

Thomas Würtenberger und Steffen Tanneberger

Biosicherheit und Forschungsfreiheit.

Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

ÜBERSICHT

I. Vorüberlegung: Zur systematischen Anschlussfähigkeit der Biosicherheit

- 1. Biosicherheit und Sicherheitsverfassung*
- 2. Biosicherheit und Risikodogmatik*

II. Der Schutzbereich der Forschungsfreiheit

III. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Forschungsfreiheit

- 1. Bestimmtheitsanforderungen an die Eingriffsgrundlagen*
- 2. Geeignetheit und Erforderlichkeit*
- 3. Angemessenheit und Eingriffsschwellen*
 - a. Forschungsverbote*
 - b. Publikationsverbote*

IV. Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten

Die Forschung am Vogelgrippevirus hat eine öffentliche Debatte um die sog. „Biosicherheit“ heraufbeschworen.¹ Diese nahm ihren Ausgang bei der Frage, ob die Publikation von Forschungsergebnissen zu unterbleiben habe, um einen Missbrauch durch Terroristen auszuschließen.² Als bald gerieten auch die Risiken der Forschung selbst in den Blick: Neben der ungewollten Freisetzung ggf. genetisch veränderter Viren, wurde auch hier ein terroristischer Zugriff besorgt: Das zu Forschungszwecken vorgehaltene Biomaterial – so die Befürchtung – könnte gezielt zur Verursachung von Pandemien und damit zur Erschütterung der politischen Ordnung verbreitet werden.³

Nun mag man über das Gefahrenpotenzial des nationalen und internationalen Terrorismus verschiedener Auffassung sein. Jedenfalls werden entsprechende Szenarien und Gegenmaßnahmen neuerdings unter den Schlagworten der „Biosicherheit“, bzw. „Biosecurity“⁴ verhandelt, was nach dem verfassungsrechtlichen Rah-

men für die normative Ausgestaltung dieses Sachbereichs fragen lässt.⁵ Dabei bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass diese Begriffe nicht solche des Verfassungsrechts sind, sondern allenfalls ungefähre Beschreibungen tatsächlicher Problemstellungen abgeben, die es erst mit verfassungsrechtlichen Kategorien zu erfassen gilt. Und doch liegt ein strategischer Zugewinn der genannten Begriffsbildungen in der Bündelung gleichgelagerter Konfliktlagen und Lösungsmöglichkeiten, was – so steht zu hoffen – die Herausbildung kohärenter verfassungsrechtlicher Maßstäbe erleichtern wird. Darüber hinaus mag die verfassungsrechtliche Begriffsbildung den Anschluss an die Nachbarwissenschaften begünstigen, in denen sich der Begriff der „Biosicherheit“ schon etabliert zu haben scheint.⁶

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der „Biosicherheit“ sind noch nicht geschrieben. Daher bietet es sich in diesem ersten Zugriff an, nach einer Referenzdogmatik zu suchen, um im Wege eines Wertungs- bzw. Dogmatiktransfers eine gewisse Orientierung zu erhalten und die Anschlussfähigkeit des so zu entwickelnden Teilverfassungsrechts sicherzustellen (dazu I.). Dabei wird für die Referenzdogmatik die Perspektive des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde zu legen, insoweit also eine „verfassungsgerichtspositivistische“ Perspektive einzunehmen sein.⁷ Hingegen ist der Transfer dieser Maßstäbe auf die Biosicherheit konstruktiv.

Sodann ist nach dem Schutzbereich der Forschungsfreiheit zu fragen, der in Folge seiner schrankenlosen Gewährleistung in besonderer Weise den Versuchen einer restriktiven Interpretation ausgesetzt war (dazu II.). Auch insoweit soll im Ergebnis der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde gelegt, indes auch alternierende Vorschläge der Literatur diskutiert werden. Ein dritter Abschnitt wendet sich den verfassungs-

1 Vgl hierzu die öffentliche Anhörung des Deutschen Ethikrates am 24.04. 2012. Abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/anhoeungen/biosicherheit> [22.08.2013].

2 Vgl *Dickmann/Drosten/Becker*, Wir müssen die Risiken aushalten, FAZ 18.02.2012.

3 Vgl zu entsprechenden Szenarien etwa *Blawat*, Wo die Freiheit der Forschung aufhört, [sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de/wissen/streit-um-hn-studien-wo-die-freiheit-der-forschung-aufhoert-1.1225586) vom 3.12.2011, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wissen/streit-um-hn-studien-wo-die-freiheit-der-forschung-aufhoert-1.1225586> [22.08.2013].

4 Die „Biosecurity“ wird regelmäßig der „Biosafety“ gegenüber gestellt, wobei nach der Ursache der befürchteten Freisetzung von Bioorganismen unterschieden wird: „Biosecurity“ meint den Schutz vor ingerenten Zugriffen Dritter, indes zielt „Biosafety“

auf die Verhinderung ungewollter Ausbreitungen ab. Vgl hierzu *Teetzmann*, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen, S 15 f mwN; *Schmidt*, in: Pühler u. A. (Hg), Synthetische Biologie, 2011, S 111.

5 Die „Biosecurity“ hat im Unterschied zur „Biosafety“ bislang nur punktuell spezialgesetzliche Normierung erfahren. Vgl hierzu die Nachweise bei *Teetzmann*, aaO, S 18 ff.

6 Zur Funktion derartiger „Brückenbegriffe“ am Beispiel der „Verantwortung“ *Trute*, in: Schuppert (Hg), Jenseits von Privatisierung und „schlanken“ Staat, 2009, S 13.

7 Kritisch zum „Verfassungsgerichtspositivismus“ *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989) 161, 163.

immanenten Schranken der Forschungsfreiheit zu. Dabei wird insbesondere nach den Eingriffsschwellen, den Gefährdungs- und Risikosituationen zu fragen sein, die Eingriffe in die Forschungsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.

Die Bestimmung der verfassungsimmanenten Schranken der Forschungsfreiheit leitet bereits zu der Reichweite der staatlichen Schutzpflichten über (vgl. IV.): Muss der Staat auch alle Begrenzungsmöglichkeiten der Forschungsfreiheit ausschöpfen, die ihm verfassungsrechtlich zu Gebote stehen? Wann verdichten sich die staatlichen Schutzpflichten zu einem – möglicherweise einklagbaren – subjektiven Recht des Bürgers?

I. Vorüberlegung: Zur systematischen Anschlussfähigkeit der Biosicherheit

Entsprechend des eingangs Gesagten ist in einem ersten Zugriff die systematisch-inhaltliche Anschlussfähigkeit der Biosicherheit an verfassungsgerichtliche Ausdifferenzierungen des Grundrechtsschutzes zu klären:

1. Biosicherheit und Sicherheitsverfassung

Mit den eingangs beschriebenen Risikolagen und den zu ihrer Abwehr angedachten Maßnahmen gerät auch die Forschungsfreiheit in das Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, das binnen der letzten Dekade vom Bundesverfassungsgericht in einer beeindruckenden Rechtsprechung ausgemessen wurde. Dabei hatte der Erste Senat eine ganze Sicherheitsverfassung geschaffen, an der sich neue Eingriffsbefugnisse – etwa die Telekommunikationsüberwachung,⁸ die Wohnraumüberwachung,⁹ die Rasterfahndung,¹⁰ die automatisierte Kennzeichenerfassung¹¹ oder die Vorratsdatenspeicherung¹² – messen lassen mussten. Da die Biosicherheit – gleich den eben genannten Instrumenten – auf den Schutz vor terroristischen Anschlägen abzielt, liegt auf den ersten Blick eine Übertragung dieser Maßstäbe der Sicherheitsverfassung nahe.

Allerdings ist zu sehen, dass diese Sicherheitsverfassung ausgehend von Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht nebst seinen speziellen Ausprägungen in Art. 10 Abs. 1 GG, bzw. Art. 13 Abs. 1 GG ent-

faltet wurde.¹³ Unmittelbare Aussagen über die Beschränkbarkeit der Forschungsfreiheit lassen sich dort nicht finden. Zu fragen bleibt aber, ob sich dogmatische Argumentationsfiguren bzw. grundlegende Wertentscheidungen auf den vorliegenden Kontext übertragen lassen. Hiergegen spricht, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner dezidiert liberalen Sicherheitsverfassung besonderen grundrechtlichen Gefährdungslagen begegnen wollte, die in Ansehung der Forschungsfreiheit nicht bestehen. So befürchtete der Erste Senat angesichts anlassloser,¹⁴ weit gestreuter,¹⁵ vor allem aber heimlicher¹⁶ (Überwachungs-) Maßnahmen Einschüchterungswirkungen¹⁷ bei den Bürgern und in der Folge eine Erosion der psychologischen Grundrechtsvoraussetzungen eines unbefangenen Freiheitsgebrauchs.¹⁸ Daraus wiederum leitete der Senat eine besondere Schwere der Eingriffe ab und gelangte in der Folge zu akzentuierten Rechtfertigungsvoraussetzungen.¹⁹

Dieser Begründungsstrang lässt sich auf die vorliegend in Rede stehenden Eingriffe in die Forschungsfreiheit nicht übertragen, weil diese keine Einschüchterungswirkungen und damit keine Verkürzungen der subjektiven Grundrechtsvoraussetzungen besorgen lassen. Es handelt sich um Sachrecht, nicht um Ermittlungsbefugnisse. Dementsprechend sind diese Eingriffe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder anlasslos, noch weit gestreut, noch heimlich. Schließlich sind auch die betroffenen Wissenschaftler und die potentiellen Täter nicht personenidentisch. Zwar mag dies für die eingangs genannten sicherheitsrechtlichen Instrumente in Konstellationen der Drittbetroffenheit²⁰ ebenso gelten, allerdings sind insoweit die Grenzen fließend: Der zunächst Unverdächtige mag Verdächtiger werden und so in das Fadenkreuz der Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbehörden geraten.

Entsprechende Szenarien sind mit Blick auf die betroffenen Wissenschaftler nicht ernsthaft zu besorgen, zumal hier funktionale Grenzen insoweit bestehen, als die entsprechenden Eingriffe durch die Wissenschaftsministerien bzw. Hochschulverwaltungen, ggf. auch durch Ethikkommissionen, nicht aber durch Sicherheitsbehörden vorgenommen werden. Schließlich eignet der Wissenschaftsfreiheit keine den genannten Infor-

8 BVerfGE 100, 313; 113, 348.

9 BVerfGE 109, 279.

10 BVerfGE 115, 320.

11 BVerfGE 120, 378.

12 BVerfGE 125, 260.

13 Vgl hierzu *Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, § 9, im Erscheinen.

14 Vgl BVerfGE 113, 29 (46); 120, 378 (402).

15 BVerfGE 107, 299, 328; 120, 274, 323; 120, 378, 402.

16 BVerfGE 107, 299, 328; 109, 279, 354 f; 120, 378, 403.

17 BVerfGE 107, 299, 320, 328; 109, 279, 354 f; 113, 348, 383; 115, 320, 354 f; 120, 274, 323; 120, 378, 402; 122, 342, 369, 371; 125, 260, 320.

18 Hierzu *Tanneberger*, aaO, § 10 II 4.

19 Vgl *Tanneberger*, aaO, § 10 II 2, § 11 III 3, 4.

20 Hierzu *Tanneberger*, aaO, § 11 III 4 e bb ggg.

mationsgrundrechten vergleichbare Persönlichkeitsrelevanz, was dem psychologisierenden Ansatz des Bundesverfassungsgerichts vieles seiner Plausibilität nimmt.

Nach alledem kommt ein unmittelbarer Transfer der verfassungsgerichtlichen Sicherheitsverfassung auf die „Biosecurity“ in ihrem Kern nicht in Betracht. Dies schließt nicht aus, gewisse Anleihen, etwa im Bereich der Eingriffsschwellen, oder aber in Ansehung der Bestimmtheitsanforderungen zu nehmen. So kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen werden, wenn es um sicherheitsrechtliche Gefahrenprognosen bei der Einschränkung von Grundrechten, um sicherheitsrechtliche Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips oder um den staatlichen Auftrag, Leben und Gesundheit vor terroristischen oder kriminellen Gefährdungen zu schützen, geht. Gerade in diesen Bereichen hat das Bundesverfassungsgericht weitreichende Abwägungsdirektiven und Argumentationsmuster entwickelt, die auch im Bereich der Biosicherheit die Argumentation anleiten mögen.

2. Biosicherheit und Risikodogmatik

Forschungsverbote, die darauf abzielen, nachteilige Folgen der Forschungstätigkeit oder erst der Forschungsergebnisse auszuschließen, setzen weit im Vorfeld konkreter Gefahren für die zu schützenden Rechtsgüter an. Es handelt sich damit um Ausprägungen der Risikoversorge, die die Rechtswissenschaft seit nunmehr gut drei Jahrzehnten beschäftigt.²¹ Diese mit großem theoretischem Aufwand geführte Debatte kann an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden.²² Vielmehr soll sich dieser Beitrag entsprechend seiner Zielsetzung auf die einschlägigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts fokussieren. Dieses hat sich in zwei komplementären Rechtsprechungssträngen der Risikodogmatik sowohl aus grundrechtlicher Abwehr als auch aus Schutzpflichtenperspektive

genähert, ohne dabei den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers über Gebühr zu beschneiden.²³ So ist der Gesetzgeber im Grundsatz nicht gehindert, bereits auf bestehende Risiken für Rechtsgüter hin tätig zu werden, wie er aber nur in äußerst engen Grenzen zur Abwehr von Risiken verpflichtet werden kann. Darauf wird zurückzukommen sein. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, dass die verfassungsgerichtliche Referenzmasse der Biosicherheit in erster Linie im Bereich der grundrechtlichen Risikodogmatik, in zweiter Linie in der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Sicherheitsverfassung zu suchen ist.

II. Der Schutzbereich der Forschungsfreiheit

Die Forschungsfreiheit steht in der Tradition des Wissenschaftsoptimismus des 18. und 19. Jahrhunderts.²⁴ Von den Erkenntnissen wissenschaftlichen Fortschritts erhoffte man eine Verbesserung der sozialen und ökonomischen Verhältnisse und damit einen Aufbruch in eine bessere Zukunft.²⁵ Und in der Tat beflügelte eben diese – immer wieder politischen Repressionen ausgesetzt²⁶ – Staatsferne und Selbstverantwortung wissenschaftlicher Forschung ihre Erkenntnisleistungen und verschaffte damit dem zivilisatorischen Fortschritt unerlässliche Impulse.²⁷

Nach der Negation der Wissenschaftsfreiheit im Nationalsozialismus²⁸ hat diese in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eine akzentuierte, da schrankenlose²⁹ Garantie erfahren:³⁰ „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“. Das Bundesverfassungsgericht begreift die Wissenschaft als Oberbegriff von Forschung und Lehre.³¹ Der sachliche Schutzbereich der Forschungsfreiheit als der ernsthafte und planmäßige Versuch der Wahrheitsermittlung umfasst „insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des

21 Grundlegend *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

22 Zusammenfassend *Jaekel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010.

23 Hierzu *Vofskuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 5 ff.

24 Hierzu *Schmidt*, Die Freiheit der Wissenschaft, 1929, S 23 ff, und insbes 43 ff. Allgemein zur historischen Entwicklung auch *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl, Band VII, 2009, § 166, Rn 4 ff.

25 Vgl etwa *Fichte*, Einige Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten, 1794, S 84: „Von dem Fortgange der Wissenschaft hängt unmittelbar der Fortgang des Menschengeschlechtes ab. Wer jenen aufhält, hält diesen auf“. Vgl weiter *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65, 2006, S 146, 169 ff.

26 Vgl zur Bedrängung der Wissenschaftsfreiheit in Restauration

und Vormärz *Oppermann*, Freiheit von Wissenschaft und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl, Band VI, 2001, § 145 Rn 3.

27 Vgl auch BVerfGE 128, 1, 87. Zur Bedeutung der Forschung für die heutige Volkswirtschaft *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 1.

28 Vgl etwa *Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, S 482.

29 Der Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs 3 S 2 GG bezieht sich ausweislich seines Wortlauts alleine auf die Lehre, nicht auch die Forschung. Hierzu *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008, § 26, Rn 102.

30 Dabei mag überraschen, dass die Exzesse der Forschung in der Zeit des Nationalsozialismus augenscheinlich keine Veranlassung gaben, der Forschungsfreiheit im Grundgesetz ausdrückliche Grenzen zu setzen.

31 BVerfGE 35, 79, 112. Ähnlich nunmehr BVerfGE 128, 1, 40 mwN.

Forschungsergebnisses und seiner Verbreitung³².³² Dabei ist die Publizität der Erkenntnisse nicht ein irgendwie gearteter Annex der Forschungsfreiheit, sondern dieser geradezu inhärent: Wissenschaftliche Forschung basiert auf Prozessen interindividueller Sinnvermittlung,³³ ja sie ist gerade als ein spezifisches Kommunikationssystem zu verstehen, das auf einen kritischen und dialogischen Erkenntniszugewinn abzielt.³⁴

In personaler Hinsicht umfasst der Schutzbereich der Forschungsfreiheit nicht nur die staatlichen und privaten Universitäten, sondern auch privatwirtschaftliche Unternehmen, darüber hinaus jeden privaten Forscher.³⁵

Nach dem Gesagten gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG die Forschungsfreiheit vorbehaltlos.³⁶ Damit ist die Frage aufgeworfen, ob sie mit Blick auf ihre sozialen, ökologischen oder sicherheitsrelevanten Folgen gleichwohl begrenzt werden kann. Im Grundsatz stehen hierfür zwei dogmatisch gangbare, durchaus kommensurable Wege offen.³⁷ Nach überkommener Methode mag man die durch die Forschung nachteilig betroffenen Interessen mit einem Verfassungsgut identifizieren und dieses in Abwägung mit der Forschungsfreiheit zur Konkordanz bringen.³⁸ Oder aber man umgeht die solcherart aufgeworfenen Rechtfertigungs- und Begründungslasten durch eine restriktive Schutzbereichsdefinition, die eine Kollision mit Drittinteressen bzw. anderen Verfassungsgarantien gar nicht erst aufkommen lässt.³⁹

Eine solche restriktive bzw. funktionale Bestimmung der Schutzbereiche wurde in der Literatur wiederholt verfochten⁴⁰ und auch in der Rechtsprechung des Bun-

desverfassungsgerichts waren – wenngleich nicht in Ansehung der Forschungsfreiheit – zwischenzeitlich entsprechende Tendenzen auszumachen.⁴¹ Die Chance dieses (Neu-)Ansatzes liegt in einer Reeffektuierung der grundgesetzlichen Schrankensystematik, die im Zuge des vorherrschenden Abwägungsparadigmas weitgehend nivelliert wurde.⁴² In funktioneller Hinsicht führte eine restriktive Schutzbereichsdefinition zu Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers, das Bundesverfassungsgericht wäre wohl weitaus seltener – dann aber unter akzentuierter Beachtung der grundgesetzlichen Schrankensystematik – zur Entscheidung berufen. Freilich stehen diesen Chancen auch erhebliche Risiken für die Grundrechtsdogmatik gegenüber, wie gerade ein Blick auf die – im Ergebnis fehlgehende – Umsetzung dieses Ansatzes in der Osho- bzw. der Glykolentscheidung des Bundesverfassungsgerichts belegt.⁴³ Jedenfalls wird der für sich genommen plausible Gedanke einer engen Schutzbereichsdefinition überstrapaziert, wenn genuine Abwägungsfragen auf Schutzbereichsebene verhandelt werden.

Teils in Umsetzung, teils in Vorwegnahme der eben vorgestellten Neuakzentuierung der Grundrechtsdogmatik wurde und wird der Schutzbereich der Forschungsfreiheit von zahlreichen Stimmen in der Literatur⁴⁴ ganz erheblich beschränkt.⁴⁵

So etwa soll Art. 5 Abs. 3 GG immanent durch den Vorbehalt verantwortlichen Freiheitsgebrauchs begrenzt sein.⁴⁶ Eine solche „ethische Limitation“⁴⁷ des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 GG ist freilich abzulehnen, weil

32 BVerfGE 35, 79, 112. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 26, Rn 85; Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 11.

33 Scholz, in: Maunz/Dürig, 67. EGL, 2013, Art 5 Abs 3, Rn 180.

34 Vgl dazu das Sondervotum Simon/Rupp-v. Brünneck, BVerfGE 35, 79, 156.

35 BVerfGE 35, 79, 111 f; 88, 129, 136; 126, 1, 19. Hierzu Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 18 ff.

36 Zu - systematisch fehlgehenden - Ansätzen, die Schranken der Art 5 Abs 2 GG bzw des Art 2 Abs 1 GG auf Art 5 Abs 3 GG zu übertragen, R. Dreier, Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl 1980, 471, 472 f.

37 Vgl Merten, Immanente Schranken und verfassungsunmittelbare Grenzen, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band III, 2009, § 60 Rn 12.

38 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7 Rn 37 ff. Vgl für die Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 128, 1, 41.

39 Hierzu Zippelius/Würtenberger, aaO, § 19 Rn 6 f, 11 ff.

40 Vgl etwa Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2003), 165 (174 ff); Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203.

41 Vgl BVerfGE 104, 92, 104 f - Sitzblockaden III; 105, 252, 273 - Glykol 105, 279 - Osho. Hierzu Murswiek, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, Der Staat 45 (2006), 473 (479 ff).

42 Murswiek, aaO, 477, 500.

43 Hierzu Murswiek, aaO, 491 ff.

44 Grundlegend Wahl, Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe? – dargestellt am Beispiel der Gentechnik, UTR 14 (1991), 7, 33 ff; R. Dreier, Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl 1980, 471, 473. Vgl auch die umfangreichen Nachweise bei Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006) 142, 174, Fn 129.

45 Ausführlich hierzu Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 15.

46 Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, 400ff. Ablehnend Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 159; Wagner, Forschungsfreiheit und Regulierungsdichte, NVwZ 1998, 1235, 1237.

47 Vgl Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S 509.

sie zu einer grundrechtsdogmatisch überaus problematischen Diffusion von Recht und Ethik führt.⁴⁸ Dies gilt umso mehr, als durch neue Forschungszweige schwierige ethische Fragen aufgeworfen werden, für die sich eine allgemeine – oder doch mindestens überwiegend – anerkannte ethische Bewertung (noch) nicht herausgebildet hat.⁴⁹ Vielmehr sind die Schranken der Forschungsfreiheit durch prozedural legitimierte Recht zu konturieren, wie es sich als das Ergebnis eines offenen normativen Diskurses darstellt.⁵⁰

Ein weiterer Ansatz will den Schutzbereich der Forschungsfreiheit auf die Fragestellung,⁵¹ bzw. die geistige Leistung des Wissenschaftlers reduzieren.⁵² Damit ginge freilich eine erhebliche Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit gerade im Bereich der Naturwissenschaft einher,⁵³ die ohne Experimente gar nicht gedacht werden kann. Überdies ist das Verständnis der modernen (Natur-)Wissenschaft auf das engste mit dem auf Galileo Galilei zurückgehenden planmäßigen Experimentieren verknüpft⁵⁴ und es bedürfte mehr als Opportunitätserwägungen⁵⁵ oder eines pauschalen Bestreitens ihrer gesellschaftsnützlichen Bedeutung,⁵⁶ um die Forschung i. S. d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG aus diesem überkommenen Begriffsverständnis hinauzuweisen. Dies gilt umso mehr, als sich gerade für die Naturwissenschaften unter dem Eindruck einer zeitgeistigen Wissenschaftsskepsis eine besondere Gefährdungslage und damit eine besondere

Schutzbedürftigkeit abzeichnet.⁵⁷ Der beschriebene Einbruch in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit ist daher abzulehnen.⁵⁸

Nach anderer Ansicht sollen Forschungen, die potentiell zu Beeinträchtigungen der Gesundheit bzw. sonstigen Rechtsgütern Dritter führen können, von vornherein nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterfallen.⁵⁹ Dieser Auffassung ist insoweit beizutreten, als sich eine gezielte Beeinträchtigung der von der Verfassung vorausgesetzten Güterordnung nicht auf grundrechtlichen Schutz berufen kann. Exemplarisch ist hier der eigenmächtige Zugriff des sog. „Sprayers aus Zürich“ auf fremdes Eigentum, dem das Bundesverfassungsgericht zur Recht eine Berufung auf die Kunstfreiheit versagte.⁶⁰ Indes liegen die vorliegenden Konstellationen anders, denn der Forschung ist es nicht darum zu tun, gegen den Willen der Berechtigten final auf fremde Rechtsgüter zuzugreifen, etwa Haustiere gegen den Willen der Eigentümer für Tierversuche heranzuziehen. Vielmehr ergeben sich die möglichen Beeinträchtigungen Dritter aus mittelbaren, zudem höchst ungewollten Zwischenfällen, denen wiederum beachtliche Chancen für den Rechtsgüterschutz gegenüber stehen. Damit aber greift es zu kurz, den Schutzbereich der Forschungsfreiheit pauschal unter Verweis auf (mögliche!) Grundrechtsingenzen Dritter zu verneinen, wie nicht zuletzt ein Vergleich mit dem „Referenzgrundrecht“⁶¹ der

48 Dieser Kritik steht nicht entgegen, dass die Grundrechte des GG auch als eine Wertordnung und damit als ein ethisches Programm verstanden werden können, mithin vielfältige Wechselwirkungen und Abhängigkeiten zwischen Recht und Ethik bestehen. Entscheidend ist, dass ethische Richtigkeitsvorstellungen nur dann und nur insoweit Eingang in juristische Argumentationszusammenhänge finden können, als sie von der Rechtsordnung anerkannt, d. h. positiviert wurden. Zusammenfassend hierzu Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, S 104 ff.

49 Zudem ist zweifelhaft, ob sich in einem pluralen Gemeinwesen überhaupt allgemeine ethische Grundüberzeugungen hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Forschungsvorhaben herausbilden können. Allgemein zu diesem Problem Vöneky, aaO, S 65 ff.

50 Dabei besteht das Problem, dass der – auch hier – verfochtenen „Abwägungslösung“ die Tendenz eignet, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers stark zu verengen. Allerdings ist das nicht notwendige Folge der hier geforderten gesetzlichen Bestimmung der Grundrechtsschranken, wie auch umgekehrt, die ethische Limitation von Schutzbereichen zu einer verstärkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle herausfordern mag.

51 Vgl. *Wahl*, *Forschungs- und Anwendungskontrolle technischer Fortschritte als Staatsaufgabe?* – dargestellt am Beispiel der Gentechnik, UTR 14 (1991) 7, 34 f.

52 So wohl *Waechter*, *Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen*, *Der Staat*, 30 (1991) 19, 45 unter Verweis auf *Köttgen*, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, in: Neumann uA (Hg), *Die Grundrechte*, Band 2 (1954) S 291, 296 ff. Für eine entsprechend restriktives Verständnis bereits *Smend*, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, VVDStRL 4 (1928) 44, 66.

53 Dies wird von den Verfechtern des dargestellten engen Wissen-

schaftsbegriffs nicht verkannt, jedoch hingenommen, weil die Wissenschaft „keinen rechtlichen Sonderstatus beanspruchen kann“, *Köttgen*, aaO, S 298. Daran ist richtig, dass eine gezielte Inanspruchnahme fremder Rechtspositionen nicht unter Hinweis auf die Wissenschaftsfreiheit zurechtfertigen ist, dazu sogleich. Allerdings fordert dieser Gedanke nicht, den Schutzbereich der Forschungsfreiheit bis zur Unkenntlichkeit zu beschneiden.

54 Vgl. *Rattner/Danzer*, *Galileo Galilei und die Begründung der neuzeitlichen Naturwissenschaft*, in: *Dies*, *Die Geburt des modernen europäischen Menschen in der italienischen Renaissance 1350-1600*, 2004, S 267 ff.

55 *Köttgen*, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, in: Neumann uA (Hg), *Die Grundrechte*, Band 2, 1954, S 291, 299.

56 Vgl. aber *Waechter*, *Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen*, *Der Staat*, 30 (1991) 19, 46.

57 *Wagner*, *Forschungsfreiheit und Regulierungsdichte*, NVwZ 1998, 1235, 1238. Anschaulich etwa *Waechter*, aaO, S 45 f, der – methodisch zweifelhaft – gerade die zeitgeistige Geringschätzung der Wissenschaft als Argument für ein restriktives Begriffsverständnis heranzieht: „Wenn ein glücklicher Ausgang dieses Fortgangs [des wissenschaftlichen Fortschritts] nicht mehr gewiss geglaubt wird, ist Wissenschaft in eine Position gewachsen, die sie nicht mehr privilegierungsfähig macht“.

58 So auch *Wagner*, aaO, S 1237 f.

59 Vgl. *Mager*, *Freiheit von Forschung und Lehre*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Band VII, 2009, § 166 Rn 13 mwN.

60 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, 1293, 1294.

61 Zu diesem Konzept *Ruffert*, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, VVDStRL 65 (2006) 146, 161.

Kunstfreiheit belegt: Auch dort würde niemand den grundrechtlichen Schutz versagen wollen, weil Darstellungen – über die intendierte Provokation hinaus – in Einzelfällen pathologische Erschütterungen des Publikums hervorrufen mögen.⁶²

Dementsprechend ist die grundrechtsdogmatische Abbeugung, gezielte Inanspruchnahmen fremder Rechtspositionen von vornherein aus dem Schutzbereich auszuschließen, nicht auf Fälle zu übertragen, in denen nur Risiken für die Grundrechte Dritter begründet werden, deren Hinnehmbarkeit schwierige Prognose- und Abwägungsfragen aufwirft.⁶³

Demgegenüber ließe sich allenfalls argumentieren, dass auch im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung entsprechende Prognose- und Wertungsfragen abgearbeitet werden können. Freilich erschließt sich der dogmatische Zugewinn einer solchen Problemverschiebung von der Rechtfertigungs- auf die Schutzbereichsebene nicht, im Gegenteil: Würde der Schutzbereich der speziellen Forschungsfreiheit in Folge einer Abwägung verneint, so wäre der Eingriff an subsidiären Grundrechtsgarantien, etwa Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. Dies führte zu einer Komplizierung der Grundrechtsprüfung, möglicherweise auch zu einer Absenkung des grundrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Forschung, weil die Abwägungen auf Schutzbereichsebene jene auf Eingriffsebene nicht ersetzen kann.⁶⁴

Damit bleibt mit dem Bundesverfassungsgericht daran festzuhalten, dass Art. 5 Abs. 3 GG – von den genannten Evidenzfällen abgesehen – die Forschungsfreiheit umfassend schützt.⁶⁵ Dies gilt selbst dann, wenn die Forschung Risiken für Leben und Gesundheit Dritter begründen mag.⁶⁶

III. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Forschungsfreiheit

Die Forschungsfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 3 GG schrankenlos gewährleistet, unterliegt aber gleichwohl verfassungsimmanenten Schranken, die der gesetzgeberischen Ausgestaltung bedürfen.⁶⁷ Dabei sind die zu Grunde liegenden Grundrechtskollisionen „unter Rückgriff auf weitere einschlägige verfassungsrechtliche Bestimmungen und Prinzipien sowie auf den Grundsatz der praktischen Konkordanz durch Verfassungsauslegung zu lösen“.⁶⁸ Hierbei kommt der Wissenschaftsfreiheit nicht schlechthin der Vorrang gegenüber anderen Verfassungswerten, etwa Leben und Gesundheit, zu.⁶⁹ Freilich wird im Einzelfall vieles von Art und Schwere der Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit abhängen: Diese reichen phänomenologisch von den bereits bestehenden Ausübungs- und Rahmenregelungen,⁷⁰ etwa Anzeigepflichten beim Umgang mit Krankheitserregern,⁷¹ über die derzeit diskutierten Publikations- bis hin zu sektoralen Forschungsverboten.

1. Bestimmtheitsanforderungen an die Eingriffsgrundlagen

Die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz steigen mit zunehmender Eingriffsintensität.⁷² Für Publikations- und Forschungsverbote als besonders schwere Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit mag man sich an den Bestimmtheitsanforderungen orientieren, die das Bundesverfassungsgericht im Bereich der Sicherheitsverfassung für intensive Grundrechtseingriffe eingefordert hat. Demnach sind entsprechende Begrenzungen der Forschung an gefährlichen Viren durch den Gesetz-

62 Vgl etwa zur Düsseldorfer Tannhäuser-Inszenierung, die eine psychologische Betreuung des Publikums erforderlich machte, „Erste Hilfe“, faz.net vom 09.05.2013. Abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buehne-und-konzert/rheinoper-setzt-tannhaeuser-ab-erste-hilfe-12177705.html> [22.08.2013].

63 Im Ergebnis auch BVerfGE 128, 1, 40.

64 Vgl Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 15; Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004) 167, 192 f.

65 Auch das BVerfG geht davon aus, dass Missbrauchsbeschränkungen auf Rechtfertigungsebene zu bewältigen sind, BVerfGE 85, 386, 397. Daraus lässt sich verallgemeinernd der Schluss ziehen, dass das BVerfG Beschränkungen der Forschungsfreiheit auf Rechtfertigungsebene verhandeln will. Hierzu Losch/Radau, Forschungsverantwortung als Verfahrensaufgabe, NVwZ 2003, 390, 393. Vgl weiter Löwer, aaO, § 99 Rn 15.

66 Vgl BVerfGE 128, 1, 40. Dort freilich mit dem Zusatz: „Dies gilt

jedenfalls für die experimentelle Forschung an Universitäten“. Ob damit eine Schutzbereichsbeschränkung ernsthaft in Erwägung gezogen wurde, scheint zweifelhaft. Näher liegt, dass der Senat seine Ausführungen zum Schutzbereich auf das durch die Fallentscheidung Veranlasste beschränken wollte. So auch Dederer, Verfassungskonforme Übermaßregulierung der „Grünen Gentechnik“, Jura 2012, 218, 221.

67 Vgl zuletzt BVerfGE 128, 1, 41 mwN.

68 BVerfGE 128, 1, 41.

69 BVerfGE 47, 327, 369. Vgl der Sache nach insbesondere auch BVerfGE 128, 1.

70 Eine detaillierte Zusammenstellung entsprechender Normen findet sich in der verdienstvollen Untersuchung von Teetzmann, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen, S 18 ff.

71 Vgl etwa § 44 IfSG.

72 BVerfGE 110, 33, 55; 120, 378, 408; 125, 260, 328.

geber normenklar und bereichsspezifisch zu regeln,⁷³ sie dürfen im Kern nicht der Abwägung der Kontrollbehörden überlassen bleiben.⁷⁴ Dies schließt es freilich nicht aus, dass im Einzelfall den Behörden wegen der Komplexität der zu beurteilenden Sachfragen ein nicht gänzlich durch einfaches Recht determinierter Entscheidungsspielraum verbleibt.

Hingegen sind bei äußeren Begrenzungen der Forschungsfreiheit, Schrankenbestimmungen mithin, weit aus geringere Anforderungen zu stellen. Damit werden zugleich der Selbstorganisation der Wissenschaft, der gerade für die Formulierung der technischen Standards eine besondere Sachkompetenz zuzusprechen ist, die notwendigen Freiräume belassen.

2. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Nach allgemeiner Verhältnismäßigkeitsdogmatik müssen Eingriffe in die Forschungsfreiheit geeignet sein, den Schutz – vorliegend – von Leben und Gesundheit zu fördern. Davon ist mit Blick auf Forschungs- und Publikationsverbote im Ergebnis auszugehen, wenngleich gewisse Bedenken nicht von der Hand zu weisen sind. So mögen Forschungsverbote eine Exilierung der entsprechenden Forschung in das Ausland bedingen, was angesichts der dort oftmals niedrigeren Sicherheitsstandards und der vielfach beschworenen pandemischen Verbreitung von Infektionskrankheiten den Nutzen dieser Maßnahmen fraglich werden lässt. Erheblicher noch sind die Einwände gegen Publikationsverbote.⁷⁵ Diese mögen zwar zwischenzeitlich eine Kenntniserlangung unbefugter Dritter verhindern bzw. erschweren, indes werden sich die entsprechenden Erkenntnisse kaum dauerhaft geheim halten lassen.

Indes fordert die Geeignetheit eine solche optimale Zweckerreichung nach dem zutreffenden Verständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht. Vielmehr genügt es, wenn durch die fragliche Maßnahme „der erstrebte Erfolg gefördert werden kann“.⁷⁶ Hierfür reicht es aus „wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht“, d.h. die fraglichen Maßnahmen „nicht von vornherein untauglich sind“.⁷⁷ Das Regelungsziel muss nicht „in jedem Einzelfall tatsächlich erreicht“ werden.⁷⁸

Insgesamt kommt damit dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Geeignetheit ein weiter Einschätzungsspielraum zu.⁷⁹

Dementsprechend wäre gegen die Einschätzung des Gesetzgebers, ein nationales Forschungs- oder Publikationsverbot diene dem Lebens- und Gesundheitsschutz, nichts zu erinnern. Entsprechendes hat – wenngleich hier vieles von den Umständen des Einzelfalls abhängen wird – für die normative Ausgestaltung des Forschungsrahmens, verstanden als den äußeren Bedingungen der Forschungstätigkeit, zu gelten: Anzeigeverpflichtungen oder etwa technische Standards bei der Arbeit mit bestimmten Erregern sind regelmäßig geeignet, dem Schutz von Leben und Gesundheit zu dienen.

Gleiches hat im Grundsatz für die Erforderlichkeit zu gelten. Auch und gerade in Ansehung von Forschungs- und Publikationsverboten sind keine milderen Maßnahmen ersichtlich, die in entsprechend effektiver Weise dem Schutz von Leben und Gesundheit dienen würden.

3. Angemessenheit und Eingriffsschwellen

Die Angemessenheit ist gewahrt, wenn „die Schwere der gesetzgeberischen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht“.⁸⁰ In diese Gesamtabwägung sind drei Parameter einzustellen:⁸¹ Die Intensität des Eingriffs in die Forschungsfreiheit, das Gewicht der verfolgten Gemeinwohlinteressen, vorliegend der Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und schließlich die Eingriffsschwellen, d.h. die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung. Diese für die Angemessenheitsprüfung relevanten Parameter sind nach Maßgabe der sog. „Je-Desto-Formel“ zur Konkordanz zu bringen.⁸²

Dementsprechend vollzieht sich die Abwägung vorliegend nicht im binären Schema von Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung, vielmehr sind in einem mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis⁸³ verschiedene Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger möglichst freiheitsschonend zuzuordnen. Eine zusätzliche Komplizierung erfährt die dabei vorzunehmende Abwägung durch die Unbestimmtheiten ihrer Tatsachen-

73 Zur Generalklauselresistenz der Wissenschaftsfreiheit Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 33.

74 So im Bereich der Sicherheitsverfassung BVerfGE 110, 33, 52 ff, 113, 348, 375 ff; 120, 378, 407 f, 423.

75 Zu den hier nicht weiter zu verfolgenden rechtlichen Grundlagen derartiger Publikationsverbote Calliess, Verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf die Regulierung des Exports von Wissen: Von der Gefahrenabwehr zur Risikoversorge, Typoskript.

76 Für die Sicherheitsverfassung BVerfGE 109, 279, 336. Inhaltlich ebenso BVerfGE 115, 320, 345; 125, 260, 317 f.

77 BVerfGE 100, 313, 373.

78 BVerfGE 125, 260, 317.

79 BVerfGE 109, 279, 336; 120, 274, 320.

80 BVerfGE 120, 378, 438: „sRSpr“.

81 Vgl zur Sicherheitsverfassung des BVerfG, gleichwohl für den vorliegenden Sachbereich von Interesse Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, § 11 III 4 e bb.

82 Vgl BVerfGE 115, 320, 360 f; 120, 378, 429.

83 Vgl Calliess, Verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf die Regulierung des Exports von Wissen: Von der Gefahrenabwehr zur Risikoversorge, Typoskript, S 8 ff.

grundlage. So lassen sich die – vielerlei Kontingenzen unterworfenen – Risiken ihrem Wesen gemäß schwerlich fassen, weshalb auch diese Unbestimmtheiten auf Abwägungsebene verarbeitet werden müssen.

Anhaltspunkte für das Ergebnis dieser Gewichtung ergeben sich aus der Gentechnikentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁸⁴ Auch dort war in Ansehung von Freilandversuchen mit genmanipulierten Pflanzen eine Kollision zwischen der Forschungsfreiheit und den dadurch hervorgerufenen Risiken für Leben und Gesundheit des Publikums zur Konkordanz zu bringen. Allerdings waren die Bestimmungen des Gentechnikgesetzes von vornherein sehr um einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen bemüht.⁸⁵ Dementsprechend standen nicht Forschungs- oder Publikationsverbote, sondern die „Rahmenbedingungen“⁸⁶ der Forschung – etwa Anzeigepflichten und Haftungsfragen – auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand.⁸⁷ Diese – durchaus in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eingreifenden – Maßnahmen der Risikovorsorge waren nach dem Dafürhalten des Senats mit Blick auf das besondere Gewicht der Schutzgüter Leben und Gesundheit gerechtfertigt.⁸⁸

Dementsprechend lässt sich der Gentechnikentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit gesetzgeberischer Rahmenregelungen für die Ausübung der Forschungsfreiheit entnehmen. Zu fragen bleibt, ob sich der Entscheidung darüber hinaus Aussagen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Forschungs- und Publikationsverboten entnehmen lassen. Mindestens, aber immerhin, scheint eine wertende Orientierung an den in der Gentechnikentscheidung entwickelten Maßstäben möglich.

a) Forschungsverbote

Der Senat hat in der Gentechnikentscheidung den vom Gesetzgeber austarierten *substantiellen* Ausgleich der betroffenen Verfassungsgüter nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Regelungskonzept des GenTG gebilligt. Daraus lässt sich, selbst wenn man den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Rechnung stellt, schließen, dass eine „Auflösung“ der Grundrechts-

kollision einseitig zu Lasten der Wissenschaftsfreiheit – etwa durch ein Verbot der Gentechnik bzw. deren Ausbringung – vor dem Senat nicht bestanden hätte. Diese nahe liegende, wenngleich nicht zwingende Folgerung zu Grunde gelegt, wäre ein Forschungsverbot im Bereich der Biosicherheit nur dann zu rechtfertigen, wenn sich die Abwägungsparameter – im Unterschied zur Gentechnik – zu Lasten der Wissenschaftsfreiheit verschoben haben würden. Das ist freilich nicht erkennbar:

So ist bereits zweifelhaft, ob die Forschung an gefährlichen Viren im Ergebnis ein höheres Schadensrisiko begründet, als die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man das Schadensrisiko als das Produkt von Schadenspotential und Verbreitungsrisiko begreift: So weist die Gentechnik zwar das entschieden geringere Schadenspotential auf, allerdings werden die fraglichen Organismen in Gestalt der Freilandforschung auch gleichsam „probeweise“ freigesetzt.⁸⁹ Das Schadenspotential der Gentechnik kann sich daher praktisch ungehindert entfalten, indes die Forschung an gefährlichen Viren unter höchsten Sicherheitsvorkehrungen – die ihrerseits als Rahmenbedingungen der Forschungstätigkeit zulässig sind, vgl. oben – stattfindet. Dementsprechend ist das höhere Schadenspotential der fraglichen Viren kaum geeignet, das Schadensrisiko im Vergleich zur Gentechnik anzuheben und dadurch die Gewichte zu Lasten der Forschungsfreiheit zu verschieben.

Hinzu kommt ein Weiteres: Die Virenforschung zielt anders als die „grüne“ Gentechnik unmittelbar auf den Schutz von Leben und Gesundheit, etwa durch die Entwicklung entsprechender Impfstoffe, ab. Damit greift es zu kurz, Leben und Gesundheit einseitig zu Lasten der Forschungsfreiheit in Ansatz zu bringen, vielmehr erfährt die – ohnedies gewichtige⁹⁰ – Forschungsfreiheit aufgrund ihrer Bedeutung für den Schutz der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG eine weitere Schutzbereichsverstärkung.⁹¹

Demnach spricht auf der Basis eines wertenden Vergleichs mit der Gentechnikentscheidung Vieles dafür, dass ein Forschungsverbot an gefährlichen Viren alleine zur Vorsorge vor Risiken für die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG nicht mit der Wissenschaftsfreiheit in Ein-

84 BVerfGE 128, 1. Hierzu *Dederer*, Verfassungskonforme Übermaßregulierung der „Grünen Gentechnik“, Jura 2012, 218; *Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1, JZ 2012, 667, 669; *Bickenbach*, Die Freiheit, Wissen zu schaffen – Zur Minderung der Last des Nichtwissens auf dem Gebiet der Gentechnik, ZJS 2011, 1; *Winkler*, Deutsches Gentechnikgesetz verfassungsgemäß, ZUR 2011, 137.

85 Vgl BVerfGE 128, 1, 85 f.

86 So BVerfGE 128, 1, 41.

87 Zu diesen Rahmenbedingungen rechnete der Erste Senat auch

die in § 36a GenTG vorgesehene Haftung der Verwender von gentechnisch veränderten Organismen, vgl BVerfGE 128, 1, 85 ff. Damit übernahm der Senat nicht das Vorbringen der Antragstellerin, die dieser Haftungsregel eine faktisch prohibitive Bedeutung zuschreiben wollte, aaO, S 18 ff.

88 BVerfGE 128, 1, 39 ff, 57 f, 67 f, 85 ff.

89 Vgl hierzu BVerfGE 128, 1, 87.

90 Vgl BVerfGE 128, 1, 87 f.

91 Allgemein hierzu: *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008, § 18 Rn 93.

klänge stünde. Dies gilt mindestens so lange, als die Schutzbereichsverstärkung durch Art. 2 Abs. 2 GG greift, die Forschung also auch und gerade der Vorsorge vor Pandemien dient. Anderes mag dann gelten, wenn die fragliche Forschung ihrem Ansatz nach keinen Bezug zum Schutz von Leben und Gesundheit aufweist, mithin den geschaffenen Risiken kein unmittelbarer Ertrag für den Lebens- und Gesundheitsschutz entspricht.

Hingegen dürften Forschungsverbote ab der Schwelle einer konkreten Gefahr für Leib und Leben im Grundsatz angemessen sein. So etwa, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte⁹² mit terroristischen Anschlägen auf Forschungseinrichtungen zu rechnen ist. Allerdings gehen mit der Anhebung der Eingriffsschwelle auf konkrete Gefahren regelmäßig weitere Abwehrmöglichkeiten einher, die die Erforderlichkeit von Forschungsverböten in Zweifel ziehen. So wird sich der entsprechende Lebenssachverhalt ab der Gefahrenschwelle regelmäßig in zeitlich-örtlicher, bzw. personaler Hinsicht so verdichtet haben, dass passgenaue und damit effektivere Abwehrmöglichkeiten als Forschungsverböte bestehen. Darüber hinaus dürften punktuelle Gefahrenabwehrmaßnahmen regelmäßig das mildere Mittel darstellen, als sie im Unterschied zu Forschungsverböten eine vergleichsweise geringe „Streubreite“⁹³ aufweisen.

Daraus resultiert: Forschungsverböte sind im Grundsatz angemessen, so sie der Abwehr konkreter Gefahren für die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG dienen. Allerdings werden sich mit dem Überschreiten der Gefahrenschwelle alternative Abwehrmaßnahmen aufdrängen, weshalb in diesen Fällen regelmäßig die „relative Verhältnismäßigkeit“, d. i. die Erforderlichkeit der breitenwirksamen Forschungsverböte zu verneinen sein wird.

b) Publikationsverböte

Gleichsam zwischen den grundsätzlich zulässigen Rahmenbestimmungen der Forschungsfreiheit und den in der Regel unzulässigen Forschungsverböten stehen die Publikationsverböte. Zwar fällt die Publikation der Ergebnisse entsprechend des eingangs Gesagten in den

Kernbereich der Forschungsfreiheit. Gleichwohl wiegen entsprechende Eingriffe weniger schwer, weil der Forschung zwar diskursive Entfaltungs- und Effektivierungsmöglichkeiten genommen, diese aber gleichwohl – mindestens für einen Übergangszeitraum – isoliert weiter betrieben werden kann. Entscheidend aber ist, dass ein ganzes Bündel an Instrumentarien zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit von Publikationsverböten zur Verfügung steht: An erster Stelle sind hier zeitliche Befristungen zu nennen, hinzukommen Abschlchtungen im Empfängerkreis, etwa Publizitätsbeschränkungen in institutioneller, inhaltlicher oder auch personaler Hinsicht. Schließlich mag man gar, um dem kompetitiven Arrangement des wissenschaftlichen Betriebes gerecht zu werden, eine Hinterlegung von Forschungsergebnissen andenken.

Zusammenfassend ist damit davon auszugehen, dass sich Veröffentlichungsverböte bereits im Vorfeld konkreter Gefahren ohne Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Werk setzen lassen.

IV. Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten

Nach dem Gesagten sind unter engen Voraussetzungen Eingriffe in die Forschungsfreiheit zum Schutz der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG zulässig. Damit ist freilich nicht gesagt, dass der Staat von diesen Gestaltungsspielräumen auch Gebrauch machen muss. Diese Frage hängt vielmehr von der Reichweite und Determinationskraft der grundrechtlichen Schutzpflichten ab.⁹⁴

Insoweit ist anerkannt, dass dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt,⁹⁵ der nur in seltenen Ausnahmefällen verletzt ist⁹⁶ Dies gilt selbst im Bereich des Lebens- und Gesundheitsschutzes.

Fern liegende Gefährdungsmöglichkeiten des Lebensgrundrechts als „vitaler Basis“ der Menschenwürde rechtfertigen noch keine Verengungen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.⁹⁷ Sicherheitspolitische Entscheidungen sind nicht verfassungsrechtlich determiniert,

92 Zu den hier nicht zu vertiefenden Anforderungen an die Gefahrenprognose: *Württemberg*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3. Aufl 2013, § 69 Rn 235 f.

93 Im Zusammenhang mit Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht hatte das BVerfG im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Sicherheitsverfassungsrecht die Streubreite von Grundrechtseingriffen gegen deren Verhältnismäßigkeit in Ansatz gebracht. Vgl BVerfGE 115, 320, 354; 120, 274, 323, 342; 120, 378, 402; 124, 43, 63; 125, 260, 318.

94 Zur hier nicht weiter zu vertiefenden Herleitung des Schutzpflichtenkonzepts: *Zippelius/Württemberg*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl 2008, § 17 Rn 29 ff; *Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht*

und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl, Band IX, 2011, § 191 Rn 146 ff und 150 (zu den Schutzpflichten bei terroristische Gefährdungen).

95 BVerfGE 46, 160, 164; 121, 317, 356 f; 125, 39, 78 f; *Zippelius/Württemberg*, aaO, § 17 Rn 39.

96 Vgl etwa BVerfGE 88, 203, 251 ff, sowie das Sondervotum *Papier, Graßhof* und *Haas* in BVerfGE 98, 265, 356.

97 *Zippelius/Württemberg*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl 2008, § 21 Rn 20, 49; *Ipsen*, *Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro*. Anmerkungen zu einer aktuellen. Debatte, JZ 2001, 989, 996. Anders *Böckenförde*, *Menschenwürde als normatives Prinzip*, JZ 2003, 809, 812 f zum Embryonenschutz.

sondern demokratisch zu legitimieren. Dementsprechend liegt ein Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten auch hier nur vor, wenn die bislang getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder ungeeignet sind.⁹⁸ Dieses Untermaßverbot ist allerdings nicht statisch zu denken, sondern in Ansehung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß im Einzelfall zu bestimmen: Je bedeutsamer sich das Schadensrisiko ausnimmt, desto höhere Anforderungen sind an den staatlichen Mindestschutz zu stellen.⁹⁹ Bei dieser Proportionalität der Schutzgewähr spielen die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts für den Einzelnen, das Risiko und Ausmaß möglicher Gefahren sowie widerstrebende Grundrechte Dritter eine Rolle. So etwa muss bei höchstem bzw. existentiellem Gefahrenpotential die Eintrittswahrscheinlichkeit „nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen sein“.¹⁰⁰ Die verbleibenden Restrisiken, die daraus resultieren, dass der Eintritt künftiger Schadensereignisse nie mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, sind von den Bürgern als sozialadäquat hinzunehmen.¹⁰¹ Ei-

nen optimalen Schutz im Sinne einer „Restrisikominimierung“ schuldet der Gesetzgeber nicht.¹⁰²

Dementsprechend genügt der Gesetzgeber seinen grundrechtlichen Schutzpflichten jedenfalls dann, wenn er – so in weitem Umfang geschehen¹⁰³ – Maßnahmen ergreift, um eine Freisetzung biologischer Gefahrstoffe zu verhindern, oder aber mit den Mitteln des Sicherheits-, insbesondere des Gefahrenabwehrrechts terroristische Anschläge per se zu unterbinden. Für das Szenario der Forschung am Vogelgrippe-Virus gilt gleiches wie für alle Maßnahmen des Staates, die auf ein Leben der Bürger in Freiheit und Sicherheit zielen: Eine vollkommene Sicherheit, ein vollkommener Schutz von Leben und Gesundheit ist praktisch nicht realisierbar und daher auch – *impossibile nulla est obligatio* – rechtlich nicht gefordert.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht. Steffen Tanneberger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle.

98 *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Band IX, 2011, § 191 Rn 295.

99 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 703 f.

100 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 704.

101 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 704 mit Verweis auf BVerfGE 49, 89, 143.

102 BVerfGK 14, 402, 416.

103 Vgl hierzu *Teetzmann*, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen.