

Vom praktischen Wert der Methode

Festschrift

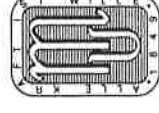
HEINZ MAYER

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

CLEMENS JABLONER
GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER
GERHARD MUZAK
BETTINA PERTHOLD-STOITZNER
KARL STÖGER

Sonderdruck



Wien 2011

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Christian Kopetzki

Muss Forschung „ethisch vertretbar“ sein?

I. Einleitung

Forschungsethik hat Hochkonjunktur: ¹⁾ Das betrifft nicht nur, aber in besonderem Maße die Medizin. Die Wurzeln dieses Booms sind vielfältig: Zum einen bringt der rasante medizinische Fortschritt neue Gefährdungen und Risiken mit sich, die eine verstärkte Suche nach den moralischen Grenzen der Forschung auslösen. Zum anderen sind tradierte moralische Gewissheiten immer weniger geeignet, konsensfähige Antworten auf neue biomedizinische Herausforderungen zu geben. ²⁾ Von dieser ethischen Dimension der Forschung soll hier indes nicht weiter die Rede sein. Sie ist aber Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Frage, ob *ethische* – oder genauer: *moralische*³⁾ – Grenzen zugleich Schranken für das *Grundrecht* der Forschungsfreiheit darstellen.

In bioethischen Diskussionen geht die Annahme bestimmter ethischer Grenzen der Forschung oft mit der Vorstellung einher, das ethisch Unzulässige sei auch rechtlich verboten oder sollte zumindest mit rechtlichen Mitteln verhindert werden. Auch in der Rechtsordnung erfreut sich diese Verschränkung von Moral und Recht zunehmender Beliebtheit: Gesetze schreiben Ethikkom-

¹⁾ Statt vieler *Fuchs* ua (Hrsg) *Forschungsethik* (2010); *Pawlik/Frede*, *Forschungsfreiheit und ihre ethischen Grenzen* (2001).

²⁾ Insofern gilt der „Ethikboom“ auch als Krisenphänomen: *Waliner*, *Health Care zwischen Ethik und Recht* (2007) 4.

³⁾ Die Verwirrung um die korrekte Verwendung der Begriffe „Moral“ (als Inbegriff moralischer bzw. „sittlicher“ Sollensnormen) und „Ethik“ (als Reflexionswissenschaft der Moral) kann hier nicht aufgeheilt werden; sie spielt für den vorliegenden Kontext jedoch keine Rolle: Der Einfachheit halber wird – einem ebenso etablierten wie unpräzisen Sprachgebrauch folgend – mit „ethisch vertretbar“ der Sinn einer Aus-sage angesprochen, die ein Verhalten auf seine Vereinbarkeit mit bestimmten moralischen Normen bewertet (oder sich auf die Begründung eben dieser moralischen Normen bezieht). Das entspricht auch der Begriffsverwendung in rechtlichen Zusammenhängen, die sich an der englischen („unethical“ mit „immoral“ gleichsetzen) Terminologie orientiert. Richtig wäre freilich, statt von „unethischem“ von „unmoralischem“ Verhalten zu sprechen, vgl. *Hübner* in *Fuchs*, *Forschungsethik* (FN 1) 5; *Seelmann*, *Soft Law und Expertenverfahren als Methoden der Einbindung moralischer Kontroversen ins Recht: das Beispiel Humanforschungsrecht*, *ZSR* 2010/1, 413 (419). Zur Verwechslung von Moral und Ethik schon *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 75.

missionen die Prüfung der „ethischen Vertretbarkeit“ der Forschung vor,⁴⁾ universitäre Satzungen verankern eine Kontrolle der „ethischen Unbedenklichkeit“⁵⁾ und stellen bei fehlender „Unbedenklichkeit“ eine Untersagung in Aussicht,⁶⁾ andere Normen verweisen – direkt oder über komplizierte Verweisketten – auf unverbindliche Dokumente des bioethischen „soft law“, die ihrerseits wieder auf „ethische Standards“ Bezug nehmen, ohne im Detail erkennen zu lassen, was damit gemeint ist.⁷⁾ Die rechtlichen Folgen einer solchen „ethischen Vertretbarkeitsprüfung“ sind unterschiedlich: Manchmal hat sie nur beratende Bedeutung oder Konsequenzen für Publikationen und Förderungen, mitunter folgt daraus aber ein Forschungsverbot,⁸⁾ und selbst dort, wo die rechtlichen Wirkungen „weicher“ sind, wird die verbleibende Verbindlichkeitslücke des „Ethikvotums“ in aller Regel durch institutionsinterne Rechtsnormen wie zB universitäre Richtlinien oder Weisungen geschlossen.⁹⁾ Gelegentlich werden Forscher sogar an Weisungen der Ethikkommission in allen „Fragen der Ethik“ gebunden.¹⁰⁾

⁴⁾ Vgl zB § 15a Abs 2 Wr KAG, wonach die Ethikkommission näher bestimmte „Umstände vor allem ethisch zu beurteilen“ hat; ähnlich § 13 Abs 7 Vfbg SpitalG.

⁵⁾ ZB § 2 Satzungsstück Ethikkommission der Medizinischen Universität Graz, MittBl 22. 12. 2003, 17. Stück, Nr 38 idF MittBl 1. 4. 2009, 14. Stück, Nr 80: „Sie beurteilt die ihr vorgelegten Projekte unter Beachtung der Grundsätze, die in der Deklaration von Helsinki niedergelegt sind, der EC-GCP, der ICH-GCP sowie aller anderer in Betracht kommenden einschlägigen Rechtsvorschriften auf ihre ethische Unbedenklichkeit“. Dieser Trend ist nicht auf die Medizin beschränkt: vgl zB Satzungsstück Ethikkommission der Universität Graz, MittBl 23. 12. 2008, 13. Stück, Nr 118, § 3 Abs 1: „Alle Forschungsarbeiten [...] sind auf ihre ethische Vertretbarkeit zu prüfen.“

⁶⁾ § 6 Abs 2 Satzungsstück Ethikkommission der Universität Graz (FN 5): Können die „Bedenken an der ethischen Vertretbarkeit“ nicht entkräftet werden, so „kann das Rektorat die Durchführung des Forschungsvorhabens untersagen“.

⁷⁾ Vgl zB § 41 Abs 6 MPG idF BGBl I 2009/143, wonach bei klinischen Prüfungen von Medizinprodukten „die ethischen Prinzipien für die medizinische Forschung der Deklaration von Helsinki [...] zu beachten sind.“ Weitere Beispiele und Diskussion bei Pöschl, Von der Forschungsethik zum Forschungsrecht: Wieviel Regulierung verträgt die Forschungsfreiheit? in Körtner/Kopetzki/Druml (Hrsg) Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 90 (insb 97 ff); Kopetzki, Braucht Österreich eine Kodifikation des biomedizinischen Forschungsrechts? ibid 56 (63 ff).

⁸⁾ Für eine (mittelbare) rechtliche Bindungswirkung ablehnender Stellungnahmen von Ethikkommissionen zB § 40 Abs 4 AMG, § 40 Abs 3 MPG; näher (auch zur Rechtsqualität der Stellungnahmen) Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008) 433 ff; Eberhard, Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen – von der kollegialen Beratung zur staatlichen Behörde? in Körtner/Kopetzki/Druml (Hrsg) Humanforschung (FN 7) 152 ff.

⁹⁾ Dazu zB Kopetzki in Mayer (Hrsg) Universitätsgesetz 2002² (2010) § 30 UG Ann I.9. Vgl zB die „Standards für gute wissenschaftliche Praxis“ der Medizinischen Universität Graz (www.meduni-graz.at/gsp): „Forschungsprojekte dürfen erst begonnen werden, nachdem die Ethikkommission eine schriftliche Genehmigung erteilt hat“.

¹⁰⁾ ZB § 6 des Satzungsstücks „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis an der Medizinischen Universität Innsbruck“, MittBl 4. 5. 2005, Nr 115: „Bei wissenschaftlichen Arbeiten, die Fragen der Ethik berühren, unterstehen die Durchführenden den Weisungen und Empfehlungen der lokalen Ethikkommission [...]“.

Wie auch immer man solche „Ethikklauseln“ im Einzelnen auslegen mag¹¹⁾ – gemeinsam ist ihnen jedenfalls, dass sie in der einen oder anderen Weise auf außerrechtliche – moralische – Kriterien verweisen. Diese „Re-Moralisierung“ der Forschung¹²⁾ wirft verfassungsrechtliche Fragen auf. Eine davon soll im Folgenden in mehreren Facetten beleuchtet werden: Zum einen kann – die deutsche Diskussion zur „ethischen Limitierung“ der Forschungsfreiheit aufgreifend¹³⁾ – gefragt werden, ob die Freiheit der Wissenschaft gem Art 17 Abs 1 StGG unter einer immanenten Gewährleistungsschranke im Sinne der Wahrung moralischer bzw „sittlicher“ Standards steht (II) oder ob das Schutzgut der „Wissenschaft“ solche Kriterien als genuines Begriffsmerkmal einschließt (III). Zum anderen interessiert, inwieweit der Gesetzgeber innerhalb jenes Gestaltungsrahmens, der ihm durch Art 17 StGG trotz der scheinbaren Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts offen steht, Zulässigkeitsgrenzen für die Forschung aus moralischen Gründen verankern darf (IV). Abschließend ist ein Blick auf völkerrechtliche und unionsrechtliche Aspekte zu werfen (V).

II. Steht Art 17 Abs 1 StGG unter „Sittlichkeitsvorbehalt“?

„Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei“. Dieser lapidare Satz des Art 17 Abs 1 StGG geht auf § 18 des Grundrechtsentwurfs des Kremsierer Reichstages 1848/49 zurück, der seinerseits durch die deutsche Paulskirchenverfassung beeinflusst war.¹⁴⁾ Das StGG 1867 hat den Text wortgleich aus dem Kremser Entwurf übernommen und folgte damit – „mit sehr wenigen und geringen Ausnahmen“¹⁵⁾ – der Verfassung vom März 1849. In beiden Häusern des Reichsrates wurde Art 17 StGG ohne weitere inhaltliche Diskussion beschlossen¹⁶⁾ und schließlich vom B-VG 1920 unverändert rezipiert.

Materialien aus dem Entstehungsprozess, die für eine historische Auslegung des Art 17 StGG fruchtbar gemacht werden können, finden sich daher nur aus den Revolutionsjahren 1848/49. Der Kremser Reichstag wurde zwar aufgelöst, bevor die langwierige Plenardebatte die Wissenschaftsfreiheit erreichen konnte. Die Protokolle des Verfassungsausschusses belegen jedoch eine

¹¹⁾ Vgl (für Deutschland) etwa *Fateh-Moghadam/Atzeni*, Ethisch vertretbar im Sinne des Gesetzes. Zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungs-Ethikkommissionen, in *Vönelky ua* (Hrsg) Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht (2009) 115 ff.

¹²⁾ Vgl (auch zum deutschen Diskussionsstand) *Schulte* und *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVdStL 65 (2006) 110 (134 ff) und 146 (196 ff).

¹³⁾ Nachweise in FN 35.

¹⁴⁾ Zu Einflussfaktoren und zur Entwicklung mwN *Wielinger*, Die Freiheit der Wissenschaft, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992) 175 (177); *Kröll*, Kulturelle Rechte, in *Merten/Papier* (Hrsg) HB der Grundrechte VII/1 (2009) 351 (352 ff); *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 113 ff.

¹⁵⁾ *Sturm*, StenProtAH, I. Sess, 32. Sitzung 8. 10. 1867, 779. Dazu *Haider*, Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867 (1997) 118 ff.

¹⁶⁾ Vgl StenProtAH I. Sess, 32. Sitzung 8. 10. 1867, 778 ff; StenProtHH 4. Sess, 22. Sitzung 13. 12. 1867, 387 ff; mwN *Haider*, Protokolle (FN 15) 146.

Auseinandersetzung, die direkt zum Zentrum unseres Themas führt: Während der Verhandlungen brachte der Abgeordnete *Hein* einen Abänderungsantrag ein, der folgende Formulierung vorschlug: „Wissenschaft und Unterricht ist frei. Der Gebrauch dieser Freiheit ist aber an die Bedingungen der Sittlichkeit und der Fähigkeit gebunden und unterliegt insofern dem Aufsichtsrechte des Staates.“¹⁷⁾ Dieser Antrag wurde vor der Abstimmung zurückgezogen. Damit war auch die Schranke der „Bedingungen der Sittlichkeit“ wieder in der Versenkung verschwunden; sie tauchte in weiterer Folge nie mehr auf.

Die Hintergründe dieser schnellen Verabschiedung des „Sittlichkeitsvorbehaltes“ berichtet *Fischel* leider nicht. Entgegen der im Schrifttum vertretenen Ansicht, man habe die „Bindung des Wissenschaftlers an die Sittengesetze“ als „begriffliche Gewährleistungsschranke“ vorausgesetzt,¹⁸⁾ legen der Diskussionsverlauf und die liberale politische Zielsetzung, die mit der Kodifikation der Grundrechte verfolgt worden ist,¹⁹⁾ vielmehr den Schluss nahe, dass eine so vage Grundrechtsschranke gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wurde: Sie hätte das stete Ringen um die möglichst genaue Formulierung grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte konterkariert; man wollte „unbestimmte und elastische Begriffe“ nach Möglichkeit vermeiden.²⁰⁾

Die These eines immanenten „Sittlichkeitsvorbehaltes“ zu Art 17 Abs 1 StGG überzeugt auch aus systematischen Überlegungen nicht: Immerhin enthält das StGG an anderer Stelle sehr wohl ein Grundrecht, dessen Ausübung – durchaus im Kontrast mit den Bemühungen um Präzision – an die Einhaltung der „Sitten“ geknüpft war.²¹⁾ Die Aufnahme einer solchen Bedingung in einem einzigen Artikel zeigt, dass dem historischen Gesetzgeber die Vorstellung einer Grundrechtsbeschränkung aus Gründen der Moral nicht ganz fremd war. Das spricht aber dagegen, auch für andere Grundrechte eine „stillschweigend vorausgesetzte“ Grundrechtsschranke der Sittlichkeit anzunehmen, zumal diese angesichts ihrer Unbestimmtheit von uferloser inhaltlicher Reichweite wäre. Anders als § 16 ABGB, der noch ein außerhalb des positiven Rechts existierendes Naturrecht voraussetzte, zielten die Kodifikationsbemühungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts auf die Schaffung von Normen des positiven Verfassungsrechts,²²⁾ deren Anwendung ohne Ergänzung durch außerrechtliche

¹⁷⁾ *Fischel*, Die Protokolle des Verfassungsausschusses über die Grundrechte. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Reichstages vom Jahre 1848 (1912) 132 f.

¹⁸⁾ *Kornfeld*, Das Tierversuchsgesetz 1988. Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation (1994) 228 f.

¹⁹⁾ Dazu (zum StGG 1867) nur *Zybliekiewicz*, StenProtAH I. Sess, 32. Sitzung 8. 10. 1867, 786; *Haider*, Protokolle (FN 15) 50, 55 ff, 150.

²⁰⁾ Vgl. *Fischel*, Protokolle (FN 17) 76. Auch die Diskussion 1867 stand unter dem Ziel der Vermeidung von „ganz unbestimmte[n] und dem subjektiven Ermessen anheimgestellte[n]“ Eingriffsvoraussetzungen; mwN *Haider*, Protokolle (FN 15) 125 f.

²¹⁾ Art 16 StGG zum Recht auf häusliche Religionsausübung (sofern „weder rechtswidrig, noch sittenverletzend“); *Haider*, Protokolle [FN 15] 120, 214, 262; Anklänge schon in § 14 des Riegerschen Urtextes; *Fischel*, Protokolle [FN 17] 181. Diese Sittlichkeitschranke blieb bis zur Derogation des Art 16 StGG durch Art 63 Abs 2 StV St. Germain – der weiterhin eine Grenze der „guten Sitten“ vorsteht – in Geltung.

²²⁾ *Wenger/Winkler*, Die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre (1974) 4.

Normenordnungen auskommen sollte: Man wollte „ein positives Gesetz erlassen“ und dieses daher nicht „mit philosophischen Spekulationen“ belasten.²³⁾

Hinzukommt noch, dass die Stoßrichtung der Wissenschaftsfreiheit maßgeblich gegen die (katholische) Kirche und ihre Definitionsansprüche über „moralische Wahrheiten“ gerichtet war.²⁴⁾ Die Kirche leistete daher auch massiven Widerstand gegen die Befreiung von Kunst und Wissenschaft von überkommenen „Sittlichkeitsstrahlen“. ²⁵⁾ Eine implizite Grundrechtsschranke unter Rückgriff auf herrschende Moralvorstellungen würde der auf eine selbstbestimmte und von theologischen Bindungen befreite Wahrheitssuche abzielenden Schutzrichtung des Grundrechts zuwiderlaufen. Es ist gerade der potenzielle Widerspruch wissenschaftlicher Erkenntnis zu etablierten Vorstellungen, Anschauungen oder Ideologien, die die eigentliche ratio für den spezifisch grundrechtlichen Schutz der Wissenschaft ausmacht.²⁶⁾

Vollends abwegig wäre die „begriffliche Gewährleistungsschranke“ der „Sittlichkeit“ schließlich, wenn damit ein von gesetzlicher Konkretisierung losgelöster immanenter „Sittlichkeitsvorbehalt“ gemeint sein sollte: Wenn der vorbehaltlos formulierten Wissenschaftsfreiheit nicht einmal ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt unterstellt werden darf,²⁷⁾ dann spricht dies umso mehr gegen einen „Moralvorbehalt“. Der damit verbundene Verzicht auf die Rechtsatzform des Gesetzes würde jene rechtsstaatlichen Sicherungen unterlaufen, die mit der Rückbindung von Grundrechtseingriffen an parlamentarische Willensbildungen intendiert waren. Auch für die Wissenschaftsfreiheit gilt daher, dass sie zwar immanenten Gewährleistungsschranken unterliegt, diese Schranken aber nicht von irgendwem, sondern vom Gesetz zu bestimmen sind.²⁸⁾ Das

²³⁾ Hinweise bei *Fischel*, Protokolle (FN 17) 74. Daher unterblieb auch ein einleitender Appell an die „Würde“ des Menschen (ibid).

²⁴⁾ *Ermanora*, HB der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 464, 466; *Wielinger*, Freiheit der Wissenschaft (FN 14) 179 mwN; zu den geistigen Wurzeln der Wissenschaftsfreiheit in der Aufklärung und der Befreiung von theologischen Bindungen mwN *Deminger* in GG-AK² I, Art 5 GG Rz 1 ff; *Mäger*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg) HB des Staatsrechts³ VII (2009) § 166 Rz 2 ff.

²⁵⁾ Nachzulesen etwa anlässlich der Diskussion des Gesetzes über die Organisation der Universitätsbehörden: Dem liberalen Geist an den Universitäten wurde von kirchlichen Amtsträgern ein ganz anderes ethisches Leitbild der Forschung entgegengehalten: Es müsse „der Glaube befestigt“ und „die christliche Wahrheit vor Missverständnissen und Irrthümern bewahrt“ werden (Kardinal *Rauscher*, StenProtHH 7. Sess, 21. Sitzung 27. 1. 1873, 262). Die anschließende Brandrede gegen „Materialismus“, „Atheismus“, „Sozialismus“ und „Positivismus“ mündet in die These, eine „Lehre von der Welt ohne Gott und Geist“ sei eben „keine exacte Wissenschaft“ (ibid 264).

²⁶⁾ *Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz² (2008) 543; *Schulte*, VVDStL 65 (2006) 138, spricht von einer „Ent-Moralisierung“. Ebenso wie andere Grundrechte kann daher die Wissenschaftsfreiheit ihre Wirkungen auch gegen den moralischen Zeitgeist entfalten: vgl. *Walter*, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Österreich, in *Vogel* (Hrsg) Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle (1979) I (20).

²⁷⁾ Statt vieler *Berka*, Die Grundrechte (1999) 345 Rz 593.

²⁸⁾ *Berka*, Grundrechte Rz 290. Nur ein solches Verständnis wird dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip zwischen individueller Freiheit und staatlicher Eingriffsbefugnis gerecht; vgl. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928) 126; *Merkel*, Allgemeines

Vertrauen der liberalen Bewegung an die äußere Form des Gesetzes – ihr „war das geschriebene Recht an sich das Wesentliche“²⁹⁾ – ist auch verständlich, da erst diese Formbindung Schutz gegen die Deutungshoheit jener konservativen Kräfte bot, gegen die sich der Freiheitsdrang des Liberalismus richtete. Die Formulierung *Jehring's* von der Form als „Zwillingsschwester der Freiheit“³⁰⁾ hat diesen Zusammenhang plastisch zusammengefasst.

Die Annahme eines impliziten „Sittlichkeitsvorbehaltes“ zur Wissenschaftsfreiheit hält also einer verfassungsrechtlichen Analyse nicht stand. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht, dass diese Problematik in der verfassungsrechtlichen Literatur zum StGG – sieht man von den eingangs zitierten Zweifeln bei *Korff/Feind* ab³¹⁾ – auch nicht mehr aufgegriffen wurde. Lediglich *Ermacora* erinnerte 1963 kurz an das „Sittengesetz [als] Schranke der Forschung“, fügte aber gleich klärend hinzu, dass es sich dabei eben nur um eine moralische, aber keine rechtliche Bindung handeln kann: Denn das Sittengesetz wird „nur für jenen eine Schranke sein, der sich ihm verpflichtet fühlt“.³²⁾ Seither dürfte Konsens bestehen, dass Art 17 StGG nicht unter „Ethikvorbehalt“ steht.³³⁾ Selbst zum deutschen Grundgesetz, dem Verweisungen auf außerrechtliche Normenordnungen weniger fremd sind als der österreichischen Verfassung – und das in Art 2 GG eine Schranke des „Sittengesetzes“ enthält³⁴⁾ –, konnten sich die Befürworter „ethischer Limitierungen“ der Wissenschaftsfreiheit nicht durchsetzen.³⁵⁾

Verwaltungsrecht (1927) 160. Auch der Forscher muss sich Eingriffe in seine Freiheit erst gefallen lassen, wenn diese rechtlich – und nicht nur moralisch – begründbar sind.

²⁹⁾ Zitiert nach *Haidler*, Protokolle 56. Zum Bestreben, „die echte Freiheit durch das Gesetz zu sichern“ auch StProtAH I, Sess 32, Sitzung 8. 10. 1867, 779.

³⁰⁾ *Jehring*, Geist des Römischen Rechts³ II/2 (1875) 471. Denn, so *Jehring* weiter, feste Formen „lassen sich nur brechen, nicht biegen“.

³¹⁾ FN 18.

³²⁾ *Ermacora*, Grundfreiheiten (FN 24) 475.

³³⁾ Zuletzt zB *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 116, 131; *Kopetzki*, Kodifikation (FN 7) 83. „Ethische“ Schranken der Forschungsfreiheit werden zwar vielfach angesprochen, dann aber – mehr oder weniger plausibel – verfassungsrechtlich begründet: statt vieler zB *Loeberstein*, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen II, JBl 1987, 749 (756); *Kind*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Gentechnik, ÖJZ 2002, 81 (90); *Eisenberger*, Technik der Grundrechte – Grundrechte der Technik, in FS Korinek (2010) 115 (118 ff); zu einer unionsrechtlichen Legitimierung von Forschungsschranken *Harrer*, Anpassungserfordernisse im Recht der Tierversuche, ÖJZ 1995, 854 (855).

³⁴⁾ Die Schranke des „Sittengesetzes“ (vgl. Art 2 Abs 2 GG) gilt nicht für die Wissenschaftsfreiheit gem. Art 5 III GG: *Pernice* in *Dreier* (Hrsg) GG-Kommentar I (1996) Art 5 GG Rz 33; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum GG⁹ (1999) Art 5 Rz 17; *Oppermann*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg) HB des Staatsrechts² VI (2001) § 145 Rz 27.

³⁵⁾ Bejahend zB *Scholz* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art 5 III GG Rz 61, 186 („ethisch-immanente Schranke“ des „Sittengesetzes“); eine „ethische Limitierung“ jenseits positivrechtlich begründbarer verfassungsimmanenter Schranken ablehnend hingegen *Wendt* in *MünchKunig*, GG-Kommentar⁵ I (2000) Art 5 Rz 101a; *Hafßmann*, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung (2003) 108;

III. Moral als Element des Schutzgutes „Wissenschaft“?

Art 17 Abs 1 StGG schützt die „Wissenschaft“. Auf der Ebene der Auslegung des Schutzgutes kann sich die Frage nach ethischen Schranken der Wissenschaftsfreiheit neuerlich stellen. Wäre die Einhaltung ethisch-moralischer Standards ein Element der „Wissenschaftlichkeit“, dann würde „unethische“ Forschung das Attribut „wissenschaftlich“ einbüßen und jenen Schutz verlieren, den Art 17 StGG der „Wissenschaft“ verspricht.

Es gehört zu den Gewissheiten der Forschungsethik, dass „unwissenschaftliche Forschung“ am Menschen zugleich „unethisch“ ist.³⁶⁾ Denn sie bringt Belastungen und Risiken für die Versuchspersonen mit sich, denen kein wissenschaftlicher Nutzen gegenüber steht. Mitunter wird diese Gleichung auch umgedreht und die „ethische Korrektheit“ als „Teil der wissenschaftlichen Qualität“ erklärt.³⁷⁾ Dass es dabei nicht nur um Fragen der Semantik geht, zeigt die Diskussion über die „Good scientific practice“: Diese stellen nach häufiger Auffassung keine Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit dar, weil sie nur konkretisieren, was als wissenschaftlich zu gelten hat, auch im Hinblick auf „wissenschaftsethische Vorstellungen“.³⁸⁾ Ihr Ziel sei nicht, Forschung zu beschränken, sondern Erkenntnis „rein und wahr“ zu erhalten.³⁹⁾

a) Da der Wissenschaftsbegriff in Art 17 StGG vorausgesetzt, aber nicht definiert wird, könnte man zunächst die „scientific community“ befragen,⁴⁰⁾ ob die „Wissenschaftlichkeit“ einer Methode auch moralische Aspekte einschließt. Einhellige Antworten sind vom Selbstverständnis der Wissenschaften zwar nicht zu erwarten, da die wissenschaftstheoretischen Konzepte zu stark divergieren. Es dürfte aber weithin anerkannt sein, dass die Qualifikation einer Aussage als „wissenschaftlich“ ganz wesentlich davon abhängt, inwieweit diese einer intersubjektiven Nachprüfbarkeit und Falsifizierbarkeit zugänglich

Schwarz, Strafrechtliche Grenzen der Stammzellenforschung, MedR 2003, 158 (160 ff); *Lorenz*, Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenzen grundrechtlicher Gewährleistung, in FS Lerche (1993) 267 (268); *Misera-Lang*, Dogmatische Grundlagen der Einschränkbarkeit vorbehalter Grundrechte (1999) 93 ff; skeptisch gegen eine „ethische Verantwortung“ des Forschers auch *Oppermann* in HB des Staatsrechts² (FN 34) § 145 Rz 29.

³⁶⁾ Statt vieler und mwN *Victor*, Klinische Studien: Notwendigkeit der Registrierung aus der Sicht der Ethikkommissionen, DÄB 101 (2004) A 2111 (2115).

³⁷⁾ Statt vieler *H. Mayer*, Qualitätssicherung und Ethik in der Pflegeforschung in Österreich, in *Körner/Kopetzki/Druml* (Hrsg) Humanforschung (FN 7) 240 (242). Auch unter Medizinern ist die Ansicht verbreitet, dass moralische Aspekte „der Medizin inhärent“ seien: *Ten Have/Kimsma*, Der Wandel der Anschauungen in der medizinischen Ethik, in *Sass/Viehnes* (Hrsg) Güterabwägung in der Medizin (1991) 137 (145).

³⁸⁾ *Mamtl*, Sicherung wissenschaftlicher Qualität, in *M. Novak* (Hrsg) Res Universitatis. FS Funk (2003) 191 (201). Differenzierender (wenngleich mit unterschiedlichen Gewichtungen) *Grimm*, Forschungskontrolle zwischen wissenschaftlicher Qualität und Wissenschaftsfreiheit, in *Körner/Kopetzki/Druml* (Hrsg) Humanforschung (FN 7) 177 (183, 199 ff); *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 131 ff.

³⁹⁾ *Mamtl*, Sicherung (FN 38) 201.

⁴⁰⁾ Zu diesem Rückgriff *Oppermann* in HB des Staatsrechts² (FN 34) § 145 Rz 38; *Berka*, Grundrechte Rz 589; *Müller-Schefer*, Grundrechte (FN 26) 543.

ist.⁴¹⁾ Im Lichte dieser Kriterien von „Wissenschaftlichkeit“ müssen moralisch-ethische Aspekte aus der Sicht einer beschreibenden Wissenschaft tendenziell zum „exterritorialen Gebiet“⁴²⁾ gezählt werden. Auch wenn man einräumt, dass der Topos wissenschaftlicher Objektivität selbst zeitgebunden und wandelbar ist,⁴³⁾ beruht er doch auf der Prämisse der Wahrheitsfähigkeit und bezieht sich damit auf ein ganz anderes Leitbild als die Moral: Bei bewertend-normativen Aussagen gibt es keine „Wahrheitsfähigkeit“ im Sinne einer intersubjektiven Nachprüfbarkeit. Werturteile setzen vielmehr eine als gültig angesehene Sollenorm voraus⁴⁴⁾ – und diese Geltungsansprüche fußen auf weltanschaulich geprägten Grundannahmen, die so pluralistisch sind wie jene Moralkonzeptionen, auf die sie sich stützen. Was sein *soll*, ist keine Frage wissenschaftlicher Erkenntnis, und umgekehrt: Systeme von Forderungen sind keine Wissenschaft.⁴⁵⁾

An diesem Befund ändern auch die Besonderheiten der Medizin nichts. Medizinisches Handeln baut zwar nicht bloß auf empirisch-naturwissenschaftlichen Annahmen auf, sondern impliziert wegen seiner pragmatischen Ausrichtung auf ein konkretes Handlungsziel Güterabwägungen, die ohne wertende und normative Elemente nicht möglich sind.⁴⁶⁾ Deshalb wird die Medizin als „praktische Kunst“ bezeichnet, deren Ausübung „durch spezifische moralische Bedingungen und Anforderungen definiert ist.“⁴⁷⁾ Das ist aber kein Grund, die Unterscheidung zwischen wissenschaftlichen und moralischen Aussagen aufzugeben: Dass sich bei der *praktischen* Anwendung der Medizin moralische Wertungsfragen stellen, bedeutet noch nicht, dass diese Wertungen Teil der medizinischen Wissenschaft sind. Die medizinische Praxis ist keine wissenschaftliche Tätigkeit,⁴⁸⁾ auch nicht im Sinn des Art 17 StGG.⁴⁹⁾ Für viele prak-

⁴¹⁾ Dazu nur *Potacs*, Wissenschaftsfreiheit und Grundrecht auf Datenschutz, ZfV 1986, 6 (7); *Mager* in HB des Staatsrechts³ VII (FN 24) § 166 Rz 8.

⁴²⁾ *Hornjélder*, Biomedizinische Ethik und Globalisierung, in *Eser* (Hrsg) Bioethik und Menschenrechte (1999) 38 (42). Zur Ausdifferenzierung wissenschaftlicher und moralischer Betrachtungsebenen in der neuzeitlichen Wissenschaftsgeschichte *Böhm*, Wissenschaft und Medizin. Über die Grundlagen der Wissenschaft (1998) 233 ff, insb 244 ff. Die „Verwissenschaftlichung“ der Medizin war Gegenprogramm zur Moral und zielte auf Emanzipation von jeglicher Metaphysik (ibid 11 ff, 52 ff, 173 ff).

⁴³⁾ Vgl zB *Daston/Galison*, Objektivität (2007).

⁴⁴⁾ Dazu ausführlich *Radnitzky*, Wertfreiheitsthese: Wissenschaft, Ethik und Politik, in *Radnitzky/Andersson* (Hrsg) Voraussetzungen und Grenzen der Wissenschaft (1981) 47 (74 ff). Kurz: Normen sind weder wahr noch unwahr, sondern gültig oder ungültig; grundlegend schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre 19.

⁴⁵⁾ Vgl *Topitsch*, Vom Ursprung und Ende der Metaphysik (dtv 1972) 329.

⁴⁶⁾ So finden bei der Indikationssstellung Risiko/Nutzen-Beurteilungen statt, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ähneln: *Wölff*, Ethische Güterabwägung in der klinischen Medizin, in *Sass/Fiehues*, Güterabwägung (FN 37) 108 ff.

⁴⁷⁾ *Birnbacher*, Pathologien an der Nahtstelle von Recht und Ethik in der Biomedizin, ARSP 2010/4, 435 (441). Über dieses Verhältnis zwischen Medizin und Moral wird seit Platon ohne Aussicht auf Konsens diskutiert; dazu nur *Pellegrino/Thomasma*, Philosophical Basis of Medical Practice (1981).

⁴⁸⁾ Zur Unterscheidung zwischen der Medizin als „moralische Unternehmung“ und der medizinischen Forschung *Pellegrino/Thomasma*, Philosophical Basis (FN 47)

tische Entscheidungen verfügt die medizinische Wissenschaft gar nicht über geeignete Ressourcen, da etablierte Kriterien fehlen.⁵⁰⁾ Zu Recht wird daher auch für die Medizin an der Unterscheidung zwischen ethischen Maximen *an die Medizin* und den wissenschaftlich begründeten *leges artis der Medizin* festgehalten.⁵¹⁾ So gesehen kann medizinische Forschung auch wissenschaftlich sein, wenn sie unmoralisch ist.⁵²⁾

b) Wie auch immer man zu den wissenschaftstheoretischen Konzeptionen zum Verhältnis von Moral und Wissenschaft und zur Wertfreiheit wissenschaftlicher Aussagen stehen mag:⁵³⁾ Für die Interpretation des verfassungrechtlichen Wissenschaftsbegriffs kann das wissenschaftsinterne Verständnis ohnehin nicht den Ausschlag geben, weil dem Art 17 StGG keine Bezugnahme auf eine bestimmte Wissenschaftstheorie zugrunde liegt.⁵⁴⁾ Aus guten Gründen wird daher der Begriff der „Wissenschaft“ von der herrschenden Lehre und

175. Die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse verhält sich zur medizinischen Wissenschaft wie die Rechtsanwendung zur Rechtswissenschaft. Der urteilende Richter ist ebenso wenig wissenschaftlich tätig wie der praktizierende Arzt.

⁴⁹⁾ Deshalb ist die kurative medizinische Tätigkeit im klinischen Bereich Medizinischer Universitäten auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive vom Schutzbereich des Art 17 StGG (und der damit implizierten Weisungsfreiheit) ausgenommen: vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer* (Hrsg) UG 2002² (2010), Art 81c B-VG Anm IV.

⁵⁰⁾ *Birnbacher*, ARSP 2010/4, 441.

⁵¹⁾ *Krings*, Maximen und Gebote, in *L. Koslowski* (Hrsg) Maximen in der Medizin (1992) 3 (7): „Die Regeln der ärztlichen Kunst sind ‚sui generis‘ und autonom. In diese greifen keine ethischen Maximen ein. [...] Diese sind ihrerseits Regeln ‚sui generis‘“. Gegen „die leider so oft vorgenommene Verwechslung von ethischen und medizinischen Urteilen“ auch *Ameleung* (Hrsg) Ethisches Denken in der Medizin (1992) 21.

⁵²⁾ Die Medizingeschichte bietet eine Fundgrube moralisch fragwürdiger Forschung, vgl nur *Winau*, Versuche mit Menschen – historische Entwicklung und ethischer Diskurs, in *Böhme/LaFleur/Shimazono* (Hrsg) Fragwürdige Medizin (2008) 39. Für die wissenschaftliche Qualität anatomischer und pathologischer Erkenntnisse von *Cajal* war es beispielsweise irrelevant, dass die dafür nötigen Leichen durch kriminelle Akte des Grabraubes besorgt wurden (zum Beispiel *Daston/Galison*, Objektivität 191 ff).

⁵³⁾ Zum Streit um die Wahrheitsfähigkeit ethischer Aussagen und Werturteile vgl den Überblick bei *Voneky*, Ethische Experten und moralischer Autoritarismus, in *Voneky* ua (Hrsg) Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht (2009) 85 (88 ff).

⁵⁴⁾ MWN *Wenger/Winkler*, Wissenschaft (FN 22) 73. Es ist in diesem Zusammenhang daher unerheblich, wie man es mit dem Postulat der „Wertfreiheit“ von Wissenschaft hält: Da sich der Staat – und damit auch die Auslegung staatlichen Rechts – in die Wahrheitsansprüche der einzelnen „Moralen“ nicht schlichtend und unterstützend einmischen darf, können diese für die Auslegung des Art 17 StGG nicht maßgeblich sein. Wer an die objektive Erkennbarkeit von „moralischen Werten“ glaubt, muss dennoch einräumen, dass der Wertrelativismus ein konstitutives Element demokratischer Rechtsstaatlichkeit ist (*H. Dreier*, Joh 18, Wertrelativismus und Demokratietheorie, in *Walter/Zeleny* [Hrsg] Reflexionen über Demokratie und Recht. in FS Jabloner [2009] 13 ff) und daher kein Anlass besteht, der Verfassung eine über das positive Recht hinausgehende Parteinahme zugunsten bestimmter moralischer „Wahrheiten“ zuzusinnen.

Judikatur seit jeher sehr formal ausgelegt.⁵⁵) Seine Merkmale müssen nach „objektiven, nicht bloß von der subjektiven Meinung des Betroffenen [...] abhängigen Kriterien feststellbar und grundsätzlich nachvollziehbar sein.“⁵⁶) Diese „formale“ Begriffsbildung richtet sich nicht nur gegen inhaltliche Kriterien fachlicher „Richtigkeit“, sondern auch gegen Aufladungen mit moralischen Kriterien. Ob unter Wissenschaft das methodengeleitete „Aufsuchen neuer Erkenntnisse“⁵⁷) oder der „ernsthafte Versuch“ verstanden wird, „in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“⁵⁸) – immer ist es die Kombination aus der Bindung an bestimmte Methoden mit einem bestimmten Erkenntnisziel, das den Schutzbereich des Art 17 StGG eröffnet. Zweckerichtete, entgeltliche oder methodisch zweifelhafte Forschungen liegen demnach ebenso im Schutzbereich wie ethisch bedenkliche, anstößige oder nutzlose Aktivitäten.⁵⁹) Jeder Import moralischer Elemente in den Wissenschaftsbegriff wäre ein verpöntes inhaltliches Kriterium und würde den Schutzbereich auf die „richtige“ Wissenschaft einengen.⁶⁰) Auf der Ebene des Schutzbereichs ist also die Trennung von Wahrheitssuche und Moral als Konstituens der Wissenschaft zu wahren.⁶¹)

c) Schließlich würde die Einbeziehung ethischer und/oder rechtlicher Kriterien in den Wissenschaftsbegriff auch mit der *Internationalität* von Wissenschaft kollidieren. Die „Wissenschaftlichkeit“ eines Vorhabens richtet sich

⁵⁵) Zu diesem „formalisierten“ Wissenschaftsbegriff *Wenger/Winkler*, Wissenschaft (FN 22) 73, 86 ff.; *Potacs*, ZfV 1986, 7; *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 114 f.

⁵⁶) *Wenger/Winkler*, Freiheit der Wissenschaft (FN 22) 87.

⁵⁷) VfSlg. 3191/1957.

⁵⁸) *Rebhahn*, Weisungen im Universitätsbereich (1982) 24; ähnlich *Berka*, Grundrechte Rz 589; *Potacs*, ZfV 1986, 7 f.

⁵⁹) Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 291. Näher *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 116; *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.) Biotechnologie und Recht (2002) 15 (52 f.); *ders.*, Stammzellforschung in Österreich – eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, in *Körner/Kopetzki* (Hrsg.) Stammzellforschung (2008) 269 (294).

⁶⁰) Daher begründet Art 17 StGG auch keine „Innovationsausrichtungsverantwortung“ der Forschung; zutreffend *Eisenberger*, in FS Korinek (FN 33) 126 f.

⁶¹) MvN für Deutschland *Schwarz*, MedR 2003, 161. Gegen „ethische Limitierungen“ des Schutzbereichs zB *Haßmann*, Embryonenschutz (FN 35) 108; *Wendt* in *Minck/Kunig* (FN 35) Art 5 GG Rz 101 a. Nur vor diesem Hintergrund wird auch nachvollziehbar, dass § 105 UG einen Gewissenschutz für Universitätsangehörige bei der Mitwirkung an wissenschaftlichen Arbeiten verankert: Die Mobilisierung des individuellen Gewissens des einzelnen Forschers und der dahinter stehenden weltanschaulichen Überzeugungen kann zwar dazu beitragen, dass Wissenschaft als arbeitsteilige Unternehmung insgesamt verantwortungsbewusst wahrgenommen wird (dazu *Berka*, Wissenschaftsfreiheit an staatlichen Universitäten: Zur Freiheit und Verantwortung des Wissenschaftlers, in FS Pernthaler [2005] 67 [71 ff]). Indem sie die ethische Verantwortung in die höchstpersönliche Entscheidung zurückverweist, bestätigt sie aber umgekehrt die Freiheit der Forschung für jene, die solche Gewissensvorbehalte nicht haben.

nach einem internationalen Maßstab.⁶²) Für ethische Bewertungen – und umso mehr für die durch diese geprägten nationalen Rechtsordnungen – ist ein solcher internationaler Bezugspunkt aber nicht gegeben. Sie sind nicht nur innerhalb ein und desselben Kulturkreises „plural“; je nach kulturellen, historischen und religiösen Kontexten fallen auch die jeweils überwiegenden Moralauffassungen divergent aus: Was im einen Land als ethisch unbedenkliche Methode angesehen wird, kann anderswo als schwerer Tabubruch gelten.⁶³)

IV. Grundrechtsschranken

A. Allgemeines

Die Suche nach den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit spitzt sich somit auf die Frage zu, aus welchen Gründen der Gesetzgeber Einschränkungen vorsehen darf und welche Spielregeln er dabei zu beachten hat. Dabei kann von gesichertem Terrain ausgegangen werden, das hier nicht neuerlich sondiert werden muss.⁶⁴) Die Wissenschaftsfreiheit ist vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Sie lässt die Bindung des Forschers an die „Schranken der allgemeinen Gesetze“ unberührt. Verboten sind lediglich „intentionale Eingriffe“ in die Wissenschaftsfreiheit, und auch dies nur dann und insofern, als nicht weitergehende „systematische“ Schranken aus Bestimmungen im Verfassungsrang bestehen. Zutreffend wird daher davon gesprochen, dass die Freiheit der Wissenschaft „verfassungsimmanente Grenzen an den Grundrechten der Mitmenschen“ findet.⁶⁵)

B. „Allgemeine“ und „spezifische“ Gesetze

Im Detail ist freilich manches mit Unschärfen behaftet, weil die Begriffe der „allgemeinen Gesetze“ und der „intentionalen Eingriffe“ schillernd sind.⁶⁶) Richtigerweise wird bei dieser Unterscheidung nicht auf die „Intention“ abzustellen sein, sondern darauf, ob eine gesetzliche Regelung (unmittelbar oder

⁶²) *Wenger/Winkler*, Freiheit der Wissenschaft (FN 22) 92; *Schulte*, VVDStL 65 (2006) 111; zur Internationalität des „anerkannten medizinischen Standards“ bei der Auslegung des einfachgesetzlichen Rechts mwN *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 165; *Leitschner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 34 f., 153 f.; *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg.) Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 9 (14).

⁶³) Man vergleiche nur die divergierenden Positionen innerhalb Europas zur embryonalen Stammzellforschung oder zu den „Einwilligungsmodellen“ in der Transplantationsmedizin. Illustrativ zur nationalen und historischen Vielfalt ethischer Werthaltungen *Maio*, Ethik der Forschung am Menschen (2002) 181 ff.

⁶⁴) Übersicht zum Meinungsstand bei *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 127 ff.

⁶⁵) *Berka*, Grundrechte Rz 595.

⁶⁶) *Berka*, Grundrechte Rz 594; grundlegend *ders.*, Das allgemeine Gesetz als Schranke grundrechtlicher Freiheit, in FS Koja (1998) 221.

mittelbar) *spezifisch* für die Forschung gilt oder nicht.⁶⁷⁾ „*Allgemeine Gesetze*“ sind somit solche, die bestimmte Rechte und Rechtsgüter unabhängig vom Forschungskontext schützen und die nicht nur, aber jedenfalls auch bei der Forschung beachtlich sind. Diese schrankenziehende Funktion der allgemeinen „gesetzlichen Ordnung“ war schon in der Monarchie anerkannt⁶⁸⁾ und kann daher auch nach der Rezeption des StGG durch das B-VG aufrechterhalten werden. Ob die Bindung an „allgemeine Gesetze“ überhaupt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff bedeutet – oder ob der Zugriff auf fremde Rechte und Schutzgüter bereits auf der Tatbestandsebene aus dem Schutzbereich herausfällt⁶⁹⁾ – wird uneinheitlich beurteilt und hängt mit dem Unsicherheiten der Eingriffsdogmatik vorbehaltloser Grundrechte zusammen.⁷⁰⁾ Bessere Gründe sprechen für eine weite Tatbestandslösung, die solche Kollisionen erst bei der Bestimmung der (immanenten) Gewährleistungsschranken thematisiert.⁷¹⁾ Aus dieser Sicht liegt dann auch der Versuch am Menschen im Schutzbereich.⁷²⁾

Intentionale – oder besser: *spezifische* – Eingriffe sind hingegen jene, die sondergesetzlich nur für die Forschung vorgesehen sind oder die nach ihrer Intention und Wirkung gerade den Forscher treffen.⁷³⁾ Sie sind entgegen einer verkürzten Rezeption der verfassungsgerichtlichen Spruchformeln nicht generell verboten, bedürfen aber der Begründung, dass sie zum Schutz (gegenläufiger) Grundrechte oder anderer im *Verfassungsrang* geschützter Rechtsgüter geboten und verhältnismäßig sind. Die Berufung auf „Moral“, „Ethik“ oder „Sittlichkeit“ reicht dafür nicht, solange diese moralischen Wertungen nicht verfassungsrechtlich transformiert sind.⁷⁴⁾

Hält man an der Unterscheidung zwischen „allgemeinen“ und „spezifischen“ Gesetzen fest, dann ist jede besondere Normsetzung für das Gebiet der

⁶⁷⁾ *Berka*, in FS Kojka (FN 66) 229; *Potacs*, ZfV 1986, 9 f; *Pöschl*, Forschungs-ethik (FN 7) 127 ff.

⁶⁸⁾ Vgl zB *Ulbrich*, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts (1883) 102; ähnlich *Herrnrit*, HB des österreichischen Verfassungsrechts (1909) 97. Eine solche Grenzziehung zwischen „allgemeinen“ und „besonderen“ Gesetzen war schon 1849 anerkannt: vgl *Fischer*, Protokolle (FN 17) 140, 146 ff; vgl auch *Potacs*, ZfV 1986, 9.

⁶⁹⁾ *Potacs*, ZfV 1986, 10; *Mager*, in HB des Staatsrechts³ VII (FN 24) § 166 Rz 13; *Lorenz*, in FS Lerche (FN 35) 266 ff; *Wendt* in *Münch/Kunig* (FN 35) Art 5 Rz 101a.

⁷⁰⁾ Dazu mwN *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg) HB der Grundrechte VIII/1 (2009) 49 (83).

⁷¹⁾ So wohl auch *Berka*, Grundrechte Rz 592; mwN *Ruffert*, VVDStL 65 (2006) 174 f; *Haßmann*, Embryonenschutz (FN 35) 108; *Pernice* in *Dreier* (Hrsg) Art 5 GG Rz 25. Andernfalls geraten die erforderlichen Abwägungsprozesse der kollidierenden Rechte aus dem Blick. Nur auf dem Boden dieser „weiten“ Tatbestandsauslegung kann richtig sein, dass die Wissenschaftsfreiheit auch Eingriffe in Rechte Dritter zu rechtfertigen vermag: *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁴ (2009) Rz 926.

⁷²⁾ *Haßmann*, Embryonenschutz (FN 35) 106. Zum Einschluss „wissenschaftlicher Untersuchungen“ *Wenger/Winkler*, Wissenschaft (FN 22) 74; *VISJg* 3068/1956.

⁷³⁾ *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 130; ähnlich *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 925; *Potacs*, ZfV 1986, 9.

⁷⁴⁾ *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 131; *Kopetzki*, Aspekte (FN 59) 52 ff; für die BRD zB *Wendt* in *Münch/Kunig* (FN 35) Art 5 Rz 101a; mwN in FN 35.

wissenschaftlichen Forschung tendenziell „spezifisch“. Je mehr sich der Gesetzgeber des Regelungsbedarfs in diesem Bereich annimmt und je mehr er dabei den allgemeinen Rechtsgüterschutz speziell ausgestaltet, modifiziert und konkretisiert, desto weniger werden diese Vorschriften als „allgemein“ durchgehen können. Das gilt auch dann, wenn – was meist zutreffen wird – diese „spezifischen“ Regelungen „nur“ der Effektivierung des „allgemeinen“ Rechtsgüterschutzes dienen. Eine sonderdatenschutzrechtliche Absicherung von Forschungsdaten, Schutzbestimmungen gegen Gesundheitsrisiken und die begleitende Kontrolle durch Ethikkommissionen zielen zwar auf den Schutz „allgemeiner“ Rechtsgüter; sie beschränken sich aber nicht auf deren Erinnerung, sondern bewirken „spezifische“ Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit, weil sie durch ihre spezielle Ausprägung und ihre präventive Schutzfunktion über das Niveau hinausgehen, das die „allgemeine“ Rechtsordnung des ABGB, StGB oder DSGVO samt ihrer haftungsrechtlichen Absicherung bietet.⁷⁵⁾

Bei den gängigen Instrumentarien des Forschungsrechts wie etwa bei Genehmigungsvorhalten,⁷⁶⁾ Vorlagepflichten an Ethikkommissionen⁷⁷⁾ oder verbindlichen – sofern über elementare Minimalkriterien der „Wissenschaftlichkeit“⁷⁸⁾ hinausgehenden – Regelungen über „Gute wissenschaftliche Praxis“⁷⁹⁾ handelt es sich daher um „spezifische“ Eingriffe.⁸⁰⁾ Daraus folgt selbstverständlich noch nicht ihre Verfassungswidrigkeit; sie müssen sich aber die Prüfung gefallen lassen, ob sie zum Schutz eines bestimmten *Verfassungsgutes* erforderlich sind.

C. Zulässige Begründungen für spezifische Eingriffe in die Forschungsfreiheit

Mit der Notwendigkeit, Beschränkungen der Forschungsfreiheit aus kollidierenden Verfassungsbestimmungen abzuleiten, beginnen die dogmatischen Probleme einer Bestimmung dieser verfassungsimmanenten Schranken (und der beim Ausgleich zwischen gegenläufigen Grundrechtspositionen unausweichlichen Abwägungen) freilich erst.⁸⁰⁾ Wegen der Abstraktionshöhe der unterschiedlichen grundrechtlichen Verbürgungen besteht hier ein erheblicher Spielraum des Gesetzgebers, dessen Ausgestaltung sich an der Intensität und am Wahrscheinlichkeitsgrad der den Grundrechtspositionen drohenden Gefahren orientieren muss. Gewiss sind die meisten der forschungsspezifischen Regelungen, etwa im Arzneimittel- oder im Medizinproduktrecht durch zent-

⁷⁵⁾ Im Ergebnis schon *Berka*, Grundrechte Rz 594; *Kröll* in *Merten/Papier* (Hrsg) HB Grundrechte VIII/1 (FN 14) 359.

⁷⁶⁾ *Berka*, Grundrechte Rz 594.

⁷⁷⁾ Für die Schweiz *Müller/Schefer*, Grundrechte (FN 26) 549 mwN.

⁷⁸⁾ Datenfälschungen, Plagiate oder Sabotage fremder Forschung liegen außerhalb des Schutzbereiches: *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 122 ff.

⁷⁹⁾ Vgl *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 122 ff; tendenziell aM *Mantl*, in FS Funk (FN 38) 198 ff; differenzierend *Grimm*, Forschungskontrolle (FN 38) 199 ff.

⁸⁰⁾ Vgl *Bamberger*, Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt? Der Staat 2000, 355 ff. Weiterführend zB *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 130 f; *Kopetzki*, Aspekte (FN 59) 53 ff; *Eisenberger*, in FS Korinek (FN 33) 118 ff.

rale Grundrechte der Probanden, insb die Rechte auf Leben (Art 2 EMRK), körperliche Integrität (Art 8 EMRK), Datenschutz (DSG 2000) und das Verbot unenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK) begründbar. Auch die Forschungsfreiheit Dritter kann ein legitimer Schutzzweck sein.⁸¹⁾ In manchen Fällen wird diese Rückführung auf die Verfassung aber schwieriger sein⁸²⁾ oder ganz scheitern.⁸³⁾ Auch staatliche Publikationsbeschränkungen – etwa durch Vorlagepflicht an eine Ethikkommission – sind einer Rechtfertigung nicht zugänglich: für sie gilt das absolute Verbot der Vorzensur.⁸⁴⁾

Der verfassungsrechtliche Begründungsaufwand bei der Rechtfertigung spezifischer Beschränkungen der Forschungsfreiheit darf auch nicht durch die pauschale Anrufung der „Menschenwürde“ überspielt werden: Das Bundesverfassungsrecht schützt zwar im Ergebnis die Menschenwürde in Gestalt vielfältiger Einzelgarantien; insofern trifft zu, dass die Würde des Menschen eine verfassungsimmanente Schranke der Forschungsfreiheit bildet.⁸⁵⁾ Entgegen einer missverständlichen Rezeption von VfSlg 13.635⁸⁶⁾ enthält die Verfassung aber keinen über die Summe der einzelnen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte oder sonstigen Verfassungsgrundsätze hinausgehenden Würdenschutz nach dem Muster des Grundgesetzes,⁸⁷⁾ der als trojanisches Pferd für den Import außerrechtlicher Wertvorstellungen dienen könnte.

D. Rechtsstaatliche Voraussetzungen für Forschungs Eingriffe

a) Auch verfassungsimmanente Schranken sind auf einfachgesetzliche Konkretisierung angewiesen. Soweit der (staatsgerichtete) Schutzbereich⁸⁸⁾ des Art 17 StGG reicht, bedürfen Eingriffe in die Freiheit der Forschung einer

ausreichenden gesetzlichen oder gesetzsgleichen⁸⁹⁾ Grundlage. Im Rahmen der universitären Autonomie kommen dafür auch Satzungen in Betracht.⁹⁰⁾

b) Das die Forschung beschränkende Gesetz muss verfassungsrechtlichen *Bestimmtheitsanforderungen* genügen, die sich je nach Art der Regelung aus Art 18 Abs 1 B-VG⁹¹⁾ sowie aus Art 17 StGG ableiten lassen.⁹²⁾ Das Gesetz muss daher Zuständigkeiten festlegen, prozedurale Regelungen bereitstellen und im Einzelnen die Kriterien formulieren, denen die Forschungsaktivität zu entsprechen hat bzw aus denen eine Einschränkung zulässig ist. Eine allgemeingültige Richtschnur, was als ausreichend determiniert gelten kann, gibt es auch hier nicht. Da spezifische Forschungsregelungen durchwegs „eingriffsintensive“ Gesetze sind, vermag die Vorstellung eines „verdünnten“ – oder sonst wie differenzierten – Legalitätsprinzips aber nicht zu überzeugen. Zielvorgaben und Verfahrensregelungen können zwar bis zu einem bestimmten Grad einen Ausgleich dafür bilden, dass nicht alle Details durch präzise Regeln determinierbar sind, zumal sich Forschung in einem Neuland abspielt und mit Unvorhersehbarem zu rechnen ist. Das schließt jedoch eine typisierende gesetzliche Regelbildung dort, wo sie möglich ist, nicht aus.⁹³⁾

Wenn etwa das Arzneimittelrecht eine Kontrolle klinischer Prüfungen im Hinblick auf den Schutz der Rechte, der Sicherheit und des Wohlergehens der Probanden vorschreibt und in diesem Kontext eine Fülle von Beurteilungsgegenständen etabliert, dann liegt darin eine ausreichende Determinierung, weil und sofern durch die systematische Zusammenschau von Einzelregelungen hinreichend klar ist, welche „Rechte“ damit gemeint sind und welches Niveau der „Sicherheit“ zu gewährleisten ist.⁹⁴⁾ Auch „Wissenschaftsklauseln“, die auf den Stand von Wissenschaft und Technik Bezug nehmen, sind im Prinzip nicht zu beanstanden.⁹⁵⁾ Wenn ein Gesetz dann zusätzlich auch noch auf „ethische

⁸⁹⁾ Insb VO des Unionsrechts. Zur (strittigen) Frage, inwieweit auch unionsrechtliche Regelungen „Gesetze“ iSd Art 18 B-VG sind mwN *Potlacs*, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in FS Rill (2010) 161 (173 ff).

⁹⁰⁾ Nicht hingegen universitätsinterne Weisungen: *Kopetzki*, § 30 UG (FN 9) Anm 1.9; *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 133. Zur Weisungsfreiheit im Schutzbereich des Art 17 StGG mwN *Berka*, in FS Pernthaler (FN 61) 78.

⁹¹⁾ ZB bei der Normierung behördlicher Genehmigungsvorbehalte, aber auch bei der Festlegung der Entscheidungsgrundlagen von Ethikkommissionen, sofern diese der Verwaltung zuzuordnen sind (zB § 30 UG). Ein Bestimmtheitsgebot besteht auch für verfassungsunmittelbare VO (*Stolzlechner* in *Rill/Schäffer* [Hrsg] B-VG-Kommentar, 3. Lfg 2004, Art 118 B-VG Rz 35), daher auch für die universitären Satzungen.

⁹²⁾ Die Ableitung grundrechtsspezifischer Determinierungsgebote für Grundrechtseingriffe aus den Gesetzesvorbehalten (mwN *Berka*, Das „eingriffsnahe Gesetz“ und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter [1991] 37) kann bei Art 17 Abs 1 StGG zwar nicht an einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt anknüpfen; soweit verfassungsimmanente Schranken auch hier bestehen, kann für deren Umsetzung durch das einfache Gesetz im Lichte des rechtsstaatlichen Prinzips aber nichts anderes gelten. Im Ergebnis auch *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 134.

⁹³⁾ Vgl *Berka*, in FS Walter (FN 92) 60.

⁹⁴⁾ Vgl zB §§ 8c Abs 4 KAKuG iVm §§ 29 ff AMG. Dazu – auch unter dem Aspekt der hinreichenden Bestimmtheit – *Eberhard*, Forschungskontrolle (FN 8) 166 ff.

⁹⁵⁾ Dazu *Kopetzki*, Stand der Wissenschaft (FN 62) 9 ff.

⁸¹⁾ Näher (wenngleich mit unterschiedlichen Akzenten) *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 131; *Grimm*, Forschungskontrolle (FN 38) 183 ff; *Mager* in HB des Staatsrechts³ VII (FN 24) § 166 Rz 31.

⁸²⁾ Etwa bei generellen Kommerzialisierungsverboten, dazu *Kopetzki*, Ware Körper, in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg) Körper-Codes (2010) 61 ff.

⁸³⁾ Etwa für Beschränkungen der Forschung mit embryonalen Stammzellen; dazu zB *Kopetzki*, Aspekte (FN 59) 52 ff; *derselbe*, Stammzellforschung (FN 59) 292 ff.

⁸⁴⁾ Art 1 Beschluss ProvNV StGBI 1919/3 gilt auch für wissenschaftliche Publikationen. Vgl für die BRD *Oppermann* in HB des Staatsrechts² (FN 34) § 145 Rz 26.

⁸⁵⁾ ZB *Berka*, Grundrechte Rz 595.

⁸⁶⁾ In VfSlg 13.635/1993 wurden aus dem – durch Hinweis auf *Bydlinski* belegten – „allgemeinen Wertungsgrundsatz“ der „Personen- und Menschenwürde“ weitreichende Folgerungen für die Zulässigkeit von Humanversuchen abgeleitet; in diesem Fall ging es aber weder um die Reichweite eines verfassungsrechtlichen Würdeschutzes, noch hätte zu dessen Begründung ein rechtsethisches Literaturzitat ausgereicht; kritisch *Kopetzki*, Aspekte (FN 59) 44 ff. Abgesehen davon sind „Verfassungswerte“ keine tauglichen Grundrechtsschranken: *Bamberger*, Der Staat 2000, 364 ff.

⁸⁷⁾ Dazu und zum – höchst strittigen – Meinungsstand nur *Kneifts*, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in *Merten/Papier* (Hrsg) HB der Grundrechte VII/1 (2009) 137 (159 ff).

⁸⁸⁾ Auf die komplexere Problematik bei der Regelung nichtstaatlicher Forschungsbeschränkungen sei hier nur hingewiesen; dazu *Pöschl*, Forschungsethik (FN 7) 118 f.

Grundsätze“ Bezug nimmt, so bedeutet das für sich genommen keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, weil damit in aller Regel nur Güter- und Interessenabwägungen angesprochen werden, die durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ohnehin Teil der rechtlichen Entscheidungsfindung sind. Der Verweis auf die „Ethik“ ist dann nicht mehr als ein plakatives Etikett für die gesetzlich festgelegten Prüfkriterien⁹⁶⁾ und als solches unnötig, aber auch nicht schädlich.

Anders liegt der Fall, wenn spezifische materielle rechtliche Kriterien der Zulässigkeitsprüfung ganz oder weitgehend fehlen und dieses Defizit im Wesentlichen durch ethische Maßstäbe kompensiert werden soll. Das trifft etwa zu, wenn das Gesetz bestimmte Beurteilungsgegenstände vorschreibt, aber nicht erkennen lässt, welche rechtlichen Kriterien dieser Prüfung zugrunde zu legen sind.⁹⁷⁾ Bei Studien, die nicht in den Anwendungsbereich des AMG und des MPG fallen, stellt dieser Befund den typischen Regelfall dar.⁹⁸⁾ Die blankettartige Rezeption von Dokumenten des internationalen soft law genügt zur Herstellung einer ausreichenden Determinierung ebenso wenig wie undifferenzierte Ethikverweisungen oder Kriterien der „ethischen Vertretbarkeit“ oder gar der „ethischen Unbedenklichkeit“. Denn die damit angesprochenen Verweisungssobjekte im Supermarkt pluralistischer Moralauffassungen und „Ethikdokumente“ sind vieldeutig, teilweise in sich widersprüchlich und oft selbst wieder viel zu unbestimmt.⁹⁹⁾ Die Hoffnung, man könne zur Begründung von Entscheidungen im Bereich der medizinischen Forschung einfach auf die „Moral“ oder „Ethik“ zurückgreifen, scheidet schon daran, dass angesichts des „bioethischen Chaos“¹⁰⁰⁾ nicht einmal klar wäre, auf welche Moralangebote im Streitfall abzustellen wäre.¹⁰¹⁾ Hier bilden die verfassungsrechtlichen Determinierungsgebote eine Schranke für die Ethisierung des Rechts.¹⁰²⁾ Gewiss lassen sich durch juristische Auslegungsbemühungen Grenzen einer

⁹⁶⁾ Eberhard, Forschungskontrolle (FN 8) 168 f.

⁹⁷⁾ So steht etwa § 8c Abs 2 KAKuG die Überprüfung der Auswahl der Probanden (Z 3) oder der Vorkehrungen für den Schadenfall (Z 4) vor. Determinanten für die Probandenauswahl und die Schadensvermeidung finden sich im KAKuG aber nicht und im AMG nur punktuell. Für Studien außerhalb des Anwendungsbereichs von AMG und MPG fehlt es überhaupt an speziellen materielle rechtlichen Bestimmungen.

⁹⁸⁾ Für solche „nicht-interventionelle“ Studien bleiben als Beurteilungsmaßstab nur der allgemeine Persönlichkeitsschutz des ABGB, das StGB und das DSG. Entsprechend bunt fällt die „Entscheidungspraxis“ der Ethikkommissionen aus; vgl. *Valentin/Löff/Kopetzki*, Epidemiologische Studien in der Intensivmedizin – Neuland und Graubereich für Ethikkommissionen, RdM 2011/1, 17 ff.

⁹⁹⁾ Begründung bei Kopetzki, Kodifikation (FN 7) 68 ff; Pöschl, Forschungsethik (FN 7) 134; tendenziell weniger streng Eberhard, Forschungskontrolle (FN 8) 165 ff.

¹⁰⁰⁾ Spranger, Recht und Bioethik (2010) 37.

¹⁰¹⁾ Die Bioethik teilt heute das Schicksal der Naturrechtsauffassungen: Es besteht nicht ein „bioethisches Naturrecht“, sondern viele, die zwar regelmäßig mit dem gleichen Objektivitätsanspruch auftreten, inhaltlich aber jeweils andere „Wahrheiten“ vertreten: zum „Tummelfeld“ der Naturrechtsvorstellungen *Merkel*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts? ZÖR 5 (1953) 257 = Gesammelte Schriften I/1 (1993) 513 (519).

¹⁰²⁾ So auch *Fateh-Moghadami/Atzeni*, Ethisch vertretbar (FN 11) 143; vgl. auch Eisenberger, in FS Korinek (FN 33) 127.

undifferenzierten Rezeption von „Ethikdokumenten“ aufzeigen¹⁰³⁾ und auch ein scheinbar rein ethischer Maßstab wie jener der „ethischen Vertretbarkeit“ mehr oder weniger plausibel in ein rechtliches Kriterium transformieren.¹⁰⁴⁾ Der Umstand, dass die unendliche Auslegungsfähigkeit solch vager Begriffe möglicherweise zu einem rechtsstaatlich erträglichen Ergebnis führen kann, ändert aber nichts am Vorwurf der mangelnden inhaltlichen Bestimmtheit.

c) Gegen Forschungsbeschränkungen, die über moralische Appelle und unverbindliche Beratungen hinausgehen, müssen als Ausdruck des rechtsstaatlichen Prinzips schließlich effektive *Rechtsschutzwege* offen stehen. Das betrifft auch die Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen, für die eine solche Überprüfungsmöglichkeit de lege lata weithin nicht in Sicht ist.¹⁰⁵⁾

V. Internationales und supranationales Recht

A. Allgemeines

Das Desiderat einer „ethischen Vertretbarkeitsprüfung“ von (medizinischer) Forschung hat seine Wurzeln im internationalen bioethischen „soft law“.¹⁰⁶⁾ Solange es sich dabei um unverbindliche Empfehlungen und Deklarationen handelt, entstehen verfassungsrechtliche Bedenken erst dann, wenn ein Normsetzer solche Formulierungen pauschal ins nationale Recht übernimmt oder darauf verweist. Die Schrittmacherfunktion solcher Empfehlungen für die internationale oder supranationale Rechtssetzung kann aber die Frage aufwerfen, ob die Nationalstaaten völkerrechtlich oder unionsrechtlich verpflichtet sind, die „ethische Vertretbarkeit“ als Prüfungsmaßstab für Forschungsmaßnahmen zu implementieren. Dies soll an einem völkervertragsrechtlichen und einem unionsrechtlichen Beispiel untersucht werden.

¹⁰³⁾ So dürfen etwa verfassungswidrige Inhalte bei verfassungskonformer Interpretation der Rezeptionsklausel nicht als Inhalt der Verweisungsnorm übernommen werden; bei untergesetzlichen Verweisungen (zB VO, Satzung, Weisung) kann sich eine solche „Rezeptionsperre“ auch aus der sonstigen Rechtsordnung ergeben.

¹⁰⁴⁾ Vgl. – zur „ethischen Vertretbarkeit“ im (dt) Stammzellgesetz – *Fateh-Moghadami/Atzeni*, Ethisch vertretbar (FN 11) 120 ff; weiters *Taupitz*, Die Aufgaben der Zentralen Ethik-Kommission für Stammzellforschung, in FS Schreiber (2003) 903 (907 ff); *Albers*, Die Institutionalisierung von Ethik-Kommissionen: Zur Renaissance der Ethik im Recht, KritV 2003/4, 419 (426 ff).

¹⁰⁵⁾ MWN Pöschl, Forschungsethik (FN 7) 134 f; Eberhard, Forschungskontrolle (FN 8) 170 ff.

¹⁰⁶⁾ Vgl. zB die Helsinki-Deklaration über „Ethische Grundsätze für die Medizinische Forschung“ (*Mittler-Terpitz*, Das Recht der Biomedizin [2006] 251), wonach Ethikkommissionen neben den „allgemein anerkannten wissenschaftlich Grundsätzen“ (Z 11) insb auch die Einhaltung jener „ethischen Standards“ zu prüfen haben, „die die Achtung vor dem Menschen fördern und ihre Gesundheit und Rechte schützen“ (Z 8).

B. Völkerrecht

Die – von Österreich noch nicht ratifizierte – Biomedizinkonvention des Europarates (MRB) und das Zusatzprotokoll zur biomedizinischen Forschung 2005 enthalten engmaschige Vorgaben für die medizinische Forschung am Menschen. Dazu gehört neben einem Genehmigungsvorbehalt auch eine Beurteilung der „ethischen Vertretbarkeit“.¹⁰⁷ Will oder kann ein Staat diese Verpflichtung nicht erfüllen – etwa weil ihm sein Verfassungsrecht eine derart unbestimmte „Ethikprüfung“ der Forschung verwehrt –, dann verbleibt ihm nur die Alternative, entweder der Konvention fernzubleiben oder einen völkerrechtlichen Vorbehalt gem Art 36 MRB zur Wahrung des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit zu erklären. In Deutschland wird daher vertreten, dass sowohl der Genehmigungsvorbehalt als auch der Maßstab der „ethischen Vertretbarkeit“ mit der Wissenschaftsfreiheit gem Art 5 GG unvereinbar und ein Beitritt zur MRB folglich nur unter Vorbehalt möglich sei.¹⁰⁸

Für Österreich würden sich vergleichbare Probleme stellen, wenn die MRB und ihre ZP generell transformiert werden: Dann erhielte die Konvention den Rang eines unmittelbaren Bundesgesetzes¹⁰⁹ und könnte eine direkte Wirksamkeit für Rechtsunterworfenen entfalten. Zur Vermeidung eines Konflikts zwischen dem Prüfungsmaßstab der „ethischen Vertretbarkeit“ und der Forschungsfreiheit müsste Österreich seine Bindung an die Konvention durch einen Vorbehalt einschränken.¹¹⁰ Eine generelle Transformation der MRB empfiehlt sich freilich weder aus völkerrechtlichen noch aus verfassungspolitischen Gründen. Zum einen sind gerade die hier interessierenden Regelungen der MRB wegen ihres ausführung- und präzisionsbedürftigen Inhalts vielfach „non self executing“¹¹¹ und nicht geeignet, eine hinreichend bestimmte Grundlage für staatliches Vollzugsverhalten oder für die Ableitung

¹⁰⁷ Gem Art 16 Z 3 MRB ist Forschung an einer Person ua dann nur zulässig, wenn die zuständige Stelle das Vorhaben „gebilligt“ hat, „nachdem eine unabhängige Prüfung seinen wissenschaftlichen Wert einschließlich der Wichtigkeit des Forschungsziels bestätigt hat und eine interdisziplinäre Prüfung ergeben hat, dass es ethisch vertretbar ist.“ Nicht minder deutlich Art 9 Abs 1 ZP Forschung: „Jedes Forschungsvorhaben ist zur unabhängigen Prüfung seiner ethischen Vertretbarkeit einer Ethikkommission vorzulegen“. Gem Art 9 Abs 2 ZP hat diese „interdisziplinäre Prüfung der ethischen Vertretbarkeit des Forschungsvorhabens [...] zum Ziel, die Würde, die Rechte, die Sicherheit und das Wohlergehen der Forschungsteilnehmer zu schützen.“

¹⁰⁸ Kandler, Rechtliche Rahmenbedingungen biomedizinischer Forschung am Menschen (2008) 93 f; Koenig/Busch/Beer/Müller, Das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin des Europarates und seine Zusatzprotokolle (2003) 240 ff; Tautpitz, Biomedizinische Forschung zwischen Freiheit und Verantwortung (2002) 87 f.

¹⁰⁹ Öhlinger, Verfassungsrecht Rz 119.

¹¹⁰ Eine Ratifikation im Verfassungsrang (die eine Beschränkung des Art 17 StGG zur Folge hätte) gibt es seit der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2 nicht mehr.

¹¹¹ Albers, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention des Europarates, EuR 2001, 801 (807).

konkreter Verhaltenspflichten abzugeben.¹¹² Zum anderen würde eine generelle Übernahme ins nationale Recht die schwierige Frage aufwerfen, ob und in welchem Umfang die Bestimmungen der Konvention eine derogatorische Wirkung gegenüber dem bisherigen nationalen Rechtsbestand auslösen.¹¹³

Wird die Konvention hingegen – im Einklang mit der überwiegenden Staatspraxis – durch Abgabe eines Erfüllungsvorbehalts gem Art 50 Abs 2 Z 3 B-VG „speziell“ transformiert, dann könnten – und müssten – im Zuge der Durchführungsgesetzgebung präzisierende Ausführungsnormen erlassen werden, die einen Widerspruch zum Bestimmtheitsgebot vermeiden. Der Gesetzgeber hätte der Versuchung zu widerstehen, die „ethische Vertretbarkeit“ des Art 16 Z 3 MRB ungefiltert ins nationale Recht zu übernehmen, und müsste die Kriterien der „Würde“, der „Rechte“ und der „Sicherheit“ der Probanden (vgl. Art 9 Abs 2 ZP Forschung) in einer Weise konkretisieren, die den rechtstaatlichen Anforderungen gerecht wird. Aufgabe des Durchführungsgesetzes wäre daher auch, die Elemente der „ethischen Vertretbarkeit“ auszudifferenzieren und in handhabbare rechtliche Voraussetzungen zu transformieren.

Eine heiklere Herausforderung wird sein, jene Forschungsschranken, die die Konvention selbst bereits hinreichend benennt, mit Art 17 StGG in Einklang zu bringen. Denn die sehr ins Detail gehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der Konvention bilden ein Musterbeispiel für „intentionale“ – weil forschungsspezifische – Eingriffe in die Forschungsfreiheit. Das betrifft nicht nur, aber insb den Genehmigungsvorbehalt durch eine „zuständige Stelle“ gem Art 16 Z 3 MRB. Solche Regelungen wären als Bestandteil der (unterverfassungsrrechtlichen) Rechtsordnung nur verfassungskonform, wenn sie auf den Schutz der Grundrechte der Forschungsteilnehmer oder andere Verfassungsbestimmungen zurückgeführt werden können. Aussichtslos ist ein solches Unterfangen freilich nicht, da sich der Anwendungsbereich der MRB und des ZP über weite Strecken auf „interventionelle“ Forschungen beschränkt, also auf solche, die ein gesundheitliches Risiko aufweisen.¹¹⁴ Angesichts dieses begrenzten Geltungsanspruchs ist argumentierbar, Einschränkungen der Forschungsfreiheit auf den Grundrechtsschutz der Probanden (insb auf Art 2, 3 und 8 EMRK) zu stützen.

¹¹² Vgl die organisationsrechtlichen Vorgaben wie etwa die zur Genehmigung von Forschung berufene „Stelle“ oder das für die „ethische Beurteilung“ zuständige Gremium iSd Art 16 Z 3 MRB, die ohne Hinzutreten nationaler Errichtungs-, Zuständigkeits- und Verfahrensnormen nicht vollziehbar sind.

¹¹³ Das gegenüber nationalen Gesetzen derogatorische Potenzial von generell transformierten Staatsverträgen im Gesetzesrang (Öhlinger in Koenig/Holoubek [Hrsg] Bundesverfassungsrecht, Art 50 B-VG Rz 42) zeigt das Beispiel der EMRK, vgl Grunz, Die Europäische Menschenrechtskonvention (1968) 13.

¹¹⁴ MWN Kopecki, RdM 2011/1, 22; Koenig/Busch/Beer/Müller, Übereinkommen (FN 108) 23; Kandler, Forschung (FN 108) 58 ff.

C. Unionsrecht

Auch die Europäische Union ist eine Quelle von „Ethikdirektiven“. So sieht etwa die Charta der Europäischen Kommission für Forscher¹¹⁵⁾ unter der Überschrift „Ethische Grundsätze“ vor, dass Forscher „anerkannte ethische Verfahrensweisen und ethische Grundprinzipien [...] einhalten wie auch ethische Normen, wie sie in den verschiedenen [...] Ethikkodizes niedergelegt sind“. Diese Charta hat gem Art 288 AEUV nur empfehlenden Charakter, sie wird aber über den Umweg von universitären Leistungsvereinbarungen¹¹⁶⁾ mittelbarer Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine Bindungswirkung gegenüber den Forschern entfaltet sie indes nicht.¹¹⁷⁾ Auch der Schutz der Menschenwürde gem Art 3 GrCh schafft für sich genommen keine neuartigen Schranken für die Forschung: Der Würdegrundsatz bildet zwar eine Ausübungsschranke für die Forschungsfreiheit gem Art 13 GrCh;¹¹⁸⁾ wegen Art 51 Abs 1 GrCh gilt die Charta für die Mitgliedstaaten aber ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts. Das setzt den Bestand forschungsspezifischer Regelungen im Unionsrecht voraus, die es nur ausnahmsweise – insb für die klinische Arzneimittelprüfung und Tierversuche – gibt. Wegen der eingeschränkten Kompetenzen der Union kann sich Art 13 iVm Art 3 GrCh daher im Wesentlichen nur auf die Forschungsförderung auswirken.¹¹⁹⁾

Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass vergleichbare „Ethikverweisungen“ über das Forschungsförderungsrecht hinaus¹²⁰⁾ auch in das europäische Sekundärrecht Eingang finden.¹²¹⁾ Konflikte zwischen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot und der Vagheit solcher Vorgaben sind dann auf ähnliche Weise zu lösen wie bei der Biomedizinkonvention: Hier wie dort lässt der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der inter- bzw supranationalen Norm Platz für gesetzliche Präzisierungen, die – dem Grundsatz der

¹¹⁵⁾ Empfehlung der Kommission vom 11. 3. 2005, abrufbar unter http://ec.europa.eu/eracareers/pdf/eur_21620_de-en.pdf. Weitere Beispiele und Diskussion bei Eisenberger, Kleine Teile, große Wirkung, in Österreichische Akademie der Wissenschaften (Hrsg) ITA-manuskript Dezember 2010, 10.

¹¹⁶⁾ Dazu Pöschl, Forschungsethik (FN 7) 91; Grimm, Forschungskontrolle (FN 38) 184.

¹¹⁷⁾ Für eine Überbürdung der in einer Leistungsvereinbarung gem § 12 UG eingegangenen Verpflichtung stehen der Universität nur jene Instrumente zur Verfügung, die ihr das UG gibt (zB Zielvereinbarungen, Satzung). Bei deren Einsatz ist die Universalität aber wieder an Art 17 Abs 1 StGG gebunden und wäre daher nicht befugt, diese unbestimmten „ethischen Grundsätze“ zur Rechtspflicht zu machen.

¹¹⁸⁾ Bernsdorff in Meyer (Hrsg) Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 13 Rz 13.

¹¹⁹⁾ Bernsdorff in Meyer (FN 118), Art 13 Rz 15 (zu Art 13 GrCh).

¹²⁰⁾ Vgl dazu Stelzer, Völker- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte embryonaler Stammzellforschung, in Körner/Kopetzki, Stammzellforschung (FN 59) 250 (262 ff).

¹²¹⁾ Ansatzpunkte dafür bieten Verweisungen in EU-Richtlinien auf unbestimmte „Ethikdokumente“, die ihrerseits die Einhaltung „ethischer Standards“ vorsehen, mwN Taupitz, Das Menschenrechtsüberkommen zur Biomedizin und sein Forschungsprotokoll, in Deutsch ua (Hrsg) Die Implementierung der GCP-Richtlinie und ihre Ausstrahlungswirkungen (2011) 28 (31).

„doppelten Bindung“¹²²⁾ folgend – sowohl den verfassungsrechtlichen als auch den unionsrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Sollte das Unionsrecht hingegen Regelungen vorsehen, die weitergehende – und verfassungsrechtlich nicht mehr gedeckte – Eingriffe in die Forschungsfreiheit enthalten, dann könnte dies – die unmittelbare Anwendbarkeit der Norm vorausgesetzt – zu einer eigenständigen unionsrechtlichen Schranke für die Forschungsfreiheit gem Art 17 StGG führen.¹²³⁾ Eine solche Konsequenz wäre künftig auch für die genuin völkerrechtlichen Bestimmungen der Biomedizinkonvention denkbar, sobald die Union der Europaratkonvention beiträgt und diese damit zum Bestandteil des Unionsrechts wird.

Bemerkenswert ist allerdings, dass sich die derzeit wichtigste „forschungsspezifische“ Richtlinie im Bereich der Humanmedizin, nämlich die Richtlinie betreffend die klinische Arzneimittelprüfung,¹²⁴⁾ mit unbestimmten Ethikappellen zurückhält. Sie verankert zwar eine obligate Stellungnahme einer Ethikkommission, macht dieser aber nicht die Wahrung ethischer Grundsätze zur Aufgabe, sondern gestaltet die Beurteilungsgegenstände sowie die Beurteilungsmaßstäbe unter Formulierung rechtlich handhabbarer Kriterien zum Schutz der Rechte, der Sicherheit und des Wohlergehens der Prüfungsteilnehmer genauer aus.¹²⁵⁾ Von der Prüfung der „ethischen Vertretbarkeit“ ist nicht die Rede. Die „ethischen Qualitätsanforderungen“ als Teil der Guten Klinischen Praxis bilden demnach nur die programmatische Überschrift. Was unter den „ethischen Anforderungen“ im Einzelnen zu verstehen ist, wird in den nachfolgenden Regelungen rechtlich ausdifferenziert und – ohne neuerlichen Rückgriff auf die „Ethik“ – präzisiert.¹²⁶⁾ Indem die EU-Richtlinie explizit jene Kriterien benennt, die sie für ethisch geboten hält, und diese dann in einzelne rechtliche Schutzkriterien aufzählet, kann sie auch als Bestätigung dafür dienen, dass eine hinreichend bestimmte generelle Regelung sehr gut ohne den direkten Verweis auf Moral und Ethik auskommt.

¹²²⁾ *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 116. Zum komplexen Zusammenspiel zwischen Legalitätsprinzip und Unionsrecht *Potacs*, in FS Rill (FN 89) 172 ff.

¹²³⁾ Zum Anwendungsvorrang auch gegenüber Verfassungsrecht *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht 81 ff. Auch Richtlinien sind selbst dann umzusetzen, wenn sie gegen Verfassungsrecht verstoßen (mwN *Holoubek*, Europäischer und nationaler Grundrechtsschutz, in FS Rill [FN 89] 245 [262]); zum Beispiel des Tierversuchsrechts im Lichte der Forschungsfreiheit *Harzer*, ÖJZ 1995, 855.

¹²⁴⁾ RL 2001/20/EG, ABUL 121/34 vom 1. 5. 2001.

¹²⁵⁾ Vgl Art 1 Abs 2, Art 2 lit k sowie insb Art 3 und 6 ff der RL 2001/20/EG.

¹²⁶⁾ Darin unterscheidet sich die RL vom Stil der Helsinki-Deklaration, die „ethical standards“ einmahnt, aber nicht sagt, was sie darunter versteht. Vgl *Doppelfeld*, Die Deklaration von Helsinki 2008, in *Deutsch* ua (Hrsg) GCP-Richtlinie (FN 121) 17 (21).

VI. Ausblick

Moralische Grundsätze und ein darauf gestütztes Urteil über die „ethische Vertretbarkeit“ bilden weder eine immanente Schranke der Wissenschaftsfreiheit noch ist der Gesetzgeber befugt, die Forderung zum Schutz solcher Grundsätze zu beschränken. Entgegen einer vorschleunigen Befürchtung bedeutet dies freilich keinen Freibrief für „unmoralische“ oder eine die Menschenwürde verletzende Forschung. Denn die Begründung spezifischer Forschungsbeschränkungen aus den Grundrechten oder aus anderen Verfassungsrechtsgütern ist zwar unumgänglich, über weite Strecken aber ohne allzu großen argumentativen Aufwand möglich. Soweit diese Schranken aus den Grundrechten der Probanden erwachsen, trifft den Gesetzgeber sogar eine Schutzpflicht, die mit der Forschungsfreiheit in einen angemessenen Ausgleich zu bringen ist. Das gilt vor allem für den Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Integrität der Forschungsteilnehmer. Die meisten Beispiele unmoralischer Forschung am Menschen, die dem Ruf nach ethischen Grenzen stete Nahrung geben, sind daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht hinnehmbar.¹²⁷⁾

Wo die Begründung von Forschungsschranken aus der Verfassung allerdings nicht mehr gelingt, weil bestimmte ethische Vorstellungen (noch) nicht ins positive Verfassungsrecht transformiert wurden, setzt sich die Forschungsfreiheit gegen die bunte Vielfalt ethischer Bedenken durch. Auch auf dem Gebiet der Forschung ist es somit nicht der Diskurs in Bioethikkommissionen oder in moralphilosophischen Seminaren, sondern die Verfassung, die die Rahmenbedingungen dafür abgibt, wie die Rechtspolitik eines demokratischen Rechtsstaates mit moralischen Kontroversen umzugehen hat.¹²⁸⁾

¹²⁷⁾ Der als positivismuskritisches Totschlagargument beliebte Hinweis auf die Medizinverbrechen des Nationalsozialismus verfängt daher nicht, mehr noch: die Ärzteverbrechen des NS-Regimes waren vielfach sogar nach dem damals geltenden positiven Strafrecht illegal und wurden erst durch die hemmungslose Durchsetzung bestimmter – nationalsozialistischer – Moralvorstellungen ermöglicht. Zur Ethik des Nationalsozialismus *Caplan*, Die Ethik des Bösen, in *Böhme* ua (Hrsg) *Fragwürdige Medizin* (FN 52) 87. Auch die Wissenschaftsfreiheit erfährt eine „moralische“ Aufladung durch „die innere Verbundenheit mit der völkischen Gemeinschaft“, *Oppermann* in *HB des Staatsrechts*⁷ (FN 34) § 145 Rz 8. Deshalb ist das „durch die Öffnung des Rechts gegenüber externen Wertvorstellungen freier werdende Missbrauchspotential mindestens ebenso groß wie jenes des unkritischen Rechtsgehorsams“ (*Jablonek*, *Der Rechtsbegriff* bei *Hans Kelsen*, in *Griller/Rill* [Hrsg] *Rechtstheorie* [2011] 21 [26]).

¹²⁸⁾ Erhellend *Wahl*, Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in der Gesellschaft und in der Rechtspolitik, in *Maio* (Hrsg) *Der Status des extrakorporalen Embryos* (2007) 551 ff.