulrecht korrespondierenden Sozialwissenschaft entlehnt. Eine Einordnung in die Handlungs- und Rechtsformen des Verwaltungsrechts zeigt jedoch, dass sie entweder – wie die Schulprogramme als Verwaltungsvorschriften – hergebrachten Formen zugeordnet werden können, was ihre intendierte Bedeutung als *neues* Steuerungsinstrument schmälert, oder dass umgekehrt – wie bei den Bildungs- und Zielvereinbarungen – ohne Existenz eines rechtlichen Kontexts für die neue Form von Verwaltungsvereinbarungen ihre rechtliche Steuerungswirkung leerläuft. Jedoch wirken die neuen Instrumente, selbst wenn sie einer hergebrachten Handlungsform zugeordnet werden können, auf Strukturen des Schulrechts verändernd und bewirken neue dogmatische Fragestellungen.

(2) Die größte Herausforderung ist die rechtliche Umsetzung der emanzipatorischen, kooperativen, partizipativen und ökonomischen Steuerungsmodi in den Grenzen des Verfassungsrechts. Eine Lösung, die gleichzeitig den verfassungsrechtlichen Anforderungen und den erziehungswissenschaftlichen Steuerungsvorgaben Genüge

tut, lässt sich nur schwer finden. Wenig problematisch sind hierbei die Anforderungen des Art. 7 I GG zur Schulaufsicht des Staates und die eines Rechts auf Bildung als Teilhaberecht und Gestaltungsauftrag. Dagegen begrenzt das Demokratieprinzip eine Neuorientierung nach dem bildungswissenschaftlichen Leitbild der „selbstständigen Schule“. Danach sollen die Schulen als eigenverantwortliche Steuerungssubjekte mit Rechtserzeugungs- und Letztentscheidungsmacht in unterrichtlichen, personellen und finanziellen Fragen eingesetzt werden. Fachaufsichtliche Befugnisse werden zurückgenommen. Im Bereich der Ausgestaltung des Bildungsvorgangs kommt der ministeriellen Schulaufsicht zunehmend eine bloße Gewährleistungsverantwortung für die Einhaltung einheitlicher Mindeststandards zu; die zentrale Steuerung wird zugunsten von die Einzelschule betreffenden Schulprogrammen und Gremienentscheidungen zurückgenommen.

Dies tritt in Konflikt mit den in Art. 20 II GG verankerten Modellen demokratischer Legitimation: diese fordern eine Rückführbarkeit aller Ausübung von Staatsgewalt auf das Gesamtvolk, so dass eine Kombination aus einer Beteiligung von Amtswaltern, aus inhaltlicher Steuerung durch hinreichend bestimmte Gesetze und aus Kontrolle der Einhaltung rechtlicher Vorgaben gefunden werden muss, die den anerkannten Legitimationsmodi genügt.

## V. Beispiele

Diese Kernerkenntnisse sollen abschließend an zwei Beispielen aus der Dissertation konkretisiert werden, zum einen an der rechtlichen Einordnung von Schulprogrammen als zentraler Handlungsform der selbstständigen Schule und zum anderen an Modellen der demokratischen Legitimation, um das Wechselspiel von Eigenverantwortung der Schule, beschränkter Fachaufsicht und Delegation von Entscheidungen an schulische Gremien zu fassen.

### 1. Verwaltungsrechtliche Handlungsform „Schulprogramm“

Schulprogramme haben das Potential, die Dogmatik zur Wirkung und Bindungskraft verwaltungsinterner Rechtsätze zu verändern. Sie haben als verbindliche Festlegungen der Schule zu zweckmäßigem Vorgehen in unterrichtlichen, pädagogischen und das Schulleben betreffenden Fragen die Befugnisse der Schulaufsichtsbehörden verändert und teilweise zu einer Verlagerung von Gestaltungsbefugnissen vom Ministerium auf die einzelne Schule geführt.

#### a) Rechtsnatur: Verwaltungsvorschrift oder Geschäftsordnung

Soweit Schulprogramme von der Schulkonferenz beschlossen werden und soweit eine Bindung aller Lehrkräfte hieran besteht,<sup>10</sup> handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift zwischen dem schulischen Gremium und der Lehrkraft als untergeordneter Verwaltungseinheit. Das innerschulische Gremium ist mit Vertretern von Eltern, Lehrern und Schülern besetzt, so dass nicht alle Lehrkräfte an der Entscheidung mitwirken, man also von einer Fremdbindung ausgehen muss. Die Bindungswirkung ergibt sich unmittelbar aus der gesetzlichen Einschränkung der pädagogischen Freiheit der Lehrkraft oder – wo eine solche nicht angeordnet ist – mittelbar daraus, dass der Schulleiter an die Konferenzbeschlüsse gebunden ist und diese, u.a. mittels seines Weisungsrechts, gegenüber den Lehrkräften durchsetzen kann.<sup>11</sup> Wird das Schulprogramm dagegen ausschließlich von der Lehrerkonferenz beschlossen, entfällt die Fremdbindungswirkung und es handelt sich um eine geschäftsordnungsähnliche Selbstverpflichtung der Lehrkräfte.<sup>12</sup>

Eine Außenwirkung gegenüber Schülern und Eltern kommt dem Schulprogramm dagegen nicht zu: wie auch aus sonstigen Innenrechtssätzen der Verwaltung werden Dritte weder unmittelbar berechtigt noch verpflichtet. Als

10 Regeln zur Bindungswirkung von Beschlüssen des beschließenden Gremiums gegenüber den Lehrkräften finden sich in § 67 II 1, 4 i.V.m. § 69 IV 2 Nr. 3, § 76 I Nr. 2 SchulG B; § 9 I Nr. 1 i.V.m. § 59 I 1 SchulG Brem; §§ 51, 53 i.V.m. § 88 I SchulG Hbg; § 86 II 1 i.V.m. § 87 II 2 Nr. 1, IV, §§ 133 I Nr. 2, 129 Nr. 1 SchulG Hess; §§ 39a II, 76 VI Nr. 10 i.V.m. § 110 II SchulG MV; §§ 32 II, 34 II Nr. 1 i.V.m. § 50 I SchulG Nds; § 57 I i.V.m. § 59 II 2, X 1, § 65 II SchulG NRW; §§ 24 IV, 27 I Nr. 2 i.V.m. § 30 I 2 SchulG LSA; nicht eindeutig auf das Schulprogramm oder Konferenzbeschlüsse bezogen ist zwar § 40 II 1 SchulG Sachs, hier ergibt sich jedoch eine Bindung an Konferenzbeschlüsse und ein Eingriffsrecht des Schulleiters zugunsten der Vereinheitlichung von pädagogischen

Entscheidungen und der Verhinderung einer Gefährdung von Ausbildungsinteressen, vgl. *Runck/Geißler/Ihlenfeld*, Sächsisches Schulgesetz, 2004, § 40, Rn. 5.3.

11 So nach § 69 IV 2 Nr. 3 SchulG B; § 71 II 2 SchulG Bbg; § 88 IV SchulG Hess; § 101 IV Nr. 3 SchulG MV (Hinwirkung auf Ausführung des Schulprogramms); § 59 II 2, X 1 SchulG NRW; § 42 I 3 SchulG Sachs; § 30 I 2 SchulG LSA; § 34 I i.V.m. § 33 III SchulG SchlH. Zur Bindungswirkung vgl. bereits oben Fn. 1194.

12 Z.B. nach § 43 II Nr. 1 SchulG Sachs. So auch *Runck/Geißler/Ihlenfeld*, Sächsisches Schulgesetz, 2004, § 35, S. 121. Allgemein *Axer*, Normsetzung der Exekutive, 2000, S. 219 f.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, § 24, Rn. 12.

nicht-rechtsfähiger Anstalt fehlt es der einzelnen Schule sowohl an Satzungsautonomie als auch an einer gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung.

#### b) Veränderungspotential

Obwohl sich das Schulprogramm also in die hergebrachten Formen des Verwaltungshandelns einordnen lässt, führt seine Einbettung in den Regelungskontext „selbstständige Schule“ zu einigen Veränderungen hinsichtlich der Wirkung von Innenrechtssätzen gegenüber höher-rangigen Verwaltungsstellen, Bürgern und Gerichten, die hier nur angedeutet werden können: Die Schulen bleiben nicht-rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und damit Teil der unmittelbaren Verwaltung. Dennoch wird ihnen durch die Schulprogramme ein nicht mehr umfassend kontrollier- und v.a. steuerbarer Rechtserzeugungsraum eröffnet.

Zusammengefasst bewirkt dies erstens eine normähnliche Ermessensbindung für die Schulaufsicht, die gestaltende Eingriffe für den Geltungszeitraum eines Schulprogramms ausschließt und eine Beschränkung auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle bedeuten kann. Diese kann sich zum einen aus der gesetzlichen Anordnung ergeben, die Selbstständigkeit der Schule zu achten.<sup>13</sup> Diese kommt nach gesetzgeberischer Intention gerade im Schulprogramm zum Ausdruck. Zum anderen kann die Genehmigung des Schulprogramms im Sinne eines *venire contra factum proprium* nachträglichen abweichenden Entscheidungen der Schulaufsicht entgegenstehen.<sup>14</sup>

Zweitens entfalten die Schulprogramme dort normähnliche Bindungswirkung, wo sie eigene Evaluationskriterien beinhalten, so dass das pädagogische Handeln der Schule und der Lehrkräfte von der Aufsicht am selbstgesetzten Maßstab der Schule gemessen wird.<sup>15</sup> Wegen der zentralen Stellung, die die Ergebnisse der Evaluation und daran anknüpfende konsensuale Aufsichtsmittel wie Zielvereinbarungen haben, wird der Schule ermöglicht, verbindliche Qualitätskriterien für den Bildungsprozess festzulegen.

Drittens kann gegenüber Gerichten eine normähnliche Bindungswirkung eines Innenrechtssatzes dort entstehen, wo die Schulprogramme die Ausübung pädagogischer Freiheit binden. Sie konkretisieren die Erfüllung des Bildungs-

auftrags auch als Gewährleistung von Grundrechten des Einzelnen, so dass eine Überprüfung der pädagogischen Tätigkeit am Maßstab der Schulprogramme möglich sein muss. Diese Entwicklungen geben Anlass, die Dogmatik zur Wirkung von Innenrechtssätzen und zu Handlungsformen unselbstständiger Verwaltungseinheiten ebenso wie zur Bedeutung des Kriteriums „Rechtsfähigkeit“ zu überdenken.

#### 2. Eigenverantwortliche Schule, staatliche Schulaufsicht und Demokratieprinzip

Als zweites seien die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten angerissen, die sich bei der Umsetzung der Eigenverantwortung von Schulen mit den Mitteln des Verwaltungsrechts ergeben und den damit verbundenen Steuerungsinstrumenten Grenzen setzen.

Nach Art. 7 I GG muss die Letztverantwortung des Staates für die Erbringung schulischer Bildungsleistungen gewahrt bleiben. Historisch, sowie nach den Landesverfassungen und Schulgesetzen geht es primär um die Gewährleistung eines Schulwesens, in dem chancengleicher Zugang zum Bildungserwerb unter Einhaltung staatlich festgelegter Qualitätsstandards und die Erreichung der gemeinschafts- und persönlichkeitsorientierten Bildungsziele möglich sind.<sup>16</sup> Ein Ableiten von schulischer Erziehung in die Hände kaum kontrollierbarer gesellschaftlicher Gruppierungen soll verhindert werden. Die Einräumung von eigenverantwortlich auszufüllenden Spielräumen und die Delegation von Entscheidungsbefugnissen an staatliche Schulen schmälert allerdings nicht diese staatliche Letztverantwortung, eine umfassende legislative oder ministerielle Gestaltung des Bildungsprozesses im Sinne einer Erfüllungspflicht ist nicht erforderlich.

Deutlich problematischer sind die Anforderungen des Demokratieprinzips aus Art. 20 II GG. Schon bei Selbstverwaltungsträgern ist umstritten, auf welche Weise die schwache personell-organisatorische Legitimation echter Betroffenenverwaltung bei gleichzeitiger schwacher sachlich-inhaltlicher Legitimation aufgrund autonomer Entscheidungsmacht und bloßer Rechtsaufsicht gerechtfertigt werden kann.

13 §§ 8, 106 II 2 SchulG B; §§ 129 IV, 130 II i.V.m. § 7 II SchulG Bbg; §§ 22 I, 12 III, IV SchulVerwG Brem; §§ 51, 85 SchulG Hbg; §§ 127b, 93 II SchulG Hess; §§ 4 VII, 97 II, IV SchulG MV; §§ 32 II, 121 I 1 SchulG Nds; §§ 3, 86 III 3 SchulG NRW; eingeschränkt §§ 23, 96 III SchulG RhPf.

14 So ausdrücklich § 8 IV SchulG B; § 9 I Nr. 1 SchulG Brem; § 39a III SchulG MV.

15 Wie in § 39a IV SchulG MV. So auch *Avenarius*, in: SchVw NRW 2008, 130 (132).

16 In Anlehnung an BVerwGE 47, 201 (204) auch *Jarass*, in: DÖV

1995, 674 (677); ebenso bereits *v. Campenhausen*, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, 1967, S. 20 ff.; vgl. zu dieser allgemeinen Ansicht heute nur *Gröschner*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2004, Art. 7, Rn. 23. Anders wohl *Rux/Niehues*, Schulrecht, 2013, S. 41, Rn. 143: Art. 7 I GG setze den Bildungs- und Erziehungsanspruch des Staates voraus, begründe ihn aber nicht. Ähnlich, auf die Integrationsaufgabe des Staates rekurrierend, *Pieroth*, in: DVBl. 1994, 949 (951); *Jestaedt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, 2009, § 156, Rn. 40-44.

Diese Frage stellt sich bei der „selbstständigen Schule“ in verschärfter Form:

Die Schulen sind keine Selbstverwaltungsträger und können dies – vorbehaltlich einer Änderung des Art. 7 I GG oder der Landesverfassungen – nicht werden. So findet sich zwar an der Schule ein Teilvolk aus Schülern, Lehrern und Eltern, das nur dieses „Teilvolk“ betreffende Entscheidungen trifft. Soweit die Schulgesetze partizipative Entscheidungsrechte in gemischt besetzten Gremien vorsehen, lassen sich eventuell sogar über die Mitwirkung von Anstaltsnutzern hinausgehende Verwaltungsentscheidungen aller vom Bildungsprozess an dieser Schule Betroffenen begründen. Jedoch gehen einzel-schulische Entscheidungen weit über diese partizipativen Elemente hinaus, so dass keine funktionale Selbstverwaltung vorliegt. Die Grundrechtsverwirklichung von Eltern und Schülern soll nicht durch Staatsferne und Selbstbestimmung der Betroffenen, sondern gerade durch staatliche Leistung erfolgen. An der Aufgabe Bildung sind Amtswalter mit teils alleiniger Entscheidungsgewalt beteiligt. Lösungsansätze autonomer Legitimation schlagen also fehl, es muss eine Ausgestaltung im Rahmen personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimationsmodi erfolgen.

Nur wenige Schulgesetze wagen es deshalb echte Eigenverantwortung durch schulische Gestaltungsspielräume und die gleichzeitige Beschränkung repressiver fachaufsichtlicher Befugnisse zu schaffen.<sup>17</sup> Dann müssen neben einer genaueren Vorzeichnung der schulischen Entscheidungen in den Gesetzen gezielt alternative Formen der Schulaufsicht wie eine beratende Schulinspektion, Evaluationen und Zielvereinbarungen eingesetzt werden.

Diese vom Neuen Steuerungsmodell beeinflussten Modi kooperativ ausgerichteter Schulaufsicht ermöglichen eine Rückführbarkeit schulischer Entscheidungen

auf das Volk. Sie können, indem sie eine standardisierte Überprüfung an externen Kontrollmaßstäben eröffnen, zu einer besseren Bestimmung des zweckmäßigen Handelns der Schule beitragen. Der Abschluss einer Zielvereinbarung zwischen Schule und Schulaufsicht wahrt die eigenständige Entscheidung der Schule hinsichtlich der Mittel zur Zielerreichung.<sup>18</sup> Eine geltende Zielvereinbarung beschränkt zwar den Rückgriff der Schulaufsicht auf repressive Aufsichtsmittel, stärkt jedoch gleichzeitig deren sachlich-inhaltliche Einflussnahme. Dies wirkt schon im Vorfeld der Entscheidung legitimierungserhöhend.

Daneben ist die – nicht nur erziehungswissenschaftlich geforderte<sup>19</sup> – gestärkte Stellung des Schulleiters zu nennen, dem als staatlich eingesetzten Schulbeamten zunehmend Gestaltungs-, aber eben auch Aufsichtsbefugnisse übertragen werden. Sein Beanstandungsrecht gegenüber pädagogischen Entscheidungen nicht nur der Lehrkräfte, sondern auch der Gremien räumt ihm im Einzelfall Letztentscheidungsbefugnisse ein.<sup>20</sup> Die Schulaufsicht kann oft nur nachrangig tätig werden, jedoch ist der Schulleiter gleichfalls auf die Wahrung des in den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften zum Ausdruck kommenden Willens des Gesamtvolkes verwiesen.

Soweit organisationsrechtlich zur Verwirklichung von Partizipation Schulkonferenzen als höchstes Entscheidungsgremium eingeführt werden, die jedenfalls bei der Aufstellung von Schulprogrammen Staatsgewalt ausüben, müssen geeignete Legitimationsmodi gefunden werden. Eine Möglichkeit ist die zwingende Mehrheitsentscheidung organisatorisch-personell legitimierter Mitglieder des Gremiums (Lehrer, Schulleiter) und damit bloße Mitwirkung der Bürger (Eltern, Schüler). Eine weitere die Beibehaltung der vollen Fachaufsicht und Selbsteintritts- oder Beanstandungsrechte des Schulleiters zur Verantwortung der Entscheidung vor dem Parlament. Schließlich ist der umfassende Aus-

17 Beispielsweise Bremen, trotz auf den ersten Blick erfolgter personell-organisatorischer Legitimation, ebenso Mecklenburg-Vorpommern. Beispiele für einen versuchten Ausgleich über eine stärkere inhaltlich-sachliche Legitimation sind Schleswig-Holstein, Brandenburg, Niedersachsen und Berlin.

18 So nach § 114 I 5 SchulG BW i.V.m. § 12 EvalVO BW; § 12 II SchulVerwG Brem; § 85 I SchulG Hbg; §§ 92 II, 127b III SchulG Hess; § 23 II 1, 3 i.V.m. § 96 II 3, 97 IV SchulG RhPf; § 40b III SchulG Thür.

19 Deutlich wird dies beispielsweise bei den in § 101 IV SchulG MV beschriebenen Aufgaben des Schulleiters sowie bei Freie und Hansestadt Hamburg Behörde für Schule, Eigenständigkeit der Schule in staatlicher Verantwortung, 2001, S. 41. Aus rechtlicher Sicht *Bertram*, SchulVerw MO 2004, 141 (142). Vgl. aus der erziehungswissenschaftlichen Literatur statt vieler *Horster/Rolff*,

Unterrichtsentwicklung, 2001, S. 54-63 mit starker Betonung der Kooperation im Kollegium; *Kreutzahler/Jänen*, in: Busemann/Oelkers/Rosenbusch (Hrsg.), *Eigenverantwortliche Schule*, 2007, 229 (230 f.); *Wiater*, *Theorie der Schule*, 2009, S. 147-151, S. 175 sowie *Brüsemeister*, in: Geiss/De Vincenti (Hrsg.), *Verwaltete Schule*, 2012, S. 181 (184-187) zur Umsetzung des Governance-Modells eines »Verwaltungsmanagements« im Bildungsbereich; *Bonsen*, in: Rolff/Rhinow/Röhrich (Hrsg.), *Unterrichtsentwicklung*, 2009, S. 44.

20 Insbesondere §§ 69, 70 i.V.m. § 106 SchulG B, ähnlich §§ 43 V, 121 SchulG Nds, dazu *Bräth/Eickmann/Galas*, *Niedersächsisches Schulgesetz*, 2011, § 121, Rn. 1 und 4, und §§ 59 X, 86 III 2 SchulG NRW. Noch stärker §§ 71, 130 II SchulG Bbg und § 97 II 3 i.V.m. § 107 VII SchulG MV.

schluss von Entscheidungen zur Ausübung des Bildungs- und Erziehungsauftrags und damit der Ausübung von Staatsgewalt mit Art. 20 II GG vereinbar. Da die Schulaufsicht subsidiär tätig wird und nicht von jeder Entscheidung Kenntnis erlangt, erhält auch hier der Schulleiter eine Schlüsselstellung und die selbstständige Schule einen Machtzuwachs, die Vorteile von Partizipation werden gewahrt. Die konkrete Umsetzung in den Schulgesetzen erreicht die genannten Anforderungen häufig nur bei restriktiver Auslegung der Vorschriften zur Schulaufsicht.

PD Dr. Eva Julia Lohse, LL.M. (Kent), zur Zeit wissenschaftliche Mitarbeiterin am Hans-Liermann-Institut, Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abt. 3 Rechtstheorie, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Gotthold Ephraim Lessing  
*Aus den Sinngedichten an den Leser*<sup>1</sup>

*Wer wird nicht einen Klopstock loben?  
Doch wird ihn jeder lesen? – Nein.  
Wir wollen weniger erhoben  
Und fleißiger gelesen seyn.*

Gotthold Ephraim Lessing (1729-1781)  
war Redakteur, Dichter, Dramaturg  
und Bibliothekar in Berlin, Hamburg  
und Wolfenbüttel. Autor von *MInna*  
von Barnhelm, *Emilia Galotti* und  
*Nathan der Weise*.

<sup>1</sup> Auszug entnommen aus *Gotthold Ephraim Lessing, Sinngedichte*,  
Berlin 1771, Christian Friedrich Voß, S. 3.

