

SILJA VÖNEKY

Recht, Moral und Ethik

Jus Publicum

198

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 198



Silja Vöneky

Recht, Moral und Ethik

Grundlagen und Grenzen demokratischer
Legitimation für Ethikgremien

Mohr Siebeck

Silja Vöneky, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaften und Rechtsphilosophie an den Universitäten Freiburg, Bonn, Edinburgh (GB) und Heidelberg; 1995 Erste Juristische Staatsprüfung; 2000 Promotion und Zweite Juristische Staatsprüfung; 2001–2005 wiss. Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; 2005–2010 dort Leiterin einer Max-Planck-Forschungsgruppe zur „Demokratischen Legitimation ethischer Entscheidungen“; 2009 Habilitation durch die Juristische Fakultät der Universität Heidelberg; 2010 Berufung auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit internationalrechtlichen Bezügen der Universität Freiburg im Breisgau.

e-ISBN PDF 978-3-16-151279-7

ISBN 978-3-16-150485-3

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Recht, Moral und Ethik sollen in einer gemeinschaftlichen Ordnung beides sein: Rahmen und Zielpunkt. Gerade für eine demokratische Ordnung ist es entscheidend, wie Normen gesetzt und vollzogen werden können, wenn diese Normen Bereiche betreffen, die grundlegende ethisch-moralische Fragen aufwerfen. Werden Ethikgremien in ihren unterschiedlichen Formen in zunehmenden Maße als Mittel des Ausgleichs von Recht, Moral und Ethik eingesetzt, stellt sich notwendig und drängend die vorliegend untersuchte Frage, ob bzw. wie diese Gremien in gerechtfertigter Weise eingesetzt werden können. Entscheidend ist dabei mit Blick auf die Bundesrepublik das Verständnis unserer Demokratie als materiell-ethische: das Spannungsfeld von Recht, Moral und Ethik darf nicht so aufgelöst werden, dass eine Ethisierung des Diskurses den maßgeblich menschenrechtlich geprägten Rechtsdiskurs unzulässig untergräbt.

Die vorliegende Untersuchung ist das Ergebnis meiner Forschungen als Leiterin der Max-Planck-Forschungsgruppe zur „Demokratischen Legitimation ethischer Entscheidungen“ am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Sie hat im Sommersemester 2009 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift vorgelegen; Aktualisierungen zu einzelnen Fragen wurden bis August 2010 hinzugefügt.

Meinem sehr verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum, danke ich besonders für seine intensive Betreuung über den gesamten Entstehungszeitraum der Arbeit, seine Anregungen und sein Vertrauen. Er hat die Entstehung der Arbeit mit fördernden Ratschlägen wesentlich unterstützt und die Zuversicht der Habilitandin zum richtigen Zeitpunkt gestärkt. Die Mühe des Zweitgutachtens hat Herr Professor Dr. Dr. h.c. Paul Kirchhof auf sich genommen. Auch ihm danke ich sehr für hilfreiche Anregungen. Mein Dank gilt zudem der Heidelberger Rechtswissenschaftlichen Fakultät für die wohlwollende Durchführung des Habilitationsverfahrens.

Diese Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die interdisziplinäre Ausrichtung meiner Forschungsgruppe. Meinen Doktoranden, die mit mir entscheidende Teile der Arbeit intensiv und kontrovers diskutiert haben, gebührt an dieser Stelle mein besonderer Dank: Frau Mira Chang, Frau Miriam Clados, Frau Cornelia Hagedorn, Frau Sigrid Mehring, Frau Jelena von Achenbach, Herr Hans Christian Wilms und Frau Fruzsina Molnár-Gábor; letzterer danke ich zudem besonders für

ihre wichtige Hilfe bei der Erstellung der Druckfassung wie auch herzlich Frau stud. iur. Anna-Katharina Hübler. Zudem danke ich der Max-Planck-Gesellschaft und dem Heidelberger Max-Planck-Institut für Völkerrecht für die großartige Möglichkeit des konzentrierten, gemeinsamen Forschens.

Widmen möchte ich dieses Buch meinem Mann, Dr. Matthias Paul, und unserem Sohn, Linus Paul. Eine bessere Unterstützung als durch ihre Geduld und ihren Frohmut hätte ich mir nicht wünschen können.

Heidelberg, im August 2010

Silja Vöneky

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
Erster Teil: Recht, Moral, Ethik und demokratische Legitimation – Bedeutung, Verhältnis, Wechselwirkung	21
1. Kapitel: Begriffsbestimmungen.	24
2. Kapitel: Kennzeichen von Recht, Moral und Ethik	39
3. Kapitel: Das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik – Wechselwirkungen, Abhängigkeiten, Überschneidungen	94
4. Kapitel: Demokratische Legitimation	130
Zweiter Teil: Ethikräte im Normsetzungsverfahren	233
5. Kapitel: Merkmale und Kennzeichen von nationalen Ethikräten in Deutschland	234
6. Kapitel: Betrachtung von Ethikräten im Europa- und Völkerrecht	317
7. Kapitel: Rechtsvergleichende Betrachtungen nationaler Ethikräte	387
8. Kapitel: Ethikräte im nationalen Recht, Europa- und Völkerrecht: Zusammenfassende Betrachtung	514
9. Kapitel: Zusammenfassung: (Demokratische) Legitimation von Recht durch Ethikräte, Legitimation der Ethikräte und Vereinbarkeit von Ethikräten mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes	534
Dritter Teil: Ethikkommissionen im Verwaltungsverfahren	581
10. Kapitel: Ethikkommissionen bei der Forschung am Menschen nach dem Arzneimittelgesetz	84
Schlussbetrachtung	636
Literaturverzeichnis.	639
Stellungnahmen, Dokumentationen und Publikationen von Ethikräten und weiteren Ethikgremien	674
Sach- und Personenregister	687

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung</i>	1
I. Problemstellung.	1
II. Institutionelle ethische Beratung im Bereich der Normsetzung und Normanwendung: Typisierung	8
1. Ethikgremien als Ethikräte und Ethikkommissionen	8
2. Besonderheiten von Ethikräten	9
3. Gemeinsamkeiten von Ethikräten und Ethikkommissionen.	14
III. Gang der Untersuchung und Thesen	15

Erster Teil

Recht, Moral, Ethik und demokratische Legitimation – Bedeutung, Verhältnis, Wechselwirkung

21

<i>1. Kapitel: Begriffsbestimmungen</i>	24
I. Moral und Ethik – erste Eingrenzungen	24
1. Moral	24
2. Ethik.	25
3. Erste Eingrenzungen.	26
II. Nichtmoralische Normen – erste Abgrenzung	28
1. Recht	28
2. Konvention	29
III. Differenzierungen.	32
1. Moral, Moralen und Berufsmoral.	32
2. Ethik, Metaethik, angewandte Ethik und Bereichsethik	34
<i>2. Kapitel: Kennzeichen von Recht, Moral und Ethik.</i>	39
I. Kennzeichen von Recht.	39
II. Kennzeichen von Moral	48
1. Kennzeichen moralischer Urteile	49
a) Vernunft und Gefühl.	49

b) Intuitionen	52
c) Ergebnis	57
2. Funktion und Zweck von Moral	59
3. Wandel moralischer Normen	60
4. Moral und (Post-)Moderne	65
a) Pluralismus und technischer Fortschritt	66
b) Entmoralisierung und Verrechtlichung.	70
c) Ergebnis	72
III. Kennzeichen von Ethik	72
1. Ethik als Wissenschaft?	73
a) Logischer Positivismus	73
b) Wittgenstein	74
c) Weber	75
d) Ethischer Nonkognitivismus	76
e) Relativismus	78
2. Ethik als Wissenschaft	78
a) Moderner Wissenschaftsbegriff	78
b) Unterschiede zwischen Naturwissenschaften und Ethik und Maßstäbe rationaler Akzeptierbarkeit	80
c) Notwendigkeit und Grenzen der Begründetheit und Begründbarkeit ethischer Positionen	82
d) Ethische Experten versus moralischer Autoritarismus	85
IV. Zusammenfassender Inkurs: Rationalität und Wissen	90
3. Kapitel: <i>Das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik – Wechselwirkungen, Abhängigkeiten, Überschneidungen</i>	94
I. Das Verhältnis von Recht und Moral.	94
1. Generierung von Recht aus Moral.	94
2. Öffnung des Rechts für die Moral.	96
3. Beeinflussung der Moral durch das Recht.	97
4. Bedingtheit der Wirksamkeit des Rechts durch die Moral	99
5. Moralisch „neutrales“ Recht	99
6. Ergebnis	100
II. Das Verhältnis von Recht und Ethik	101
1. Generierung von Recht aus Ethik	101
2. Öffnung des Rechts für die Ethik	101
3. Beeinflussung der Ethik durch das Recht	104
4. Bedingtheit der Gültigkeit des Rechts durch die Ethik	104
5. Ethisch „neutrales“ Recht.	107
III. Das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik in der grundgesetzlichen Ordnung	107

1. Anfänge: Auseinanderfallen von verfassungsrechtlichen Prinzipien und herrschender Moral	108
2. Die Grundrechte des Grundgesetzes als positiviert objektive Werteordnung: Rechtsprechung, Kritik und Gegenkritik	110
3. Grenzen der Konstitutionalisierung?	118
4. Der Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität und der Schutz der Religions- und Glaubensfreiheit	122
5. Der Schutz von Gewissensentscheidungen.	123
a) Gewissensfreiheit als Grundrecht	123
b) Gewissensfreiheit der Abgeordneten: Grenzen der Rationalität und der Überprüfbarkeit der Legislative	124
6. Weitere metarechtliche Bindung und Befugnis von Verfassungsorganen und -organteilen	128
7. Die Bindung an Gesetz <i>und Recht</i>	129
4. Kapitel: Demokratische Legitimation	130
I. Legitimation	131
1. Begriffsbestimmung	131
2. Empirisch-deskriptive Legitimationskonzeptionen	133
3. Normativ-ethische Legitimationskonzeptionen	135
a) Grundsätze	135
b) Grenzen rationaler Rechtfertigung	138
4. Prozedurale versus substantielle Legitimationskonzeptionen	140
II. Demokratiebegriff heute	141
III. Demokratische Legitimation	145
1. Begriffsbestimmung	145
a) Rein deskriptiv	145
b) Überwiegend deskriptiv	148
c) Überwiegend normativ	148
d) Rein normativ	149
e) Als Rechtsbegriff	150
2. Rechtfertigungen	151
a) Allgemeine Rechtfertigungen	151
b) Individuelle Rechtfertigungen und das Problem der Mehrheitsentscheidung	154
c) <i>Output</i> - und <i>Input</i> -Perspektive	158
IV. Demokratische Legitimation und Demokratie nach dem Grundgesetz	163
1. Einführung: Demokratische Legitimation und Grundgesetz	163
2. Demokratieprinzip des Grundgesetzes	163
a) Wesentliche Kennzeichen nach Wortlaut, Systematik und Teleologie.	165
(1) Einbindung in die materielle Werte- und Prinzipienordnung	165

(2) Volkssouveränität und Gegenstand des demokratischen Prinzips.	170
(3) Gewaltenteilung und gegenseitige Kontrolle der Gewalten. . .	173
(4) Parteienbeteiligung und Förderung der Willensbildung des Volkes	174
(5) Gleichheit der Bürger und Leistungsprinzip der Exekutive und Legislative	179
(6) Unabhängige Volksvertretung und Kontrolle der Öffentlichkeit: Rück- und Anbindung der Legislative.	183
(a) Regelmäßige allgemeine und freie Wahl unter Bedingungen der Chancengleichheit.	183
(b) Grundsatz und Sicherung des freien Mandats	184
(c) Materielle Grenzen der Rückbindung.	188
(d) Prozedurale Ausgestaltung der Rückbindung: Mehrheitsprinzip, Öffentlichkeit und Deliberation	190
(7) Rück- und Anbindung der Exekutive.	193
(8) Ergebnis	195
b) Verfassungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im normativen Graubereich	198
(1) Legitimationssubjekt: Staatsvolk.	198
(a) Keine Voraussetzung relativer Homogenität	198
(b) Gesamtvolk und Teilmölder	203
(2) Legitimationsmodi und „Legitimationssketten“	205
(3) Wesentlichkeitstheorie und Parlamentsvorbehalt	214
(4) Öffentlichkeit, Kontrollierbarkeit, Vertrauen und Legitimation	218
(5) Ergebnis	220
3. Rechtfertigungen des Demokratieprinzips des Grundgesetzes	220
4. Ergebnis und Ausblick.	222
V. Zusammenfassung: Gerechtfertigte Demokratie – Das Spannungsfeld von Recht, Moral, Ethik und demokratischer Legitimation in der grundgesetzlichen Ordnung (Thesen und Hypothesen einer Theorie der Integration).	225

Zweiter Teil

Ethikräte im Normsetzungsverfahren

233

<i>5. Kapitel: Merkmale und Kennzeichen von nationalen Ethikräten in Deutschland</i>	234
I. Einführung: Ethische Beratung in Deutschland	234
II. Merkmale und Kennzeichen des Nationalen Ethikrates (2001–2008)	239
1. Normative Vorgaben und ihre Umsetzung	240

a) Aufgaben und Zuständigkeiten	240
(1) Ethische Fragen der Lebenswissenschaften	240
(2) Einzelne Aufgaben	242
b) Mitglieder: Interdisziplinarität und „Repräsentation von Belangen“	243
c) Unabhängigkeit.	246
d) Transparenz und Öffentlichkeitswirksamkeit	248
e) Verfahren der Abfassung von Stellungnahmen, Empfehlungen und Berichte	251
2. Aufgabenerfüllung.	252
a) Stellungnahmen und Empfehlungen	255
(1) Kennzeichen	256
(a) Aufbau und Elemente	256
(b) Themenwahl, Zeitrahmen und Umfang.	259
(c) Normative Grundlagen	261
(d) Zielsetzung.	262
(e) Argumentationstopoi	264
(2) Bewertung der Stellungnahmen und Empfehlungen	271
(3) Wirkungen der Stellungnahmen und Empfehlungen	275
(a) Beeinflussung von Gesetzgeber oder Regierung?	275
(b) Erzeugung von sogenanntem „weichem Recht“ (<i>soft law</i>)?.	282
b) Internationale Kooperation und Vernetzung.	286
c) Förderung des gesellschaftlichen Diskurses	288
3. Ergebnis	289
III. Merkmale und Kennzeichen des Deutschen Ethikrates (seit 2008).	295
1. Normative Vorgaben und deren Umsetzung.	296
a) Aufgaben und Zuständigkeiten	296
b) Mitglieder: Multidisziplinarität und „Repräsentation von Belangen“	299
c) Unabhängigkeit.	302
(1) Unabhängigkeit der einzelnen Mitglieder	302
(2) Unabhängigkeit des Gesamtgremiums	303
d) Inkurs: Ethikbeirat des Bundestages	304
e) Transparenz und Öffentlichkeitsausrichtung.	306
f) Verfahren der Abfassung von Stellungnahmen, Empfehlungen und Berichte	311
2. Zusammenfassende Bewertung	313
6. Kapitel: Betrachtung von Ethikräten im Europa- und Völkerrecht.	317
I. Ethikräte auf supranationaler Ebene: <i>European Group on Ethics in Science and New Technologies</i> (EGE)	317
1. Zusammensetzung, Aufgaben, Kennzeichen	319
a) Zusammensetzung: Normative Vorgaben und Umsetzung.	319

b) Aufgaben	321
c) Kennzeichen: Unabhängigkeit, Kommissionsbezug, Öffentlichkeitsbezug und Vernetzung	321
2. Stellungnahmen: Verfahren der Abfassung, Aufbau und Inhalt. . .	326
a) Verfahren.	326
b) Aufbau	327
c) Inhalt.	329
(1) Präambeln	329
(2) Gründe	333
(a) Inhalt	333
(b) Bewertung	335
(c) Das Beispiel der Wissenschaftsfreiheit	337
(3) Empfehlungen	339
(a) Materielle Standards	339
(b) Prozedurale Standards	340
d) Wirkungsmacht: Ethisierung des Europarechts	343
(1) Forschungsrahmenprogramme	344
(2) Verhaltenskodex Nanotechnologie.	347
(3) Ergebnis	350
3. Ergebnis	350
II. Ethikräte auf internationaler Ebene	359
1. Der Internationale Ausschuss für Bioethik der UNESCO (<i>International Bioethics Committee, IBC</i>)	361
a) Zusammensetzung, Kennzeichen, Aufgaben und Verfahren . . .	361
(1) Zusammensetzung	361
(a) Normative Vorgaben	361
(b) Umsetzung	362
(2) Aufgaben.	363
(3) Materielle normative Grundlagen	364
(4) Kennzeichen: Unabhängigkeit und Öffentlichkeitsbezug . .	365
(5) Verfahren.	366
(6) Inkurs: Der Zwischenstaatliche Ausschuss für Bioethik (<i>Intergovernmental Bioethics Committee, IGBC</i>).	367
b) Wirkungsmacht: Einfluss des IBCs auf die Entwicklung von internationalem „weichem Recht“ (<i>soft law</i>) im Bereich der Biomedizin – die Allgemeine Erklärung über Bioethik und Menschenrechte der UNESCO.	368
c) Ergebnis	375
2. Der Lenkungsausschuss für Bioethik des Europarates (CDBI). . .	378
III. Völkerrechtliche Vorgaben für Ethikräte in den einzelnen Staaten . . .	382
1. Internationales Vertragsrecht	382
2. „Weiches Recht“: <i>Soft Law</i> -Regelungen	383

7. Kapitel: Rechtsvergleichende Betrachtungen nationaler Ethikräte	387
I. Der französische Nationale Ethikrat: <i>Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé</i> (CCNE)	388
1. Rechtliche Grundlagen des Rates	388
2. Aufgaben und Zuständigkeiten	389
3. Zusammensetzung.	392
4. Stellungnahmen	396
a) Verfahren der Abfassung.	397
(1) Befassungspflicht und Befassungsrecht.	397
(2) Verfahren im Einzelnen	398
b) Aufbau der Stellungnahmen	400
c) Inhalt der Stellungnahmen	401
(1) Themenbereiche	401
(2) Maßstab und Gegenstand der Erörterungen: Moral, Recht und Ethik?	403
(3) Leitende ethische Prinzipien	406
(a) Prinzipien	406
(b) Anwendungsfall: Die Stellungnahmen zur Embryonenforschung	409
(c) Bewertung	414
(4) Institutionalisierung der Ethik und Ethisierung des Rechts	415
(5) Transparenz und Partizipation.	416
d) Bewertung	417
5. Merkmale des CCNE	420
a) Multidisziplinarität, Pluralität und Unabhängigkeit	420
b) Konsens- und Kohärenzorientierung.	422
c) Öffentlichkeitsbezug und Transparenz.	422
d) Internationale Vernetzung	424
6. Wirkungsmacht des Rates und seiner Stellungnahmen	425
a) Materielle Wirkungsmacht der Stellungnahmen	427
(1) Einfluss auf die Legislative.	427
(a) Das Bioethik Gesetz von 1994	428
(b) Das Bioethik Gesetz von 2004.	430
(c) Weitere gesetzliche Regelungen	435
(2) Einfluss auf Gerichtsentscheidungen	436
(3) Einfluss auf die Exekutive und private Akteure	438
b) Prodezurale Wirkungsmacht	439
c) Institutionelle Wirkungsmacht.	440
7. Zusammenfassende Bewertung	440
II. Der Ethikrat der USA: Der Präsidenten-Rat zur Bioethik (<i>The President’s Council on Bioethics</i> , PCB).	443
1. Vorgängergremien.	444

a)	<i>National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research</i>	444
b)	<i>President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research</i>	445
c)	<i>Ethics Advisory Board (EAB) und Human Embryo Research Panel</i>	446
d)	<i>National Bioethics Advisory Commission (NBAC)</i>	447
2.	Rechtliche Grundlagen	448
3.	Errichtung und Dauer	450
4.	Aufgaben und Ziele	451
5.	Besetzung und Zusammensetzung	455
a)	Normative Vorgaben	455
(1)	Einrichtungserlass (<i>Executive Order 13237</i>)	455
(2)	<i>Federal Advisory Committee Act (FACA)</i>	456
b)	Faktische Besetzung	458
c)	Ausgewogenheit („ <i>fairly balanced</i> “)	460
(1)	2001	460
(2)	Nach 2004	461
6.	Unabhängigkeit des Rates und seiner Mitglieder	462
7.	Stellungnahmen und sonstige Veröffentlichungen	466
a)	Beratungsauftrag	466
b)	Maßstab und Methode: Eine „reichere Bioethik“ („ <i>richer bioethics</i> “)	467
c)	Verfahren der Abfassung	469
(1)	Befassungspflicht und Befassungsrecht	469
(2)	Verfahren im Einzelnen	470
d)	Aufbau der Stellungnahmen	475
(1)	Stellungnahmen mit Empfehlungen	475
(2)	Stellungnahmen ohne Empfehlungen	477
(3)	Anthologien	479
e)	Inhalt der Stellungnahmen und Veröffentlichungen	479
(1)	Themenwahl	479
(2)	Konsensorientierung	480
(3)	Leitende ethische Prinzipien	482
(a)	Materielle Prinzipien	482
(aa)	Das Prinzip der Menschenwürde	482
(bb)	Sonstige Prinzipien	487
(b)	Prozedurale Prinzipien	487
(aa)	Diskursethische Prinzipien	487
(bb)	Das Prinzip der „Weisheit der Abscheu“ („ <i>wisdom of repugnance</i> “)	488
(cc)	Notwendigkeit weiterer öffentlicher Debatte	490
(c)	Bewertung	490
(4)	Bewertung der Stellungnahmen und Anthologien	491
(a)	Stellungnahme 1: <i>Human Cloning and Human Dignity</i>	491

(b) Stellungnahme 2: <i>Beyond Therapy – Biotechnology and the Pursuit of Happiness</i>	493
(c) Veröffentlichungen 3 und 8: Anthologien <i>Being Human und Human Dignity and Bioethics</i>	494
(d) Stellungnahme 5: <i>Reproduction and Responsibility</i>	495
(e) Stellungnahme 6: <i>White Paper: Alternative Sources of Human Pluripotent Stem Cells</i>	496
(f) Stellungnahme 7: <i>Taking Care: Ethical Caregiving in Our Aging Society</i>	497
(g) Zusammenfassung	499
8. Wirkungsmacht der Stellungnahmen und des Rates	500
a) Wirkungsmacht	500
b) Bewertung	505
9. Merkmale des Rates	507
a) Multidisziplinarität und Pluralität	507
b) Konsensorientierung	508
c) Öffentlichkeitsbezug und Transparenz (<i>accountability</i>)	508
d) Internationale Vernetzung	510
10. Zusammenfassende Bewertung	510
8. Kapitel: <i>Ethikräte im nationalen Recht, Europa- und Völkerrecht: Zusammenfassende Betrachtung</i>	514
I. Merkmale und Kennzeichen von Ethikräten in vergleichender Perspektive	514
II. Merkmale und Kennzeichen der Stellungnahme und Empfehlungen von Ethikräten in vergleichender Perspektive.	520
III. Zwischenergebnis: Ein neues Modell sachverständiger Beratung.	528
9. Kapitel: <i>Zusammenfassung: (Demokratische) Legitimation von Recht durch Ethikräte, Legitimation der Ethikräte und Vereinbarkeit von Ethikräten mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes</i>	534
I. Möglichkeiten, Grenzen und Gefahren zusätzlicher Legitimation von Recht durch Ethikräte	534
1. Substantielle Legitimation.	534
a) Durch inhaltliche Festlegung des ethisch Vertretbaren.	534
(1) Institutionalisierte Nachweis ethischer Vertretbarkeit	534
(2) Unabhängigkeit, Ausgewogenheit und Binnenpluralität des Rates und seiner Stellungnahmen	536
(3) Zwischenergebnis: Liberale Tendenz?	539
(4) Gefahren des Herstellens substantieller Legitimation und deren Eindämmung	540
b) Durch Festlegung des ethisch Nicht- oder nur Vorläufig-Entscheidbaren	541

2.	Demokratische Legitimation durch Integration	542
a)	Integrative Funktionen	542
b)	Voraussetzungen gerechtfertigter Integration	544
(1)	Gerechtfertigte funktionale Integrationsmittel.	544
(2)	Gerechtfertigte sachliche Integrationsmittel	545
c)	Grenzen des gerechtfertigten Einsatzes.	546
II.	Übereinstimmung des Einsatzes eines nationalen Ethikrates mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes	547
1.	Verstöße gegen das Demokratieprinzip?.	547
a)	Entparlamentarisierung?	547
b)	Entpositivierung durch ethische „Verfestigung“ des Rechts?	552
c)	Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht?	552
d)	Entparteilichung?	554
e)	Lobbyismus?	555
f)	Expertokratie?	556
g)	Ergebnis	557
2.	Demokratisierung	558
III.	Ergebnis: Voraussetzungen eines gerechtfertigten nationalen Ethikrates nach den Vorgaben des Grundgesetzes	564
1.	Einsetzung.	565
a)	Gegenstand notwendiger demokratischer Legitimation	565
b)	Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.	567
2.	Aufgaben und Kompetenzen	574
3.	Besetzung	575
4.	Unabhängigkeit	576
5.	Öffentlichkeitsausrichtung und Transparenz	578
6.	Verfahren	579
IV.	Schlussbetrachtung	580

Dritter Teil

Ethikkommissionen im Verwaltungsverfahren

581

10.	Kapitel: Ethikkommissionen bei der Forschung am Menschen nach dem Arzneimittelgesetz	584
I.	Einführung: Gefährdung und Verwirklichung von Grundrechten und besondere Gefahren ethischer Grenzüberschreitungen	584
II.	Reaktionsmöglichkeiten des Rechts	591
III.	Ethikkommissionen in der Arzneimittelforschung	592
1.	Entstehung.	593
2.	Gesetzliche Verankerung	594

3. Erlass von Verwaltungsakten	595
4. Besetzung	599
5. Kennzeichen	602
6. Stellungnahmen	604
a) Verfahren.	604
b) Beschlussfassung.	605
IV. Rechtliche und ethische Prüfungskompetenz.	606
1. Das Beispiel der Forschung an Sterbenden	606
a) Schutzstufen	608
(1) Erste Schutzstufe.	608
(2) Zweite Schutzstufe.	608
(3) Dritte Schutzstufe	609
(4) Zusammenfassung.	610
b) Normative Graubereiche	610
2. Ergebnis	612
V. Maßstäbe und Grenzen der Bewertung.	615
VI. Aspekte demokratischer Legitimation und deren Konsequenzen.	616
VII. Anforderungen nach dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes	621
1. Mängel und Voraussetzungen für deren Rechtfertigung	621
2. Gerichtliche Kontrolle von Stellungnahmen.	632
VIII. Ergebnis	635
<i>Schlussbetrachtung</i>	636
Literaturverzeichnis.	639
Stellungnahmen, Dokumentationen und Publikationen von Ethikräten und weiteren Ethikgremien	674
I. Nationaler Ethikrat (Bundesrepublik Deutschland)	674
1. Stellungnahmen	674
2. Tätigkeitsberichte	675
II. <i>European Group on Ethics</i> (EGE)..	675
1. Stellungnahmen	675
2. Runde Tische	676
III. Französischer Nationaler Ethikrat (CCNE)	676
IV. US-amerikanische Ethikgremien	683
1. <i>National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research</i>	683
2. <i>Ethics Advisory Board</i>	684
3. <i>President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research</i>	684

4. <i>Human Emybro Research Panel</i>	685
5. <i>Advisory Committee on Human Radiation Experiments</i>	685
6. <i>National Bioethics Advisory Commission (NBAC)</i>	685
7. <i>President's Council on Bioethics</i>	685
Sach- und Personenregister	687

Einleitung

I. Problemstellung

In der vorliegenden Arbeit sollen Fragen demokratischer Legitimation am Beispiel von Ethikgremien in der Bundesrepublik Deutschland in rechtsvergleichender, europarechtlicher, völkerrechtlicher und interdisziplinärer Perspektive untersucht werden. Der Grund dafür ist, dass sich in dieser Fragestellung, wie unter einem Brennglas, verschiedene Problemlagen bündeln, deren Beantwortung für ein demokratisches Gemeinwesen wie die Bundesrepublik Deutschland von entscheidender Bedeutung sind, die jedoch bisher noch nicht ausreichend wissenschaftlich durchdrungen sind: Es geht zentral um die Frage, wie in pluralistischen demokratischen Gesellschaften im Bereich der Normsetzung und des Normvollzuges Entwicklungen bewältigt werden können, die grundlegende ethisch-moralische Fragen aufwerfen.

Dabei scheint es auf den ersten Blick vielversprechend, könnten Ethikgremien einen Korridor ethischer Normsetzung oder Normanwendung aufzeigen, der von Rechtssetzungs- und Entscheidungsorganen im Rahmen ihrer rechtlichen Kompetenzen genutzt werden könnte. Nicht übersehen werden dürfen dabei jedoch die Gefahren des Herstellens substantieller Legitimation durch inhaltliche Festlegungen des ethisch Vertretbaren; sofern die Gremien nicht notwendig ihre Erörterungen in den Grenzen und auf der Grundlage der *rechtlich maßgeblichen* Prinzipien führen, kann deren „Ethisierung der Debatte“ inhaltlich bedeuten, dass *rechtlich nicht* maßgebliche Paradigmen zusätzliches Gewicht erlangen und deswegen und dadurch den Rechtsdiskurs unterhöheln. Die ethische Bewertung und Erörterung, die durch die Räte vorgenommen wird, könnte die Bedeutung des Rechts insgesamt abschwächen, da durch die Räte eine weitere parallele Sollensordnung bzw. weitere materielle normative Prinzipien als maßgebliche eine institutionalisierte Bedeutung gewinnen.

Zu der vollständigen Beantwortung und Erfassung der damit aufgeworfenen Fragen müssen, schon wegen der Interdependenz der verschiedenen Rechtsordnungen, nicht nur die Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch das Europarecht, das Völkerrecht und weitere nationale Rechtsordnungen in den Blick genommen werden. Da es zudem um die Bewältigung ethisch-moralischer Fragestellungen geht, können die Fragen nicht ohne Re-

kurs auf diejenigen Wissenschaften durchdrungen und beantwortet werden, die sich mit der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Moral und Ethik beschäftigen und damit, was Recht, Moral und Ethik im Kern ausmacht, aber auch von einander abgrenzt und unterscheidet. Erforderlich ist daher nicht nur ein Rechtsordnungen übergreifender, sondern auch ein interdisziplinärer Ansatz, der Erkenntnisse der Rechtsphilosophie, der politischen Philosophie, der philosophischen Ethik, der Politikwissenschaften, der Soziologie, aber auch naturwissenschaftliche Ergebnisse in die juristische Diskussion einfügt. Ziel ist dabei immer ein den rechtswissenschaftlichen Diskurs fundierender Einbezug; vermieden werden daher im Folgenden historische Darlegungen von Positionen aus den unterschiedlichen Wissenschaften zu Gunsten ihrer problem- und lösungsbezogenen Einfügung.

Dass heute Fragen demokratischer Legitimation in Bezug auf Normsetzung und Normanwendung in ethisch-moralisch höchst umstrittenen Bereichen zentraler Gegenstand auch einer im Kern juristischen Untersuchung wie der Vorliegenden sind, beruht insbesondere auf den folgenden vier Gründen, die miteinander verwoben sind:

Der erste Grund ist der schnelle wissenschaftliche Fortschritt in den Bereichen der Biomedizin¹ und Biotechnologie.² Meldungen über neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Bereich der Biotechnologie und modernen Medi-

¹ Der Begriff der Biomedizin (*biomedicine*) ist in seinem genauen Sinngehalt umstritten; unumstritten ist die Offenheit des Begriffs, der gerade neue Entwicklungen in der Medizin umfassen soll, die besondere ethisch-moralische Fragestellungen aufwerfen; dies betrifft insbesondere, aber nicht nur Fragen der Medizin vor und bis zur Geburt eines Menschen, der Gentechnik, Gentherapie, Stammzelltherapie, Klonen, die moderne Fortpflanzungsmedizin; vgl. dazu und zur Offenheit des Begriffs *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Auflage 2008, 834; ausführlich *Holderregger/Ackermann*, Was ist Biomedizin bzw. biomedizinische Ethik? Eine begriffliche und inhaltliche Klärung, in Haldemann/Poltier/Romagonli (Hrsg.), Bioethik im Spannungsfeld der Disziplinen, Festschrift für Alberto Bondolfi zu seinem 60. Geburtstag, 2006, 33 ff.; *Kranz*, Biomedizinrecht in der EU, 2008, 7 ff. Ohne Definition wird der Begriff verwandt in dem Kurztitel des Übereinkommens über Menschenrechte und *Biomedizin* des Europarates vom 4. 4. 1997 (der vollständige Titel lautet: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin); abgedruckt in *Müller-Terpitz*, Das Recht der Biomedizin, 2006, 63 ff.

² Auch der Begriff der Biotechnologie ist unbestimmt; unter ihn können jedoch insbesondere die Technologien und industriellen Verfahren zusammengefasst werden, die biologische Organismen verwenden oder auf biologischen Prozessen oder Funktionsprinzipien beruhen; vgl. *Irmer*, Großes Handbuch Genetik, Grundwissen und Gesetze, 2005, 259. Vgl. auch Art. 2 Übereinkommen über die biologische Vielfalt 5. 6. 1992 (Convention on Biological Diversity, vgl. BGBl. 1993 II, 1742); danach „bedeutet „Biotechnologie“ jede technologische Anwendung, die biologische Systeme, lebende Organismen oder Produkte daraus benutzt, um Erzeugnisse oder Verfahren für eine bestimmte Nutzung herzustellen oder zu verändern.“ Pointiert *Bohrer*, A Guide to Biotechnology Law and Business, 2007, 5, der feststellt „Biotechnology is the technology based on modern molecular biology“ und der die Biotechnologie eng verknüpft mit der modernen Biologie, die 1953 mit der Entdeckung der DNA durch Crick und Watson begonnen hat.

zin³ sind heute die Regel.⁴ Normsetzer und Normanwender stehen damit aber vor der Herausforderung, „legitime“⁵ Mechanismen der Normgenerierung und Normanwendung zu entwickeln, um mit diesem Fortschritt von Wissenschaft und Technik Schritt zu halten.

Diese Aufgabe der legitimen Normgenerierung und Normanwendung stellt sich im Bereich der Biomedizin und Biotechnologie als besondere Herausforderung dar. Dies betrifft zunächst die Art der neuen Entwicklungen und Entdeckungen. So führen die neuen Entwicklungen und Entdeckungen im Bereich der sogenannten Lebenswissenschaften (*life sciences*)⁶ dazu, dass Begriffe wie (menschliches) Leben in ihren Grenzen neu definiert werden. Die Biomedizin „schafft“ – folgt man neuen Stimmen in der Literatur – durch ihre Erkenntnisse neue Entitäten, indem sie beispielsweise Gene, Zellen, Embryonen etc. sichtbar macht.⁷ Dabei weckt sie Hoffnungen, dass essentielle Probleme der Menschheit gelöst werden können⁸ und zeigt weitreichende Optionen auf, die

³ Der Begriff der modernen Medizin wird in der vorliegenden Arbeit synonym mit dem der Biomedizin verwandt; vgl. dazu oben in Kapitel 1, Fn. 1.

⁴ Vgl. nur und beispielhaft im Zeitraum Februar bis April 2008 die folgenden Meldungen: „Frische Zellen für den Fortschritt“, SZ vom 11.2. 2008, 2; „Neues genetisches Manipulationsbesteck“, FAZ vom 17.3. 2008, 6; „Heilsames Knochenmark – Stammzellen fördern Genesung nach Schlaganfall“, FAZ vom 26. 3. 2008, N2; „Therapeutisches Klonen für „Parkinson“-Mäuse“, FAZ vom 26. 3. 2008, N1; „Forscher schufen Mensch-Tier-Embryo“, FAZ vom 3. 4. 2008, 9; „Herz in der Schale – Embryonale Stammzellen zubereitet“, FAZ vom 24. 4. 2008, 37.

⁵ Ausführlich zu der sinnvollen Bestimmung der Begriffe „legitim“, „legitimiert“, „Legitimität“ und „Legitimation“, vgl. die Ausführungen in Kapitel 4 unten.

⁶ In einem weiten Verständnis umfassen Lebenswissenschaften alle wissenschaftlichen Gebiete, die sich mit der belebten Natur und den Gesetzmäßigkeiten des Lebens von Pflanzen, Tieren und Menschen befassen, d.h. insbesondere die Biowissenschaften (wie Biologie, Biochemie, Bioinformatik etc.) und die Medizin. Zudem können zu den Lebenswissenschaften auch die Pharmazie, die Ernährungswissenschaften, die Agrarwissenschaften und die Zoologie gezählt werden. Vgl. nur Brockhaus-Enzyklopädie, Stichwort Lifesciences, Band 16, 21. Auflage 2006, 786; UNESCO, Explanatory Memorandum on the Elaboration of a Declaration on Universal Norms on Bioethics, SHS/EST/CIB-CIGB/05/CONF.202/4, vom 10. Januar 2005, Rn. 17: „Life sciences are the sciences concerned with the study of living organisms. They encompass a broad range of disciplines that include, amongst others, biology, biochemistry, microbiology, virology and zoology (...) Broadly speaking, life sciences include any study or research disciplines that contributes to the understanding of life processes.“; Jones, A code of ethics for the life sciences, Science and Engineering Ethics 13 (2007), 25 ff., 37: „The goal of life science research is the pursuit of knowledge in the biological and biomedical sciences with the ultimate goal of advancing the health and welfare of all human beings.“ Vgl. auch Irrgang, Einführung in die Bioethik, 2005, 9; Pieper, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 96; zu den Lebenswissenschaften als neuer Themenbereich der juristischen Grundlagenforschung, vgl. Hilgendorf, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute, in Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 111 ff., 123 f. Dazu auch in Kapitel 5 II.1.a).

⁷ Vgl. auch Nowotny/Testa, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 44.

⁸ Vgl. Venter, Wie wir neue Software für das Leben schreiben werden, Spiegel Online vom 4. 5. 2009.

der Gesellschaft und ihren Individuen im molekularen Zeitalter offen stehen (könnten). Diese betreffen die Abwehr von Übeln, also etwa die Vermeidung oder Heilung von Krankheiten beispielsweise durch genetische Veränderungen oder neue Therapien, aber auch Leistungssteigerungen und Verbesserungen der Menschen unabhängig von Krankheiten (sogenanntes *human enhancement*). Die neuen Entwicklungen der Biomedizin und Biotechnologie scheinen dabei jedoch nicht nur unsere Vorstellung des Lebens verändern zu können, sondern (möglicherweise) auch das Leben selbst.⁹

Die Fortschritte der Biomedizin bewirken dabei unter anderem, dass die Natur, auch die menschliche, als Materie erscheint, über die verfügt werden kann.¹⁰ Durch den Fortschritt der Lebenswissenschaften werden Prozesse, die als unveränderbar galten, abgewandelt – unter anderem durch künstliche Befruchtung und Klonierungstechniken – und Prozesse, die als irreversibel galten, reversibel gemacht. Letzteres ist der Fall, wenn zum Beispiel Hautzellen in einen „embryoähnlichen“ also totipotenten¹¹ Zustand reprogrammiert werden können.¹² Es erscheint daher nicht als Übertreibung, wenn festgestellt wird, dass die sogenannten Lebenswissenschaften auch Fragen aufwerfen, die die Identität von Entitäten betreffen und deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung.¹³ Dies alles zeigt aber auch, dass die Lebenswissenschaften das Potential haben, die Grundfeste des bestehenden sozialen Zusammenlebens in Frage zu stellen.

Der zweite Grund dafür, dass heute Fragen demokratischer Legitimation in Bezug auf Normsetzung und Normanwendung in ethisch-moralisch höchst umstrittenen Bereichen zentraler Gegenstand auch einer im Kern juristischen Untersuchung sind, ist, dass mit den geschilderten Entwicklungen auf gesellschaftlicher Ebene grundlegende Fragen aufgeworfen werden, die klärungs- und lösungsbedürftig, zudem ausgleichs- und potentiell normierungsbedürftig sind. Es stellt sich hier für die verschiedenen (nationalen) Gesellschaften und die supra- und internationalen Gemeinschaften die Frage, in welcher Weise die gewonnenen Erkenntnisse und gegebenenfalls auch neuen Lebensformen

⁹ Venter, Wie wir neue Software für das Leben schreiben werden, Spiegel Online vom 4. 5. 2009.

¹⁰ Nowotny/Testa, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 61.

¹¹ Zellen werden als totipotent bezeichnet, wenn sie in geeigneter Umgebung zu vollständigen Individuen heranwachsen können. Als pluripotent werden dagegen Zellen bezeichnet, die (nur) die Fähigkeit besitzen, sich zu jedem Zelltyp eines Organismus zu differenzieren, da sie noch auf keinerlei bestimmten Gewebetyp festgelegt sind. Jedoch sind sie, im Gegensatz zu totipotenten Zellen, nicht mehr in der Lage, einen gesamten Organismus zu bilden; vgl. dazu näher auch Kersten, Das Klonen von Menschen, 2004, 35 ff.

¹² Okita/Ichisaka/Yamanka, Generation of germline-component induced pluripotent stem cells, Nature 448 (2007), 313 ff.

¹³ Vgl. nur Nowotny/Testa, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 44.

in die bestehende Ordnung integriert werden können. Das Recht muss daher auf die Herausforderungen und Potentiale der Biomedizin und Biotechnologie reagieren. Gerade mit Hilfe rechtlicher Normen muss auf Grund ihrer besonderen Durchsetzungskraft und Flexibilität entschieden werden, nicht nur was aus der Fülle des wissenschaftlich-technischen Potentials verwirklicht werden *kann*, sondern insbesondere auch was daraus (nicht) verwirklicht werden *soll*.¹⁴ Mit den Möglichkeiten im Bereich der Biomedizin und Biotechnologie sind damit zentral die Fragen nach den Grundsätzen der normativen Gestaltung der Zukunft aufgeworfen. Diese sind jedoch nicht auf einen Nationalstaat begrenzt: Wird *de facto* das menschliche Leben verändert, wird dies oder kann dies (zumindest potentiell) Auswirkungen auf die gesamte Menschheit haben.¹⁵

Wegen dieser möglicherweise tiefgreifenden Umwälzungen und der Vielfalt und Qualität der möglicherweise entstehenden Probleme, müssen in (demokratischen) Gemeinwesen und Ordnungen überzeugende Wege gefunden werden, wie Normsetzung und Normanwendung in diesem Bereich in (demokratisch) legitimer Weise erfolgen können, ohne dass sie die Grenzen der rechtlichen Ordnung überschreiten. Dies ist der *dritte Grund* dafür, dass Fragen demokratischer Legitimation in Bezug auf Normsetzung und Normanwendung in ethisch-moralisch höchst umstrittenen Bereichen zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind. Dabei darf die technische Entwicklung gerade keine Auslieferung der Gesellschaft an eine unkontrollierbare wissenschaftliche Macht bewirken¹⁶ und auch nicht als solche wahrgenommen werden.

Die besondere Schwierigkeit ist dabei, dass es in einem pluralistischen Gemeinwesen nicht mehr ein einheitliches Bild einer natürlichen vorgegebenen Ordnung zu geben scheint, eines Naturrechts¹⁷ im weitesten Sinne, deren Ge-

¹⁴ Nachdrücklich beispielsweise *Nowotny/Testa*, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 61.

¹⁵ Als Beispiel mag hier das reproduktive Klonen von Menschen dienen, sollte dies einmal in Zukunft möglich sein: Klont man einen bereits geborenen, lebenden Menschen, so wird zeitlich versetzt durch das reproduktive Klonen ein genetischer Zwilling dieses Menschen auf die Welt kommen; fraglich ist in in diesem Zusammenhang nicht nur, ob gegen die Menschenwürde des Klons oder des Klonierten verstoßen wurde, sondern auch, wie beispielsweise die Begriffe „Vater“ oder „Mutter“, „Familie“ und „Geschwister“ unter diesen Voraussetzungen sinnvoll verwendet werden werden können. Vgl. zu der rechtswissenschaftlichen, auf die Menschenwürde bezogenen Diskussion in Deutschland insbesondere die Beiträge und Thesen von Christian Starck, Jörn Ipsen, Horst Dreier und Wolfgang Graf Vitzthum, in Vöneky/Wolfrum (Hrsg.), *Human Dignity and Human Cloning*, 2004, 63 ff., 69 ff., 77 ff., 87 ff. und *Kersten*, *Das Klonen von Menschen*, 2004, 403 ff. Bei letzterem auch zu den verschiedenen Klontechniken und der Unterscheidung von sogenanntem therapeutischen und reproduktiven Klonen, *ibid.*, 8 ff., 18 ff.

¹⁶ *Nowotny/Testa*, *Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter*, 2009, 89.

¹⁷ Zum Begriff des Naturrechts als Moralthorie und rechtsphilosophische Position ein-

setze unwandelbare, erkennbare Richtschnur für das Tun und Unterlassen der Menschen darstellen.¹⁸ Das Recht kann zudem auch naturwissenschaftliche Begrifflichkeiten oder bioethische Prinzipien nicht einfach übernehmen.¹⁹ Sucht der Normsetzer jedoch nach gemeinsamen Werten, unabhängig von den verfassungsrechtlichen Prinzipien oder in Konkretisierung dieser Prinzipien, als gemeinsame Grundlage neuer Normierungen, besteht die Gefahr von (auch irrationalen oder arationalen)²⁰ Kämpfen um letztgültige Positionen.²¹ Dies ist der Fall, da es um eine Diskussion der letzten Zwecke und Ziele (im Sinne eines „Was wollen wir erreichen?“) geht, nicht nur um die Auswahl der richtigen Mittel (im Sinne eines „Wie können wir die Ziele erreichen, über die wir uns einig sind?“). Dies gilt erst recht, wenn der Hinweis auf eine Rückkehr der religiösen Werte zutreffend wäre und der lange Zeit vertretene *notwendige* Zusammenhang von Säkularisierung und (Post-)Moderne nicht mehr nachweisbar wäre.²² Verstärkt werden diese Probleme zudem durch das Fehlen von sicherem Wissen in vielen der für die Normsetzung und Normanwendung relevanten Bereiche.

Es stellt sich die Frage, wie ein Wertediskurs und ein Bezug auf Gemeinsamkeiten in einer pluralistischen Gesellschaft gelingen kann, scheint doch *prima facie* die Veränderbarkeit und die Heterogenität der Werte in einer pluralen Gesellschaft einen sinnvollen Diskurs²³ unmöglich zu machen. Zudem ist im

führend statt anderer *Stepanians*, Stichwort: Naturrecht, in Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 2, 2008, 887 ff.; zudem jüngst *Kirste*, Recht als Transformation, in Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 134 ff.; *Hilgendorf*, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute, in Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), *ibid.*, 130 f. Kritisch zu diesem Begriff und seiner Reichweite jedoch in Kapitel 3 unten.

¹⁸ Zum Pluralismus als Merkmal moderner Gesellschaften, vgl. unten Kapitel 2 II.

¹⁹ Zum Recht und seinen Eigenarten, vgl. näher unten Kapitel 2 I.

²⁰ *Irrational* ist, wenn etwas – beispielsweise eine Handlungs- oder Argumentationsweise – grundsätzlich rationalisierungsfähig ist, aber der Rationalitätsstandard verfehlt wird; *arational* ist, wenn daran nicht der Maßstab der Rationalität angelegt werden kann; vgl. zu dieser Differenzierung *Schwinn*, Stichwort: Rationalität, soziale, in Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 2, 2008, 1051 ff., 1051. Zu Maßstäben der Rationalität näher unten Kapitel 2 III. 2. und Kapitel 2 IV. Im Folgenden wird in der Regel der Begriff der Rationalität in der Regel statt des Begriffes der Vernunft bzw. gleichbedeutend mit ihm verwandt. Anders dagegen John Rawls, der Vernunft und Rationalität unterscheidet, vgl. *Rawls*, Politischer Liberalismus, 1993/2003, 120 ff.; dazu auch unten Kapitel 2, Fn. 155 und Fn. 169.

²¹ Vgl. auch *Nowotny/Testa*, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 75.

²² Vgl. dazu unten Kapitel 2 II.

²³ Sofern nicht näher bezeichnet, wird der Begriff des Diskurses weit verstanden als insbesondere auf Sprache basierende tatsächliche Erörterung einer Frage, eines Problems oder eines thematischen Bereichs durch zwei oder mehr Personen. Zu den unterschiedlichen Diskursbegriffen in den verschiedenen sogenannten Diskurstheorien, vgl. den Überblick bei *Cooke*, Diskurstheorie, in Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), Handbuch der politischen

Bereich des Rechts zu beachten, dass sich ein möglicherweise bioethisch²⁴ fundierter Wertediskurs von dem (freiheitlichen) Menschenrechtsdiskurs unterscheiden kann, der insbesondere die rechtliche Auseinandersetzung und Deutung in den Nationalstaaten und der internationalen Gemeinschaft bisher dominiert hatte.

Was ist also zusammenfassend betrachtet der Grund für die besondere nationale, supranationale aber auch globale Verunsicherung, um die richtigen, also legitimen Wege der Normsetzung und des Normvollzugs im Bereich des sogenannten Biomedizinrechts?²⁵ Insbesondere scheint es bei vielen der damit aufgeworfenen auch ethischen Fragen um nichts weniger als die Zukunft der Menschheit zu gehen, und zwar in einer Weise, die das Selbstverständnis des Menschen und der Gattung Mensch als solche betrifft. Selbst *Jürgen Habermas*, der sich in seiner Diskursethik gegen substantielle ethische Stellungnahmen wendet,²⁶ führt in seiner Schrift über „Die Zukunft der menschlichen Natur“ an, dass sich die Philosophie im Bereich der Gattungsethik inhaltlichen Positionen nicht entziehen könne, weil es um die Zukunft dieser menschlichen Natur gehe.²⁷ Es ist mithin das Humane selbst, das durch diese Wissenschaft heute und in Zukunft verändert wird oder verändert werden kann.²⁸

Insgesamt bedeutet dies, dass im Hinblick auf Entscheidungen und Normierungen im Bereich der Biotechnologie und Biomedizin ein erhöhter Rechtfertigungsdruck für „richtige“ also legitime Normsetzung und Normanwendung besteht, dem auch aus (primär) rechtswissenschaftlicher Sicht nachgegangen werden muss. Stellt man die Frage nach der Legitimation ethischer Entscheidungen, ergibt sich jedoch das weitere und grundsätzlichere Problem, dass

Philosophie und Sozialphilosophie, Band 1, 2008, 238 ff. Zu der Diskurstheorie von Jürgen Habermas, wonach Diskurse und Handlungen zu unterscheiden sind und diskursive Prozesse nichts erzeugen außer Argumente, vgl. einleitend *Bohman/Rehg*, Jürgen Habermas, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/search/searcher.py?query=Habermas> und (auch kritisch) *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 138 ff., 161 ff. Zu einer Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Teil einer Theorie des rationalen praktischen Diskurses *Alexy*, *ibid.*, 219 ff., 259 ff. Zu der grundlegenden und vorausliegenden Frage wie referentielle Kommunikation überhaupt erfolgreich sein kann, vgl. beispielsweise *Paul*, Success in Referential Communication, 1999, 1 ff.

²⁴ Zum Begriff näher in Kapitel 1 III.

²⁵ Der Begriff des Biomedizinrechts wird im Folgenden weit gefasst als das Recht, welches sich mit Fragen der Biomedizin und Biotechnologie befasst; vgl. dazu Fn. 1, 2 oben.

²⁶ Dazu unten in Kapitel 2 III. 2. Zudem *Heinrichs*, Angewandte Ethik im demokratischen Rechtsstaat – Ein Blick auf Habermas und Kant, in *Vöneky/Hagedorn/Clados/von Achenbach* (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, Interdisziplinäre Untersuchungen, 2009, 53 ff.

²⁷ *Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur: Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2005, 27 ff.

²⁸ *Nowotny/Testa*, Die gläsernen Gene, Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 86.

zunächst zu klären ist, wie überhaupt (demokratische) Legitimation erzeugt werden kann. In den Blick genommen werden müssen dabei die neuen institutionell verankerten Verfahren, die sich neben den und in Ergänzung der traditionellen (demokratischen) Verfahren herausbilden.

In diesem Zusammenhang ist eine bemerkenswerte – und als *vierter Grund* für die vorliegende Untersuchung zu nennende – Entwicklung die rasante – zumindest nominale – auch rechtlich abgesicherte Institutionalisierung der Ethik durch Ethikgremien seit Beginn der 1980er Jahre. Besonders ist dabei die Suche nach neuen prozeduralen Wegen, um Normsetzungs- oder Normvollzugsentscheidungen in dem Bereich des Biomedizinrechts abzusichern. Es scheint ein überwiegendes Bedürfnis zu geben, Entscheidungen insbesondere prozedural anders zu gestalten, wenn es um (bio-)ethische Fragestellungen im weitesten Sinn und deren rechtliche Beantwortung geht. Die rechtliche und meta-rechtliche Erfassung und Einordnung dieser Entwicklung ist das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

II. Institutionelle ethische Beratung im Bereich der Normsetzung und Normanwendung: Typisierung

1. Ethikgremien als Ethikräte und Ethikkommissionen

Klassifiziert man institutionelle ethische Gremien im Bereich der Normsetzung und Normanwendung, können insbesondere zwei Kategorien sinnvoll unterschieden werden. Einen *ersten Typus* bilden dabei Gremien, die unabhängig und pluralistisch besetzt und eng an Organe der Rechtsetzung im weitesten Sinn angebunden sind. Sie sollen insbesondere bei der Suche nach abstrakt-generellen Regelungen Hilfe leisten und scheinen daher, bezogen auf den innerstaatlichen Bereich, insbesondere auf Regierung und/oder Parlament und den Gesetzgebungsprozess ausgerichtet.

Davon zu unterscheiden sind solche – einen *zweiten Typus* bildende – Gremien, die in spezifischen, ethisch umstrittenen Einzelfällen, also konkret und individuell, beraten und/oder entscheiden sollen.²⁹

²⁹ Zu dieser Unterscheidung zwischen Ethikräten und Ethikkommissionen in der Sache, vgl. auch *Albers*, Die Institutionalisierung von Ethikkommissionen: Zur Renaissance der Ethik im Recht, in *Ruch* (Hrsg.), *Recht und neue Technologien*, 2004, 99 ff., 105 ff., die beide Arten von Gremien jedoch als Ethikkommissionen bezeichnet. Zum Teil wird auch ein dritter Typus eingeführt; dies sollen Beratungsinstitutionen sein, die in und mit der Zivilgesellschaft verankert sind. Dazu gehören sogenannte Konsensus- und Bürgerkonferenzen. Vgl. zu dieser Typisierung auch *Gmeiner*, Nationale Ethikkommissionen: Aufgaben, Formen, Funktionen, in *Bogner/Torgersen* (Hrsg.), *Wozu Experten? Ambivalenzen der Beziehung von Wissenschaft und Politik*, 2005, 133 ff., 133. Zu Konsensuskonferenzen in ausgewählten Ländern näher *Einsiedel/Jelsoe/Breck*, *Publics at the technology table: the*

Wenn hier und im Folgenden von *Ethikräten* gesprochen wird, werden darunter Gremien des ersten Typus verstanden, d. h. Beratungsgremien von gewisser Dauer, die insbesondere beratende Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen in ethisch umstrittenen Bereichen verfassen. Die Aufgabe dieser Gremien scheint dabei zu sein, generelle und abstrakte ethisch-moralische Fragestellungen zu erörtern und gegebenenfalls zu beantworten. Wird von *nationalen* Ethikräten gesprochen, werden darunter entsprechende nationale Beratungsgremien dieses ersten Typs verstanden. Wenn von Ethikräten im *Rechtsetzungsverfahren* gesprochen wird, bezieht sich der Begriff des Rechtsetzungsverfahrens auf Verfahren der Setzung abstrakt-genereller Normen des positiven Rechts³⁰ durch dazu befugte Organe im weitesten Sinn, ohne Beschränkung auf bestimmte institutionelle Ausgestaltungen und ohne Begrenzung auf den nationalstaatlichen Kontext. Diese weite Begriffsbestimmung erlaubt es, auch Betrachtungen entsprechender Gremien im Europa- und Völkerrecht mit einbeziehen zu können.

Ethikräte unterscheiden sich damit von Beratungsgremien des zweiten Typs, die im Folgenden als *Ethikkommissionen* bezeichnet werden sollen und die konkrete Anwendungsfälle, insbesondere der modernen Medizin, Biomedizin oder Biotechnologie untersuchen und beurteilen sollen. Diese auf den Einzelfall ausgerichteten Ethikkommissionen werden, sofern ihre Beratungstätigkeit rechtlich vorgeschrieben ist, in dem dritten Teil der vorliegenden Arbeit unter den Aspekten demokratischer Legitimation in Bezug auf ihre Ausgestaltung nach dem Arzneimittelgesetz in der Bundesrepublik Deutschland analysiert.³¹

2. Besonderheiten von Ethikräten

Insbesondere sollen jedoch Ethikräte als Ethikgremien des ersten Typs umfassend erörtert werden: Zentraler Untersuchungsgegenstand ist dabei ebenfalls deren rechtliche Ausgestaltung in der Bundesrepublik Deutschland. Hier wurde am 8. Juni 2001 ein Nationaler Ethikrat „als nationales Forum des Dialogs über ethische Fragen in den Lebenswissenschaften“³² ohne parlamentarische Grundlage konstituiert und 2008 durch den auf Parlamentsgesetz beruhenden

consensus conference in Denmark, Canada, and Australia, Public Understanding of Science 10 (2001), 83 ff. Konsensus- und Bürgerkonferenzen werden in der vorliegenden Arbeit nicht untersucht, da sie rechtlich nicht ausgestaltet sind und sich damit vorrangig für politikwissenschaftliche und soziologische Analysen eignen.

³⁰ Zum Rechtsbegriff näher Kapitel 1 II. und 2 I.

³¹ Dazu unten Kapitel 10.

³² § 1 des Einrichtungserlasses des Nationalen Ethikrates, vgl. Kabinetttvorlage vom 25. 4. 2001; abrufbar unter http://www.ethikrat.org/ueber_uns/einrichtungserlass.html.

Deutschen Ethikrat abgelöst.³³ Es muss daher der Frage nachgegangen werden, ob bzw. wie diese in Deutschland eingesetzten Ethikräte die demokratische Legitimation bioethisch relevanter Rechtsetzung berühren, gefährden oder möglicherweise auch unterstützen.

Bedeutsam erscheint die vertiefte Analyse der deutschen Ethikräte und von Ethikräten im Allgemeinen dabei auch deswegen, weil schon heute nationale Ethikräte im Rechtsetzungsverfahren nicht nur in Deutschland, sondern weltweit verbreitet sind und ihre Zahl weiter zunimmt. Ethikräte haben sich insbesondere in Europa, aber auch in den Ländern des Nahen und Mittleren Ostens und Afrikas,³⁴ Amerikas³⁵ und Asiens³⁶ und in Australien und Neuseeland³⁷ konstituiert und diese Entwicklung schreitet weiter fort. Die Errichtung neuer Ethikräte wird dabei von völkerrechtlichen Instrumenten gefordert³⁸ und seit 2007 aktiv von der UNESCO mit einem eigenen Aktionsprogramm gefördert.³⁹

Bemerkenswert mit Blick auf Fragen der demokratischen Legitimation erscheint dabei die Tatsache, dass es insbesondere demokratische Staaten sind, die über nationale Ethikräte verfügen, die unter ethischem Blickwinkel in

³³ Dazu unten Kapitel 5.

³⁴ Vgl. zu Ethikräten in Libanon, Tunesien, Algerien, Ägypten, Jordanien, Saudi-Arabien, Libyen, Syrien, Iran, Pakistan und der Türkei, *Fischer*, National Bioethics Committees in Selected States of North Africa and the Middle East, *Journal of International Biotechnology Law* 5 (2008), 45 ff.; zudem *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 73 ff.

³⁵ Zu Kanada, den USA, Argentinien, Mexiko, der Dominikanischen Republik und Uruguay, vgl. *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 64 ff., 70 ff.

³⁶ Zu Japan, vgl. *Hagedorn*, Dissensbewältigung durch Expertenkonsens? Demokratische Legitimation im Bereich der Biomedizin, dargestellt am Beispiel Japans, in *Vöneyk/Hagedorn/Clados/von Achenbach* (Hrsg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, Interdisziplinäre Untersuchungen*, 2009, 235 ff.; *dies.*, *Strategien der Dissensbewältigung – Ein internationaler Vergleich von Rechtsetzungsverfahren im Bereich der Biomedizin* (Dissertation). Zudem zu Ethikräten in China, Korea, Singapur, Indien, vgl. *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 77 ff.

³⁷ *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 83 ff.

³⁸ Wichtige Impulse für die Entwicklung nationaler Ethikräte gingen zunächst vom Europarat aus, der ein eigenes Leitungskomitee für Bioethik und ein Koordinationsforum der nationalen Ethikkommissionen (COMETH) eingerichtet hatte und in einigen Dokumenten die Einrichtung von Organen, die sich mit bioethischen Fragestellungen befassen, angeregt hat, vgl. Empfehlung 1100 vom 2. 2. 1989 (matter of urgency); zudem Art. 28 Biomedizin-konvention des Europarates.

³⁹ Sog. ABC-Projekt: „Assisting Bioethics Committees“: Assisting Bioethics Committees aims at reinforcing the bioethics infrastructure in Member States through the establishment of National Bioethics Committees, and, once they are established, through the enhancement of the functioning of committees; vgl. <http://www.unesco.org/shs/ethics/abc>. Dieses entfaltete 2007 Aktivitäten in Togo, Ghana, Jamaica, Malawi, Madagaskar, Mauritius und Gabon.

grundlegender Weise Fragen der Bioethik und der modernen Medizin erörtern sollen. Dies gilt für fast alle Länder der Europäischen Union. Nationale Ethikräte bestehen neben Deutschland und Frankreich, in Finnland, Schweden, Irland, Estland, Litauen, Belgien, Dänemark, Luxemburg, der Tschechischen Republik, der Slowakei, Österreich,⁴⁰ Slowenien, Ungarn, Portugal, Spanien, Italien, Rumänien, Griechenland, Malta,⁴¹ und – mit gewissen Besonderheiten – auch in den Niederlanden⁴² und in Großbritannien.⁴³ Einen Ethikrat besitzen auch europäische Länder, die nicht Mitglied der Europäischen Union sind, wie Kroatien, Georgien und die Schweiz.⁴⁴ Eine Ausnahme ist es aus europäischer Perspektive daher, wenn ein europäischer Staat keinen Ethikrat besitzt, wie dies beispielsweise für Polen als Mitgliedstaat der Europäischen Union der Fall ist sowie für Russland und Island.⁴⁵ Ethikräte erscheinen damit auf den ersten Blick als eine völkerrechtlich abgesicherte, innovative institutionelle Antwort auf Unsicherheiten in der Gesellschaft im Hinblick auf Entwicklungen der Biotechnologie und Biomedizin und *de facto* als ein zentrales – auch legitimatorisches⁴⁶ – Element biopolitischer Entscheidungsfindung.⁴⁷

⁴⁰ Vgl. dazu *Zotti*, Ethische Politikberatung – Anmerkungen zur Frage der Legitimation von Expertenkommissionen im bioethischen Diskurs, in Vöney/Hagedorn/Clados/von Achenbach (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, Interdisziplinäre Untersuchungen, 2009, 99 ff.

⁴¹ *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 13 ff.

⁴² Niederlande, vgl. *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 22 f.; *Ter Meulen*, Nationale Ethik-Kommissionen und Ethik-Beiräte in den Niederlanden, in Enquete-Kommission „Recht und Ethik der Modernen Medizin“ (14. Deutscher Bundestag); Stellungnahmen von Vertreterinnen und Vertretern europäischer Ethikkommissionen zur Öffentlichen Anhörung „Europäischer Diskurs zu ethischen Fragen der modernen Medizin“ vom 19. 11. 2001, vgl. http://www.bundestag.de/parlament/kommissionen/archiv/medi/medi_die_stell/Meulen_dt.pdf.

⁴³ Zu den relevanten ethischen Beratungsgremien in Großbritannien, vgl. *Braun/Herrmann/Könninger/Moore*, Bioethik in der Politik, Aus Politik und Zeitgeschichte 8 (2009), 40 ff.; vgl. *Braun/Herrmann/Moore/Könninger*, Die Sprache der Ethik und die Politik des richtigen Sprechens, Ethikregime in Deutschland, Frankreich und Großbritannien, in Mayntz/Neidhardt/Weingart/Wengenrodt (Hrsg.), Wissensproduktion und Wissenstransfer, 2008, 221 ff.; *Hagedorn*, Strategien der Dissensbewältigung – Ein internationaler Vergleich von Rechtssetzungsverfahren im Bereich der Biomedizin (Dissertation).

⁴⁴ Vgl. dazu jüngst für den nationalen Ethikrat in der Schweiz, *Engi*, Möglichkeiten und Grenzen der Tätigkeit von Ethikkommissionen, untersucht am Beispiel der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 110 (2009), 92 ff.; *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 28, 46, 55, 60.

⁴⁵ *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 31, 56 f., 59.

⁴⁶ *Bogner/Torgersen*, Sozialwissenschaftliche Expertiseforschung – Zur Einleitung in ein expandierendes Forschungsfeld, in Bogner/Torgersen (Hrsg.), Wozu Experten? Ambivalenzen der Beziehung von Wissenschaft und Politik, 2005, 7 ff.

⁴⁷ Vgl. auch *Koch/Zable*, Ethik für das Volk – Dänemarks Ethischer Rat und sein Ort in

Dass sich bisher keine rechtlichen Analysen finden, die sich vertieft mit Ethikräten beschäftigen, erscheint daher verwunderlich. Zumindest auf den ersten Blick besitzen Ethikräte besondere Merkmale, die sie von anderen Beratungsgremien und Sachverständigenkommissionen deutlich unterscheiden. Dies zeigt sich deutlich schon an der Bezeichnung des ersten deutschen Ethikrates als *Nationaler Ethikrat* und des gegenwärtigen als *Deutscher Ethikrat*. Der Nationale Ethikrat war gerade nicht (nur) „Simitis-“⁴⁸ bzw. „Weber-Hassemer-Kommission“.⁴⁹ Die damit dem Rat zugeschriebene exponierte Stellung und seine besondere Bedeutung wurde durch den Verweis auf die „Nation“ als Ganzes augenscheinlich gemacht.⁵⁰

Eine weitere Besonderheit ist zudem der Untersuchungsgegenstand der Ethikräte: Diese sind *Ethikräte*. Zumindest ausweislich ihres Namens sind ethische Fragen wesentlicher Gegenstand ihrer Beratungen. Trotz der verschiedenen Bedeutungen, die der Begriff der Ethik haben kann,⁵¹ erscheint angestrebt zu sein, dass diese Räte zu Fragen Stellung nehmen sollen, die im Bereich der Biomedizin und der Biotechnologie Grundfeste unserer Wertegemeinschaft betreffen. Obwohl es daher im weitesten Sinn auch bei Ethikräten um die Bewältigung neuer Techniken (denen der Biomedizin und Biotechnologie) geht, scheint diese Bewältigung nicht im Modus der Technikfolgenabschätzung durchgeführt zu werden,⁵² sondern unter dem Vorzeichen ethischer Bewertung und Erörterung. Gerade in pluralistischen demokratischen Gemeinwesen und im Hinblick auf den zweifelhaften Wissenschaftsstatus der Ethik, ist es jedoch weit mehr als bei anderen Beratungsgremien die Frage, ob es Beratung für Ethik geben *kann* und vor allem ob es solche Beratung geben *darf*.⁵³ Dies führt weiter zu Fragen der Grenzen der Begründungspflicht und Begründbarkeit ethischer Aussagen und der Beantwortung der Frage, ob, und wenn ja, wie weit es Experten für Ethik geben kann. Auch dies muss daher vorliegend untersucht werden.⁵⁴

der Bürgergesellschaft, in M. Kettner (Hrsg.), *Angewandte Ethik als Politikum*, 2000, 119 ff., 119.

⁴⁸ Nach dem ersten Vorsitzenden des Nationalen Ethikrates, von 2001 bis 2005, Spiros Simitis.

⁴⁹ Nach der zweiten Vorsitzenden des Nationalen Ethikrates, von 2005 bis 2007, Kristiane Weber-Hassemer.

⁵⁰ Die Bezeichnung des Nachfolgegremiums als „Deutscher Ethikrat“ kann als eine gewisse Herabsetzung der Bedeutungskomponente verstanden werden, wenn „Deutscher“ nur die bundesweite Zuständigkeit im Gegensatz zu einer landesweiten Zuständigkeit betonen soll.

⁵¹ Dazu unten Kapitel 2 III.

⁵² Zum Begriff der Technikfolgenabschätzung als wissenschaftliche Disziplin mit „rational begründeten Ordnungsparametern“, vgl. *Mohr*, *Wissen – Prinzip und Ressource*, 1999, 129. Dazu auch später bei Kapitel 8, Fn. 51 unten.

⁵³ Vgl. dazu unten Kapitel 2 III.

⁵⁴ Vgl. dazu unten Kapitel 2 am Ende.

Für ein umfassendes Verständnis ist es dabei erforderlich, nicht nur die deutschen Ethikräte in den Blick zu nehmen, sondern auch die diesen vergleichbaren Räte auf europäischer Ebene, wie die *European Group on Ethics*, und die auf internationaler Ebene, wie der Internationale Ausschuss für Bioethik (IBC) der UNESCO.⁵⁵

Gleiches gilt für einen vergleichenden Blick auf andere nationale Ethikräte: Rechtsvergleichend werden im Folgenden zwei Räte analysiert, die in gefestigten demokratischen Gesellschaften und Rechtsordnungen eingesetzt wurden und die dennoch unterschiedliche Kennzeichen aufweisen: Dies ist zum einen der französische Nationale Ethikrat, der als das erste bedeutende *ständige* nationale Ethikgremium 1983 errichtet wurde,⁵⁶ um auf die Herausforderungen der modernen Biowissenschaften zu reagieren.⁵⁷ Dies ist zum anderen der Ethikrat der USA (*The President's Council on Bioethics*); dieser Präsidentenrat zeichnet sich durch seine nur zeitlich begrenzte Einsetzung, seine einseitige Ausrichtung nur auf ein Verfassungsorgan und seine – alle Beratungsgremien umfassende – allgemeine parlamentsgesetzliche Eingrenzung aus.⁵⁸

Will man die Bedeutung dieser insgesamt sechs untersuchten Ethikräte vollständig erfassen, muss dabei auch der Frage nachgegangen werden, ob diese Räte deutlich und nachweisbar auf das in der jeweiligen Ordnung gesetzte Recht Einfluss nehmen. Auch diese Frage soll daher in der vorliegenden Untersuchung in Bezug auf die verschiedenen Räte beantwortet werden.⁵⁹

Es wird sich dabei im Verlauf dieser Untersuchung zeigen, dass maßgebliche Merkmale und Kennzeichen der völkerrechtlich und europarechtlich verankerten Räte und der verschiedenen nationalen Ethikräte gleich sind, sich aber dennoch deren Bedeutung und Einfluss fundamental unterscheiden. Beides, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in rechtlicher Ausgestaltung, rechtlicher Wirkung, rechtlicher Bedeutung und rechtlicher Einordnung wird dabei die Grundlage sein für den Versuch umfassender, nicht relationaler Thesen des gerechtfertigten Einsatzes von Ethikräten in rechtlichen Ordnungen.⁶⁰ Diese nicht auf eine bestimmte rechtliche Ordnung bezogenen Ergebnisse können jedoch nur gelingen, wenn zuvor möglichst umfassend Ethikräte in möglichst unterschiedlichen rechtlichen Ordnungen erfasst wurden; nur dann können

⁵⁵ Vgl. Kapitel 6 unten.

⁵⁶ Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)/National Consultative Ethics Committee for Health and Life Science; vgl. dazu Kapitel 7 I.

⁵⁷ So das Ziel von Francois Mitterand, vgl. dazu *Fuchs*, Nationale Ethikräte – Hintergründe, Funktionen und Arbeitsweisen im Vergleich, 2005, 13.

⁵⁸ Vgl. dazu Kapitel 7 II.

⁵⁹ Vgl. jeweils in den einzelnen Kapiteln 5, 6 und 7.

⁶⁰ Vgl. unten Kapitel 8 und Kapitel 9 I.

relationale Erkenntnisse von nicht relationalen abgegrenzt werden und letztere gewonnen werden.⁶¹

3. Gemeinsamkeiten von Ethikräten und Ethikkommissionen

Wie bereits dargelegt, werden im Folgenden zusätzlich zu den Ethikräten *Ethikkommissionen* analysiert, also Gremien, die insbesondere bei der Forschung am Menschen mit neuen Arzneimitteln die Zulässigkeit der Versuche bewerten sollen. Auch der Einsatz von Ethikkommissionen ist in demokratischen Staaten in den letzten Jahren die Regel geworden und völker- und europarechtlich verankert.⁶²

Betrachtet man jedoch die hier eingeführte Unterscheidung von Ethikräten einerseits und Ethikkommissionen andererseits, so erscheint zunächst nicht offensichtlich, warum eine rechtliche Untersuchung trotz der unterschiedlichen Ausrichtung dieser Beratungsgremien beide Gremientypen in den Blick nehmen soll. Dafür spricht jedoch, dass es sich in beiden Fällen nicht nur um rechtlich verankerte, institutionalisierte Beratungsgremien handelt, sondern um Beratungsgremien, die formal beide als *Ethikgremien* in ethisch umstrittenen Bereichen agieren und dabei jeweils prozedural die in diesen Bereichen auftretenden Unsicherheiten (scheinbar) auffangen und abfedern sollen, indem sie als Gremien die eigentlich zuständigen (staatlichen, europarechtlichen oder völkerrechtlichen) Organe entlasten: Zum einen – die Ethikräte – durch abstrakt-generelle Norm- und Prinzipienförderung, -findung oder -bestätigung oder deren Vorbereitung; zum anderen – die Ethikkommissionen – durch konkret-individuelle Normanwendung, die jedoch ihrerseits möglicherweise eine Normgenerierung für den konkreten Einzelfall erfordert.

Nimmt man diese Entwicklung der Ethikgremien zum Maßstab, scheinen daher *prima facie* ethische Normsetzung und ethischer Normvollzug für die Staaten entscheidende Bedeutung zu besitzen.⁶³ Ob dies nur trügerischer

⁶¹ Durch die hier vorgenommenen rechtsvergleichenden, europarechtlichen und völkerrechtlichen Untersuchungen sollen daher nicht die Unterschiede der verschiedenen rechtlichen Ordnungen verdeckt oder gar geleugnet werden; es soll jedoch anhand der Ethikräte als insitutionalisierte Beratungsgremien u. a. auch nachgewiesen werden, welche Gemeinsamkeiten, im positiven wie im negativen Sinn, bezogen auf die Räte selbst und ihren Einsatz *trotz* der Unterschiede der Rechtsordnungen bestehen und welche Schlüsse daraus gezogen werden können.

⁶² Für die europäischen Länder vgl. *Beyleveld/Townend/Wright (Hrsg.), Research Ethics Committees, Data Protection and Medical Research in European Countries*, 2005, 1 ff.; für die USA, siehe beispielsweise *Mazur, Evaluating the Science and Ethics of Research on Humans*, 2007, 1 ff. Näher dazu in Kapitel 10.

⁶³ Diese Institutionalisierung der Ethik ist zudem wertvoll: Der 2001 in Deutschland eingerichtete Nationale Ethikrat hatte ein Jahresbudget von 2,1 Millionen Euro. Dies ist allerdings noch eine kleine Summe, wenn man sie mit der vergleicht, die in Kanada für eine

Schein ist oder tatsächlich zutrifft, hängt jedoch davon ab, was Ethikräte und Ethikkommissionen faktisch tun und ob dieses Tun auch gerechtfertigt werden kann. Auch darauf wird die vorliegende Untersuchung Antworten zu finden versuchen.

III. Gang der Untersuchung und Thesen

Die aufgeworfenen Fragen bezüglich des Zusammenspiels von Ethikräten und Ethikkommissionen und Fragen demokratischer Legitimation können nicht beantwortet werden, ohne eine ausreichende Begriffsklärung und theoretische Fundierung. Da es im Gesamtkomplex der Bewältigung der biomedizinischen und biotechnologischen Herausforderungen zentral auch um das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik insbesondere in demokratischen Gemeinwesen geht, müssen Kennzeichen, Unterschiede und Zusammenspiel von Recht, Moral und Ethik zunächst für die weitere Untersuchung dargelegt und spezifiziert werden. Dabei wird nicht nur eine Abgrenzung von Recht, Moral und Konventionen durchgeführt (Kapitel 1 II.), sondern es werden auch die verschiedenen Begriffe der Moral, Moralen und Berufsmoral, aber auch der Ethik, Metaethik und der Bereichsethiken sinnvoll für die vorliegende Untersuchung umgrenzt (Kapitel 1 III.). Diese ersten Befunde müssen weiter (auch interdisziplinär) vertieft werden, um die Phänomene der Moral und der moralischen Urteile, aber auch die Bedeutung der Moral für Gesellschaften erfassen zu können (Kapitel 2 II.). Dabei wird insbesondere untersucht, ob es – wie jüngst vermehrt und vehement vertreten⁶⁴ – überzeugende naturwissenschaftliche Belege auch für den Nachweis angeborener Intuitionen als Grundlage universeller moralischer Urteile gibt (Kapitel 2 II. 1.); zudem ob trotz des Bestehens pluraler Gesellschaften nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass Säkularisierung und (Post-)Moderne in einem notwendigen Zusammenhang stehen (Kapitel 2 II. 4.). Für die darauf folgende Darstellung des Bereichs der Ethik (Kapitel 2 III.) wird der Frage nachgegangen, ob es überzeugend ist zu vertreten, dass über ethische Normen nicht rational argumentiert werden kann oder ob vielmehr davon ausgegangen werden muss, dass die allgemeinen Kriterien der Rationalität auch im Bereich der Ethik Anwendung finden. Zudem wird dargelegt, wie erfüllbare Anforderungen an die Begründung ethischer Positionen gestellt werden können. Im Ergebnis kann jedoch – wie

Royal Commission ausgegeben wurde, die im Vorfeld eines neuen Gesetzes im Bereich der Fortpflanzungsmedizin von 1989 bis 1993 eingesetzt wurde und die 30 Millionen kanadische Dollar (umgerechnet ca. 20 Millionen Euro kostete); vgl. *Brede*, Die politische Regulierung der Fortpflanzungsmedizin und Stammzellforschung in Kanada, *Zeitschrift für Kanada Studien*, 27 (2007), 104 ff., 107.

⁶⁴ Vgl. Kapitel 2 II. 1. unten.

dargelegt werden wird – ethischen Experten keine Autorität bezüglich einer einzigen richtigen Lösung in ethischen Streitfragen zugesprochen werden.

Diesen Grundlagen in der Bestimmung der Kennzeichen von Recht, Moral und Ethik folgt eine Bestimmung der Wechselwirkungen, Abhängigkeiten und Überschneidungen der drei Bereiche (Kapitel 3). Hier zeigt sich, dass die faktischen Interdependenzen vielfältig sind (Kapitel 3 I., II.), auch wenn in der Arbeit von einem positivistischen Rechtsbegriff ausgegangen wird, der die Frage des gültigen Rechts analytisch *nicht* mit der Frage des richtigen Rechts verbindet (so schon in Kapitel 2 I.). Einen Schwerpunkt dieser Untersuchung bildet die Frage des Verhältnisses von Recht, Moral und Ethik in der grundgesetzlichen Ordnung (Kapitel 3 III.). Es wird dabei u. a. der Frage nachgegangen, ob die Grundrechte des Grundgesetzes eine objektive Werteordnung darstellen oder ob die dagegen gewendete Kritik überzeugen kann (Kapitel 3 III. 2.). Es wird zudem untersucht, ob die Gewissensfreiheit der Abgeordneten auch eine Grenze der notwendigen Rationalität und der rationalen Überprüfbarkeit der Legislative darstellt (Kapitel 3 III. 5.).

Der Begriff der demokratischen Legitimation wird auf dieser Grundlage in dem folgenden vierten Kapitel entfaltet. Auch dies geschieht wieder in mehreren voneinander zu trennenden Schritten: So wird zunächst der Begriff der Legitimation bestimmt, in seiner empirisch-deskriptiven und seiner normativen Komponente. Erst danach kommt es zu einer Eingrenzung des Begriffs der Demokratie und darauf folgend zu einer Zusammenführung beider Begriffe in der „demokratischen Legitimation“. Hier wird u. a. gezeigt werden, in welchen engen Grenzen die Unterscheidung von sogenannter *output*- und *input*-Perspektive übernommen werden kann, um nicht zu verzerrten Wahrnehmungen der betrachteten Probleme zu führen (Kapitel 4 III. 2.). Diese metarechtlichen und theoretischen Diskussionen bilden die Grundlage für eine auf das Grundgesetz bezogene Begriffbestimmung des demokratischen Prinzips (Kapitel 4 IV.). Hier erscheint entscheidend, dass sich die Demokratie des Grundgesetzes als eine zweck- und zielgerichtete darstellt, die auf die im Grundgesetz verankerten Werte ausgerichtet ist und daher nicht als bloß prozedurales Prinzip verstanden werden kann. In Einzelfragen ist zu bemerken, dass die Argumente derjenigen nicht überzeugen können, die für die Bestimmung des Legitimationsobjektes Staatsvolk eine „relative Homogenität“ voraussetzen, dass aber in der Ausgestaltung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes der Maßstab der „Legitimationsketten“ für eine Bewertung der ausreichenden Rückbindung an das Volk überzeugend begründet werden kann (Kapitel 4 IV. 2.).

Als erstes Ergebnis dieses ersten Teils und Hypothese für die weitere Untersuchung wird sich zeigen, dass das Spannungsfeld von Recht, Moral, Ethik und demokratischer Legitimation in der grundgesetzlichen Ordnung so zu bestimmen ist, dass bereits aus dem instrumentellen Charakter der im Grundgesetz niedergelegten Demokratie, die dem Frieden, der Gerechtigkeit und der

Menschenwürde auch mittels der Einhaltung der Menschenrechte dienen soll und damit letztlich in Verantwortung vor den Menschen geschaffen wurde, folgt, dass sich das Grundgesetz trotz seines Beitrages zur Verrechtlichung und der darin verankerten grundsätzlichen Trennung des positiven Rechts von Ethik und Moral als Gerechtigkeitsordnung darstellt, die den Anspruch erhebt, Grundpfeiler einer ethischen positiv-rechtlichen Ordnung zu sein. Trotz der grundgesetzlichen Trennung von Recht, Moral und Ethik muss daher davon ausgegangen werden, dass eine systemimmanente Kohärenz des Rechts, also eine rein auf die positive Ordnung bezogene Kohärenz, im Rahmen dieser Rechtsordnung nach ihrem eigenen Anspruch nicht ausreicht. Es ist daher für diese Rechtsordnung, die sich als Gerechtigkeitsordnung im weitesten Sinn darstellt, eine überpositive Kohärenz erforderlich, d. h. eine Ausrichtung, die über das positive Recht hinausweist. Da die Demokratie der Bundesrepublik eine materiell-ethische sein will, muss die Normbildung und Normanwendung gerade in ethisch-moralisch umstrittenen Bereichen nicht nur überhaupt erfolgen, sondern sie muss – mangels einer bestehenden oder einsichtigen Naturrechtsordnung – besonders rückgebunden sein an gerechtfertigte, also ethische gesellschaftliche Wertvorstellungen (Kapitel 4 V.).

Dies wiederum bedeutet, dass das Prinzip der demokratischen Legitimation neu ausgestaltet werden muss, wenn und soweit strukturelle Defizite dieser Rückbindung im herkömmlichen Verfahren der Gesetzgebung und des Gesetzesvollzugs bestehen. Ob bzw. unter welchen Bedingungen diese Rückbindung durch *Ethikräte*, als neue Integrationsfaktoren, und zudem durch *Ethikkommissionen* geleistet werden kann, wird in den nachfolgenden zweiten und dritten Teilen der Untersuchung gezeigt werden (Kapitel 5 bis 9 und Kapitel 10).

Hier zeigt sich in Bezug auf *Ethikräte*, dass diese durch ihre Empfehlungen und Argumente einen Korridor ethischer Normsetzung aufzeigen, der von Rechtsetzungs- und Entscheidungsorganen im Rahmen ihrer rechtlichen Kompetenzen genutzt werden kann. Dabei scheinen jedoch auch die besonderen Gefahren des Herstellens substantieller Legitimation durch inhaltliche Festlegungen des ethisch Vertretbaren deutlich zu werden: Solange die Räte nicht notwendig ihre Erörterungen in den Grenzen und auf der Grundlage der *rechtlich maßgeblichen* Prinzipien führen, kann deren „Ethisierung der Debatte“ inhaltlich bedeuten, dass *rechtlich nicht* maßgebliche Paradigmen zusätzliches Gewicht erlangen und deswegen und dadurch den menschen- und grundrechtlich basierten, d. h. primär freiheits- und autonomiebezogenen Rechtsdiskurs unterhöheln. Zudem kann die ethische Bewertung und Erörterung, die durch die Räte vorgenommen wird, die Bedeutung des Rechts insgesamt abschwächen, da durch die Räte eine weitere parallele Sollensordnung bzw. weitere materielle normative Prinzipien als maßgebliche eine institutionalisierte Bedeutung gewinnen. Werden dabei als Grundlage der Stellungnahmen von den Ethikräten gleichberechtigt ethische (rechtlich *unmittelbar un-*

verbindliche) Standesrichtlinien, wie die Helsinki Deklaration des Weltärztebundes,⁶⁵ neben Rechtsnormen herangezogen, führt dies wiederum zu einem Aufweichen der Grenzen von Recht und Nichtrecht. Gleiches gilt im Ergebnis dann, wenn Ethikräte in ihren Stellungnahmen auch einer institutionalisierten Ethisierung Vorschub leisten, indem sie den Einsatz von Ethikgremien als ethisch gerechtfertigt befürworten, diese Gremien dann aber wieder die *ethische Vertretbarkeit* von bestimmten Handlungen als Maßstab in den *Rechtsdiskurs* einbringen.⁶⁶

Ob bzw. welcher Ausweg aus den dargelegten Problemlagen möglich ist, wird in dem diesen Teil der Untersuchung abschließenden 9. Kapitel gezeigt werden. Entscheidend ist, dass es Sicherheiten gibt gegen das Auseinanderfallen von Recht und Ethik und deren produktives Ineingreifen gewährleistet wird. Aus den dadurch sich ergebenden und dargelegten Anforderungen können verschiedene konkrete Voraussetzungen für die gerechtfertigte und auch dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes entsprechende rechtmäßige Ausgestaltung eines nationalen Ethikrates in der Bundesrepublik Deutschland abgeleitet werden. Diese werden jedoch, wie dargelegt wird, nicht alle durch den nun bestehenden Deutschen Ethikrat und das diesem zu Grunde liegende Gesetz erfüllt.⁶⁷

Für die abschließend untersuchten *Ethikkommissionen* (Kapitel 10) geht es im Kern darum darzulegen, ob bzw. wie diese Gremien in Übereinstimmung nicht nur mit metarechtlichen Kriterien demokratischer Legitimation, sondern auch in Übereinstimmung mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes in normativen Graubereichen als Einfallstor für solche ethischen Wertvorstellungen betrachtet werden können, die in der Gesellschaft verankert sind und die auf guten Gründen beruhen. Entscheidend erscheint dabei, dass gesichert wird, dass die Kommissionen so ausgestaltet und rechtlich verankert werden, dass sie die Gewähr dafür bieten, dass keine ärztliche Berufsethik oder Berufsmoral die Abwägungen im Rahmen des Arzneimittelgesetzes bestimmt und dass somit sichergestellt ist, dass der gewünschte Patienten- und Probandenschutz durch die Kommissionen vorgenommen werden kann. Es wird sich zeigen, dass, wenn die Kommissionen – wie heute immer noch in der Regel satzungsrechtlich verankert durch eine Besetzung nur mit Medizinern

⁶⁵ Zum Rechtscharakter der Helsinki Deklaration, vgl. *Hobnel*, Die rechtliche Einordnung der Deklaration von Helsinki, Eine Untersuchung zur rechtlichen Grundlage humanmedizinischer Forschung, 2004, 55 ff., 91 ff. Vgl. dazu unten Kapitel 10.

⁶⁶ Kritisch dazu unter dem Gesichtspunkt der Entparlamentarisierung und Selbstentmachtung des Parlamentes beispielsweise *Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62 (2003), 7 ff., 22; *ders.*, in Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Lfg. 42, Februar 2003, Art. 1 Rn. 20. Näher dazu Kapitel 4 und 9.

⁶⁷ Vgl. unten Kapitel 9.

und wenigen Juristen – als Gremien der *peer review* mit Rechtsberatung ausgestaltet werden, ihr Einsatz dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes widerspricht, da durch ihre Verortung im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung und ohne Zurechnung zum Legitimationssubjekt Volk insgesamt kein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht wird. Erforderlich erscheint daher eine neue parlamentsgesetzliche Ausgestaltung der Ethikkommissionen in der Bundesrepublik wie in diesem letzten 10. Kapitel dargelegt und begründet wird.

Erster Teil

Recht, Moral, Ethik und demokratische Legitimation – Bedeutung, Verhältnis, Wechselwirkung

Wie in der Einleitung oben bereits dargestellt wurde, können die im Folgenden zu untersuchenden Fragen der rechtlichen Bewertung von Ethikräten und Ethikkommissionen unter dem Blickwinkel demokratischer Legitimation nicht beantwortet werden, ohne eine ausreichende Begriffsklärung und theoretische Fundierung. Da es im Gesamtkomplex der Institutionalisierung der Ethik durch *rechtlich verankerte* Gremien um das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik insbesondere in demokratischen Gemeinwesen geht, müssen Kennzeichen, Unterschiede und Zusammenspiel von Recht, Moral und Ethik zunächst für die weitere Untersuchung dargelegt werden.

Dass dieses Zusammenspiel besonders und komplex ist, zeigt bereits eine erste Betrachtung der verfassten Ordnung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. So scheint eine Ausrichtung des positiven Rechts auf überpositive Prinzipien bereits in den Formulierungen verankert zu sein, wonach vollziehende und rechtsprechende Gewalt nicht nur an Gesetz, sondern auch an „Recht“ gebunden sind (Art. 20 (3) GG, Art. 20 a GG),¹ auch wenn in diesen Bestimmungen des Grundgesetzes gerade nicht ausdrücklich auf „Moral“ oder „Ethik“ verwiesen wird. Selbst wenn die Auslegung dieser Artikel umstritten ist und weder eine Definition des Gesetzesbegriffs noch des Rechtsbegriffs im Grundgesetz selbst erfolgt, erscheint die Unterscheidung darauf hinzudeuten, dass zwischen *positivem, gesetztem* Recht, also Gesetz, und *gerechtem, ethischem* Recht unterschieden werden kann und unterschieden werden muss und dass positives Recht und gerechtes Recht nicht notwendig übereinstimmen.² Es erscheint damit der Rechtsbegriff der Art. 20 (3) GG

¹ Art. 20 (3) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (GG) lautet: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*“; Art. 20 a GG lautet: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und *nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.*“

² Vgl. beispielsweise *Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Auflage 2007, § 100 Rn. 13 ff., 18. Dazu auch unten Kapitel 3 III. 7.

und Art. 20a GG als eine Klammer zwischen Positivität und ethischer Rechtfertigung von Normen.³ Ist dies aber der Fall, so muss der Frage nachgegangen werden, in welcher Weise von „ethischem Recht“ sinnvoll gesprochen werden kann.

Es soll daher – in einem ersten Schritt im Rahmen des ersten Kapitels – nicht nur eine Abgrenzung von Recht, Moral und Ethik durchgeführt werden, sondern auch die verschiedenen Begriffe der Moral, Moralen und Berufsmoral, aber auch der Ethik, Metaethik und der Bereichsethiken sinnvoll *für die vorliegende Untersuchung* bestimmt werden.

Diese ersten Befunde sollen in einem weiteren Schritt im zweiten Kapitel vertieft werden, um die Kennzeichen des Rechts genauer zu bestimmen, auch und gerade in Abgrenzung zu den Phänomenen der Moral, der moralischen Urteile und der Bedeutung der Moral für Gesellschaften. Für die Erfassung dessen, was sinnvoll als Ethik bezeichnet werden kann, wird dabei insbesondere der Frage nachgegangen, ob es überzeugend ist, davon auszugehen, dass über ethische Normen nicht rational argumentiert werden kann oder ob vielmehr davon ausgegangen werden muss, dass die allgemeinen Kriterien der Rationalität auch im Bereich der Ethik Anwendung finden. Erst wenn dies positiv beantwortet ist, kann dargelegt werden, wie erfüllbare Anforderungen an die Begründung ethischer Positionen gestellt werden können.

Bereits hier zeigt sich, dass die sinnvolle Bestimmung ethischer Aussagen und ethischer Diskurse eng verbunden ist mit der Frage der Reichweite von Rationalität und der an rationale Begründungen gestellten Anforderungen. Es bleibt daher zu untersuchen, ob die Beantwortung der Frage der „Ethik als Wissenschaft“, wie dies im zweiten Kapitel geschieht,⁴ in eine Möglichkeit der differenzierten Kategorisierung von unterschiedlichen Wissensarten münden kann.⁵

Erst auf der Grundlage dieser Erkenntnisse soll eine Bestimmung der Wechselwirkungen, Abhängigkeiten und Überschneidungen der Bereiche von Recht, Moral und Ethik im dritten Kapitel aufgezeigt werden. Dabei ist das Ziel – relational – insbesondere die Frage des Verhältnisses von Recht, Moral und Ethik *in der grundgesetzlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland* zu bestimmen. Hier werden – unter anderem – die verfassungsmäßig verankerten Grenzen der Rationalität der Legislative untersucht, die zugleich Grenzen der Überprüfbarkeit der Legislative durch die (Verfassungs-)Rechtsprechung darstellen.⁶

³ Dies gilt mit Blick auf den Rechtsbegriff in Art. 20 (3) GG und Art. 20 a GG; zu dem hier vertretenen allgemeinen (also nicht relational auf eine bestimmte Ordnung bezogenen) Rechtsbegriff dagegen unten Kapitel 2 I.

⁴ Vgl. unten Kapitel 2 III. 2.

⁵ Vgl. dazu unten Kapitel 2 IV.

⁶ Vgl. dazu Kapitel 3 III. 5. b).

Abschluss dieser grundlegenden Untersuchungen des ersten Teils bildet eine Annäherung an den Begriff der demokratischen Legitimation in dem vierten Kapitel. Wiederum sind es metarechtliche und theoretische Diskussionen, die die Grundlage für eine auf das Grundgesetz bezogene Begriffbestimmung des demokratischen Prinzips bilden.

1. Kapitel

Begriffsbestimmungen

I. Moral und Ethik – erste Eingrenzungen

Sowohl die Begriffe „Ethik/ethisch“ als auch „Moral/moralisch“ werden im allgemeinen Sprachgebrauch, aber auch fachspezifisch – durch alle Disziplinen hindurch – mit unterschiedlichen Bedeutungen verwandt.

1. Moral

Als Moral¹ werden zum einen oft die Verhaltensnormen bezeichnet, die nicht-rechtlich und nicht-konventionell sind und zu einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Gesellschaft, Gemeinschaft oder sozialen Gruppe gelten.² Danach ist Moral, als positive und geltende, zumindest auch orts- und zeitgebunden. Sie kann empirisch erfasst und deskriptiv beschrieben werden. Es können bei diesem Verständnis von Moral unterschiedliche Moralen unterschiedlicher Gesellschaften oder Gemeinschaften unterschieden werden und eine sich mit der Zeit wandelnde Moral einer Gesellschaft oder Gemeinschaft.³

Zum anderen wird jedoch auch die Ausrichtung eines Individuums an individuellen Verhaltensnormen als Moral, im Sinne von Individualmoral, verstanden.⁴ Solche individuellen moralischen Überzeugungen müssen nicht mit

¹ Abgeleitet von lat. *mos, mores* (Pl.): der Charakter, die Sitte, aber auch das Sittliche, das Gewohnheitsrecht. Vgl. ausführlich zur Etymologie von *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 21 f., 42, 44, der darauf hinweist, dass im Lateinischen Sitte einerseits und Sittlichkeit, d. h. Moral, andererseits noch nicht sprachlich differenziert wurden. Zur Bedeutung von Jherings Thesen für die Rechtsphilosophie, vgl. *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Wolf, 6. Auflage 1963, 87 ff., 114 ff.

² So beispielsweise Hart zu „morality“ und „moral“, *Hart, The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 165 f.; *Nielsen*, *Ethics, Problems of*, in Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3/4, 1967, 117, 131: „Morality is constituted by certain social rules and the actions and attitudes appropriate to those rules.“; *Beauchamp/Childress*, *Principles of Bio-medical Ethics*, 5. Auflage 2001, 2. Zu dem speziellen systemtheoretischen Moralbegriff Luhmanns, der unter Moral eine besondere Art der Kommunikation versteht, die über den Code der Achtung beziehungsweise Nichtachtung strukturiert ist, vgl. *Luhmann*, *Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral*, Rede anlässlich der Verleihung des Hegel-Preises 1989, 1990, 17.

³ Vgl. nur *Hart, The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 167.

⁴ *Hart, The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 165, 179 f., 181; *von der Pfordten*, *Recht-*

den in der Gesellschaft akzeptierten moralischen Standards übereinstimmen. Ihr Bezugspunkt kann die positive Moral sein, aber auch davon zu unterscheidende – beispielsweise besonders religiös fundierte – Sollensmaßstäbe, die die gesellschaftliche Moral kritisieren.⁵ Auch diese Individualmoral ist jedoch empirisch erfassbar und deskriptiv beschreibbar.

In einer dritten Verwendung wird mit dem Begriff der Moral nicht deskriptiv auf bestehende Normen rekurriert, sondern nur auf die Normen Bezug genommen, die als wahr, gerecht, legitim, richtig oder gültig betrachtet werden können.⁶ Der Bezugspunkt sind dann gerade nicht bestehende Verhaltensnormen, sondern „gerechte“, „gültige“ Sollensmaßstäbe.

2. Ethik

Ähnlich uneinheitlich ist die Verwendung des Begriffs Ethik.⁷ Oft wird Ethik verstanden als philosophische Disziplin, als philosophische Ethik bzw. Moralphilosophie.⁸ Dies ist die Gesamtheit der theoretischen, nicht-empirischen Beschäftigungen insbesondere mit dem Phänomen der Moral.⁹ Ethik beschäftigt sich dann insbesondere mit moralischen Verhaltensnormen, Einstellungen,

sethik, 2001, 78. Qualifiziert in der Moralität im Sinne *Hegels* als die vom Subjekt selbst gesetzte Vernunftmoral; *Hegel*, Die Phänomenologie des Geistes, 1806/1807/1986, Band 3, 442 ff. Ablehnend zu einer Individualmoral aber *von Jhering*, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 47, „Sowenig das Individuum die Sprache aus sich zu entwickeln vermag, ebenso wenig das Sittliche (...)“.

⁵ Vgl. *Kohlberg*, Die Psychologie der Moralentwicklung, 1996, 128 ff.; *Turiel*, Unbehagen und Behagen bei kulturellen Praktiken: Es hängt alles davon ab, auf welcher Seite man steht, in *Edelstein/Nunner-Winkler* (Hrsg.), Moral im sozialen Kontext, 2000, 261 ff., 266.

⁶ Vgl. statt anderer *Habermas*, Tanner Lectures, abgedruckt in *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2001, 541 ff., 568.; *ders.*, im Hinblick auf moralische Diskurse, die von ethisch-politischen gerade zu trennen sind, in *Faktizität und Geltung*, 2001, 126 f., 139. Auch *Habermas* Terminologie ist jedoch nicht einheitlich, so spricht er auch davon, dass postkonventionelle Moral eine Form des kulturellen Wissens darstellt, vgl. *Faktizität und Geltung*, 2001, 106, und von empirisch vorgefundenen *Moralvorstellungen*, für deren Beschreibung die *Diskursethik* in Konkurrenz mit anderen *Ethiken* eingesetzt werden kann; dazu *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 2001, 107 f.

⁷ Von griech. *ethica* (ἠθική) abgeleitet von griech. *ethos* (ἦθος): 1. Gewohnheit, Sitte, Brauch; 2. Charakter; vgl. nur *Brockhaus Enzyklopädie*, Band 8, 21. Auflage 2006, 449. Vgl. näher zur Etymologie auch *Pieper*, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 25 f.; *Höffe*, Lexikon der Ethik, 6. Auflage 2002, Stichworte „Ethik“ und „Moral“, 58, 177.

⁸ Vgl. beispielsweise *Birnbacher/Hoerster*, Texte zur Ethik, 13. Auflage 2006, 9; *Nielsen*, Ethics, Problems of, in *Edwards* (Hrsg.), The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 3/4, 1967, 117 ff.

⁹ *Birnbacher*, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 29; *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 1 f.; von der Pfordten, Rechtsethik, 2001, 56: „Ethik der Moral“.

Urteilen und Überzeugungen.¹⁰ Ihr zentraler¹¹ Gegenstand ist die Moral. ¹² Sie zielt auf normative Geltung, nicht auf theoretische Wahrheit im Sinne der Ermittlung von Tatsachen. Als normative Ethik oder Ethik erster Ordnung¹³ entwickelt sie normative Kriterien der Beurteilung von Moral und damit ihrerseits Normen ethischen Urteilens und Handelns.

Zudem wird Ethik – neben weiteren Verwendungen¹⁴ – auch synonym mit dem Begriff Moral in seinen unterschiedlichen, oben genannten, ersten zwei Bedeutungen verwandt.¹⁵ Ethik bezeichnet dann die Beschreibung tatsächlich bestehender Verhaltensnormen einer gegebenen Gesellschaft, Gemeinschaft oder eines Individuums, ist also deskriptive Ethik und Teil der Moralphysikologie, Soziologie, Ethnologie oder Geschichtswissenschaft.¹⁶

3. Erste Eingrenzungen

Um größtmögliche begriffliche Klarheit zu erreichen, soll für die vorliegende Arbeit der Begriff *Moral* grundsätzlich nur deskriptiv verwandt werden und

¹⁰ *Nida-Rümelin*, Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche, in ders. (Hrsg.), *Angewandte Ethik*, 2. Auflage 2005, 2 ff., 3. Ähnlich schon *von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 46: Ethik als Theorie des Sittlichen; wir urteilen ethisch, handeln aber moralisch oder unmoralisch.

¹¹ Ihr Gegenstand kann aber auch das Recht sein, vgl. zu dem neuen Begriff der Rechtsethik, *von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, 56 ff.

¹² Luhmann bezeichnet sie Reflexionstheorie der Moral, vgl. *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Band 3, 1989, 358 ff. Reflexion ist nach Luhmann eine Beobachtung dritter Ordnung, in der das System seine es konstituierenden Unterscheidungen beobachtet, vgl. *Luhmann*, *Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral*, Rede anlässlich der Verleihung des Hegel-Preises 1989, 1990, 68 ff.

¹³ *Nida-Rümelin*, *Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche*, in ders. (Hrsg.), *Angewandte Ethik*, 2. Auflage 2005, 4.

¹⁴ Ludwig Wittgenstein bezieht beispielsweise auch Kernelemente der Ästhetik mit ein, vgl. *Wittgenstein*, *Lecture on Ethics*, in Darwall/Gibbard/Railton (Hrsg.), *Moral Discourse and Practice – Some Philosophical Approaches*, 1997, 65 ff., 66; wiederum anders die Verwendung von Martha Nussbaum, vgl. *Nussbaum*, *In Defense of Universal Values*, *Idaho Law Review* 36 (2000), 379 ff.

¹⁵ Vgl. *Nielsen*, *Ethics, Problems of*, in Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3/4, 1967, 117, 118; *Abelson*, *Ethics, History of*, in Edwards (Hrsg.), *ibid.*, 81 ff.

¹⁶ Zum synonymen Gebrauch, *Singer*, *Praktische Ethik*, 2. Auflage 1994, 15; *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 164; *Williams*, *Ethik und die Grenzen der Philosophie*, 1999, 6; dagegen *Hoerster*, *Einleitung*, in ders. (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1998, 2 ff., 9; *von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, 55. Nach *Habermas* dagegen sind ethische Fragen Fragen der Identität, des Selbstverständnisses, der Lebensstile und Lebensformen; auch wenn sie in gewissen Grenzen einer rationalen Klärung sehr wohl zugänglich sind, sind ethische Gründe in spezifischer Weise kontextabhängig, anders als die Antworten auf Fragen der politischen Gerechtigkeit oder der Moral, vgl. *ders.*, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, 123 f.

die tatsächlich bestehenden nicht-rechtlichen, nicht-konventionalen Verhaltensnormen in einer Gesellschaft oder Gruppe bezeichnen, somit ein empirisch erfassbares bestehendes normatives Überzeugungssystem. Moral ist daher – sofern nicht anders bezeichnet – nur die geltende oder positive Moral.¹⁷ *Unmoralisch* sind nach dieser Begriffsbestimmung damit Handlungen,¹⁸ die gegen die bestehenden nicht-rechtlichen, nicht-konventionalen Verhaltensnormen verstoßen, die in diesem Sinne also nicht regelkonform sind. *Moralisch* sind solche Handlungen, die im Einklang mit diesen Verhaltensnormen stehen.

Ethik soll dagegen – sofern nicht anderes gekennzeichnet – bezogen sein auf Aussagen, deren Gegenstand moralisches Sollen im gerade genannten Sinne ist. Noch präziser soll der Begriff der Ethik nicht beschreibende, deskriptive Aussagen über Moral umfassen (im Sinne einer deskriptiven Ethik), sondern nur normative Aussagen¹⁹ (im Sinne einer normativen Ethik). Ethische Aussagen sind damit im Vorliegenden nur solche normativen Sätze, die ein Maßstab für moralische Normen sind.²⁰ *Normative Ethik* liefert danach die Gründe zur Rechtfertigung, Legitimation, Gültigkeit der Gesolltheit von Handlungsweisen²¹ oder Weltzuständen.²² Sie entwickelt Merkmale oder Kriterien der Beurteilung moralischen Handelns und Urteilens, d. h. des ethisch Guten bzw. Richtigen und ist damit „Rechtfertigungsdisziplin“.²³ Nach dieser Begriffsbestimmung ist nicht nur philosophische Ethik von dem Begriff der Ethik er-

¹⁷ Vgl. auch *Willaschek*, *Moralisches Urteil und begründeter Zweifel*, Eine kontextualistische Konzeption der Rechtfertigung moralischer Urteile, in Beckermann/Nimtz (Hrsg.), *Argument und Analyse*, Ausgewählte Sektionsvorträge des 4. internationalen Kongresses der Gesellschaft für Analytische Philosophie, Internet-Publikation 2002, <http://gap-im-netz.de/gap4Konf/Proceedings4/Proc.htm>, 630 ff., 630: „(G)eht es in der Moral um diejenigen Handlungen und Verhaltensweisen, die wir (von uns selbst und von anderen) unbedingt fordern. D. h. nicht: fordern können oder fordern dürfen, sondern einfach: fordern.“

¹⁸ Handlung bezeichnet im Folgenden – sofern nicht anders gekennzeichnet – ein konkretes raum-zeitliches Ereignis; dazu zählen auch Unterlassungen; vgl. auch *Quante*, *Einführung in die Allgemeine Ethik*, 2003, 28.

¹⁹ Normative Aussagen umfassen Werturteile („x ist gut.“) und Verpflichtungsurteile („x soll a tun“, d. h. alle Aussagen, die mit den deontischen Grundtermen „gesollt“, „verboten“ oder „erlaubt“ formulierbar sind), vgl. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, 84f., 221.

²⁰ Vgl. auch *Pieper*, *Einführung in die Ethik*, 5. Auflage 2003, 40; Nida-Rümelin (Hrsg.), *Angewandte Ethik*, 2. Auflage 2005, 246; *Nielsen*, *Ethics, Problems of*, in Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3/4, 1967, 117, 118.

²¹ Handlungsweisen sind Ereignistypen, die von verschiedenen Personen zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten vollzogen werden können (wie beispielsweise das Forschen an Menschen), vgl. *Quante*, *Einführung in die Allgemeine Ethik*, 2003, 28.

²² Spielarten des ethischen Realismus vertreten die These, dass Zuständen oder Sachverhalten ethische Relevanz zukommt. Bei Weltzuständen geht es nicht um das, was getan werden sollte („ought-to-do“), sondern um das, was der Fall sein sollte („ought-to-be“), wie beispielweise, dass auf der Erde niemand wegen des Fehlens von Medikamenten sterben sollte, vgl. *Broad*, *Five Types of Ethical Theory*, 1930.

²³ *Von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, 54.

fasst, sondern auch die „*alltägliche Ethik*“, die die zwei ethischen Grundfragen, „Wie soll ich handeln?“ und „Warum ist diese Handlung ethisch richtig (gut) bzw. falsch (schlecht)?“ mit Blick auf das Richtige oder Gute unabhängig von der gegebenen Moral, beantworten will.²⁴

Aus diesen Definitionen folgt, dass moralische, d. h. regelkonforme Handlungen unethisch sein können und es auch „unethische“ Moral, d. h. unberechtigte moralische Urteile geben kann. „Unethische Moral“ sind Moralvorstellungen einer Gesellschaft, Gemeinschaft oder eines Individuums, die nicht durch ethische Kriterien gerechtfertigt werden können. In diesem Sinne kann von ungültigen (im Sinne von ungerechten, unrichtigen) moralischen Normen oder aber gültigen (im Sinne von gerechten, richtigen) moralischen Normen gesprochen werden.²⁵ Letztere sind die, die mit einem ethischen, überpositiven Gerechtigkeits- oder Gültigkeitsmaßstab gerechtfertigt werden können, also Handlungen, Handlungsweisen oder Weltzustände vorschreiben, die auch ethisch geboten oder ethisch richtig sind.²⁶ Trotz dieser Begriffbestimmung ist zu beachten, dass der Sprachgebrauch im Allgemeinen uneinheitlich ist, und daher die „open texture“²⁷ der Begriffe Moral und Ethik insbesondere bei Auslegungsfragen bedacht werden muss.²⁸

II. Nichtmoralische Normen – erste Abgrenzung

1. Recht

Um der begrifflichen Klarheit willen müssen zudem moralische von anderen tatsächlich bestehenden, nicht-moralischen Verhaltensnormen abgegrenzt werden. Zu den nicht-moralischen Regeln gehören zum einen alle Regeln des positiven Rechts, und zwar unabhängig davon, ob und wie diese rechtlichen Regeln moralische Vorstellungen inkorporieren, von ihnen beeinflusst sind oder auf diese verweisen. Entscheidend für die Abgrenzung ist allein, dass eine rechtliche Regel die Aussage möglich macht, ob etwas Recht oder Unrecht ist,

²⁴ Vgl. auch *Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 2003, 11f.

²⁵ Vgl. beispielsweise *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2001, 138, 193f.

²⁶ Zu den deontischen Grundbegriffen „ethisch geboten“ und „ethisch richtig“, vgl. grundlegend *Ross*, *The Right and The Good*, 1930; zu dessen intuitionistischen Theorie vgl. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 58ff. Zu den unterschiedlichen Gerechtigkeitsbegriffen, vgl. *Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 2003, 64ff.

²⁷ *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 164: „(T)he word „morality“ and all other associated or nearly synonymous terms like „ethics“ have their own considerable area of vagueness or „open texture“.“

²⁸ Es scheint empirisch nachweisbar, dass ein Wandel der Moralvorstellungen auch zu Unsicherheiten darüber führt, was die zentralen Bestimmungsmerkmale des Wortes „Moral“ sind, vgl. *Nunner-Winkler*, Wandel in den Moralvorstellungen: Ein Generationenvergleich, in *Edelstein/Nunner-Winkler* (Hrsg.), *Moral im sozialen Kontext*, 2000, 299ff.

während eine moralische Regel dazu führt, dass etwas als moralisch oder unmoralisch bewertet werden kann. Dies bedeutet nicht, dass nicht zahlreiche Beeinflussungen, Überlappungen, Verschränkungen und Übergänge von Recht und Moral möglich sind und tatsächlich auch bestehen.²⁹ Im Gegenteil wird natürlich die Moral durch das Recht und umgekehrt das Recht durch die Moral beeinflusst, wie später gezeigt werden wird.³⁰ Ähnliches gilt für die Beziehung von Recht und Ethik und Ethik und Moral. Oft wird eine unrechtmäßige Handlung auch eine unmoralische und unethische darstellen und umgekehrt eine moralische, eine ethische und eine rechtmäßige. Wird etwas als rechtmäßig bezeichnet, bedeutet dies für diese Arbeit, dass es eine rechtliche Norm entsprechenden Inhalts gibt. Dies ist unabhängig davon, ob eine gleiche moralische Norm besteht.³¹ Gleiches gilt für die Bezeichnung einer Handlung als rechtswidrig: Entscheidend ist dafür nur, dass eine der Handlung entgegenstehende Rechtsnorm besteht; Moral und Recht stehen daher als zwei Formen von Handlungsnormen nebeneinander.³²

2. Konvention

Moralische Regeln müssen zudem von anderen nicht-rechtlichen, sozialen Regeln in einer Gesellschaft, wie Gewohnheit, Brauch, Sitte und Etikette, die hier zusammenfassend als Konventionen bezeichnet werden, begrifflich unterschieden werden.³³ Es geht dabei um die Unterscheidung von Normen, wie „Du sollst nicht töten“, als moralische einerseits, und „Du sollst mit Messer und Gabel essen“ als konventionale andererseits. Auch wenn in jüngster Zeit

²⁹ Die begriffliche Abgrenzung führt jedoch nicht dazu, dass das Recht aus dem sozialen Kontext, in dem es besteht, herausgelöst wird; sie bedeutet auch nicht, dass Recht nicht als Teil eines sozialen Kontinuums gesehen werden kann, das von individueller Moral bis zu rechtlichen Institutionen reicht; vgl. dazu *Shklar*, *Legalism*, 1964, 2.

³⁰ Dazu unten Kapitel 3.

³¹ Besteht neben der rechtlichen eine gleiche moralische Norm, ist eine Handlung rechtmäßig und moralisch.

³² Vgl. *Kirste*, *Recht als Transformation*, in *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 152.

³³ So differenzierend beispielsweise *Max Weber* zu Brauch und Sitte aus soziologischer Sicht als nicht äußerlich garantierte Regel, an die sich der Handelnde freiwillig hält und damit als eine tatsächlich bestehende Chance einer Regelmäßigkeit der Einstellung sozialen Handelns, wenn und soweit die Chance ihres Bestehens innerhalb eines Kreises von Menschen lediglich durch tatsächliche Übung gegeben ist, vgl. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, Erster Teil, Kap. 1, § 4, 37; vgl. auch *von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 17 ff.; 22 ff., 39 ff., 45 ff., 190 ff.: Nach ihm ist Sitte die fortgesetzte Gleichmäßigkeit des Handelns und deren inhaltliche Bewertung als gut. Zu Recht und Sitte vgl. auch *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Wolf, 6. Auflage 1963, 87 ff., 142 ff.

die Möglichkeit oder der Sinn dieser Abgrenzung in Frage gestellt wird,³⁴ gibt es Besonderheiten moralischer Regeln, die die begriffliche Unterscheidung von konventionalen Regeln notwendig und sinnvoll macht. Ein entscheidendes Kennzeichen moralischer Regeln ist, dass mit ihnen der Anspruch verbunden wird, dass sie als grundsätzliche Regeln des menschlichen Zusammenlebens auch richtig sind.³⁵ Sie erheben Anspruch auf universelle Gültigkeit und Verbindlichkeit³⁶ und fordern, von jedem Verständigen als gültig eingesehen werden zu können.³⁷

Der Philosoph *Richard Hare* führt dazu aus:

„Meine Behauptung ist, dass die Bedeutung des Wortes „sollte“ und anderer moralischer Wörter derart ist, dass man sich durch ihren Gebrauch auf eine universelle Regel festlegt. Das ist die These von der Universalisierbarkeit. (...) Verstöße gegen die These der Universalisierbarkeit sind logischer nicht moralischer Natur. Wenn jemand sagt: „Ich sollte so und so handeln, aber kein anderer sollte in einer relativ ähnlichen Lage ebenso handeln“ dann macht er sich nach meiner These eines Missbrauchs des Wortes „sollte“ schuldig; implizit widerspricht er sich damit selbst.“³⁸

Die begriffliche Abgrenzung wird auch nicht dadurch hinfällig, dass es kulturell bedingt und empirisch feststellbar unterschiedliche Moralen in verschiedenen Gesellschaften gibt. Dies bringt bereits *Rudolf von Jhering* auf den Punkt, wenn er feststellt:

„Das Sittliche *nach Vorstellung der Sprache* kennt keinen Unterschied von Land, Rang, Stand, es richtet seine Gebote gleichmäßig an alle Klassen der Gesellschaft und an alle Völker. (...) Der Gegensatz von Ort und Zeit, völlig maßgebend für die Sitte, ist für das Sittliche ohne Bedeutung, das Sittliche vindiziert sich den Charakter des Absoluten. Ob diese Auffassung haltbar ist oder nicht, gilt uns hier gleich, es kommt nur darauf an, ob sie der *Sprache* zugrunde liegt (...).“³⁹

³⁴ *Von der Pforden*, Rechtsethik, 2001, 76f.; dazu auch *Nichols*, Sentimental Rules, 2004; alle nicht-rechtlichen Sozialnormen als moralische Regeln erfassend zudem *Hart*, The Concept of Law, 1. Auflage 1961, 166f.

³⁵ Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, 1998; *Höffe*, Lexikon der Ethik, 6. Auflage 2002, Stichwort „Moral“, 177; *Hare*, The Language of Morals, 1952/1972, 45f.; *Habermas*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983, 127ff.; ausführlich auch *von Jhering*, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 48f.

³⁶ Vgl. *Nielsen*, Ethics, Problems of, in *Edwards* (Hrsg.), The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 3/4, 1967, 117, 127; *Birnbacher*, Für was ist der „Ethik-Experte“ Experte?, in *Rippe* (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 267ff., 273.

³⁷ Nach *Patzig*, Ethik ohne Metaphysik, 1971, 10 ist der Test für die Abgrenzung in Zweifelsfällen, ob wir einem Fremden die Nichtbeachtung der Norm zum Vorwurf machen würden oder nicht: bei moralischen Normen sei dies der Fall; bei Konventionen und anderen nicht-rechtlichen Sozialnormen nicht.

³⁸ *Hare*, Freiheit und Vernunft, 1983, 45f., 47; zu Hares Theorie der Sprache der Moral und dessen Theorie der moralischen Argumentation, eingehend *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 58, 82ff.

³⁹ *Von Jhering*, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 6.–8. Auflage 1923, 48f. Hervorhebung durch die Verf. Vgl. dazu auch *Willaschek*, Moralisches Urteil und begründeter Zweifel, Eine kontextualistische Konzeption der Rechtfertigung moralischer Urteile, in *Becker-*

Entscheidend ist der inhärente Anspruch auf Universalisierbarkeit, der von einer Gesellschaft oder einem Individuum mit den moralischen Regeln verbunden wird und eben nicht mit Regeln der Konvention. Trotz fließender Übergänge, nämlich dann, wenn sich eine moralische Regel zu einer Konvention wandelt oder umgekehrt, kann damit zumindest der Kern moralischer Normen von dem Kern anderer nicht-rechtlicher Sozialnormen in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft unterschieden werden. Dieser Befund ist nicht nur sprachlich erkennbar, sondern scheint auch empirisch nachweisbar. Danach reagieren Menschen unterschiedlich auf verschiedene Arten von Regeln und zwar unabhängig von der sie umgebenden Kultur: Moralische Regeln erscheinen ihnen unveränderlich und universell anwendbar, ihre Verletzungen wiegen schwerer, lösen Emotionen aus und Autoritäten können sie schwerer oder nicht überwinden. Es wird festgestellt:

„(A) key distinction between social conventions and moral rules is that moral rules have the feeling of universality – of being true under all conditions. (...) Social conventions on the other hand, have the feel of relativism varying cross-culturally and trumpable by an authority. (...) Although it is not yet entirely clear how the objective-relative distinction is acquired, the capacity to make the distinction becomes available early, putting the child on a path that sees the moral arena through objective glasses.“⁴⁰

Diese Erkenntnisse zum Ausgangspunkt nehmend sollen als moralische Normen alle tatsächlich bestehenden, nicht-rechtlichen Normen in einer Gesellschaft oder Gruppe bezeichnet werden, die mit dem Anspruch auf universale Gültigkeit und unbedingte Geltung verbunden werden. Für sie gilt, aus der Sicht desjenigen, der sich auf sie bezieht, dass jemand ihre Verletzung nicht damit entschuldigen kann, dass er oder sie sie nicht kennt.⁴¹ Als konventionale Normen sollen alle die sozialen, nicht-rechtlichen Normen einer Gesellschaft

mann/Nimtzt (Hrsg.), *Argument und Analyse*, Ausgewählte Sektionsvorträge des 4. internationalen Kongresses der Gesellschaft für Analytische Philosophie, Internet-Publikation 2002, <http://gap-im-netz.de/gap4Konf/Proceedings4/Proc.htm> 633, der dies den Konflikt zwischen der Innenperspektive moralischen Urteilens nennt, die stets mit einem uneingeschränkten und daher universellen Geltungsanspruch verbunden sei, und der Außenperspektive, von der aus man feststellen muss, dass die faktisch anerkannten moralischen Normen historisch und kulturell variieren.

⁴⁰ Hauser, *Moral Minds*, 2006, 295 f.; vgl. auch 5, 30, 291 ff., 239 f. Zu weiteren empirischen Studien mit demselben Ergebnis, vgl. auch Fiddick, *Domains of deontic reasoning: resolving the discrepancy between the cognitive and moral reasoning literatures*, *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 57A, 447 ff.; Turiel, *Thought, emotions, and social interactional processes in moral development*, in Killen/Smetana (Hrsg.), *Handbook of Moral Development*, 2005, 7 ff.; Smetana, *Social-cognitive domain theory*, in Killen/Smetana (Hrsg.), *Handbook of Moral Development*, 2005, 119 ff.; Kohlberg, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 321.

⁴¹ Willaschek, *Moralisches Urteil und begründeter Zweifel*, Eine kontextualistische Konzeption der Rechtfertigung moralischer Urteile, in Beckermann/Nimtzt (Hrsg.), *Argument und Analyse*. Ausgewählte Sektionsvorträge des 4. internationalen Kongresses der

oder Gruppe bezeichnet werden, die nicht mit einem Anspruch auf universale Gültigkeit verbunden werden.

III. Differenzierungen

1. Moral, Moralen und Berufsmoral

Legt man die genannte Begriffsbestimmung von Moral zu Grunde, so bezeichnet im Kern Moral *die tatsächlich in einer bestimmten Gesellschaft oder sozialen Gruppe zu einer bestimmten Zeit geltenden nicht-rechtlichen, nicht-konventionalen Verhaltensnormen*. Moral ist damit primär eine Gesamtheit von Normen der guten Lebensführung, ein Regelkanon besonderer Qualität. Zur Moral gehören neben den Verhaltensnormen aber auch die entsprechenden Bewertungen, Motive, Einstellungen und Ideale.⁴²

Von *Moralen* im Plural, d. h. von einander zu unterscheidenden Moralsystemen, soll im Folgenden nur gesprochen werden, wenn entweder die unterschiedlichen Verhaltensnormen verschiedener Gesellschaften oder Gruppen gekennzeichnet werden sollen oder wenn moralische Sondernormen innerhalb einer Gesellschaft bezeichnet werden. Im ersten Fall werden mit Moralen die unterschiedlichen Moralsysteme unterschiedlicher Gesellschaften benannt, die sich zumindest in ihren konkreten Normen oftmals eindeutig voneinander unterscheiden.⁴³ Im zweiten Fall werden mit Moralen moralische Sondernormen gekennzeichnet, wie sie beispielsweise aus religiösen Anschauungen erwachsen. Diese stellen für die Adressaten Sonderregeln auf, die nicht der allgemeinen Moral einer Gemeinschaft in einer besonderen Situation entsprechen, sondern den Mitgliedern der religiösen Gruppe besondere Pflichten in allgemeinen Situationen auferlegen. Dagegen liegen dann keine zu unterscheidenden Moralen vor, wenn nur die allgemeinen moralischen Regeln einer Gesellschaft für eine besondere Gruppe oder einen besonderen Berufsstand ausdifferenziert werden, wenn die moralischen Regeln also nur eine Spezifizierung der allgemeinen Moral auf besondere Anforderungen oder Situationen darstellen.

Gesellschaft für Analytische Philosophie, Internet-Publikation 2002, <http://gap-im-netz.de/gap4Konf/Proceedings4/Proc.htm>, 630.

⁴² *Birnbacher*, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 29; *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 3; *Nowell-Smith*, Religion and Morality, in Edwards (Hrsg.), The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 7/8, 1967, 150 ff.

⁴³ Ob sie sich auch in ihren grundlegenden Werten, Prinzipien also ihren fundamentalen Normen unterscheiden oder nur in den daraus abgeleiteten Alltagsnormen, ist ein Teil der Streitfrage, ob und in welcher Form es einen „ethischen Relativismus“ gibt; dazu näher unten Kapitel 2 III. 1. e).

Auch wenn die begriffliche Unterscheidung damit klar getroffen werden kann, zeigt sich am Beispiel der moralischen Verhaltenskodexe für Ärzte, wie schwierig die Klassifizierung im Einzelfall ist. Es ist umstritten, ob und inwieweit dieser Verhaltenskodex von der allgemeinen gesellschaftlichen Moral separiert ist. Das, was oft als „ärztliche Ethik“, als eigene „Berufsethik“ oder „spezifisches Berufsethos“⁴⁴ bezeichnet wird, ist nach der Terminologie dieser Arbeit der moralische Verhaltenskodex, die Berufsmoral⁴⁵ des ärztlichen Standes, sofern damit der empirisch feststellbare, bestehende Kodex der Ärzteschaft gemeint ist. Dafür, dass es sich hierbei nicht um eine von der gesamtgesellschaftlichen Moral zu unterscheidende Moral handelt, spricht, dass die ärztlichen Verhaltensnormen beanspruchen – obwohl ihre Befolgung nur von den Angehörigen dieser Gruppe erwartet wird – in derselben Weise wie allgemeine moralische Verhaltensnormen, von allen Mitgliedern der Gesellschaft ohne Einschränkung als richtige Verhaltensnormen für Ärzte anerkannt zu werden.⁴⁶ Entscheidend ist daher nicht, ob bestimmte moralische Normen nur einen bestimmten Teil der Gesellschaft als Adressaten haben oder nur von einem bestimmten Teil der Gemeinschaft ausgehen. Entscheidend ist für die Abgrenzung verschiedener Moralen vielmehr, ob mit ihnen – erstens – der Anspruch verbunden wird, Teil der gesellschaftlichen Gesamtmoral zu sein und ob sie – zweitens – auch tatsächlich eine Spezifizierung der Allgemeinmoral auf besondere Bereiche darstellen. Was oft als „Berufsethos“ bezeichnet wird, wäre dann, wenn diese zwei Bedingungen vorliegen, eine Spezialisierung der Allgemeinmoral.⁴⁷ Nach anderer Ansicht gehört aber gerade die ärztliche Moral zu den Binnen-, Standes- und Berufsmoralen, die sich innerhalb bestimmter Berufs- und Interessengruppen herausgebildet haben und die sich nicht immer unter allgemeine moralische Prinzipien, die in einer Gesellschaft gelten, fassen lassen.⁴⁸ Grundlegend dafür sind die Thesen *Emile Durkheims*, der gerade die Berufsmoralen als Quelle der Dezentralisierung des moralischen Lebens, des moralischem Partikularismus und Polymorphismus in modernen, funktional arbeitsteiligen Gesellschaften betrachtet:

„Unternehmer haben andere Pflichten als Soldaten, Soldaten andere als Priester usw. (...) Die Moralen unterscheiden sich nicht nur voneinander, manche von ihnen stehen

⁴⁴ Höffe, Lexikon der Ethik, 6. Auflage 2002, 160.

⁴⁵ „Professional Morality“, vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 5: „(A) professional morality with standards of conduct that are generally acknowledged by those in the profession who are serious about their moral responsibilities.“

⁴⁶ *Birnbacher*, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 34.

⁴⁷ Ähnlich *Pieper*, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 36.

⁴⁸ So kritisch selbst *Birnbacher*, Für was ist der „Ethik-Experte“ Experte?, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 269 im Hinblick auf die Inkompatibilität von Binnen- und Berufsmoralen mit allgemeinen normativen Prinzipien; vgl. auch *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 7.

in direktem Gegensatz zueinander. (...) Wir stoßen also innerhalb jeder Gesellschaft auf eine Vielzahl parallel funktionierender Moralen. Der moralische Partikularismus (...) erreicht seinen Höhepunkt in der Berufsmoral.⁴⁹

2. Ethik, Metaethik, angewandte Ethik und Bereichsethik

Wurde Ethik in einem ersten Schritt definiert als Rechtfertigungsdisziplin, die normative Sätze entwickelt, welche Maßstab für moralische Normen sind, bedarf auch dies der näheren Erläuterung. Ethik im hier bezeichneten Sinn ist Reflexion moralischer Handlungen und Urteile. Sie entwickelt *Normen des Urteilens und Handelns, die ein Maßstab für andere, insbesondere moralische Normen sind, ihrer Begründung oder Kontrolle dienen*.⁵⁰ Ethische Diskurse beziehen sich nach dieser Begriffsbestimmung nicht auf bestehende Moralnormen, sondern auf Kriterien moralischer Beurteilung.

Ethik bezeichnet daher vorliegend nicht die Metaethik. Metaethik fragt nach dem Status und der Begründbarkeit der ethischen Theorien. Sie ist Wissenschaftstheorie der Ethik und in der Regel nicht normativ.⁵¹ Ethik bezeichnet auch nicht – wie oben dargelegt – deskriptive Ethik. Auch diese ist nicht normativ, sondern untersucht, welche Moral besteht oder bestand.⁵²

Ethik im normativen Sinn ist jedoch die (philosophische) „angewandte Ethik“,⁵³ die sich zunächst durch die Spezialisierung auf einzelne Themenbereiche von der allgemeinen philosophischen Ethik unterscheidet.⁵⁴ Beispiele für angewandte Ethik sind die mit der Frage der Forschung am Menschen

⁴⁹ Vgl. *Durkheim*, Physik der Sitten und des Rechts, 1991, 14 f., 17 f.

⁵⁰ Vgl. auch *Pieper*, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 40; *Nida-Rümelin*, Zur Rolle ethischer Expertise in Projekten der Technikfolgenabschätzung, in Rippe (Hrsg.), *Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft*, 1999, 245 ff., 246.

⁵¹ *Höffe*, Lexikon der Ethik, 6. Auflage 2002, Stichwort „Metaethik“, 171; *Pieper*, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 83 ff.; *Düwell*, Bioethik, 2004, 14; *Nida-Rümelin*, Zur Rolle ethischer Expertise in Projekten der Technikfolgenabschätzung, in Rippe (Hrsg.), *Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft*, 1999, 247; *Nielsen*, Ethics, Problems of, in Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3/4, 1967, 117, 118 f. Dazu, ob und wie Metaethik normative Elemente enthalten kann, *Nielsen*, *ibid.*, 119; *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 2, 23 Fn. 1; *Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 2003, 18. Zur Entwicklung der Metaethik ausgehend von Moores Angriff auf den Naturalismus, wonach Ausdrücke wie „gut“ und „gesollt“ durch deskriptive Ausdrücke definiert werden können, vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 55.

⁵² *Nielsen*, Ethics, Problems of, in Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3/4, 1967, 117, 118; *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 2.

⁵³ Practical ethics/applied ethics, vgl. *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 2.

⁵⁴ Anders *Bayertz*, Praktische Philosophie als angewandte Ethik, in ders. *Praktische Philosophie, Grundorientierungen angewandter Ethik*, 1991, 7 ff.

befasste traditionsreiche Medizinische Ethik⁵⁵ und die jüngere Bioethik.⁵⁶ Weitere für die vorliegende Arbeit relevante Bereiche sind die Forschungsethik, die die Verantwortung der wissenschaftlichen Forschung untersucht und normative Kriterien dafür entwickelt⁵⁷ und die Rechtsethik, die nach einem Gerechtigkeitsmaßstab für das geltende Recht sucht und diesen inhaltlich ausgestaltet.⁵⁸

Was die Aufgaben, Vorgehensweisen, Bewertungskriterien und Ziele der angewandten Ethik sind, ist jedoch umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass angewandte Ethik, als philosophische Disziplin, konkrete moralische Verpflichtungen aus *einer* vorgegebenen normativen Theorie unter Beachtung der empirischen Randbedingungen ableiten soll.⁵⁹ Andere sind der Ansicht, dass für die verschiedenen Bereiche menschlicher Praxis *unterschiedliche* normative Kriterien angemessen sind, die sich gerade nicht auf ein einziges System ethischer Regeln und Prinzipien reduzieren lassen. Angewandte Ethik wäre nach dieser zweiten Ansicht eher „Bereichsethik“.⁶⁰

Dieser letzte Ansatz geht auch in der Regel mit einer anderen Methode einher, wie ethische Kriterien entwickelt werden: Es werden eben nicht deduktiv oder „*top-down*“ aus einer ethischen Theorie Handlungsnormen abgeleitet, sondern induktiv oder „*bottom-up*“ Kriterien für spezifische Bereiche entwickelt.⁶¹ In beiden Fällen geht es jedoch darum, für bestimmte Komplexe menschlicher Praxis normative Vorgaben zu formulieren, beides ist daher Ethik im hier bezeichneten Sinn.

Der oft gegen den induktiven Ansatz vorgebrachte Einwand, dass die Ethik ihr kritisches Potential verliere, also gerade nicht mehr Maßstab für Moral sein könne, wenn die Wertentscheidungen einem bestimmten Bereich der Moral entnommen werden,⁶² überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Dies zeigt

⁵⁵ Pieper, Einführung in die Ethik, 5. Auflage 2003, 93 ff.

⁵⁶ Vgl. zu der Reichweite des umstrittenen Begriffs, Düwell, Bioethik, 2004, 12 ff.; Irrgang, Einführung in die Bioethik, 2005, 9 ff.; Birnbacher, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 29 ff. Von biomedizinischer Ethik (biomedical ethics) sprechen Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 1.

⁵⁷ Höffe, Lexikon der Ethik, 6. Auflage 2002, 298.

⁵⁸ Näher von der Pfordten, Rechtsethik, 2001, 31 ff., 57 ff.

⁵⁹ Vgl. zu diesem Ansatz in unterschiedlicher Ausgestaltung unter anderem Hare, Moral thinking, its levels method and point, 1981; Singer, Praktische Ethik, 2. Auflage 1994; zudem Birnbacher, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 45 ff.

⁶⁰ Nida-Rümelin, Zur Rolle ethischer Expertise in Projekten der Technikfolgenabschätzung, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 264.

⁶¹ Allgemein Nida-Rümelin, Zur Rolle ethischer Expertise in Projekten der Technikfolgenabschätzung, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 260 ff.; den bottom-up Ansatz enger fassend und andere Methoden einfürend (Coherence Theory; Common Morality Theory), Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 385 ff., 391 ff., 397 ff., 401 ff.; ebenso Quante, Einführung in die Allgemeine Ethik, 2003, 155 ff.

⁶² Birnbacher, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 44.

gerade der Bereich der Bioethik, in dem induktive Methoden vorherrschend scheinen.⁶³ Der auf einer Kohärenz- und „Common-Morality“-Theorie basierende maßgebliche prinzipienethische, die bioethische Diskussion prägende Ansatz von *Tom Beauchamp* und *James Childress*⁶⁴ versucht Begründungsfragen und insbesondere Letztbegründungen auszuklammern.⁶⁵ Ausgangspunkt sind aber gerade nicht Einzelfälle und Einzelfallregelungen, wie in der Kasuistik,⁶⁶ sondern Prinzipien, die offen sind für eine Vielzahl wechselseitig auch unvereinbarer Begründungen.⁶⁷ Ausgangspunkt für diese Prinzipien ist die sogenannte *common morality*. Diese ist „(a) set of norms that all morally seri-

⁶³ Dies gilt zumindest für den angelsächsischen Bereich; vgl. grundlegend *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 391 ff.

⁶⁴ Sogenannter „Principlism“, *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 23, 403; vgl. auch *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 48 ff.

⁶⁵ Zum Kohärenzismus als Begründungsmodell allgemein, vgl. *Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 2003, 157 f.

⁶⁶ Zur Kritik an der Kasuistik als bottom-up Modell, *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 394 ff.; *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 58 ff., 62 ff.

⁶⁷ *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Auflage 2001, 12 f.; *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 49. Die vier Prinzipien oder Prinzipiengruppen, die als analytischer Rahmen dienen sollen und die generellen Werte ausdrücken, die den Regeln der allgemeinen Moral zu Grunde liegen, sind: 1. Respekt vor Autonomie (respect for autonomy); 2. Nichtschädigung (nonmaleficence); 3. Wohltun (beneficence); 4. Gerechtigkeit (justice). Wenn Prinzipien angemessen formuliert sind, können spezifischere moralische Regeln und Urteile von ihnen unterstützt, wenn auch nicht abgeleitet werden; Regeln und Prinzipien sind beides Handlungsrichtlinien. Prinzipien werden weniger angewandt als vielmehr expliziert, also zusätzlich spezifiziert. Eine Aufgabe von Prinzipien ist es, zu prinzipiengeleiteten (principled) Urteilen zu kommen, ohne den Handelnden das Ermessen zu nehmen. Es sind aber auch spezifische Regeln und nicht nur unspezifische Prinzipien für die Medizinethik ausschlaggebend, vgl. *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 48, 49, 51, 54, 69 f. Gegen die Anwendung von Prinzipien wenden sich andere Autoren, die in ihnen nur „Checklisten“, „Überschriften für Werte“ und „Ad-hoc-Konstruktionen“ sehen, die anders als moralische Regeln über keine tiefergehende moralische Substanz verfügen und einer systematischen Ordnung entbehren, vgl. *Clouser/Gert*, Eine Kritik der Prinzipienethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 88 ff. Dagegen *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, 48, 69 ff. Vgl. grundlegend zu der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien *Dworkin*, Bürgerrechte erstgenommen, 1984, 54 ff., 58, 62; ähnlich *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 71 ff., 75, 77 ff. Anders als bei *Beauchamp/Childress* ist die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien bei *Alexy* jedoch nicht gradueller, sondern qualitativer Art: Prinzipien enthalten keine Weisungen sondern dienen lediglich als Gründe für Weisungen.

ous persons share (...); (it) comprises all and only those norms that all morally serious persons accept as authoritative.“⁶⁸

Diese allgemeine, gerechtfertigte Moral mit ihren universellen Normen ist damit klar zu unterscheiden von der Moral einer bestimmten Gemeinschaft oder Gesellschaft (*community-specific morality*).⁶⁹ Auch diese auf der allgemeinen Moral aufbauende Theorie hat danach ein normatives und ein kritisches Potential.⁷⁰ Ihre Grundlage ist eine eigenständige Herleitung von Prinzipien „mittlerer Reichweite“.⁷¹

Umstritten ist zudem, ob angewandte Ethik dazu dienen soll, konkrete Probleme – zum Beispiel Fragen der Forschung an Menschen – zu lösen und eindeutige Handlungsanweisungen zu geben⁷² und ob sie „gescheitert“ ist, wenn es ihr nicht gelingt, in einem bestimmten Fall zu einer konkreten und eindeutigen Lösung zu kommen. Sicher ist, dass es bei der Vielzahl ethisch-moralischer Probleme moderner Gesellschaften ein Bedürfnis nach eindeutigen, verbindlichen und konkret umsetzbaren Orientierungs- und Entscheidungskriterien gibt, dass aber die philosophische Ethik das Bedürfnis nach einer richtigen Lösung nicht erfüllen kann. Dies liegt an der Theorienvielfalt der angewandten Ethik, aber auch an den Grenzen der Deduktion allgemeiner Regeln auf konkrete Fälle und an der Notwendigkeit, Prinzipien abzuwägen.⁷³

⁶⁸ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 3.

⁶⁹ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 3f. Ihre Normen basieren jedoch auch „eher auf gesellschaftlichen Konventionen und historischen Traditionen, als auf philosophischen Systemen“; vgl. *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, 2005, 48, 52.

⁷⁰ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 4f. Kritisch *Birnbacher*, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, 39. Zu anderen Ansätzen, die vom „Unstrittigen“ ausgehen, vgl. *Bayertz*, Praktische Philosophie als angewandte Ethik, in ders. (Hrsg.), Praktische Philosophie, Grundorientierungen angewandter Ethik, 1991, 7ff.

⁷¹ Der Rekurs auf die *common morality* begründet dabei nicht alles: „We will make numerous recommendations in this book that are controversial and involve appeals to theory, but these recommendations should not be confused with the common morality that forms our starting point. To say that we build on the common morality is not to say that we can validly claim its authority for everything we build.“ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 7.

⁷² So beispielsweise die Vertreter eines kasuistischen Ansatzes; vgl. *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, 2005, 48, 58ff. Zur Differenzierung, vgl. *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen, 1988, 16ff.; *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, Argumente gegen § 218, 2. Auflage 1995, 128ff.

⁷³ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 17f.; *Kaminsky*, „Angewandte Ethik“ zwischen Moralphilosophie und Politik, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 143ff., 145f., 156; konkret zur Abtreibungsfrage auch *Rawls*, Politischer Liberalismus, 1993/2003, 56, Fn. 31. Auch die Kasuistik kann, wie die anderen Moraltheorien, nicht zu einer richtigen Antwort auf gege-

Nach einer Ansicht ist jedoch das Finden *einer richtigen* Lösung nicht die Aufgabe der angewandten Ethik. Wie bei der allgemeinen Ethik, verstanden als Moralphilosophie, gehe es bei ihr vor allem um Analyse und Kritik, Begriffsklärung, Erhellen von Argumentationen, Aufdecken von Inkonsistenzen und die Konkretisierung allgemeiner ethischer Theorien im Hinblick auf konkrete Praxisfragen.⁷⁴ Andere geben zwar zu, dass manchmal eine richtige Antwort in moralischen Dilemmata⁷⁵ oder Konfliktsituationen nicht möglich sei,⁷⁶ dass es aber die Aufgabe angewandter Ethik sei, herauszufinden, ob eine moralische Differenz unauflösbar sei.⁷⁷

Umstritten ist zudem, ob und wie weit die angewandte Ethik überhaupt neutral Stellung beziehen kann oder die zeit- und ortsgebundenen Bedingungen der jeweiligen Problemfälle als nicht überschreitbare Voraussetzungen akzeptieren und berücksichtigen muss⁷⁸ oder ob sogar die Integration der geschichtlichen Bedingtheit der Wertvorstellungen erforderlich sei.⁷⁹

Auf diese Streitigkeiten über die Aufgaben und Ziele der angewandten Ethik wird zurückzukommen sein, wenn die Rolle von Ethikkommissionen, ethischen Experten und die Art ihrer Beratung näher untersucht werden.⁸⁰

bene Situationen kommen, vgl. *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, 2005, 48, 63.

⁷⁴ *Nielsen*, Ethics, Problems of, in Edwards (Hrsg.), The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 3/4, 1967, 119.

⁷⁵ Moralische Dilemmata sind gegeben, wenn moralische Pflichten fordern (oder zu fordern scheinen), dass eine Person jede von zwei (oder mehr) unvereinbaren Handlungen vornehmen oder unterlassen soll, vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 10 f.; zur Unterscheidung moralischer Dilemmata und moralischer Konflikte, *Engel*, Pragmatische Moralskepsis: zum Verhältnis von Moral, Moralphilosophie und Realität, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 161 ff., 163; *Rippe*, Ethischer Relativismus: seine Grenzen, seine Geltung, 1993, 13.

⁷⁶ „We simply lack a single, entirely reliable way to resolve all (moral) disagreements. (...) Neither morality nor ethical theory has the resources to provide a single solution to every moral problem.“, *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 21.

⁷⁷ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 22.

⁷⁸ *Kaminsky*, „Angewandte Ethik“ zwischen Moralphilosophie und Politik, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 143 ff., 147. Vgl. auch *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage 2001, 22 f.

⁷⁹ *Kaminsky*, „Angewandte Ethik“ zwischen Moralphilosophie und Politik, in Rippe (Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, 1999, 154.

⁸⁰ Dazu unten Kapitel 2 III. 2.

2. Kapitel

Kennzeichen von Recht, Moral und Ethik

Wurde bisher eine erste Abgrenzung und Einkreisung der Begriffe von Recht, Moral und Ethik durchgeführt und die verschiedenen Begriffe der Moral, Moralen und Berufsmoral, aber auch der Ethik, Metaethik und der Bereichsethiken für die vorliegende Untersuchung umgrenzt, müssen diese ersten Befunde weiter vertieft werden. Nur unter einem interdisziplinären Blickwinkel kann dies gelingen, wenn es darum geht, Kennzeichen des Rechts, aber auch Kennzeichen moralischer Urteile und die Bedeutung der Moral für Gesellschaften zu erfassen. Dabei wird insbesondere untersucht, ob es überzeugende naturwissenschaftliche Belege auch für den Nachweis angeborener Intuitionen als Grundlage universeller moralischer Urteile gibt, da damit Grenzen der Rationalität bei der Generierung moralischer Urteile aufgezeigt werden. Für die darauf folgende Analyse des Bereichs der Ethik wird der Frage nachgegangen, ob es überzeugend ist, zu vertreten, dass über ethische Normen nicht rational argumentiert werden kann oder ob vielmehr davon ausgegangen werden muss, dass die allgemeinen Kriterien der Rationalität auch im Bereich der Ethik Anwendung finden.

Da die in diesem Kapitel angestrebte sinnvolle Bestimmung ethischer Aussagen und ethischer Diskurse eng verbunden ist mit der Frage der Reichweite von Rationalität und der an rationale Begründungen gestellten Anforderungen, bleibt zudem zu untersuchen, ob die Beantwortung der Frage der „Ethik als Wissenschaft“¹ in eine Möglichkeit der differenzierten Kategorisierung von unterschiedlichen Wissensarten münden kann,² die wiederum für die Frage gerechtfertigten, rationalen Staatshandelns potentiell Bedeutung besitzen.³

I. Kennzeichen von Recht

Was die Kennzeichen und Merkmale von Recht sind und wodurch sich ein Rechtssystem von anderen sozialen Normensystemen, insbesondere von Mo-

¹ Vgl. Kapitel 2 III. 2.

² Vgl. dazu unten Kapitel 2 IV.

³ Vgl. grundlegend zu Wissen und staatlichem Handeln, *Fassbender*, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Auflage 2006, § 76.

ral, unterscheidet, ist und war immer eine der entscheidenden Fragen rechtsphilosophischer und soziologischer Auseinandersetzungen.⁴ Ziel dieser einführnden Bemerkungen ist jedoch keine abschließende Definition des Rechtsbegriffs. Ziel ist das Hervorheben von Kennzeichen und Merkmalen von Recht und rechtlichen Ordnungen in modernen Gesellschaften aus unterschiedlichen Perspektiven, die tragfähig und differenziert genug sind, um eine Grundlage für die darauf aufbauenden Analysen für das Verhältnis von Ethik, Moral und Recht zu sein.

Der Versuch, die vielfältigen Erscheinungsformen von Recht durch eine abschließende Definition zu erfassen, kann nicht gelingen. Was *Ludwig Wittgenstein* beispielhaft an den Begriffen *Spiel* und *Sprache* ausgeführt hat, gilt auch für den Begriff des Rechts. Es gibt keine entscheidenden Merkmale, die allem Recht gemeinsam sind, die richtige Anwendung des Rechtsbegriffs hängt daher nicht davon ab, dass gemeinsame Merkmale vorhanden sind.⁵ Wie andere Ausdrücke mit besonders umfassendem Anwendungsbereich weist Recht (nur) Familienähnlichkeiten auf, d. h. „ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen“,⁶ nicht aber ein oder mehrere gemeinsame und damit entscheidende Merkmale.⁷ Da es keine entscheidenden Merkmale gibt, gibt es auch keine Grenzen, was Recht ist und was nicht. Der Umfang des Rechtsbegriffs ist offen, es ist ein Begriff „mit verschwommenen Rändern“,⁸ bei dem es daher nicht gelingen *kann* seine Grenzen aufzuzeigen.⁹ Gerade deswegen ist es jedoch möglich für einen bestimmten Zweck bestimmte Grenzen zu ziehen.¹⁰

Es soll im Folgenden daher nicht das *Recht an sich* in den Blick genommen werden, denn das Recht entwickelt und ändert sich mit der Entwicklung und

⁴ Zur jüngsten rechtsphilosophischen Debatte, vgl. beispielsweise die Beiträge von *Alexy*, Die Natur der Rechtsphilosophie, in Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 11 ff.; *Kirste*, Recht als Transformation, *ibid.*, 134 ff.; *von der Pfordten*, Was ist Recht? Eine philosophische Perspektive, *ibid.*, 261 ff.

⁵ Anders bei Begriffen der Logik; vgl. *Schulte*, Ludwig Wittgenstein, 2005, 150.

⁶ Zum Begriff des Spiels, vgl. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2003, §§ 66 f.: „Und das Ergebnis dieser Betrachtungen lautet nun: Wir sehen ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen. Ich kann diese Ähnlichkeiten nicht besser charakterisieren als durch das Wort „Familienähnlichkeiten“.“ Dazu näher *Schulte*, Ludwig Wittgenstein, 2005, 149 ff.

⁷ Grundlegend dazu in Bezug auf die Begriffe Spiel und Sprache, *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2003, §§ 66 f.: „Denn wenn Du sie anschaut, wirst Du zwar nicht etwas sehen, was *allen* gemeinsam wäre, aber Du wirst Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, sehen, und zwar eine ganze Reihe. Wie gesagt: denk nicht, sondern schau!“

⁸ Vgl. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2003, § 71.

⁹ Zu dem (Rand-)Begriff des sogenannten „weichen Rechts“ oder „unverbindlichen Rechts“ (soft law), vgl. beispielsweise näher unten Kapitel 5 II. 2.

¹⁰ Vgl. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2003, § 68. Vgl. dazu auch *Alexy*, Theorie der Juristischen Argumentation, 1991, 72 f.

Änderung der Gesellschaft.¹¹ Hervorgehoben werden sollen die Kennzeichen und Merkmale ausdifferenzierter rechtlicher Systeme moderner Gesellschaften, die den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bilden. Eines der hervorstechenden Kennzeichen ist, dass diese Rechtssysteme aus einer Vielzahl von Normen, d. h. sachlichen Generalisierungen,¹² bestehen, die eine gewisse Dauer und Beständigkeit haben.¹³ Nach der Art der Normen können zum einen verhaltensbezogene Normen unterschieden werden, die den Rechtsunterworfenen Verhaltenspflichten auferlegen,¹⁴ und Normen, die sich auf den Umgang mit Regeln des ersten Typs beziehen.¹⁵ Es sind daher Normen notwendig (und vorhanden), die sich als „regelbezogene Regeln“ auf den Umgang mit den verhaltensbezogenen Regeln beziehen.¹⁶ Letztere legen Gültigkeitsbedingung für andere Normen fest, ermöglichen den Erlass, die Anpassung und Änderung von Normen oder berechtigen in einem bestimmten Verfahren festzustellen, ob eine Norm verletzt wurde.¹⁷ Zumindest in Rechtsstaaten sind die Ermächtigungsnormen dabei selbstverpflichtend, das heißt, sie gelten auch für den, der Recht setzt.¹⁸ Neben Normen oder Regeln sind Prinzipien¹⁹ dann (und nur dann) Teil eines so verstandenen Rechtssystems, wenn sie durch andere Normen *als Teil des Rechtssystems* identifiziert werden können.²⁰ Gleiches

¹¹ Vgl. nur *Luhmann*, Ausdifferenzierungen des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, 75.

¹² Vgl. auch *Luhmann*, Ausdifferenzierungen des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, 117, 215.

¹³ Zu letzterem vgl. auch *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Auflage 1994, 57.

¹⁴ Zu solchen primären Regeln, vgl. *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 77 ff., 79, 92; zu den Defiziten eine Ordnung, die nur aus Primärregeln besteht, vgl. *ibid.*, 90f.

¹⁵ Zu solchen sekundären Regeln als regelbezogene Regeln (dazu gehören eine Erkenntnisregel, zudem Änderungsregeln und Entscheidungsregeln), *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 91 ff. Zum Teil wird kritisiert, dass Hart bei seiner Einteilung Erlaubnisregeln nicht benennt, vgl. *Braun*, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, 2001, 88.

¹⁶ Zu der Bestimmung von Recht als Verbindung von primären und sekundären Regeln, grundlegend *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 77 ff., 89 ff. Zu dieser realen, durch interne Relation erfolgenden Bestimmung des Rechts, vgl. *von der Pfordten*, Was ist Recht?, in *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 268 f. Zu beachten ist der Sonderfall des Völkerrechts, vgl. dazu *Hart*, *ibid.*, 208 ff., und – aus anderer Perspektive – *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960/2000, 321 ff.; *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Wolf, 6. Auflage 1963, 87 ff., 298 ff.

¹⁷ *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 93 f. Kritisch zu Harts Einteilung wonach auch Erkenntnisregeln Ermächtigungsregeln sind, *Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie Harts*, 1993, 101. Nach Kelsen sind alle diese sekundären Normen nur unselbständige Normen, da sie nur in Verbindung mit einer einen Zwangsakt statuierenden Norm gelten; vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960/2000, 52, 55 ff.

¹⁸ *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 19 ff., 26 ff., 41 ff.

¹⁹ Zum Begriff, vgl. oben in Kapitel 1, Fn. 67.

²⁰ *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Auflage 1994, 258 ff., 263 ff. Dagegen aber die Konzeption von Dworkin, der die Prinzipienbildung gerade nicht auf den Wertungen des positiven Rechts beruhend sieht, vgl. *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, 1 ff.; dagegen *von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, 194; *ders.*, Was ist Recht?, in *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechts-*

gilt für konkret-individuelle Anordnungen.²¹ Auch sie sind Recht, wenn sie durch eine oder mehrere Normen als Teil des Rechtssystems identifiziert werden können. Geht es um *staatliches* Recht, so ist entscheidend, dass es die Normen und Prinzipien bezeichnet, die von einer politischen Gemeinschaft erlassen und vollzogen werden, das heißt einer Gemeinschaft, die die letzte streitentscheidende Regelungskompetenz in Konfliktfällen grundsätzlich mit Aussicht auf Erfolg für sich in Anspruch nimmt.²²

Eine Frage, die ebenfalls beantwortet werden muss, wenn Kennzeichen von Recht und Rechtssystemen erörtert werden, ist, wann davon gesprochen werden kann, dass ein Rechtssystem *besteht* oder – wenn man eine weniger ontologische Wortwahl bevorzugt – *wirksam* ist.²³ Eine Antwort darauf ist, dass Recht nur dann besteht, wenn es zumindest von einem Teil der Betroffenen als Standard, dem gefolgt werden muss, akzeptiert und befolgt wird.²⁴ Zumindest manche Adressaten müssen daher, wie bei anderen sozialen Regeln auch, die Rechtsregeln als verbindlich akzeptieren und befolgen.²⁵ Würden die Regeln der Verfassung, des Privatrechts oder des Strafrechts in einem Gemeinwesen von den Adressaten mehrheitlich nicht als verbindlich akzeptiert und befolgt werden, würde wohl niemand davon sprechen, dass dies Recht „ist“. Zu wirksamem Recht gehört daher nicht nur die Normierung des Sollens, sondern auch dessen Akzeptanz und Befolgung.

Es ist jedoch auch nicht notwendig, den Rechtsbegriff dadurch einzuengen, dass er auf Normen beschränkt ist, die nur äußeres Verhalten regeln,²⁶ zwangs-

philosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 273. Nach Alexy enthält Recht notwendig Prinzipien, deren *Inhalt* nicht gegenüber der Moral abgegrenzt werden könne; vgl. *Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, 133 f. Kirste weist jedoch dagegen zutreffend darauf hin, dass rechtliche inkorporierte Prinzipien als Recht eine rechtliche Form besitzen, die auch Auswirkungen auf ihren Inhalt hat, vgl. *Kirste, Recht als Transformation*, in Brügger/Neumann/Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 142.

²¹ *Von der Pfordten, Rechtsethik*, 2001, 10 ff.

²² Vgl. nur *von der Pfordten, Rechtsethik*, 2001, 62.

²³ Diese Frage ist von den weiter reichenden Fragen zu trennen, wann ein Rechtssystem gerecht ist oder wann seine Normen gültig sind; zu der positivistischen Auffassung, wonach Recht insbesondere eine soziale Tatsache ist, vgl. differenzierend *von der Pfordten, Was ist Recht?*, in Brügger/Neumann/Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 280 ff.

²⁴ Nach Hart müssen, damit davon gesprochen werden kann, dass bindende Normen bestehen und eine Rechtsordnung existiert, Verhaltensregeln allgemein befolgt werden („must be generally obeyed“) unabhängig von den Motiven der rechtsunterworfenen Bürgern; zudem müssen die sekundären Regeln (also die Erkenntnisregeln, die Veränderungsregeln und die Entscheidungsregeln) von den Funktionsträgern, d. h. den Beamten und sonstigen Staatsdienern, wirksam als allgemeine Standards angenommen werden („must be effectively accepted“), vgl. *Hart, The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 55, 86 f., 113.

²⁵ Zu dieser kausalen Bestimmung des Rechts, *von der Pfordten, Was ist Recht?*, in Brügger/Neumann/Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 269.

²⁶ So aber die Rechtslehre von Immanuel Kant, vgl. dazu kritisch *Hart, The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 164 ff. Allgemein zu Kants Rechtslehre *Kersting, Kant über Recht*,

weise durchgesetzt werden können²⁷ oder sanktionsbewehrt²⁸ sind. Dies wird oft der Fall sein. Es muss jedoch nicht vorausgesetzt werden, da es allein darauf ankommt, dass die Regeln allgemein befolgt werden und zumindest von einem Teil als verbindlich akzeptiert werden. Man kann sich dies an dem Fall verdeutlichen, dass in einer idealen Welt und friedliebenden Gesellschaft alle Rechtsunterworfenen freiwillig ohne jegliche Androhung oder Anwendung von Zwang oder Sanktionen die gesetzten Normen einhalten und befolgen. Es erscheint kein Widerspruch, dieses Normsystem als Recht oder bestehende Rechtsordnung zu bezeichnen, auch wenn ihm jeder Zwangscharakter fehlt.

Für eine Kennzeichnung von Recht für die vorliegende Untersuchung ist nicht erforderlich, die Frage zu beantworten, ob sich Recht von anderen Regeln, wie denen einer Räuberbande, dadurch unterscheidet, dass es in einer notwendigen Verbindung zur Moral oder Ethik steht.²⁹ Die seit dem Niedergang des klassischen Naturrechts umstrittene These von einer notwendigen Verbindung zwischen Recht und Moral bzw. Ethik³⁰ könnte nur ein Ergebnis weiterer Untersuchungen sein und kann nicht durch eine Begriffseinsparung vorweggenommen werden. Zu wählen ist hier also ein weiter Begriff des Rechts, der erst bei der Bestimmung demokratisch „legitimen“ oder „legitimierten“ Rechts konkretisiert wird.³¹

Damit kann zusammenfassend festgestellt werden, dass ein ausdifferenziertes Rechtssystem insbesondere gekennzeichnet ist durch eine Vielzahl von Normen mit gewisser Beständigkeit, die einerseits den Unterworfenen Pflichten auferlegen oder Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen und andererseits regel-

2004, insbesondere 221; *Höffe*, Der kategorische Rechtsimperativ, in ders., Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, 41 ff.; *Brugger*, Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie, *JuristenZeitung* 1991, 893 ff., 894. Gegen Kants Thesen auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960/2000, 61 f.

²⁷ Dazu, dass Zwang kein notwendiges Begriffsmerkmal von Recht ist auch *Hart*, der insbesondere voraussetzt, dass eine Ordnung primäre und sekundäre Normen enthält, vgl. *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 20 ff., 56 ff., 79, 92. Anderer Ansicht aber *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960/2000, 45 ff.; *Alexy*, *Die Natur der Rechtsphilosophie*, in *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 21; *Kirste*, *Recht als Transformation*, *ibid.*, 141.

²⁸ Vgl. beispielsweise *Austin*, nach dessen Thesen Rechtsnormen Befehle des politischen Machthabers sind; abgedruckt in *Hoerster* (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1998, 15 ff.; ähnlich *Durkheim*, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1991, 10. Gegen Austin ausführlich *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 18 ff. Vorsichtiger und nicht von Sanktionen sprechend aber *Luhmann*, der nur voraussetzt, dass ein „Mindestbestand von Erwartungen über das Verhalten im Enttäuschungsfall“ mitinstitutionalisiert sein müsse, was nicht notwendigerweise (aber typischerweise) die Erlaubnis zu Sanktionen sei, vgl. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 117, einschränkend aber *ibid.*, 139.

²⁹ Dazu mit Bezug auf Sankt Augustinus ausführlich *Hart*, *The Concept of Law*, 1. Auflage 1961, 6 ff., 151 ff. und *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960/2000, 45 ff.

³⁰ Dazu unten Kapitel 3 II.

³¹ Dazu unten Kapitel 4.

bezogen insbesondere die Gültigkeits- und Entstehungsbedingungen für andere Normen und Anordnungen festlegen. Ein Rechtssystem besteht, wenn zumindest ein Teil der Betroffenen diese Regeln als Standard akzeptiert und befolgt.

Mit dieser weiten Begriffsbestimmung soll nicht verneint werden, dass ein Rechtssystem moralische oder ethische Elemente inkorporieren kann und in der Regel auch inkorporieren wird oder dass die Entwicklung des Rechts durch Moral und Ethik, aber auch umgekehrt, beeinflusst wird.³² Selbst im Hinblick auf die faktische Wirksamkeit des Rechts muss davon ausgegangen werden, dass diese faktisch davon abhängt, wie weitgehend es der Moral entspricht oder nicht. Dies wird im Folgenden gezeigt werden.³³

Zuvor soll jedoch auf weitere Kennzeichen des Rechts verwiesen werden, die entscheidende Bedeutung für die Unterscheidung von Recht und Moral haben. Zum einen wird, insbesondere mit Verweis auf *Niklas Luhmann*, auf die besondere binäre Struktur des Rechts verwiesen: Man könne nur im Recht oder Unrecht sein, wenn eine Rechtsfrage beantwortet werde.³⁴ Dass die binäre Struktur jedoch selbst kein Rechtskennzeichen ist, zeigt sich schon daran, dass auch moralische Fragen in der Regel auf eine binäre Struktur verweisen: Auch hier ist die entscheidende Frage, was moralisch und was unmoralisch ist.³⁵ Entscheidend ist dagegen der Unterschied in der Konfliktbewältigung. Wird rechtlich argumentiert, lässt man sich auf einen Streit ein, der einschließt, dass rechtliche Konsequenzen von dem Gegner gezogen werden. Die „Einmütigkeit des gemeinsamen Lebens“³⁶ wird dabei in modernen Gesellschaften in anderer Art und Weise gebrochen, als wenn moralisch argumentiert wird. Dies gilt, weil das Recht durch seine verfahrensmäßige Absicherung und die normierten Generalisierungen einerseits unflexibler ist und andererseits durch die Drohung mit einem Dritten, der entscheiden kann und soll (dem Richter oder der Behörde) – wenn dies in einem Rechtssystem als Möglichkeit gegeben ist –, das Ziel der gleichberechtigten Einigung der Parteien zunächst aufgege-

³² Dass das Recht selbst „allerdings (...) mehr als wohl jedes andere Subsystem der Gesellschaft darauf angewiesen (ist), aus Interaktionssystemen mit anderer Funktionsrichtung Impulse zu erhalten“ und der Gesetzgeber eine Fülle normativer Erwartungen vorfindet wird auch von systemtheoretischen Ansätzen anerkannt, vgl. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 65, 123.

³³ Dazu unten Kapitel 3 I.

³⁴ Grundlegend *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 57.

³⁵ Hier ist der binäre Code der der Achtung bzw. Nichtachtung, vgl. *Luhmann*, *Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral*, Rede anlässlich der Verleihung des Hegel-Preises 1989, 1990, 17. Im Übrigen gibt es auch im Recht Streitfragen, bei deren Entscheidung nicht das binäre Schema von „Recht/Unrecht“ entscheidend ist, wie beispielsweise Scheidungen.

³⁶ *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 60.

ben wird. Hinzu kommt, dass das Recht manche Konfliktaustragungen überhaupt erst ermöglicht, wenn und soweit es den faktisch Schwächeren oder sogar den Unmoralischen stützt.³⁷

Die rechtliche Konfrontation kann faktisch aber ein Hemmnis für die Konfliktbeilegung sein. Zum Teil wird es daher erfolgreicher sein, den rechtlichen Konflikt auszusetzen oder zu beenden und sich außerhalb des Rechts zu verständigen. Dass Mediationsverfahren, in denen es nicht um die Frage von Recht/Unrecht (aber auch nicht um die Frage von Moral/Unmoral) geht, sondern um ausgewogene, verträgliche Lösungen, in jüngster Zeit immer mehr an Bedeutung gewinnen, ist vor diesem Hintergrund verständlich.³⁸

Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Recht seine grundsätzliche Bedeutung einbüßt. Im Gegenteil bleibt Recht, als positives Recht, d. h. durch Entscheidung änderbares Recht, für moderne Gesellschaften notwendige Existenzbedingung. Nur positives Recht kann einerseits Verhaltenserwartungen stabilisieren, auch kontrafaktisch, und damit zur Grundlage des Vertrauens in ein bestimmtes Verhalten werden³⁹ und andererseits, durch seine Änderbar- und Herstellbarkeit, sich den Änderungen der Gesellschaft und der Lebensbedingungen anpassen und so der Gesellschaft insgesamt höhere Anpassungsfähigkeiten ermöglichen.⁴⁰

Diese Flexibilität ist als entscheidendes Kennzeichen⁴¹ und entscheidender Vorteil des positiven Rechts auch gleichzeitig (auch) ein entscheidendes Problem des Rechts moderner Gesellschaften. Da in modernen Gesellschaften das Recht nicht mehr ableitbar scheint von Vorgegebenem, erscheint das Recht grundsätzlich änderbar, so dass jede Rechtsetzung auch als mehr oder weniger „momentan eingefrorene Präferenz“⁴² betrachtet werden kann.⁴³ Zwar wer-

³⁷ Das Recht schützt auch den, der sich unmoralisch verhält, wie beispielsweise dann, wenn ein Kindsmörder seine Verurteilung wegen der Androhung von Folter durch die Polizei rechtlich angreift; vgl. dazu beispielsweise jüngst das Kammerurteil des EGMR, Gäfgen gegen Deutschland (Beschwerdenummer 22978/05) vom 30. 6. 2008. Vgl. auch *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, 105 mit Verweis auf *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, 5. Auflage 1856, 4 ff.

³⁸ Oft bleiben Mediationsverfahren allerdings eng angebunden an die Rechtsmittel, vgl. beispielsweise *Ortloff*, *Mediation im Verwaltungsprozess*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 25 (2006), 148 ff.

³⁹ Zur Normativität als entscheidendes Merkmal des Rechts moderner Gesellschaften, vgl. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 215; *ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 124 ff. Zu Luhmanns Rechtsverständnis auch *Mahlmann*, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, 2005, 59 ff.

⁴⁰ *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 135, 143.

⁴¹ Ähnlich *Kirste*, *Recht als Transformation*, in *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 146.

⁴² Vgl. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 140.

⁴³ Dies ist jedoch nur eine Beschreibung; als rechtsphilosophische Position ist umstritten,

den, wenn das Recht von Gerichten und Verwaltung angewendet wird, die vom Gesetzgeber gesetzten Prämissen in der Regel nicht mehr hinterfragt⁴⁴ und damit die Probleme, die bei der gesetzgeberischen Setzung entschieden wurden, nicht mehr aktualisiert, aber die gesetzgeberische Entscheidung bleibt doch grundsätzlich änderbar. Dies hat den Vorteil, dass diejenigen, deren Position keinen Niederschlag im positiven Recht findet, das ihrer Position entgegenstehende Recht besser annehmen können, da sie durch das Recht nicht moralisch disqualifiziert werden, sondern es nur um ein konkretes Unterliegen in einer bestimmten Situation geht.⁴⁵

Dass die Gegner einer bestimmten Rechtsetzung unter der Voraussetzung der Änderbarkeit diese dulden, zeigt sich auch im Bereich ethisch hoch umstrittener Rechtsetzung. Das deutsche Stammzellgesetz wurde in seiner ersten Fassung⁴⁶ nach intensiver Diskussion als Kompromiss verabschiedet. Seine Vorläufigkeit war dem Gesetz selbst immanent⁴⁷ und dies war den Gegnern der Regelung – im Guten wie im schlechten Sinne – immer gegenwärtig.⁴⁸ Dass im Jahr 2007, also fünf Jahre nach Erlass des Gesetzes, eine Diskussion über die Änderung des Stammzellgesetzes vom Parlament selbst begonnen wurde, erscheint danach zwangsläufig. Dabei ist nicht davon auszugehen, dass eine Änderung immer eine Liberalisierung der Regelungen bedeutet, auch wenn dies in Bezug auf das deutsche Stammzellgesetz mit einer Verschiebung des Stichtages für einen erlaubten Import *de facto* der Fall war;⁴⁹ in Kanada ist beispielsweise in Zukunft von einer restriktiveren Regelung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin auszugehen.⁵⁰

ob und auf welchen metarechtlichen Prämissen Recht beruht; vgl. zu den Positionen der Vertreter des modernen Naturrechts unten in Kapitel 3, Fn. 62 und die Diskussion dort im Text. Zudem können Rechtsordnungen selbst, wie dies im Grundgesetz in Art. 79 (3) GG, niedergelegt ist, einen nicht veränderbaren Kernbestand an Normen bestimmen.

⁴⁴ Etwas anderes gilt jedoch für die Verfassungsgerichtsbarkeit.

⁴⁵ Dazu grundsätzlich *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, 146.

⁴⁶ Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG) vom 28. 6. 2002 (in Kraft getreten am 1. 7. 2002), BGBl. I 2277; zuletzt geändert mit Gesetz vom 14. 8. 2008, BGBl. 2008, 1708. Dazu näher beispielsweise *Dederer*, Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz, *JuristenZeitung* 20 (2003), 986 ff.

⁴⁷ Sie wird zudem auch vom Gesetz selbst betont, in dem in § 15 StZG ausdrücklich die Bundesregierung aufgefordert wird, dem Bundestag im Abstand von zwei Jahren einen Erfahrungsbericht über die Durchführung des Gesetzes zu übermitteln.

⁴⁸ Diejenigen, die für eine Ausweitung der Forschung waren, hofften auf eine Verschiebung oder Abschaffung des Stichtages in den kommenden Jahren, die Befürworter eines strikten Embryonenschutzes befürchteten diese Verschiebung oder Abschaffung des Stichtages in der Zukunft, vgl. unten näher in Kapitel 5.

⁴⁹ Dazu unten Kapitel 5.

⁵⁰ Vgl. *Brede*, Die politische Regulierung der Fortpflanzungsmedizin und Stammzellforschung in Kanada, *Zeitschrift für Kanada Studien* 27 (2007), 104 ff., 118.

Die Setzbarkeit und Änderbarkeit des Rechts erleichtert daher die rechtliche Konsens- bzw. Kompromissbildung, gerade auch wenn es in der ethisch-moralischen Bewertung eines Sachverhaltes unterschiedliche Ansichten gibt.⁵¹ Sie bedeutet aber auch, dass der Gesetzgeber sich in seiner Verwendung des „zweckrationalen Mittels des Rechts“⁵² irren kann und ihm dieser Irrtum nachweisbar ist. Der Irrtum des Gesetzgebers wird sich in der Nichtbefolgung des „falschen“ Rechts und bzw. oder an Protesten gegen dieses Recht zeigen.⁵³

Hinzu kommt, dass die grundsätzliche, ständige Möglichkeit der Änderbarkeit des Rechts im Sinne eines Routinevorganges dazu führt, dass auch das Unterlassen von Rechtsänderungen begründet werden muss.⁵⁴ Auch dies zeigt sich deutlich im Bereich ethisch umstrittener (Nicht-)Rechtsetzung. Im Bereich der Sterbehilfe ist der deutsche Gesetzgeber unter großem Rechtferti-

⁵¹ *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, 221.

⁵² *Di Fabio*, Grundrechte als Werteordnung, *JuristenZeitung* 1 (2004), 1 ff., 5. *Zweckrational* handelt, wer sein Handeln an Zweck, Mitteln und Nebenfolgen orientiert, *wertrational* dagegen, wer ohne Rücksicht auf die voraussichtlichen Folgen handelt, wenn er davon überzeugt ist, dass ein bestimmter Wert die Handlung gebietet; vgl. dazu mit Bezug auf Max Weber, *Schwinn*, Stichwort: Rationalität, soziale, in Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Band 2, 2008, 1051 ff., 1051.

⁵³ Wann ein „Irrtum“ des Gesetzgebers vorliegt ist dennoch in der Regel umstritten. Auch hier kann das Stammzellgesetz beispielhaft genannt werden, da insbesondere von Seite der Wissenschaftsorganisationen Reformen des Stammzellgesetzes eingefordert worden sind, vgl. Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Präsidium, *Neue Perspektiven für die Stammzellforschung in Deutschland*, 2006, Pressemitteilung BBAW/PR-18/2006, vgl. <http://www.bbaw.de/bbaw/Presse/Pressemitteilungen/Artikel.html?id=68>; Deutsche Forschungsgemeinschaft, *Stammzellforschung in Deutschland-Möglichkeiten und Perspektiven*, Stellungnahme der DFG, http://www.dfg.de/akutelles_presse/reden_stellungnahmen/2006/download/stammzellforschung_deutschland_lang_0610.pdf 2006; Stellungnahme des Präsidiums der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina zur Stammzellforschung in Deutschland, 2007 <http://www.leopoldina-halle.de/StemCells.pdf>. Ebenso Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, *Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz*, medizinische, ethische und rechtliche Gesichtspunkte zum Revisionsbedarf von Embryonenschutz- und Stammzellgesetz, Bericht vom 12. 12. 2005; vgl. <http://www.justiz.rlp.de/justiz/nav/634/binarywriterservlet?imgUid=09620dd6-e553-d801-33e2-dcf9f9d3490f&uBasVariant=e7a67a83-14e2-4e76-acc0-b8da4911e859> und Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellenforschung, *Tätigkeitsbereich*, *Viertes Bericht nach dem Inkrafttreten des Stammzellgesetzes für den Zeitraum 1. 12. 2005 bis 30. 11. 2006*, vgl. http://www.rki.de/cln_100/nn_207098/DE/Content/Gesund/Stammzellen/ZES/Taetigkeitsberichte/4-taetigkeitsbericht,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/4-taetigkeitsbericht.pdf. Der Nationale Ethikrat hat dagegen zwar ein ganz mehrheitliches, aber kein einheitliches Votum für eine Novellierung des Stammzellgesetzes abgegeben, vgl. *Nationaler Ethikrat* (Hrsg.), *Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes*, Stellungnahme des Nationalen Ethikrates, Juli 2007, 2007, 5 ff., 36 ff., 42 ff. Grundlegend wiederum *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 135.

⁵⁴ So deutlich *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 125.

bungsdruck zu begründen, warum keine weiteren Regelungen neben den bestehenden des Strafgesetzbuches verabschiedet werden.⁵⁵

Offensichtlich wird durch die Änderbarkeit des Rechts das Problem, dass die damit einhergehende Flexibilität und Flexibilisierung zwar einerseits Anpassungen an verändernde Umstände erleichtert, aber dies andererseits nicht zu einer generellen Destabilisierung des Rechts führen darf. Andernfalls würde das Recht nicht mehr seine zentrale Funktion als Grundlage des Vertrauens in Verhaltenserwartungen erfüllen können. Entscheidend ist es daher in modernen Gesellschaften auch, das Problem der Stabilisierbarkeit des positiven Rechts zu lösen. Wie diese Stabilisierung mit Fragen von Moral und Ethik zusammenhängt, wird im Folgenden gezeigt werden, nachdem die wesentlichen Kennzeichen von Moral und Ethik dargelegt wurden.

II. Kennzeichen von Moral

Die Frage nach den Kennzeichen von Moral, genauer: nach den Kennzeichen moralischer Urteile,⁵⁶ ist zugleich die Frage nach den allgemeinen Grundlagen der Moral: Wird Moral durch die Vernunft hervorgebracht oder durch die Gefühle?⁵⁷ Oder sind beides, Vernunft und Gefühle, Ursache moralischer Urteile oder doch keines davon und dafür anderes? Sind es außerdem angeborene menschliche Eigenschaften oder sind es kontextabhängige Umstände, die unsere moralischen Urteile bestimmen? Diese alten philosophischen Streitfragen⁵⁸ sollen unter naturwissenschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet werden. Dies ist für die vorliegende Arbeit deswegen entscheidend, weil nur das der Ausgangspunkt für sinnvolle Überlegungen darüber sein kann, wie Moral in das Recht in einer demokratischen Gesellschaft inkorporiert werden kann. Auch wenn aus dem Sein kein Sollen abgeleitet werden darf und soll,⁵⁹ müssen

⁵⁵ Vgl. dazu statt anderer *Kutzer*, Der Gesetzgeber muss die Sterbebegleitung regeln, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, 277 f.

⁵⁶ Dass zwischen moralischen Urteilen und moralischem Handeln unterschieden werden muss, zeigt u. a. *Kohlberg*, Die Psychologie der Moralentwicklung, 1996, 373 ff.

⁵⁷ Es wird, wie bereits diese Gegenüberstellung von Vernunft und Gefühlen zeigt, hier wie im Folgenden, sofern nicht anders bezeichnet, ein enger Vernunftsbegriff (d. h. Rationalitätsbegriff) verwandt, der rationales Urteilen gerade von auf Emotionen basierendem oder auf Intuitionen basierendem Urteilen unterscheidet; vgl. zu Rationalitätskriterien auch näher hier in Kapitel 2 unter III. und IV. Damit soll jedoch gerade nicht behauptet werden, dass auf Emotionen oder Intuitionen basierendes Handeln nicht (in einem weiteren Sinn) zu vernünftigen, sinnvollen Ergebnissen führt; vgl. jedoch für einen weiteren Begriff der Rationalität *Sousa*, *The Rationality of Emotion*, 5. Auflage 1997, 4 ff., 171 ff.

⁵⁸ Vgl. zu dem Streit über Verstand und Gefühl als Grundlage moralischer Urteile beispielsweise *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, 1883/3. Auflage 2002, 88.

⁵⁹ Grundlegend dazu, dass aus rein deskriptiven Ist-Aussagen keine Soll-Aussagen ableitbar sind, *David Humes Gesetz*, vgl. *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, 1730/1740/2003,

naturwissenschaftliche Erkenntnisse Grundlage normativer Anforderungen sein, damit das normative Sollen nicht „leer“ bleibt und faktisch nicht erreichbar ist.⁶⁰ Bis zu einem gewissen Grad wird empirisches Wissen über Moral auch gebraucht, um normative Anforderungen in einer Gesellschaft „stabil“ und damit effektiv zu gestalten.⁶¹ Klarheit über die Grundlagen moralischer Urteile kann zudem Aufschlüsse darüber geben, ob und inwieweit es Experten für Moral geben kann.⁶²

1. Kennzeichen moralischer Urteile

a) Vernunft und Gefühl

Die Fragen nach den Grundlagen der Moral beantworten die lange vorherrschenden Thesen der Psychologen *Jean Piaget* und *Lawrence Kohlberg* damit, dass moralische Urteile durch die Gesellschaft weitergegeben werden und auf der Fähigkeit basieren, vernünftig zu argumentieren. Ein moralisches Urteil basiere daher auf klar definierten moralischen Prinzipien.⁶³ Moralische Prinzipien seien aktive Rekonstruktionen von Erfahrung und das Ziel der moralischen Entwicklung sei ein vollkommen rationales Wesen. Die moralische Entwicklung des Menschen selbst erfolge in sechs verschiedenen Stufen von einem moralisch unmündigen zu einem moralisch mündigen Wesen.⁶⁴ *Kohl-*

324ff.; zum naturalistischen Fehlschluss (naturalistic fallacy) das Prädikat „gut“ zu definieren und auf naturwissenschaftliche Zwecke zu reduzieren, vgl. *Moore*, *Principia Ethica*, 1903, 39ff.; näher *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, 55ff.; *Engels*, *Georg Edward Moores Argument der „naturalistic fallacy“ in seiner Relevanz für das Verhältnis von philosophischer Ethik und empirischen Wissenschaften*, in *Eckensberger/Gähdes* (Hrsg.), *Ethische Norm und empirische Hypothese*, 1993, 92ff.

⁶⁰ Vgl. auch *Kufner/Barth/Bengel*, *Einstellungen von Humangenetikern zur Forschung mit Embryonen im Vergleich mit der Allgemeinbevölkerung*, *Zeitschrift für medizinische Genetik* 17 (2005), 194ff., 194; *Pardo*, *Attitudes toward Embryo Experimentation in Europe*, in *Solter*, u. a. (Hrsg.), *Embryo Research in Pluralistic Europe*, 2003, 157ff., 200. Zu dem Prinzip, dass ethisches Sollen Können impliziert, vgl. auch *Quante*, *Einführung in die Allgemeine Ethik*, 2003, 30.

⁶¹ So die Vertreter der sog. evolutionären Ethik, vgl. *Sober*, *From a biological point of view*, 1994; vgl. *Quante*, *Einführung in die Allgemeine Ethik*, 2003, 118ff. Dazu später unten Kapitel 3 I.

⁶² Dazu später unten Kapitel 2 III. 2.

⁶³ Nach Kohlberg sind Prinzipien jedoch keine konstitutiven Regeln oder apriorischen Axiome, aus denen moralische Urteile deduziert werden können: „Folglich sieht gerade das prinzipiengeleitete Denken im Wert der Menschenwürde nur das Konstruktionsprinzip für die Lösung eines moralischen Dilemmas und nicht eine materielle Regel, die a priori eine bestimmte Lösung vorschreibt. (...) Wie Rawls (1980) gezeigt hat, sollte man nicht nur die von ihm formulierten, sondern auch Kants Prinzipien am ehesten als Konstruktionen auffassen, was Piagets konstruktivistischer Theorie der kognitiven Entwicklung entsprechen würde.“, *Kohlberg*, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 346.

⁶⁴ Die sechs Stufen des moralischen Urteilens sind: Niveau I – präkonventionell (Stufe 1

berg, *Piagets* Thesen aufgreifend und verfeinernd, geht dabei von der Universalität der moralischen Entwicklung aus: Es gebe universell gültige Formen des rationalen moralischen Denkprozesses, denen alle Personen unter der Voraussetzung, dass die sozialen und kulturellen Bedingungen eine kognitiv-moralische Stufenentwicklung zulassen, Ausdruck verleihen können. Zudem durchlaufe jeder Mensch in allen Kulturen die verschiedenen Entwicklungsstationen in derselben schrittweisen invarianten Stufenabfolge.⁶⁵ Allerdings würden nur die wenigsten Menschen die letzten zwei Stufen erreichen.⁶⁶ Es ist offensichtlich, dass diese empirische Forschung mit der Betonung der Vernunft als Grundlage der Moral und moralischer Urteile ihre philosophische Grundlage in den Theorien von *Immanuel Kant*, dem Neukantianismus und *John Rawls* hat⁶⁷ und mit anderen philosophischen Ansätzen, wie beispielsweise den Thesen von *Jürgen Habermas* zu Fragen von den Grundlagen von Moral,⁶⁸ harmoniert.

Wenn die Thesen einer vernunftgetragenen und vernunftgetriebenen Moral gerade auch für Juristen auf den ersten Blick überzeugend – und verlockend –

und 2): die egozentrische und konkret individualistische Perspektive; Gehorsam als Selbstwert oder zur Befriedigung der eigenen Interessen; Niveau II – konventionell (Stufe 3 und 4): die Perspektive des Individuums, das in Beziehung zu anderen Individuen steht und einen Unterschied zwischen dem gesellschaftlichen Standpunkt und der interpersonalen Übereinkunft macht; Ziel ist, den Erwartungen zu entsprechen, die Menschen an mich als Träger einer bestimmten Rolle richten und Gesetze zu befolgen, außer in jenen extremen Fällen, in denen sie anderen festgelegten sozialen Verpflichtungen widersprechen. Niveau III – postkonventionell oder prinzipien-geleitet (Stufe 5 und 6): Auf Stufe 5, der Stufe des sozialen Kontrakts und der individuellen Rechte, nimmt man eine der Gesellschaft vorgeordnete Perspektive ein und ist sich der Tatsache bewusst, dass die meisten Werte und Normen gruppenspezifisch sind; man ist jedoch der Ansicht, dass gewisse absolute Werte und Rechte wie Leben und Freiheit in jeder Gesellschaft und unabhängig von der Meinung der Mehrheit respektiert werden müssen. Die 6. Stufe ist die der universalen ethischen Prinzipien. Erreicht man diese Stufe folgt man selbstgewählten ethischen Prinzipien, bei denen es sich um universale Prinzipien der Gerechtigkeit handelt (Alle Menschen haben gleiche Rechte und die Würde des Einzelwesens ist zu achten). Dies sei die Perspektive eines jeden rationalen Individuums, das das Wesen der Moralität anerkennt; vgl. *Kohlberg*, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 128 ff.

⁶⁵ *Kohlberg*, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 325.

⁶⁶ Kohlberg stellt fest, dass die Entwicklung der meisten Jugendlichen und Erwachsenen bei der konventionellen Ebene, den Stufen 3 und 4 endet, die postkonventionelle Ebene der 5. und 6. Stufe nur eine Minorität von Erwachsenen erreichen; *Kohlberg*, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 126. Er gibt außerdem zu, dass der genaue Charakter der 6. Stufe sowohl empirisch wie philosophisch ungewiss ist; *ibid.*, 1996, 132, 370.

⁶⁷ Dies stellt *Kohlberg* selbst fest, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, 1996, 316, 346; vgl. auch *Piaget*, *Meine Theorie der geistigen Entwicklung*, 1994, 154. Zu Rawls Anlehnung an Piaget und Kohlberg, vgl. *Siep*, Rawls' politische Theorie der Person, in Hirsch (Hrsg.), *Zur Idee des Politischen Liberalismus*, 1997, 380 ff., 386 f.

⁶⁸ *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit – Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in *Edelstein/Nunner-Winkler* (Hrsg.), *Moral im sozialen Kontext*, 2000, 35 ff.

erscheinen mögen, so kommen doch Zweifel auf, wenn die Vernunft als Grundlage für jegliche moralischen Urteile angeführt wird. Denn es gibt einerseits zwar, gerade auch im Hinblick auf die ethisch-moralischen Probleme der modernen Medizin und Biotechnologie, differenziert und rational geführte Debatten, wie die um Fragen der Sterbehilfe, der Organspende oder schließlich auch um die Embryonenforschung. Andererseits werden die öffentlichen Debatten in diesen Bereichen aber nicht nur rational geführt, sondern auch oft emotional. Es erstaunt daher nicht, dass aus naturwissenschaftlicher Sicht die Thesen *Kohlbergs* und *Piagets* gerade in jüngster Zeit wieder entschieden und aus zweierlei Richtung angegriffen werden. Zum einen wird ihnen vorgeworfen, dass sie die Rolle der Emotionen bei moralischen Urteilen vernachlässigen und zum anderen, dass sie unbewusste Intuitionen nicht einbeziehen. So entwickelt beispielsweise der Psychologe *Martin Hoffmann*, ausgehend von den Thesen *David Humes*⁶⁹ und *Adam Smiths*,⁷⁰ mit einem auf Empathie beruhendem Schema der moralischen Entwicklung ein Gegenmodell zu der Vernunftmoral *Kohlbergs* und *Piagets*.⁷¹ Nicht Vernunft, sondern Empathie sind nach seiner Ansicht Ursache und Grund moralischen Urteilens.⁷² Ähnlich argumentieren andere, die davon ausgehen, dass Menschen vier Arten von moralischen Emotionen besitzen, die uns mit Intuitionen darüber versorgen, was richtig oder falsch ist.⁷³ Aus philosophischer Sicht werden diese Thesen von denjenigen gestützt, die, wie *Martha Nussbaum*, davon ausgehen, dass Moral aus den Emotionen erwächst, die zu Beginn des Lebens erfahren werden.⁷⁴

⁶⁹ *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, 1883/3. Auflage 2002, 87 ff.

⁷⁰ *Smith*, Theorie der ethischen Gefühle, 1977.

⁷¹ *Hoffmann*, Empathy and Moral Development, 2000, 3. Zu sogenannten Spiegelneuronen als biologische Basis des Mitgefühls vgl. die Studien von *Rizzolatti*, in *Rizzolatti/Sinigaglia*, Empathie und Spiegelneurone, Die biologische Basis des Mitgefühls, 2008, 122 ff.

⁷² Hume selbst ist jedoch nur davon ausgegangen, dass logische und empirische, also rationale Untersuchungen allein keine moralischen Urteile generieren können und Moralität eine Sache der menschlichen Natur ist, vgl. *Hume*, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, 1748/1982, 168 ff.

⁷³ Diese sind: other-condemning: contempt, anger, disgust; self-conscious: shame, embarrassment, guilt; other suffering: compassion; other-praising: gratitude, elevation, vgl. *Haidt*, The moral emotions, in *Davidson/Scherer/Goldsmith* (Hrsg.), Handbook of Affective Science, 2003, 852 ff.; dazu, dass der Mensch ein animal emotionale sei, vgl. auch *Stephan*, Der Mensch – ein animal emotionale, in *Ganten/Gerhardt u. a.* (Hrsg.), Was ist der Mensch?, 2008, 227 ff.

⁷⁴ *Nussbaum*, Emotionen und der Ursprung der Moral, in *Edelstein/Nunner-Winkler* (Hrsg.), Moral im sozialen Kontext, 2000, 82 ff. Vgl. auch im Bereich der Umweltphilosophie zu einem emotionenfundierten Ansatz moralischen Urteilens, *Callicott*, On the Intrinsic Value of Nonhuman Species, in *Norton* (Hrsg.), The Preservation of Species: The Value of Biological Diversity, 1986, 138 ff., 142.