Dr. Harald Dähne, Berlin*

Stammzellforschung und Forschungsfreiheit
Oder: Schützt Art. 5 III 1 GG jede Forschung? (Teil 2)

Humane embryonale Stammzellen können sich durch Zellteilung nahezu unbegrenzt vermehren und sind aufgrund ihrer Fähigkeit zur Spezialisierung in der Forschung sehr begehrt. Die Gewinnung embryonaler Stammzellen ist in Deutschland verboten, da der befruchteten menschlichen Eizelle Menschenwürde und Lebensrecht zuerkannt wird. Anläßlich der jüngsten Diskussionen um die Stichtagsregelung bezüglich des Stammzellenimportes, wird im Beitrag aufgezeigt, inwiefern die Forschungsfreiheit das Arbeiten mit embryonalen Stammzellen etc. schützt. In Teil 1 des Beitrags wurden dafür zunächst notwendige Begriffe geklärt, sowie die einfachgesetzliche Lage erläutert. Ebenso wurde dargestellt, was unter externer und interner Forschungsfreiheit zu verstehen ist.

Anknüpfend an Teil 1 (erschienen in GreifRecht, Heft 5, April 2008) sollen in diesem zweiten Teil die Auswirkungen des Grundrechts auf Forschungsfreiheit für die Stammzellforschung diskutiert werden. Dabei wird zunächst auf die Entwicklung des Grundrechts auf Forschungsfreiheit eingegangen, bevor der Autor seinen eigenen Ansatz darstellt.

2. Die Entwicklung des Grundrechts

Nachdem die historische Auslegung bei der Interpretation von Verfassungsnormen wesentlich ist,[1] sollen die Grundlagen des Grundrechts der Forschungsfreiheit in gebotener Kürze erläutert werden.

a) Vor Geltung des Grundgesetzes

Die Wissenschaftsfreiheit – von Forschungsfreiheit zu sprechen fällt für die Zeit vor 1949 noch schwer[2] – ist ein Kind des Humanismus und der Epoche der Aufklärung.[3] In der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts konstituierte sich die moderne Wissenschaft in der Erkenntnistheorie *(René Descartes)*, den Naturwissenschaften *(Galileo Galilei)* und der Soziallehre *(Thomas Hobbes)*. *Baruch Spinoza* forderte „das Recht frei zu denken und seine Erkenntnisse frei zu äußern und zu lehren".[4] Anfang des 19. Jahrhunderts entwickelte *Wilhelm v. Humboldt* das deutsche Bildungsideal. Die Einheit von Forschung und Lehre sowie die Trennung von Theorie und Praxis wurden für 150 Jahre die bestimmenden Prinzipien deutscher Universitäten. 1848/49 wurde schließlich die Freiheit der Wissenschaft in der Paulskirchenverfassung aufgrund der Erfahrungen des Vormärz verankert: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei" (§ 152).[5] Zweck des Grundrechts war es, wissenschaftliche Erkenntnisse frei mitteilen zu dürfen. In der Kaiserzeit und der Weimarer Republik galt dies jedoch nicht uneingeschränkt für Hochschullehrer. Das Beamtenrecht ging nach damaligem Verständnis den Grundrechten vor. 1927 wurde deshalb von *Rudolf Smend* unter dem Schlagwort vom „Grundrecht der Universität" die Wissenschaftsfreiheit als Meinungsfreiheit für Beamte neu entwickelt.[6] In der Folge interpretierte man das „Grundrecht der Universität" zudem als Recht der Hochschule auf Selbstverwaltung.[7]

Die historische Auslegung bis hier ergibt somit: In sachlicher Hinsicht umfasste der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit die wissenschaftliche Kommunikation und die staatliche Organisation von Wissenschaft. In personeller Hinsicht schützte das Grundrecht (jedenfalls) die Hochschullehrer und in organisatorischer Hinsicht die Universitäten. Der spezielle Schutz außeruniversitärer Wissenschaftler schien kein Thema, da sich diese auf die Berufs- und Meinungsfreiheit berufen konnten.[8]

b) Die Entwicklung der Dogmatik zu Art. 5 III GG

Das Grundgesetz erweiterte 1949 das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit um den Begriff „Forschung": „Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei", lautet Art. 5 III 1 GG, ohne dass der Verfassungsgeber damit einen neuen Inhalt verbunden hat.[9] Die h. M. geht daher davon aus, dass „Wissenschaft" der Oberbegriff von „Forschung und Lehre" ist.[10] Ende der 1960er Jahre, als im Zuge der ersten großen Hochschulreform in der Bundesrepublik die Landesgesetzgeber die Professoren zugunsten der an-

* *Harald Dähne* ist in den Wissenschaftlichen Diensten des Deutschen Bundestages tätig. Der Beitrag gibt allein seine persönliche Ansicht wieder und basiert auf seiner Dissertation (Forschung zwischen Wissenschafts- und Wirtschaftsfreiheit. Dargestellt anhand der Forschung und der Verwertung ihrer Erkenntnisse in der Bio- und Gentechnik, Duncker & Humblot, Berlin 2007).

68 *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, S. 515.

2 „Wissenschaftsfreiheit" und „Forschungsfreiheit" werden zumeist synonym gebraucht. Der Begriff „Forschungsfreiheit" ist treffender, wenn es um die Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses geht, d. h. um die Frage, ob bestimmte Handlungen des Forschers zulässig sind oder nicht. Da Forschungsfreiheit die Freiheit wissenschaftlicher Forschung ist, ist sie ein Unterfall der Wissenschaftsfreiheit und von dieser mit umfasst.

3 Hierzu und zum Folgenden ausführlich: *Henning Zwirner*, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, AöR 1973, 313.

4 *Barucha Spinoza*, Tractatus Theologico-politicus, 1670, Kap. XX, zit. nach *Zwirner* (Fn. 48), 314; siehe auch *Hans-Heinrich Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 17, Anm. 2.

5 *Ralf Kleindiek,* Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S. 145.

6 *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44.

7 *Erhard Denninger*, Art. 5 Abs. 3 I., in: Denninger et al., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl. 2001, Rn. 10.

8 *Karl Rothenbücher,* Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 6. Dabei sollte – ausgehend von den Erfahrungen mit der Zensur zwischen 1815 und 1848 – die Wissenschaftsfreiheit auch für den Privatgelehrten gelten und nicht an die Universitäten gebunden sein, vgl. *Zwirner* (Fn. 48), 323 f.

9 *Almuth Schulz-Prießnitz,* Einheit von Forschung und Lehre, 1981, S. 39.

10 Siehe *Ingolf Pernice,* Art. 5 III GG (Wissenschaft), in: Dreier, Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Rn. 24 m. w. N.; *Michael Fehling,* Wissenschaftsfreiheit, in: Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 110. Lfg. März 2004, Rn. 57 f. sowie BVerfGE 35, 79 (113 ff.) – Hochschulurteil.

deren universitären Gruppen in ihren Rechten beschnitten, stützte man auf Art. 5 III GG das subjektive Recht der Hochschullehrer, als wichtigste Träger der Wissenschaftsfreiheit maßgebenden Einfluss in den Hochschulgremien behalten zu müssen.[11]

Das BVerfG folgte dem 1973 mit seinem „Hochschulurteil":[12] Die Hochschulorganisation muss so erfolgen, dass mit ihr „freie Wissenschaft" möglich ist. Die Wissenschaftsfreiheit ist nicht nur ein Abwehrrecht, das den Einzelnen vor nicht gerechtfertigten Eingriffen schützt, sondern auch eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes für die Idee freier Wissenschaft. Der Staat hat deshalb mit den Hochschulen die hierfür notwendigen Rahmenbedingungen zu schaffen, da *freie* wissenschaftliche Betätigung nur möglich ist, wenn der Staat die Ressourcen dafür zur Verfügung stellt. Wissenschaftsfreiheit ist also auch ein individuelles Teilhaberecht. Das verpflichtet den Staat, die akademische Wissenschaft so zu organisieren, dass die Bedürfnisse der verschiedenen Grundrechtsträger möglichst optimal untereinander ausgeglichen werden.[13] Art. 5 III GG als sog. Organisationsgrundrecht enthält damit eine „Janusköpfigkeit": Um dem Hochschulforscher freie Forschung zu ermöglichen, muss dieser Eingriffe in seine Freiheit dulden, damit Forschung möglichst frei organisiert werden kann.

An diesen Prämissen nahm das BVerfG gut dreißig Jahre später jedoch erhebliche Abstriche vor. Die zweite große Hochschulreform der Bundesrepublik, mit der seit Mitte der 1990er Jahre die Hochschulen mehr und mehr ökonomisiert und außerwissenschaftlichen Interessen wie dem „Standort Deutschland" unterworfen werden,[14] soll auch dann mit Art. 5 III GG vereinbar sein, wenn Rechte der Kollegialorgane massiv beschnitten und die Mittelverteilung an ökonomische Parameter gekoppelt wird.[15]

Weniger inkonsequent ist das BVerfG bei der Bestimmung der Grenzen der Forschungsfreiheit: Weil die wissenschaftliche Forschung wie die Kunst vorbehaltlos gewährleistet ist, kann sie ihre Schranken nur in anderen Verfassungsgütern finden. Zur Bestimmung konkreter Grenzen muss eine Güterabwägung im Sinne „praktischer Konkordanz" erfolgen.[16] Diesem Grundsatz wollte der Gesetzgeber mit dem Stammzellgesetz Folge leisten, indem er Forschungsfreiheit, Menschenwürde und Lebensrecht zu einem seiner Ansicht nach möglichst schonenden Ausgleich brachte.[17]

3. Forschungsfreiheit als Recht individueller Beliebigkeit?

a) Forschungsfreiheit als Grundrecht aller, die wissenschaftlich tätig sind

Die Rechtsprechung des BVerfG hat sich bisher dezidiert nur auf die akademische Forschung bezogen. Eindeutige Aussagen für die außeruniversitäre Forschung sind bis jetzt nicht getroffen worden.[18] Trotzdem nimmt die h. M. an, dass die für die universitäre Forschung entwickelten abwehrrechtlichen Grundsätze auf alle Bereiche dessen übertragen werden müssen, was man auch alltagssprachlich mit „Forschung" bezeichnet.[19]

Dieses Ergebnis entnimmt man der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach „jeder" die Forschungsfreiheit in Anspruch nehmen kann, der einer wissenschaftlichen Tätigkeit nachgeht.[20] Das BVerfG definiert wissenschaftliche Tätigkeit denkbar weit als „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist". Forschung ist die „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen."[21] Somit wird entgegen der historischen Entwicklung angenommen, der Schutzbereich des Art. 5 III GG werde vom BVerfG als Abwehrrecht über die Universität hinaus erstreckt.

Ohne den institutionellen Bezug zu den Universitäten wird jedoch die Unbestimmtheit dessen augenfällig, was Forschung i. S. v. Art. 5 III GG sein soll. Unter die üblichen Definitionen fällt auch die planmäßige Beobachtung von Lokomotiveinsätzen der Deutschen Bahn durch Eisenbahnfreunde, die sich anschließend über ihre Erkenntnisse austauschen.[22] Auch jede berufliche Verrich-

11 BVerfG (Fn. 55), 126 f.; E 95, 193 (210) – DDR-Hochschullehrer.

12 BVerfG (Fn. 55), 108 ff.

13 BVerfG (Fn. 55), 122 ff.

14 *Wolf-Rüdiger Schenke,* Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit – Neue Hochschulgesetze im Lichte des Art. 5 III GG, NVwZ 2005, 1000.

15 BVerfGE 111, 333 (353 ff., 356 ff.) – Hochschulgesetz Brandenburg; äußerst krit. hierzu („Die Verfassung hat abgedankt") *Klaus Ferdinand Gärditz*, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407 ff.

16 BVerfGE 47, 327 (368 ff.) – Hessisches Universitätsgesetz; zur Kunst: BVerfGE 30, 173 (191 f.) – Mephisto; zur praktischen Konkordanz: *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1991, Rn. 72, 317; sowie BVerfGE 93, 1 (21) – Kruzifix; E 78, 38 (56) – Familienname.

17 BT-Drs. 14/8394, S. 7.

18 *Kleindiek* (Fn. 50), 168 ff.; *Claus Dieter Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 154 f., 8 f.; a. A. *Manuel Kamp,* Forschungsfreiheit und Kommerz, 2004, S. 47. Eine Ausnahme gibt es für die wissenschaftliche Meinungsäußerung: BVerfGE 90, 1 (11 ff.) – Jugendgefährdende Schriften.

19 Für den Schutz aller Forschungsbereiche vgl. *Kamp* (Fn. 63), S. 43 (m. w. N. in Anm. 29); *Ekaterini Iliadou*, Forschungsfreiheit und Embryonenschutz, 1999, S. 78; *Christian Starck,* Wissenschaftsfreiheit, in: Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Rn. 325; *Fehling* (Fn. 55), Rn. 81; *Rupert Scholz,* Art. 5 Abs. 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Bd. I., Lfg. 42 2003, Rn. 98; *Helmuth Schulze-Fielitz,* Freiheit der Wissenschaft (§ 27), in: Benda/Maihofer, Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1994, Rn. 3, 5. Die Grundlage für die h. M. will *Kamp* (Fn. 63), S. 43 liefern.

20 BVerfGE 15, 256 (263 f.) – Universitäre Selbstverwaltung; BVerfG (Fn. 55), 111.

21 BVerfG (Fn. 55), 112.

22 *Alexander Blankenagel,* Wissenschaftsfreiheit aus der Sicht der Wissenschaftssoziologie, AöR 1980, 35 (47). Ähnliches gilt auch für den Schüler, der Sprengstoff mischt, den Spiritisten oder Rassentheoretiker; weitere Beispiele bei *Ralf Dreier,* Forschungsbe-

tung, die eine wissenschaftliche Ausbildung voraussetzt, kann wissenschaftliche Tätigkeit als Kern oder Bestandteil enthalten. So etwa der Anwalt, Richter oder Staatsanwalt, der ein rechtswissenschaftliches Gutachten zur Prozessvorbereitung verfasst oder der Journalist, der für eine „Story" im Archiv recherchiert.[23]

Deshalb ist noch eine soziale Komponente erforderlich: nur die wissenschaftliche Methodik kennzeichnet wissenschaftliche Forschung, die von der Gemeinschaft der Forschenden, der *scientific community*, auch anerkannt ist.[24] Politische Ideologien oder Esoterik genießen diese Akzeptanz nicht. Jede Art der Universitäts-, Industrie- und Ressortforschung, die sich anerkannter wissenschaftlicher Methoden bedient, fällt dagegen in den Schutzbereich von Art. 5 III GG.[25]

b) Grenzziehung erst auf Schrankenebene

Keine Rolle spielt dagegen, welchen Zwecken diese Forschung dient. Rüstungs- und Kosmetikforschung sind genauso geschützt wie Philosophie. Ebenfalls spielt keine Rolle, welches Maß an interner Freiheit der jeweilige Forscher im Rahmen seiner Tätigkeit genießt. Es ist irrelevant, ob er seine Erkenntnisse veröffentlicht oder nicht, ob sie kommerziellen Interessen dienen und beispielsweise patentiert werden. Und außerhalb der Universitäten muss dem Forscher auch nicht – im Gegensatz zu den Hochschulforschern – Mitbestimmung eingeräumt werden. Träger des Grundrechts soll deshalb in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht der Forscher selbst, sondern sein Arbeitgeber sein.[26]

Irrelevant ist für die Schutzbereichseröffnung auch, welcher Mittel sich der Forscher bedient, ob er nur „geistig" tätig ist, oder ob er experimentell handelt und seine Tätigkeit Gefahren oder Risiken für andere Rechtsgüter mit sich bringt. Ist man konsequent, muss sogar die Tötung von Menschen zu Forschungszwecken von Art. 5 III GG geschützt sein, ein Verbot lässt sich erst auf der Schrankenebene durch das kollidierende Grundrecht auf Leben rechtfertigen.[27] Manche Stimmen fordern deshalb bereits auf Tatbestandsebene eine „ethische Limitierung" der Forschung.[28] Folgt man diesen Gedanken, ist „unethische Forschung" dann schon gar nicht vom Tatbestand der Forschungsfreiheit umfasst. Wann jedoch in Fällen wie der Stammzellforschung Forschung „unethisch" ist, ist gerade der Streitgegenstand. Für die Einen ist diese Forschung unethisch, weil dafür Embryonen verbraucht werden, für die Anderen ist ein Verbot dieser Forschung unethisch, weil damit Therapien entwickelt werden sollen, die kranken Menschen helfen könnten. Ethik kann also nicht die „eine" richtige Lösung anbieten, sondern nur mehrere vertretbare.[29] Zudem heißt es, der Staat dürfe kein „Wissenschaftsrichter" sein, er dürfe nicht unmittelbar zwischen „guter" und „schlechter", „nützlicher" oder „unnützer" Forschung differenzieren.[30]

c) Die Eindimensionalität der Übertragung auf alle Forschungsbereiche

Als Ergebnis lässt sich jedenfalls festhalten, dass der Schutzbereich des Art. 5 III GG von der h. M. offen und weit verstanden wird.[31] Auch Forschung, deren Bedingungen wenig mit dem gemein hat, was wir unter freier Forschung verstehen, kommt in den Genuss des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts. Außerhalb der Universitäten gilt Art. 5 III GG als Abwehrrecht, nicht jedoch als objektive Wertordnung oder Organisationsgrundrecht. Wer intern keine Forschungsfreiheit gewährt, darf sie extern scheinbar dennoch in Anspruch nehmen. Da Forschung in diesen Organisationen zumeist weit über „geistige Tätigkeit" hinausreicht, bedeutet sie dort letztlich eine vorbehaltlos gewährleistete Handlungsfreiheit für Unternehmen, deren Tätigkeit ansonsten nur durch die Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, 14, 2 I GG) geschützt und einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterfallen würde.

III. Rekonstruktion der Forschungsfreiheit

Die h. M. wird dem Schutzzweck des Art. 5 III GG nicht gerecht, sondern verkehrt ihn in letzter Konsequenz in sein Gegenteil. Die *libertas philosophandi*, im Grundgesetz als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht verankert, schützt als „Freiheit des Philosophierens" zuallererst die Eigengesetzlichkeit wissenschaftlicher Forschung.[32]

grenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl. 1980, 471 (472); *Denninger* (Fn. 52), Rn. 14.

23 Vgl. *Fehling* (Fn. 55), Rn. 64.

24 *Trute* (Fn. 49), 119; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 621; *Pernice* (Fn. 55), Rn. 25; *Schulze-Fielitz* (Fn. 64), Rn. 2.

25 S. o. Nachweise in Fn. 64.

26 *Classen* (Fn. 63), 111 f., 116: privat organisierte Forschungseinrichtungen seien sogar „Tendenzbetriebe" i. S. v. § 118 BetrVG (a. a. O., 158); anders wohl *Fehling* (Fn. 55), Rn. 54.

27 So soll die ebenfalls vorbehaltlos gewährleistete Religionsfreiheit nicht den Ritualmord schützen, *Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 237 f.: „Die Gewissens- und Glaubensfreiheit gestattet […] keine strafbaren Handlungen oder Aktionen, die von der Verfassung geschützte *Rechtsgüter* in erheblicher Weise *gefährden*". Für die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Beschränkung nur auf erlaubtes Verhalten, das fremde Rechte nicht eigenmächtig beeinträchtigt): *Pieroth/Schlink* (Fn. 69), Rn. 624.

28 *Thomas Dickert*, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 509 und 410.

29 Vgl. *Thomas Blanke*, Notizen zur Gentechnologiedebatte vor der Verabschiedung des Stammzellgesetzes, KJ 2002, 346 (350); zur Ethik im Recht: *Joachim Lege*, „Recht und Moral". Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese, in: Atienza et al., Festschrift für Werner Krawietz, 2003, S. 217 ff.

30 Hierzu BVerfG (Fn. 63), S. 12; *Kamp* (Fn. 63), S. 155. Zum Problem der „Hochrangigkeit" in § 5 StZG siehe *Christoph Enders*, Würde- und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, Jura 2003, 666 (673), sowie oben I. 2. b) (GreifRecht Heft 5, April 2008).

31 *Trute* (Fn. 49), 151; *Fehling* (Fn. 55), Rn. 63 f.

32 *A. Blankenagel* (Fn. 67), 43 f., kritisiert zu Recht, dass die h. M. in ihrer Interpretation von Art. 5 III GG die Eigengesetzlichkeit der

Ihre Kennzeichen sind neben der anerkannten wissenschaftlichen Arbeitsweise die Autonomie und Publizität des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses. An diesen wesentlichen Elementen fehlt es, wenn Forschung vorrangig dazu dient, geistiges Eigentum zu gewinnen. Für die Stammzellforschung bedeutet das, dass der Streit nicht um die Stichtagsregelung geführt werden müsste, sondern darum, wie mit den Ergebnissen dieser Forschung verfahren wird.

1. Wissenschaftlichkeit von Forschung

Will man nun wissen, ob allen Lebensbereichen, die man umgangssprachlich mit dem Begriff „Forschung" bezeichnet (weil sie sich wissenschaftlicher Methodik bedienen), auch der Schutz durch Art. 5 III GG zukommt, muss man sich fragen, was denn Forschung „wissenschaftlich" macht und was „wissenschaftliche" von „nichtwissenschaftlicher" Forschung unterscheidet. Kurz: Was „Wissenschaft" ist, bedarf einer genaueren Analyse.

a) Was ist Wissenschaft?

Nach h. M. ist „Wissenschaft" der Oberbegriff von „Forschung" und „Lehre".[33] Geht man davon aus, dass es nichtwissenschaftliche Lehre gibt (beispielsweise in der Schule oder in der beruflichen Ausbildung),[34] gibt es auch nichtwissenschaftliche Forschung (beispielsweise ausgeübt durch den Kriminalisten, der einen Sachverhalt aufklärt oder den recherchierenden Journalisten). Entscheidend für die Einbeziehung von Forschung in den sachlichen Schutzbereich von Art. 5 III GG ist also die *Wissenschaftlichkeit* der Forschung.[35] Wie bereits dargestellt, lassen Rechtsprechung und Literatur relativ offen, was „Wissenschaft" ist und reduzieren die Wissenschaftlichkeit einer Handlung auf eine bestimmte Arbeitsweise, die jeweils in einer bestimmten Disziplin von der *scientific community* anerkannt ist. „Ernsthaftigkeit" und „Planmäßigkeit" reichen wie gezeigt hierbei als Merkmale nicht aus. Ein Kennzeichen von wissenschaftlicher Arbeit ist auch die Suche nach „Wahrheit", also nach objektiv nachprüfbaren Erkenntnissen. Wissenschaftliche Forschung kennzeichnet also auch die Kritikfähigkeit ihrer Ergebnisse, ganz im Sinne der Wissenschaftstheorie von *Karl R. Popper*, wonach jede wissenschaftliche Theorie falsifizierbar sein muss und wissenschaftliche Erkenntnis immer nur Stand des letztmöglichen Irrtums ist.[36] „Wahre" Erkenntnis ergibt sich aber nicht aus einem einzelnen Forschungsprojekt, nicht aus einer einzelnen Idee, sondern bildet letztlich erst die Gesamtheit der Ergebnisse der *scientific community*. Wissenschaft als soziales System kann aber nur funktionieren, wenn frei geforscht werden kann. Nur dann können einzelne Forschungsergebnisse gewonnen, kritisiert und widerlegt werden. Objektive Nachprüfbarkeit und Kritikfähigkeit unterscheiden Wissenschaft von Religion oder Politik.[37]

b) Die Bedeutung freier Forschung

Das BVerfG betont ausdrücklich die Bedeutung „freier" Wissenschaft für die Gesellschaft: Der spezifische Wert freier Forschung liegt darin, dass sie dann den größten *Nutzen* für die Gesellschaft hat, wenn sie *frei* von konkreten gesellschaftlichen oder ökonomischen Zweck- und Nützlichkeitserwägungen erfolgt:

> „Freiraum ist nach der Wertung des Grundgesetzes nicht für eine vom Staat und Gesellschaft isolierte, sondern für eine letztlich dem Wohle des einzelnen und der Gemeinschaft dienende Wissenschaft verfassungsrechtlich garantiert."[38]

Ausgehend vom Wortlaut des Art. 5 III GG, wonach Wissenschaft, Forschung und Lehre „frei" sind, muss auch wissenschaftliche Forschung frei sein, um überhaupt von Art. 5 III GG umfasst zu sein. Die (Rechts-)Folge des Grundrechts wird zur Forderung: Forschung muss frei sein, damit sie vorbehaltlos geschützt wird.[39]

Art. 5 III GG schützt also vorrangig freie Forschung. Diese muss autonom organisiert sein und am öffentlichen wissenschaftlichen Diskurs teilnehmen. Denn Wahrheitssuche im umfassenden Sinne ist nur möglich, wenn Wissenschaftler ihre Forschungsgegenstände frei wählen und frei Informationen austauschen können. Das ist der Kern wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit. Ausgehend vom Zweck der Forschungsfreiheit, nämlich dem Schutz der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, lautet die hier vertretene These zugespitzt: Art. 5 III GG schützt nur die freie Forschung, weil nur freie Forschung wissenschaftlich ist. Damit kann abhängige und zweckgebundene Forschung nur die Wirtschaftsfreiheit und ggf. die Meinungsfreiheit beanspruchen.[40]

Wissenschaft im Dunkeln lässt.

33 *Fehling* (Fn. 55), Rn. 94; BVerfG (Fn. 55), 112: Der Oberbegriff Wissenschaft bringt den engen Bezug von Forschung *und* Lehre zum Ausdruck.

34 Vgl. zur Wissenschaftlichkeit des Schulunterrichts *Denninger* (Fn. 52), Rn. 30 f.

35 *Walter Schmitt-Glaeser*, Die Freiheit der Forschung, WissR 1974, 107.

36 Hierzu BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar; *Rüthers* (Fn. 46), S. 13, sowie ausführlich *Karl. R. Popper,* Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 14 ff.

37 Zur Abgrenzung von Wissenschaft und Politik (anhand des Marxismus-Leninismus): BVerfGE 5, 85 (146) – KPD-Verbot.

38 BVerfG (Fn. 61) S. 370; hierzu krit. (mit dem häufig zu hörenden Argument, sonst wäre private eigennützige Forschung nicht mehr von Art. 5 III GG gedeckt) *Hartmut Krüger*, Forschung, in: Flämig et al., Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 261 (300).

39 Ähnlich auch *Kleindiek* (Fn. 50), S. 204, unter Bezugnahme auf *Scholz* (Fn. 64), Rn. 98.

40 Vgl. in Ansätzen auch *Andreas Heldrich*, Freiheit der Wissenschaft – Freiheit zum Irrtum? Haftung für Fehlleistungen in der Forschung, 1987, S. 22.

c) Kennzeichen wissenschaftlicher Forschung

Die Idee von freier Forschung beruht also auf Autonomie, das heißt auf Eigen*gesetzlichkeit* im wahrsten Sinne des Wortes. Sie setzt Zweckungebundenheit, wissenschaftliche Selbstverwaltung, die Alimentierung des Forschers, die Bereitstellung von Forschungsressourcen und die Publikationsfreiheit voraus. Wissenschaftssoziologisch spiegelt sich diese Eigengesetzlichkeit als Voraussetzung der wissenschaftlichen Selbststeuerung nicht nur in *Poppers* kritischen Rationalismus[41] wider, sondern ebenfalls in den von *Robert K. Merton* entwickelten vier grundlegenden Normen der Wissenschaft: Universalismus (im Sinne intersubjektiver Nachprüfbarkeit), organisierten Skeptizismus (im Sinne ständigen Hinterfragens), Kommunismus (im Sinne der Einspeisung jeder Erkenntnis in den offenen Diskurs) und Desinteressiertheit (im Sinne der Abwesenheit materieller Interessen und ideologischer Ausrichtung).[42] Im Kern ähnlich äußert sich auch *Paul Kirchhof*, der die Elemente wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit wie folgt sehr treffend beschreibt:

> „Wissenschaft braucht für ihr Forschen und Lehren die Stille, das feinsinnige Hinhören, die Distanz zum Interessenten, die Ferne zur täglichen Aufgeregtheit, die Offenheit für Argumente, Begründungen, Beweise. Erkenntnis setzt Unbefangenheit voraus (…): die Freiheit in Geist und Gehabe."[43]

Diese Elemente der Wissenschaftlichkeit finden zwar in der h. M. vielfach Erwähnung,[44] werden jedoch bei der Norminterpretation unzureichend beachtet. Da im Weiteren der Schutzbereich auf alle Forschungsbereiche übertragen werden soll, müssen daran grobe Schnitte vorgenommen werden, weil bei zweckgebundener und abhängiger Forschung die Mertonschen Normen gerade nicht Kennzeichen dieser Art von Forschung sind, sondern ihr entgegenstehen.[45] Dies zeigt sich insbesondere bei der Frage, ob und wann der Wissenschaftler seine Ergebnisse publizieren muss.[46] Denn das Publikationsgebot der Wissenschaft kollidiert erheblich mit materiellen Interessen.[47]

2. Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes geistigen Eigentums

a) Ausgangslage

Kommerzielle Interessen in der Forschung, die bisher keine Rolle spielen, welcher grundrechtlicher Schutz der Forschung zukommt, müssen unbedingt in die Betrachtung einbezogen werden. Das Kapital des Forschers ist sein Wissen, das kommerzielle Interesse an Forschung ist ökonomisch verwertbares Wissen. Doch wissenschaftliches Wissen ist eigentlich ein öffentliches Gut.[48] Werden jedoch Nutzungsrechte an bestimmtem Wissen immer stärker monopolisiert, hat dies auch negative Auswirkungen auf die Wissenschaft, die für ihre Wahrheitssuche grundsätzlich auf dem freien Informations- und Gedankenaustausch aufbaut und angewiesen ist.[49] In diese freie Kommunikation greift zum Beispiel das Arbeitnehmererfindungsgesetz ein, das Hochschulforscher seit 2002 verpflichtet, patentfähiges Wissen der Hochschule zu melden – und bis zur Patentierung zu schweigen.[50] Denn auch die Hochschulen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers vom kommerziellen Ertrag geistigen Eigentums profitieren.

Ein entscheidender Punkt ist deshalb das Streben nach geistigem Eigentum durch Forschung. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 5 III GG kommt neben der Autonomie der jeweiligen wissenschaftlichen Organisation der Verwertung von Wissen eine entscheidende Funktion zu.

b) Geistiges Eigentum und die Forschung

Geistiges Eigentum ist durch Art. 14 I 1 GG geschützt, weil es vermögenswerte Rechte sind, deren Inhalt und Schranken der Gesetzgeber einfachgesetzlich bestimmt hat (Art. 14 I 2 GG).[51] Wissenschaftsrelevante vermögenswerte Rechte sind im Urheber- und im Patentrecht zu finden.[52] Das Urheberrecht stellt sich hierbei vorrangig als Schutz des Persönlichkeitsrechtes des Autors dar.[53] Zitierregeln und Autorenhonorare sind jedoch

41 Für die empirischen Wissenschaften: *Popper* (Fn. 81), S. 15, 47 ff.

42 *Robert K. Merton*, Entwicklung und Wandel von Forschungsinteressen, 1985, S. 90; hierzu auch *Kleindiek* (Fn. 50), 249 f., 251; *Pernice* (Fn. 55), Rn. 26.

43 *Paul Kirchhof*, Wissenschaft in verfasster Freiheit, 1986, S. 16 f.

44 *Kamp* (Fn. 63), S. 50; *Wolfgang Graf Vitzthum*, Das Forschungsprivileg im GenTG, in: Badura/Scholz, Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 341 (347).

45 Vgl. nur *Classen* (Fn. 63), 25 f. Es heißt auch, „Sollen und Sein" stimmen nicht überein. So der nicht unrichtige Einwand von *Vitzthum* (Fn. 89), 347 f., und *Classen* (Fn. 63), 89; hinsichtlich der kommerziellen Forschung. *Trute* (Fn. 49), 74, sieht in den Mertonschen Regeln lediglich die Funktionsweise einer fiktiven Idealwissenschaft, die „in einem erheblichen Spannungsverhältnis zur Realität der heutigen Wissenschaft" steht; krit. auch *Fehling* (Fn. 55), Rn. 65 f. Aus diesen Einwänden kann jedoch nicht die Irrelevanz dieser Normen abgeleitet werden. Denn wenn das „Sollen" dem „Sein" folgt, so liegt ein naturalistischer Fehlschluss vor. Erst die Einbettung in den wissenschaftlichen Kommunikationsprozess führt zur Qualifikation von Handlungen als wissenschaftlich; ähnlich auch *Joachim Hübner*, § 42 Nr. 1 ArbEG und die Freiheit der wissenschaftlichen Kommunikation, WissR 2005, 35 (40); *Trute* (Fn. 49), 256; *Pernice* (Fn. 55), 17, 28; *Martin Nettesheim*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, 1072 (1079).

46 Die öffentlichen Universitäten sind aufgrund der engen Verbindung von Forschung und Lehre grundsätzlich auf Kommunikation und Publikation hin angelegt, so BVerfG (Fn. 61), 375 f., 379.

47 A. A. *Kamp* (Fn. 63), S. 72; ähnlich *Classen* (Fn. 63), 88 f. (Publizität und Veröffentlichung von Forschungsergebnissen seien als Kriterium für wissenschaftliches Handeln nicht notwendig) sowie *Fehling* (Fn. 55), Rn. 74 (widersprüche eklatant dem wirtschaftlichen Verwertungsinteresse).

48 Vgl. *Mechthild Blankenagel*, Wissenschaft zwischen Information und Geheimhaltung, 2001, S. 85 f.

49 Vgl. *Merton* (Fn. 87), 95.

50 § 42 ArbEG, vgl. hierzu BVerfG, NVwZ 2004, 974 (trotz BVerfG [Fn. 61], S. 47); krit. zu dieser Regelung: *Dieter Leuze*, Kritische Anmerkungen zu § 42 ArbEG, GRUR 2005, 27 ff. sowie *M. Blankenagel* (Fn. 93), 97; *Hübner* (Fn. 91), 34 ff.

51 *Ansgar Ohly*, Geistiges Eigentum? JZ 2003, 545.

52 BVerfGE 31, 229 (239 f.) – Schulbuchprivileg; BVerfGE 36, 281 (290) – Patentanmeldungen.

53 Siehe §§ 2 II, 11 UrhG sowie *Fechner*, Geistiges Eigentum, 1999, S. 263–266; *Bertram von Moltke*, Das Urheberrecht an Werken der Wissenschaft, 1992, S. 8 ff., 13 ff.

wissenschaftsimmanent, da sie notwendiger Bestandteil einer Veröffentlichung wissenschaftlichen Wissens sind.[54] Entscheidend ist: Die Informationen sind dem Wissenschaftsbetrieb offen zugänglich und gemeinfrei.[55] Das Urheberrecht schützt nicht die veröffentlichten wissenschaftlichen Entdeckungen und Theorien, sondern lediglich ihre verkörperte Form, das wissenschaftliche Werk (§ 1 UrhG). Hier gibt es keine Kollisionen mit dem Gedanken einer freien Forschung.

Problematischer im Zusammenhang mit forschenden Aktivitäten ist dagegen das Patentrecht. Das Patentrecht schützt eine Erfindung, das heißt eine neue Lehre zum technischen Handeln, die gewerblich anwendbar ist (§ 1 I PatG). Gerade die Ausweitung des Patentschutzes im Bereich der Biotechnik bezeugt in rechtsdogmatischer Hinsicht das Übergreifen von Monopolrechten auf bisher gemeinfreie wissenschaftliche Entdeckungen.[56] Denn eine Entdeckung ist etwas, das zwar bisher unbekannt war, in der Natur aber bereits vorhanden ist. Entdeckungen sind grundsätzlich nicht patentierbar (§ 1 III Nr. 1 PatG). Ausnahmen gibt es für biotechnische Entdeckungen, die seit 2005 als Erfindung geschützt werden können.[57]

Grundlage biotechnischer Forschung sind eigentlich in der Natur vorhandene lebende Strukturen: Organe, Gewebe, Zellen und Gene. Zur Begründung für die Notwendigkeit der Patentierbarkeit wurde vorgebracht, es seien neue technische Verfahren, mit denen biologische Stoffe gewonnen würden. Es werden jedoch nach dem Biopatentgesetz auch sog. Stoffpatente erteilt (§§ 1 II; 2a III Nr. 1 PatG), die nicht nur ein technisches Verfahren schützen (§ 9 S. 2 Nr. 2 PatG), sondern die die gewerbliche Nutzung eines bestimmten (auch menschlichen) biologischen Stoffes monopolisieren (vgl. §§ 9, 10, 11 PatG). Und man darf behaupten, dass biotechnische Forschung schon allein auf Grund ihrer hohen Kosten vorrangig der Erlangung von Patenten zu dienen bestimmt ist. Gleiches gilt auch für weite Bereiche der Industrieforschung.[58]

Doch gerade das Streben nach patentierfähigem Wissen beschränkt freie Wissenschaft. Die individuelle Forschungsfreiheit in privaten Arbeitsverhältnissen wird von den Anforderungen an eine patentfähige Erfindung dominiert. Denn eine Erfindung muss neu sein, es ist deshalb erforderlich, dass das Betriebsgeheimnis gewahrt wird. Auch wenn eine Erfindung mit der Patentierung offen gelegt wird, müssen die zu Grunde liegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht offenbart werden.[59]

c) Folgen der Differenzierung

Wissenschaft als selbstreferentielles Kommunikationssystem ist jedoch auf ungestörten Informationsaustausch angewiesen, da sie sonst ihrer gesellschaftlichen Funktion, der Suche nach wahrer Erkenntnis im Dienste aller, nicht nachkommen kann. Das kennzeichnet wissenschaftliche Forschung, das ist der Kern ihrer Eigengesetzlichkeit.[60] Werden zur Erkenntniserlangung Methoden angewandt, wie sie auch für die Wissenschaft typisch sind, dies jedoch zum Zwecke außerwissenschaftlicher Ziele, wird der Schutzbereich des Art. 5 III GG verlassen. Im Ergebnis kann deshalb entgegen der h. M. nur zweckungebundene Forschung wissenschaftlich im Sinne von Art. 5 III GG sein. Zweckungebunden ist in diesem Sinne Forschung, wenn sie nicht dem Zweck dient, geistiges Eigentum im Sinne von gewerblich nutzbaren Monopolrechten zu erwirtschaften.

Damit ist die wichtigste verfassungsrechtliche Folge benannt: Forschung, die nach ökonomisch verwertbarem geistigem Eigentum und nicht nach Reputation strebt, ist nichtwissenschaftlich und vom Tatbestand der Forschungsfreiheit ausgenommen. Objektive Kennzeichen für die Wissenschaftlichkeit eines Erkenntnisprozesses sind deshalb neben seiner allgemeinen Offenheit und Unabgeschlossenheit vor allem seine Publizität und eine autonome Organisationsstruktur zur Gewährleistung individueller Forschungsfreiheit. In weiten Bereichen kommerziell orientierter Forschung ist diese individuelle Forschungsfreiheit nicht gewahrt.[61] Den Staat zu verpflichten, Forschungsfreiheit in diesen Bereichen durchzusetzen, wäre jedoch mit den Grundrechten der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar.

Die Rechtsfolge der Schutzbereichspräzisierung ist stattdessen eine andere: Beruft sich eine Organisation auf Art. 5 III GG, muss sie zwingend volle Publikationsfreiheit und die interne Forschungsfreiheit durch Selbstverwaltungselemente gewährleisten, da nur dann die objektiven Kennzeichen von Wissenschaftlichkeit erfüllt sind. Umgekehrt geht der Grundrechtsschutz verloren (oder entsteht erst gar nicht), wenn diese Freiheit nicht mehr gewährleistet ist.[62] Insofern entfaltet Art. 5 III GG die

54 Siehe §§ 51 Nr. 1, 63 UrhG.

55 *Ohly* (Fn. 96), 548; vgl. auch § 1 III Nr. 1 PatG.

56 Allgemein zu den Biopatenten: *Marion Albers*, „Patente auf Leben", JZ 2003, 275 ff.

57 Mit dem PatG n. F. (geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 21.01.2005, BGBl. I S. 146) erfolgte die Umsetzung der EU-Biotechnologierichtlinie (98/44/EG) mit fast fünfjähriger Verspätung (vgl. BT-Drs. 15/1709, S. 8).

58 So *Kamp* (Fn. 63), S. 79; *Iliadou* (Fn. 64), 65 f.

59 Vgl. *M. Blankenagel* (Fn. 93), 120; *Vitzthum* (Fn. 89), 348.

60 Vgl. *Hübner* (Fn. 91), 40; *Trute* (Fn. 49), 256; *Pernice* (Fn. 55), Rn. 17, 28.

61 A. A. *Kamp* (Fn. 63), S. 50 ff.

62 So auch *M. Blankenagel* (Fn. 93), 108 sowie *Alexander Blankenagel*, Vom Recht der Wissenschaft und der versteckten Ratlosigkeit der Rechtswissenschaftler bei der Betrachtung des- und derselben, AöR 125 (2000), 70 (97); ähnlich auch *Kleindiek* (Fn. 50), 204. Angedeutet, aber zumeist nicht konsequent fortgeführt u. a. von *Scholz* (Fn. 64), Rn. 98 („Wissenschaft [*ist*] nicht als freie Wissenschaft geschützt […], wenn sie sich nicht den Bedingungen freier Wissenschaft fügt"); *Pernice* (Fn. 55), Rn. 37 (freilich nur mit der Voraussetzung, dass die Einrichtung eine mittelbare Drittwirkung des Art. 5 III GG zu Gunsten des Forschers beachten müsse); *Schulze-Fielitz* (Fn. 64), Rn. 33 (für außeruniversitäre Forschungsorganisationen unter staatlichem Einfluss nach dem Vorbild der DFG); *Herbert Bethge*, Art. 5, in: Sachs, Grundgesetz: Kommentar, 3. Aufl. 2003, Rn. 214 (Frage nach der potentiellen Grundrechtsträgerschaft von außeruniversitären Forschungseinrichtungen richtet sich nach dem Intensitätsgrad ihrer Affinität zu den primären Grundrechtsträgern [*d. h. Universitäten*]); *Fehling* (Fn. 55), Rn. 54, 79; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Becker et al., Festschrift für Werner Thieme, 1993, S. 697 (701, 708); *Nettesheim* (Fn. 91), 1078; *Heldrich* (Fn. 85), 22 ff. sowie im Umkehrschluss aus *Werner Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit in nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150:

Wirkung einer unmittelbaren, aber vom Organisationsträger frei wählbaren Drittwirkung.[63] Dies ergibt sich aus der objektivrechtlichen Dimension der Wissenschaftsfreiheit als wertentscheidender Grundsatznorm der Verfassung. Industrie- und staatliche Ressortforschung findet deshalb grundsätzlich außerhalb des Normbereiches von Art. 5 III GG statt, denn hier tritt die Eigengesetzlichkeit marktvermittelter bzw. administrativer Operationen an die Stelle der Eigengesetzlichkeit der Wissenserzeugung.[64]

Dagegen trifft den Staat unmittelbar die Pflicht, innerhalb der von ihm geschaffenen und unterhaltenen Forschungsorganisationen wissenschaftliche Forschung zu gewährleisten. Dies trifft jedenfalls auf die Hochschulen mit ihrer Synthese aus Forschung und Lehre zu. Was hierbei die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen der Hochschulreformen der letzten Jahre in ihrer kumulativen Wirkung anbelangt, sind große Bedenken anzumelden.[65]

3. Folgen für die Stammzellforschung

Der hier vorgestellte Ansatz löst nicht die Frage, ob die Stammzellforschung die Menschenwürde verletzt. Aber: Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Forschung zuzulassen ist, ist nicht allein davon abhängig, ob und mit welcher Intensität der Embryo subjektive Rechte aus Art. 1 I GG beanspruchen kann. Zu bedenken ist jedenfalls, dass in der Menschenwürde zumindest ein objektives Prinzip zu sehen ist, die beim Embryo *in vitro* in ähnlicher Weise zum Tragen kommt wie beim postmortalen Persönlichkeitsschutz.[66] Die Stammzellgewinnung im Ausland und der Import und die Verwendung von Stammzellen betrifft die Menschenwürde als objektives Prinzip der Verfassung in ähnlicher Weise wie die Embryonenforschung im Inland. Auch wenn Stammzellen keine Grundrechtsträger sind, so sind die menschenwürdeverletzenden Bedingungen ihrer Entstehung im Ausland vom Schutz der Menschenwürde zumindest insoweit umfasst, dass der Gesetzgeber befugt – wenn auch nicht verpflichtet – ist, derartige Forschung vollständig zu untersagen.

Unter dem Gesichtspunkt der Forschungsfreiheit sind die Regulierungsversuche des Gesetzgebers im Stammzellgesetz jedenfalls nicht verfassungsrechtlich bedenklich. Denn die Stammzellforschung, wie auch die gesamte Forschung im Bereich der Bio- und Gentechnik, der ohne Zweifel (volks-) wirtschaftlich eine große Bedeutung zukommt, kann sich nicht ohne Weiteres auf Forschungsfreiheit im Sinne von Art. 5 III GG als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht berufen. Stattdessen ist sie nach der hier entwickelten Lösung erst einmal nur von einer „profanen" Forschungsfreiheit geschützt, die sich auf die Wirtschaftsgrundrechte stützt – sofern die Forschung nicht darlegt, dass sie ihre Erkenntnisse nicht als geistiges Eigentum schützt und somit der *scientific community* entzieht.

Bei den nun anstehenden parlamentarischen Diskussionen sollte deshalb weniger um die Stichtagsregelung gerungen, als vielmehr erwogen werden, ein Publikationsgebot ins Stammzellgesetz aufzunehmen. Wird mit Stammzellen geforscht, so müssen die Ergebnisse dieser Forschung der *scientific community* in Gänze zugänglich gemacht werden.[67] Zudem sollte (wie bei menschlichen Organen)[68] die Kommerzialisierung von Stammzellen und den Ergebnissen der Stammzellforschung unzulässig sein. Da jedoch die DFG gerade die „fehlenden kommerziellen Perspektiven der Stammzellforschung in Deutschland" beklagt[69] und Patente für Bestandteile des menschlichen Körpers 2005 eingeführt wurden (vgl. § 1a II PatG),[70] ist zu vermuten, dass sowohl der parlamentarische als auch der rechtswissenschaftliche *Mainstream* die ökonomische und medizinische Nützlichkeit jener Forschung als Rechtfertigung in den Vordergrund stellt und dafür Art. 5 III GG als grundrechtliches Argument ins Feld führt. Somit werden den vermeintlichen Sachzwängen auch vermeintliche Zwänge der Verfassung zur Seite gestellt, die es so gar nicht gibt.

Industrieunternehmen seien gegenüber den Forschern jedenfalls dann nicht an Art. 5 III GG gebunden, wenn sie sich gegenüber dem Staat auf dieses Grundrecht *nicht* beriefen.

63 Da diese unmittelbare Grundrechtswirkung der Privatautonomie unterliegt, handelt es sich um eine *modifiziert* unmittelbare Drittwirkung, die hier im Verhältnis Bürger–Staat gilt und von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht (vgl. BVerfGE 7, 197 [203 ff.] – Lüth) zu unterscheiden ist.

64 *Trute* (Fn. 49), 106 f.

65 Ebenfalls *Gärditz* (Fn. 60), 407 ff.; *Nettesheim* (Fn. 91), 1072 ff.; a. A. offensichtlich BVerfG (Fn. 60), 353 ff.

66 Für die Menschenwürde als subjektives Recht und als objektives Prinzip: *Ernst-Wolfgang Böckenförde,* Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 809 (811). Das BVerfG wendet Art. 1 I GG auch in beiderlei Gestalt an: Objektiv beim postmortalen Persönlichkeitsschutz (BVerfG [Fn. 61], S. 194), subjektiv beim Schutz des ungeborenen Lebens (BVerfGE 39, 1 (41); E 88, 203 (251) – Schwangerschaftsabbruch II), zur a. A. siehe Nachweise in Fn. 23 (in Heft 5); höchst widersprüchlich deshalb z. B. *Horst Dreier*, in: ders., Grundgesetz-Kommentar, Bd. I., 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 70 f., der zwar einen pränatalen Würdeschutz ablehnt, den postmortalen aber bejaht (obwohl auch hier kein Grundrechtsträger identifiziert werden kann).

67 So die Stellungnahme des Nationalen Ethikrates zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen vom 20.12.2001, insb. S. 49 ff. (Nr. 7). Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin" hat sich zwar kurz vorher in ihrem Teilbericht Stammzellenforschung mehrheitlich gegen einen Import ausgesprochen, aber in der von der Minderheit vertretenen Meinung, die einen Import befürwortete, wurden eine Publikationspflicht und ein Kommerzialisierungsverbot gefordert (siehe BT-Drs. 14/7546, S. 56 ff.).

68 Man denke an das auf Art. 1 GG gestützte Handelsverbot im Transplantationsgesetz (§§ 1 Abs. 1 S. 1, 17, 18).

69 DFG (Deutsche Forschungsgemeinschaft), Stammzellforschung in Deutschland – Möglichkeiten und Perspektiven, Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft, 2006, S. 54 f.

70 Zu den Patentierungsverboten im PatG siehe *Marion D. Hartmann*, Die Patentierbarkeit von Stammzellen und den damit zusammenhängenden Verfahren, GRURInt. 2006, 195 (198 ff.), die als Ergebnis eine Anpassung der Patentvorschriften fordert, damit „Deutschland [*nicht*] eine der vielversprechendsten Techniken der Zukunft verschläft" (a. a. O., 208).