

Professor Dr. Thomas Würtenberger, Freiburg

### **Schranken der Forschungsfreiheit und staatliche Schutzpflichten**

Die Schranken der Forschungsfreiheit aufgrund staatlicher Schutzpflichten bei der Forschung an Krankheitserregern lassen sich ausgehend von verschiedenen Szenarien bestimmen. Zu den derzeit diskutierten Szenarien gehört die Forschung am Vogelgrippe-Virus. Dieser kann nach einer Mutation auf den Menschen sowie von Mensch zu Mensch übertragen werden, was in der Mehrzahl der Fälle zum Tod der infizierten Person führt. Der Forschung stellt sich die Aufgabe, die Voraussetzungen der Übertragbarkeit des Vogelgrippe-Virus auf den Menschen zu klären sowie Gegenmittel zu entwickeln. Diese Forschungsaufgabe ist von höchster gesundheitspolitischer Bedeutung, um Gefährdungen von Leben und Gesundheit entgegenzuwirken, hätte doch eine, durch den Vogelgrippe-Virus verursachte Pandemie, katastrophale Folgen. Die gebotene Forschung am Vogelgrippe-Virus begegnet jedoch zwei Bedenken: Zum einen können genetische Veränderungen dieses Virus, sollten sie freigesetzt werden, ihrerseits zu erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit führen, wobei sich allerdings dieses Risiko der Freisetzung von Viren durch entsprechende Sicherheitsmaßnahmen (weitestgehend) wird beherrschen lassen. Zum anderen besteht angesichts der neuen Formen des nationalen und internationalen Terrorismus die Gefahr, dass der Vogelgrippe-Virus gezielt zur Verursachung einer Pandemie eingesetzt wird, um die politische Ordnung zu erschüttern. Über das Gefährdungspotenzial des nationalen und internationalen Terrorismus mag man streiten, es ist jedenfalls präsent und bei Konzepten der Biosecurity in Rechnung zu stellen.

Die folgenden Überlegungen wenden sich den verfassungsrechtlichen Grenzen der Forschungsfreiheit in Bereichen zu, in denen die Forschungsarbeit oder deren Ergebnisse Leben und Gesundheit der Menschen gefährden können. Sind die verfassungsrechtlichen Grenzen der Forschungsfreiheit bestimmt, so geht es weiterhin um staatliche Schutzpflichten: Ist der Staat verpflichtet, derartige Grenzen der Forschungsfreiheit um des Lebens- und Gesundheitsschutzes willen zu normieren und die Einhaltung dieser Grenzen zu kontrollieren? Dabei geht es um die Schutz durch Eingriff-Konstellation: Der Schutz von

Leben und Gesundheit wird dadurch gewährleistet, dass in die Grundrechte der Forscher eingegriffen wird. Schutzpflichten können also Grundrechtseingriffe gebieten, aber eben nur soweit, wie es der Schutz der Grundrechte, in die eingegriffen wird, zulässt. In der Konstellation „Schutz durch Eingriff“ ist die Grenzlinie zwischen dem Verbot der unverhältnismäßigen Einschränkung grundrechtlicher Freiheit einerseits und dem Gebot ausreichenden Grundrechtsschutzes dritter Personen andererseits zu bestimmen. Zwischen diesen beiden Grenzlinien, man kann hier auch von einem Korridor sprechen, entscheidet der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, mit welchen Schutzkonzepten er Leben und Gesundheit dritter Personen vor Gefahren schützen möchte, die von der Forschungsfreiheit ausgehen.

Der größere Bezugsrahmen der verfassungsrechtlichen Grenzziehungen ist die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit.<sup>1</sup> Mit Blick auf die neuen Formen des nationalen und internationalen Terrorismus diskutiert man sehr kontrovers, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang zur Abwehr terroristischer Gefahren in Grundrechte eingegriffen werden darf. Die bisherige Diskussion dieser Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit ist auf die grundrechtlichen Grenzen der sich rasch entwickelnden und wuchernden Überwachungstechnologien fokussiert. Seit mehr als einem Jahrzehnt hat das Bundesverfassungsgericht ein äußerst ausdifferenziertes Sicherheitsverfassungsrecht entwickelt, das in der wissenschaftlichen Diskussion teils begrüßt, teils aber auch kritisiert wird.<sup>2</sup> Diese Rechtsprechung lässt sich zwar auf die sicherheitsverfassungsrechtlichen Grenzen der Forschungsfreiheit nicht unmittelbar übertragen, kann aber als argumentative Leitlinie herangezogen werden. Auf diesen Aspekt soll in einem ersten Abschnitt zum Schutzbereich der Forschungsfreiheit eingegangen werden.

Ein zweiter Abschnitt wendet sich der Bestimmung der verfassungsimmanenten Schranken der Forschungsfreiheit zu, die sich in abstrakter Weise relativ einfach bestimmen lassen. Die Probleme beginnen allerdings dann, wenn es gilt, die konkreten Gefährdungs- und Risikosituationen zu bezeichnen, ab derer - etwa im genannten Beispiel des Vogelgrippevirus - die Forschungsfreiheit verfassungskonform begrenzt werden kann.

---

<sup>1</sup> Hierzu aus einer fast unübersehbaren Literatur: Voßkuhle, Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit - Hat der 11. September 2001 das deutsche Verfassungsrecht verändert?, in: Festschrift für Thomas Würtenberger, 2013, S. 1101 ff.; Di Fabio, Sicherheit und Freiheit, NJW 2008, 421 ff.; Hoffmann-Riem, Sicherheit braucht Freiheit, in: Kritische Justiz (Hg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, S. 54 ff.

<sup>2</sup> Hierzu Würtenberger, Entwicklungslinien des Sicherheitsverfassungsrechts, in: Festschrift für Meinhard Schröder, 2012, S. 285 ff. m. Nw.

Der dritte Abschnitt befasst sich mit der bereits angesprochenen Frage: Muss der Staat auch alle Begrenzungsmöglichkeiten der Forschungsfreiheit ausschöpfen, die ihm verfassungsrechtlich zu Gebote stehen? Wann verdichten sich die staatlichen Schutzpflichten in einem Maße, dass sich aus diesen ein - möglicherweise einklagbares - subjektives Recht ergibt? Mit diesen Fragen ist die rechtliche Wirkung und Reichweite staatlicher Schutzpflichten umrissen, die letztlich auch den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Schaffung eines Rechtsregimes zu Reglementierung der Forschung an hochgefährlichen Biosubstanzen, etwa dem Vogelgrippevirus, bestimmt. Konkret ist zu fragen inwieweit das genannte Rechtsregime der Gestaltungsfreiheit des demokratischen legitimierten Gesetzgebers untersteht und welche verfassungsrechtlichen Vorgaben hierbei zu beachten sind.

## **I. Der Schutzbereich der Forschungsfreiheit**

### **1. Der Gewährleistungsbereich**

Die von der Verfassung schrankenlos gewährleistete Forschungsfreiheit schützt historisch gesehen die Erkenntnis- und die Lehrfreiheit sowie darüber hinaus die Mitteilungsfreiheit.<sup>3</sup> Sie steht zudem in der Traditionslinie des Wissenschaftsoptimismus des 18. und 19. Jahrhunderts. Von den Erkenntnissen wissenschaftlichen Fortschritts erhofft man eine Verbesserung der sozialen und ökonomischen Verhältnisse und damit einen Weg in eine bessere Zukunft.

Dies bleibt nicht ohne Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Garantie freier Forschung. Die Freiheit wissenschaftlicher Forschung als Freiheit von staatlicher Einflussnahme und Begrenzung folgt der Einsicht, dass nur der einzelne Forscher in der Lage ist, durch seine freie Entscheidung über Forschungsgegenstand und Forschungsmethoden zu optimalen Forschungsergebnissen zu gelangen. Gerade diese Staatsferne beflügelt die Kreativität wissenschaftlicher Forschung. Mit einer optimalen Entfaltung wissenschaftlicher Forschung möchte man zugleich einen optimalen Rahmen für den zivilisatorischen Fortschritt schaffen.

---

<sup>3</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. Mager, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. VII, 2009, § 166, Rn. 4 ff.

Vor diesem Hintergrund schützt Art. 5 Abs. 3 GG die freie Bestimmung der Fragestellung, die freie Entwicklung der Grundsätze wissenschaftlicher Methodik, die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>4</sup> Darüber hinaus schützt Art. 5 Abs. 3 GG als Kommunikationsgrundrecht die Freiheit wissenschaftlicher Kommunikationsbeziehungen, also das Recht des Wissenschaftlers zur Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse.<sup>5</sup> Auf diese Weise soll in einem freien wissenschaftlichen Dialog die wissenschaftliche Erkenntnis vorangetrieben werden. Adressaten der Forschungsfreiheit sind nicht nur die staatlichen und privaten Universitäten, sondern auch die privatwirtschaftlichen Unternehmen mitsamt ihrem Forschungspersonal darüber hinaus jeder private Forscher.<sup>6</sup>

Die grundrechtliche Gewährleistung der Forschungsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG sieht weder deren verfassungsunmittelbare Grenzen, noch Einschränkungsmöglichkeiten des Gesetzgeber vor. Die Frage, ob die sozialen, ökonomischen, ökologischen oder sicherheitsrelevanten Folgen der Forschungstätigkeit begrenzt oder die Kommunikation von Forschungsergebnissen verboten werden kann, lässt sich dem Verfassungstext direkt nicht entnehmen. Auch fehlt es an einer entsprechenden Ermächtigung an den Gesetzgeber, die eben aufgezeigten Fragen zu regeln.

## **2. Die Forschungsfreiheit: ein weiteres Grundrecht im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit**

Zu den Grundrechten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit gehörten bislang Art. 10, Art. 13 sowie das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Über die Herausbildung der sog. Biosecurity wird nunmehr auch die Forschungsfreiheit in das Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit gezogen, was es nahe legt, die bisher im Sicherheitsverfassungsrecht entwickelten Grundsätze auf Art. 5 Abs. 3 GG zu übertragen. Prävention als Schlüsselbegriff der Risikovorsorge muss bei der Begrenzung der Forschungsfreiheit erkenntnisleitend sein. Eingriffe in die Forschungsfreiheit sind nur dann zulässig, wenn und soweit sie zur Prävention von Gefahren geeignet und angemessen

---

<sup>4</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 26, Rn. 85.

<sup>5</sup> Mager, Rn. 8, 10 zur hier nicht weiter zu vertiefenden Frage, ob wissenschaftliche Publikationen eher dem Begriff der Forschung oder dem Begriff der Lehre zuzuordnen sind. Ob die Freiheit wissenschaftlich zu publizieren sich mit der Wissenschaftsfreiheit, Forschungsfreiheit oder Lehrfreiheit verbindet, ist für etwaige verfassungsrechtliche Grenzziehungen ohne Relevanz.

<sup>6</sup> Mager, Rn. 17 ff. zum persönlichen Schutzbereich.

sind.<sup>7</sup> „Pauschale Antworten dergestalt, im Zweifel der Sicherheit oder der Freiheit Vorrang einzuräumen, verbieten sich vor diesem Hintergrund. Der angemessene Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit hängt von Einschätzungen der Lage und Beurteilungen der Mittel ebenso ab, wie von der Gewichtung der konkurrierenden Rechtsgüter“. Eine sehr sorgfältige Ausdifferenzierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips muss in dieser Hinsicht nicht nur im Sicherheitsverfassungsrecht, das polizeiliche Überwachung limitiert, sondern auch bei den durch die Biosecurity gebotenen Begrenzungen der Forschungsfreiheit erfolgen.

Nach dem klassischen Polizeirecht sind Eingriffe in die Forschungsfreiheit statthaft, wenn sie zur Abwehr einer konkret bevorstehenden Gefahr für Leben und Gesundheit erforderlich sind. Seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts ist ein präventionsstaatliches Instrumentarium der Gefahrenabwehr entwickelt worden.<sup>8</sup> Der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr ist ein Risikoverwaltungsrecht zur Seite getreten, etwa im Bereich des Umweltschutzes mit dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip, des Wasserrechts mit der „Besorgnis“ einer schädlichen Verunreinigung des Grundwassers, des Atomrechts mit der Vermeidung des Restrisikos oder des Infrastruktursicherheitsrechts mit der Sicherheitsvorsorge in unterschiedlichen Bereichen. Die Risiken, denen vorgebeugt werden soll, liegen weit im Vorfeld polizeirechtlich relevanter Gefährdungen. Aus ihnen kann nur potentiell die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung entstehen.

Zwischen Risikovorsorge und Gefahrenabwehr besteht jedoch nicht, wie bisweilen angenommen, ein qualitativer Unterschied. Ebenso wie Abstufungen bei der konkreten Gefahr, etwa relativ geringe Anhaltspunkte für deren Vorliegen bei Rechtsgütern von erheblicher Bedeutung und umgekehrt, gibt es auch im Risikobereich Abstufungen. So ist etwa im Atomrecht nur das Restrisiko hinzunehmen, während in anderen Bereichen etwa die Besorgnis einer Rechtsgutsgefährdung Anlass für staatliche Maßnahmen sein kann. Von der konkreten Gefahr im polizeirechtlichen Sinn bis hin zum (atomrechtlichen) „Restrisiko“ besteht eine nach Eintrittswahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsgefährdung skalierte Linie.

---

<sup>7</sup> Zum Folgenden Voßkuhle, S. 1111 ff. m. Nw.

<sup>8</sup> Zu diesem Perspektivenwechsel zur Gefahrenprävention: Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 33 ff.; zum Präventionsverwaltungsrecht vgl. Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 152 ff., 220 ff., 285 ff.; Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; Wahl (Hg.), Prävention und Vorsorge, 1995; Thiel, die Entgrenzung der Gefahrenabwehr, 2011, S. 91 ff. zur nicht immer klaren Abgrenzung zwischen Gefahrenvorsorge und Risikovermeidung.

Das Risikoverwaltungsrecht konkretisiert die dem Präventionsstaat obliegenden Schutzpflichten. Dabei ist immer die Frage zu beantworten: Welche risikobelastete Tätigkeit darf oder muss der Staat verbieten?

Geht man zur Beantwortung dieser Frage von dem Sicherheitsverfassungsrecht aus, wie es vom Bundesverfassungsgericht in kohärenter Weise entwickelt wurde, so können folgende Begrenzungen der Forschungsfreiheit durch Schutzpflichten zur Wahrung der Biosecurity diskutiert werden: Begrenzungen der Forschungsfreiheit müssen geeignet sein, dem Ziel des Lebens- und Gesundheitsschutzes zu dienen. Der Schutz der Forschungsfreiheit durch Verfahren kann die Einrichtung besonderer Kontrollgremien, möglicherweise auch einen Richtervorbehalt erfordern. Die rechtlichen Regelungen, die die Forschungsfreiheit einschränken sollen, müssen klar gefasst sein und dürfen der kontrollierenden Instanz nur in geringem Umfang Verhältnismäßigkeitserwägungen gestatten.<sup>9</sup> Nicht zuletzt sind die Eingriffsschwellen mit Blick auf den Wahrscheinlichkeitsgrad und auf die Tatsachenbasis für die Prognose einer Rechtsgutsgefährdung zu bestimmen.<sup>10</sup> Dieses Prüfschema wird im Folgenden auf die Begrenzungen der Forschungsfreiheit durch Erfordernisse der Biosecurity übertragen.

## II. Grenzen der Forschungsfreiheit

Dass die Forschungsfreiheit begrenzt werden kann und unter bestimmten Voraussetzungen auch muss, ist unbestritten. Wie alle grundrechtliche Freiheit ist auch die Forschungsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG nicht grenzenlos gewährt. Sie unterliegt vielmehr verfassungsimmanenten Schranken. Die Schranken der Forschungsfreiheit sind vom Bundesverfassungsgericht klar definiert worden: „Die Konflikte zwischen der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit und dem Schutz anderer verfassungsrechtlich garantierte Rechtsgüter müssen nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses Wertsystems durch Verfassungsauslegung gelöst werden. In diesem Spannungsverhältnis kommt der Wissenschaftsfreiheit gegenüber den mit ihr kollidierenden gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten Werten nicht schlechthin Vorrang zu“.<sup>11</sup> Die Forschungsfreiheit kann insbesondere mit dem grundrechtlichen Schutz von Würde, Leben und Gesundheit, von

---

<sup>9</sup> Für das Sicherheitsverfassungsrecht vgl. Würtenberger, S. 294 f. mit Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>10</sup> Für das Sicherheitsverfassungsrechts vgl. Würtenberger, S. 301 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 47, 327, 369.

Freiheit und Persönlichkeitssphäre, von Eigentum oder mit dem verfassungsrechtlichen Programm eines friedlichen Zusammenlebens kollidieren.

### **1. Zur Geeignetheit von Eingriffen in die Forschungsfreiheit zur Verbesserung der Biosecurity**

Nach den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips müssen Eingriffe in die Forschungsfreiheit geeignet sein, den Schutz von Leben und Gesundheit zu fördern. Auf den ersten Blick sind Forschungsverbote, die etwa in einem (staatlichen) Genehmigungsverfahren ausgesprochen werden könnten, ebenso wie Publikationsverbote geeignet, eine trotz aller Vorsichtsmaßnahmen erfolgende Freisetzung von mutierten Viren oder eine terroristische Verwendung etwaiger Forschungsergebnisse zu verhindern.

Gleichwohl können Forschungsverbote die Biosecurity nicht entscheidend verbessern. Schon die Überwachung eines solchen Verbotes ist kaum möglich. Ein Forschungsverbot hätte zudem zur Konsequenz, dass die entsprechende Forschung im Ausland stattfände. Es würde eine Exilierung der entsprechenden deutschen Forschung und der deutschen Forscher in das Ausland stattfinden. Dabei könnten jene Sicherheitsmaßnahmen und verfahrensmäßigen Kontrollen, unter denen die deutsche Forschung stattfindet, unterlaufen werden. Wenn im Ausland geringere Sicherheitsanforderungen gestellt werden, würde ein deutsches Forschungsverbot eher kontraproduktiv sein. Insgesamt gesehen sind Forschungsverbote in Deutschland wenig geeignet, dem Ziel des Lebens- und Gesundheitsschutzes zu dienen.

Ähnliches gilt für Publikationsverbote. Diese mögen zwar für einen relativ kurzen Zeitraum verhindern, dass unbefugten Dritten sicherheitsrelevante Forschungsergebnisse zur Kenntnis gelangen. Aller Erfahrung nach lassen sich aber Forschungsergebnisse auf längere Sicht nicht geheim halten. Soweit ersichtlich ist bislang jedes geheim gehaltene Forschungsergebnis über kurz oder lang an andere Forscher gelangt. Damit sind Publikationsverbote nur zeitlich begrenzt geeignet, den vom Gesetzgeber beabsichtigten Erfolg zu erreichen. Dem lässt sich bei der Bestimmung der Dauer des Publikationsverbotes Rechnung tragen.

Es wäre allerdings verfehlt, mit einer „übermäßigen“ Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips Rechtspolitik zu betreiben und die Gestaltungsfreiheit des

Gesetzgebers in Fesseln zu legen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber kann bei der Einschätzung der Geeignetheit von Forschungs- und Publikationsverboten zu anderen Ergebnissen, als hier entwickelt, kommen. Dabei mögen auch internationale Rahmenbedingungen berücksichtigt werden. Wenn der Gesetzgeber zu der nachvollziehbaren Einschätzung gelangt, dass ein nationales Forschungs- oder Publikationsverbot aller Voraussicht nach in einem gewissen Umfang dem Lebens- und Gesundheitsschutz dienen kann, so steht die vom Gesetzgeber geregelte Maßnahme im Einklang mit dem Gebot der Geeignetheit.

## **2. Zur gesetzlichen Begrenzung der Forschungsfreiheit**

Gesetzliche Begrenzungen der Forschungsfreiheit stellen sich als erhebliche Grundrechtseingriffe dar. Nach der je desto-Formel müssen die gesetzlichen Regelungen umso bestimmter sein, je tiefer sie in grundrechtliche Freiheit eingreifen. Normenklar und bereichsspezifisch sind die Voraussetzungen für die Begrenzung der Forschungsfreiheit im Bereich der Forschung an gefährlichen Viren zu regeln. Die Anforderungen an die Verdachtsgrundlage und damit an die Tatsachenbasis müssen ebenso wie die Eingriffsintensität klar geregelt sein. Insgesamt gesehen ist damit die Verhältnismäßigkeit der die Forschungsfreiheit begrenzenden Maßnahmen vom Gesetzgeber zu regeln und darf nicht der Abwägung von Kontrollbehörden überlassen bleiben.<sup>13</sup> Durch klare gesetzliche Regelungen wird die demokratische Legitimation von Eingriffsmaßnahmen in die Forschungsfreiheit erhöht. Dabei muss nicht eigens betont werden, dass trotz gesetzlicher Vorgaben gleichwohl bei Genehmigungs- und Verbotsentscheidungen wegen der Komplexität der erforderlichen Abwägungen ein nicht unbeträchtlicher Entscheidungsspielraum verbleibt.

## **3. Die Lösung der Ambivalenz von Forschungsfreiheit und Lebensschutzes als Verfahrensaufgabe**

Trotz allen Bemühens des Gesetzgebers, Eingriffe in die Forschungsfreiheit gesetzlich zu regeln, bleiben Bereiche des Wertens und Bewertens. In den rechtlich nur bedingt steuerbaren Bereichen mag man die Entscheidung über die Durchführung eines Forschungsvorhabens in die Verantwortung des Forschers legen. Dabei können Verhaltenskodices hilfreich sein, an deren Nichteinhaltung möglicherweise haftungsrechtliche und förderpolitische Konsequenzen

---

<sup>12</sup> Zur überzogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die die Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu wenig achtet: Zippelius/Würtenberger, § 12 Rn. 90 m. Nw.

<sup>13</sup> So für das Sicherheitsverfassungsrechts BVerfGE 110, 33, 52 ff.; 113, 348, 375 ff.; 120, 378, 407 f., 423.

geknüpft werden. Soll die Entscheidung nicht der Verantwortung des einzelnen Forschers überlassen bleiben, so bedarf es eines Diskurses in besonderen Verfahren wissenschaftlicher Selbstregulierung und Selbstkontrolle. Normativer Bezugspunkt solcher Verantwortungsdiskurse können die Folgeneinschätzungen des Forschungsvorhabens sein. Eine solche verfahrensmäßige Bestimmung der rechtlichen und zugleich ethischen Grenzen der Forschungsfreiheit<sup>14</sup> geschieht in weitem Umfang durch Ethik-Kommissionen. In diesen können die Grenzen der Forschungsfreiheit in einem rechtsstaatlich einwandfreien Verfahren gezogen werden. Ihre Tätigkeit bedarf also gesetzlicher Regelung, ihre Entscheidungen müssen gerichtlich überprüfbar sein.<sup>15</sup>

Verhaltenskodices und Ethik-Kommissionen mögen zwar in sachverständiger Weise Kriterien für die Begrenzung der Forschungsfreiheit auch aus Sicherheitsgründen entwickeln können. Gleichwohl sind sie im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Vergleich zu staatlichen Forschungs- oder Publikationsverboten kein milderes Mittel, weil dies zur Voraussetzung hätte, dass sie gleich wirksam wie jene wären, wovon freilich nicht ausgegangen werden kann.

#### **4. Zur Bestimmung der Eingriffsschwellen**

Nach der nochmals zu bemühenden je desto-Formel gilt: Je tiefer der Staat in Grundrechte eingreift, desto gewichtiger muss das Interesse am Rechtsgüterschutz sein. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke gestattet nur jene Beschränkungen und Eingriffe, die in angemessener Weise den Sicherheitsinteressen des Staates und der Bürger dienen. Dabei wird die Bestimmung der Schwelle, ab der ein sicherheitsbehördliches Tätigwerden verfassungsrechtlich zulässig ist, durch das Gewicht des gefährdeten Rechtsgutes, durch die Intensität des Grundrechtseingriffs und durch die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sowie der Schadensvermeidung bestimmt.<sup>16</sup>

Bemühen wir das Bild der Justitia mit ihrer Waage der Gerechtigkeit:

---

<sup>14</sup> Zur Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben durch ethische Erwägungen: Vöneky, *Recht, Moral und Politik*, 2010, S. 614.

<sup>15</sup> Hierzu ausführlich Vöneky, S. 592 ff. (Ethikkommissionen in der Arzneimittelforschung), S. 632 (zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Stellungnahmen einer Ethikkommission).

<sup>16</sup> So für das Sicherheitsverfassungsrecht Würtenberger, S. 301.

In der einen Waagschale liegen die Gewichte, die mit dem Grundrechtseingriff verbunden sind. Dies wären in unserem Kontext: die Forschungs- und Publikationsfreiheit sowie der Lebens- und Gesundheitsschutz der Personen, um deretwillen die Forschung zur Entwicklung medizinischer Gegenmittel stattfindet. Diese „Gewichte“ sind nicht eben leicht. Lebensschutz und Forschungsfreiheit sind verfassungsrechtliche Schutzgüter von erheblichem Gewicht.<sup>17</sup> Im Hinblick auf die Forschungsfreiheit kann man von einer Schutzbereichsverstärkung sprechen. Da die Forschungsfreiheit dem Lebens- und Gesundheitsschutz dient, hat sie ein besonders hohes Gewicht.<sup>18</sup> Derartige Gewichtungen sind vielfach von Prognosen abhängig. Bei der Gewichtung des Lebensschutzes ist eine Prognose darüber zu treffen, ob die entsprechende Forschung möglicherweise dem Schutz vor entsprechenden Viren dienen kann.

In der anderen Waagschale liegen als „Gewichte“ die Gefährdungen von Leben und Gesundheit dritter Personen, die bei einer unbeabsichtigten Freisetzung von Viren oder anlässlich terroristischer Verwendung eintreten können. Bei der Gewichtung dieser Waagschale spielen die Risikowahrscheinlichkeit und damit ebenfalls eine Gefährdungsprognose die entscheidende Rolle.

Was diese Justitia-Symbolik verdeutlichen möchte, wird in der Verfassungsrechtsdogmatik vielfach als mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis oder als mehrpolige Verhältnismäßigkeitsprüfung bezeichnet. Dies bedeutet, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen nicht in einem binären Schema von grundrechtlichem Schutzbereich und Eingriff erfolgt, sondern sich verschiedene Grundrechte in multipolaren Gefährdungslagen mit verschiedenen Grundrechtsträgern teilweise in Kollision befinden, teilweise aber auch durch ihre Kumulierung gegenseitig verstärken.

In derartigen mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnissen ist durch eine gewichtende und auf Prognosen gestützte Abwägung zu klären, unter welchen Voraussetzungen, wie in vorliegendem Zusammenhang, zur Gefahrenabwehr in die Forschungsfreiheit eingegriffen werden darf. Dabei lässt sich von folgenden Leitsätzen ausgehen: Erhebliche Eingriffe in die Forschungsfreiheit sind erst ab bestimmten Gefahren- oder Verdachtsstufen statthaft, die durch den Gesetzgeber zu bezeichnen sind. Die entsprechenden Eingriffsermächtigungen müssen an tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr anknüpfen, bloße Vermutungen reichen nicht aus. Dabei ist auch zu regeln, wie konkret der Gefahrenverdacht

---

<sup>17</sup> Vgl. Vöneky, S. 585.

<sup>18</sup> Vgl. Zippelius/Würtenberger, § 18 Rn. 91 ff.

sein muss, um die Forschungsfreiheit zu begrenzen. Dabei gilt insbesondere: Die Anforderungen an die Tatsachenbasis und den Wahrscheinlichkeitsgrad „müssen auch in angemessenem Verhältnis zur Art und Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung und zur Aussicht auf den Erfolg des Rechtsgüterschutzes stehen“.<sup>19</sup>

Der Gesetzgeber steht unter einem erheblichen Argumentationszwang, wenn er die Forschungsfreiheit verfassungsimmanent zum Schutz von Leben und Gesundheit dritter Personen begrenzen möchte. Grundlage dieser komplexen Abwägung sind Prognosen über die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsgefährdung, die nicht auf Vermutungen, sondern auf eine hinreichende Tatsachenbasis oder auf wissenschaftliche Erkenntnis zu stützen sind. Zudem bedarf es einer weiteren Prognose, ob der Eingriff in die Forschungsfreiheit für den Rechtsgüterschutz von Erfolg sein kann. Jedenfalls bei intensiven Grundrechtseingriffen ist eine symbolische Politik unzulässig.

Dieser Abwägungsdiskurs wird davon bestimmt, mit welchem Gewicht die Forschungsfreiheit in die Abwägung einzustellen ist. Bereits eingangs wurde betont, dass die Forschungsfreiheit von einem ganz erheblichen Gewicht ist, weil sie zum technischen, medizinischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Fortschritt einen unverzichtbaren Beitrag leistet. In unserem Kontext kann die Forschungsfreiheit nicht allein Leben und Gesundheit dritter Personen gefährden, sondern sie dient in ganz unmittelbarer Weise zugleich auch dem Lebens- und Gesundheitsschutz. Denn ohne Forschungsfreiheit kann nicht rechtzeitig eventuellen Pandemien durch Entwicklung von Impfstoffen entgegengewirkt werden.

So gesehen ist die Forschungsfreiheit ein Grundrecht von überragendem Gewicht, das bei bloß allgemeinen Szenarien terroristischer oder krimineller Bedrohung aus Gründen bloßer Risikovorsorge nicht einschränkbar ist. Es bedarf vielmehr einer Prognose derartiger Gefährdungen, die auf eine sichere Tatsachenbasis gestützt wird. Bloß vage Anhaltspunkte für eine terroristische Gefährdung reichen für die Begrenzung der Forschungsfreiheit nicht aus. Es müssen vielmehr bestimmte Tatsachen darauf schließen lassen, dass im Bereich der Forschung an und mit Viren mit terroristischen Anschlägen zu rechnen ist.<sup>20</sup> Man könnte etwa eine Parallele zur Rasterfahndungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ziehen, in der Eingriffe in die Privatsphäre von konkret bevorstehenden, also gegenwärtigen Gefahren

---

<sup>19</sup> BVerfGE 115, 320, 361.

<sup>20</sup> Zu dieser Unterscheidung vgl. Würtenberger/Heckmann, Rn. 114.

abhängig gemacht wurde und sich die Gefahrenprognose an konkreten Hinweisen auf Vorbereitungshandlungen und ähnlichem mehr orientieren muss.<sup>21</sup>

Bei einer Normierung von Publikationsverboten sind weniger strenge verfassungsrechtliche Anforderungen zu beachten. Denn hier bleibt die Forschungsfreiheit im engeren Sinn unberührt, verboten wird nur die Kommunikation von Forschungsergebnissen. Vor allem wenn Publikationsverbote nur befristet gelten sollen, lassen sich deutliche Absenkungen der Anforderungen an die soeben umschriebene Gefahrenschwelle rechtfertigen.

### III. Zu den Schutzpflichten des Staates

Sind unter den genannten, äußerst engen Voraussetzungen Eingriffe des Staates in die Forschungsfreiheit statthaft, so stellt sich folgende Frage: Muss der Staat zu diesem Eingriffsinstrumentarium der Gefahrenabwehr greifen, soweit ihm ein derartiger Eingriff in die Forschungsfreiheit rechtlich möglich ist? Der Staat ist grundsätzlich zu rechtlichen Regelungen verpflichtet, die die Grundrechte seiner Bürger schützen. Grundrechte sind eben nicht nur Abwehrrechte gegen unverhältnismäßige staatliche Eingriffe in den von ihnen garantierten Freiheitsraum, sie verpflichten zugleich auch den Staat, die Respektierung grundrechtlicher Freiheit durch dritte Personen zu garantieren. Derartigen Schutzpflichten genügt der Präventionsstaat nicht allein durch Leistungen, sondern auch durch staatliche Maßnahmen, die von dritten Personen ausgehende Gefährdungen der grundrechtlichen Freiheit abwehren. Diese Schutzpflichtenlehre führt zu einem vorverlagerten Grundrechtsschutz, wenn es um die „Minimierung von Risiken im Gefolge moderner technologischer und zivilisatorischer Entwicklung geht.“<sup>22</sup>

Bei der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten, hat der Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>23</sup> Dieser wird erst dann unterschritten, wenn offensichtlich ist, dass die getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder ungeeignet sind. Dies gilt im Grundsatz auch für staatliche Schutzpflichten, die dem Lebens- und Gesundheitsschutz dienen. Bei der Gewichtung des Lebens- und Gesundheitsschutzes ist

---

<sup>21</sup> BVerfGE 115, 320, 343 ff., 363 ff.; kritisch Würtenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. III, 3. Aufl. 2013, § 69 Rn. 337 (im Druck); Schewe, NVwZ, 2007, S. 174 ff.

<sup>22</sup> Lorenz, in Festschrift für Scholz, 2007, S. 325 ff.

<sup>23</sup> Zippelius/Würtenberger, § 17 Rn. 39; BVerfGE 46, 160, 164.

die Entkoppelung von Menschenwürdegarantie und Lebensschutzes<sup>24</sup> zu beachten. Dem Lebens- und Gesundheitsschutz kommt nicht dadurch ein besonders hoher Rang zu, weil er sich mit dem Schutz der Menschenwürde verbindet. Wie etwa Leben und Gesundheit im Bereich der Infrastruktur, im Bereich der Wasserversorgung, im Bereich des Rettungswesens, im Bereich des Katastrophenschutzes und in anderen Bereichen mehr zu schützen ist, beurteilt sich nach den Schutzkonzepten, die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber in angemessener Weise zu entwickeln sind.

Dieser Gestaltungsspielraum ist allerdings in eng begrenzten Ausnahmefällen durch das Untermaßverbot<sup>25</sup> begrenzt. Der Staat darf die Grundrechte seiner Bürger nicht unterhalb des gebotenen Maßes sichern. Das Untermaßverbot wendet sich gegen staatliche Passivität und wirkt eingriffsgebietend, wenn die Grundrechte nicht in angemessener Weise gegen grundrechtsgefährdende Aktivitäten Dritter geschützt sind.<sup>26</sup> Je existenzieller die Grundrechte für den Einzelnen sind, desto intensiver muss der Schutz vor Gefährdungen und Beeinträchtigungen sein.

Staatliche Maßnahmen, die grundrechtlichen Schutzpflichten genügen wollen, bewegen sich in einem Korridor zwischen Übermaß- und Untermaßverbot. Sie dürfen zum einen nur in verhältnismäßiger Weise in Grundrechte eingreifen, um Schutz zu gewähren, sie müssen zum anderen aber auch auf ein hinreichendes Schutzniveau zielen. 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 weder praktisch noch rechtlich möglich. Es verbleibt immer ein Restrisiko, ein allgemeines Lebensrisiko, das von keinen staatlichen Schutzmaßnahmen beseitigt werden kann.

In Frage steht damit die Proportionalität der Schutzgewähr. Wie bereits entwickelt geht es um die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts für den Einzelnen oder die Bevölkerung, das Ausmaß möglicher Gefahren das Gewicht widerstreitender Grundrechte dritter Personen. Je existenzieller staatlicher Schutz für die Sicherung von Leben und Gesundheit ist, desto stärker ist der Staat zum Schutz dieser Grundrechte verpflichtet.

---

<sup>24</sup> Zippelius/Würtenberger, § 21 Rn. 20, 49; Dederer, AöR 2002, 17; Ipsen, JZ 2001, 995; anders Böckenförde, JZ 2003, 812 (zum Embryonenschutz); vgl. weiter Teetzmann, S. 83.

<sup>25</sup> BVerfGE 88, 203, 251 ff. – Schwangerschaftsabbruch II; 98, 265, 356.

<sup>26</sup> Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005 Rn. 23 f.

Diese allgemeinen Formeln lassen sich nur schwer auf das Szenario der Forschung am Vogelgrippe-Virus anwenden. Haben wir es hier doch mit einer Konstellation zu tun, bei der nicht nur die Forschungsfreiheit mit der Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit der Bürger kollidiert, vielmehr wird diese Dimension noch um eine „innere“ Schutzpflichtenkollision überlagert: So muss zum einen diese Forschung in optimaler Weise realisiert werden können, damit Gegenmittel gegen die Verbreitung des Vogelgrippe-Virus auf den Menschen und von Mensch zu Mensch entwickelt werden; zum anderen besteht die Schutzpflicht, diese Forschung zu begrenzen, damit sie nicht zu terroristischen Anschlägen missbraucht werden kann. Diese Kollision zwischen Schutzpflichten lässt sich, sieht man von Gewichtungen aufgrund besonderer Gefährdungslagen ab, verfassungsrechtlich kaum auflösen. Betreffen diese Schutzpflichten doch die gleichen Grundrechte und sind damit von gleichem verfassungsrechtlichem Gewicht. Ob gegebenenfalls Quantifizierungen bei der Gewichtung von Schutzpflichten statthaft sein können, kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Bei der gebotenen Risiko- und Gefährdungsabwägung mag man sich auf den Standpunkt stellen, dass bei konkreten Gefährdungslagen, etwa bei konkreter terroristischer Bedrohung, der Staat mindestens zur Regelung von befristeten Publikationsverboten verpflichtet sein kann. Was in einer solchen Situation die Breite des Korridors zwischen Übermaß- und Untermaßverbot betrifft: Wenn das Übermaßverbot gebietet, dass erst bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine terroristische Gefährdung Eingriffe in die Forschungsfreiheit statthaft sind, so wird der Korridor zu einer Handlungspflicht des Staates aufgrund des Untermaßverbots sehr eng. Denn je wahrscheinlicher Gefährdungen für höchstrangige Rechtsgüter drohen, desto stärker ist der Staat zu Schutzkonzepten gezwungen, die etwa Publikationsverbote zum Inhalt haben können.

Gleichwohl bleibt zu beachten: Die Ausdifferenzierung von Schutzkonzepten darf nur begrenzt die Gestaltungsfreiheit des demokratischen legitimierten Gesetzgebers einschränken. Es gibt kein Gebot, Schutzkonzepte zu optimieren. Es muss dem Staat möglich sein, Schutzkonzepte zu entwickeln, die in möglichst geringem Umfang die Forschungsfreiheit tangieren, etwa dadurch, dass sie die Forschung verfahrensrechtlich mit dem Ziel begleiten, dass die Ergebnisse der Forschungstätigkeit und die Forschungspublikationen nicht missbräuchlich verwendet werden können. Damit ist die Brücke zu Einhegungen der

Forschungsfreiheit durch Ethikkommissionen oder durch besondere Verhaltenskodices geschlagen. In einem Bereich, in dem Verbote, wie eingangs bemerkt, ohnehin wenig erfolgreich sind, dürften diese die angemessenen Konzepte sein, mit denen der Staat seinen Schutzpflichten genügen kann.

#### **IV. Schlussbemerkung**

Lassen Sie mich zum Schluss nochmals auf die eingangs geforderte Trennung von verfassungsrechtlicher Rahmensetzung und Ethik zurückkommen und etwas relativieren. Grundsätzlich sind der rechtliche und ethische Diskurs zu unterscheiden. Beiden Diskursen ist gemeinsam, dass sie sich um rationale Begründungen rechtlichen oder aber ethischen Sollens bemühen.<sup>27</sup> Die verfassungsrechtlichen Abwägungsdirektiven haben viel mit einer praxisorientierten Ethik zu tun. Wird mit den verfassungsrechtlichen Abwägungsdirektiven das Spannungsverhältnis von Forschungsfreiheit und Lebens- sowie Gesundheitsschutz aufgelöst, so mündet der verfassungsrechtliche Diskurs in ein besonderes Feld der Verfassungsethik.<sup>28</sup> Vielleicht ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Auflösung der Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit darum immer wieder überzeugend, weil auch in ethischer Perspektive angemessener Lösungen gefunden werden konnten.

---

<sup>27</sup> Vöneky, S. 90 ff. und passim.

<sup>28</sup> Vöneky, S. 108 ff. zu den im Grundgesetz verankerten ethischen Prinzipien.