

Völkerrecht und Ethik: Ethisierung des Völkerrechts

von Silja Vöneky

I. Einleitung – Ethisierung des Völkerrechts und Ethisierung durch Völkerrecht

Auch wenn der Begriff der *Ethisierung des Rechts* in der rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Debatte noch neu ist,¹ kann unter einer Ethisierung des Rechts sinnvoll die zunehmende und verstärkte Ergänzung rechtlicher Normen durch ethische, außerrechtliche Standards verstanden werden. Eine so verstandene Ethisierung des Rechts zeigt sich in den nationalen Rechtsordnungen und im Europarecht,² aber auch – wenn auch weniger verstörend – im Völkerrecht. Dieser letzte Teilbereich der Ethisierung des Rechts, mithin die *Ethisierung des Völkerrechts*, wird im Folgenden untersucht:

- Es finden sich zunächst – *erstens* – auch im Völkerrecht Öffnungsklauseln in rechtlichen Normen, die ethischen Standards normative Relevanz in der internationalen Rechtsordnung einräumen.³
- Der *zweite* Bereich einer Ethisierung des Völkerrechts findet sich in grundsätzlich unverbindlichen – und damit nicht-rechtlichen – Kodizes, die Akteure verpflichten, „ethisch“ zu handeln, beispielsweise ethische Forschung nach den Maßgaben der Deklarationen des Weltärztebundes (*World Medical Association, WMA*)⁴ zu betreiben.
- Die Ethisierung des Völkerrechts zeigt sich – *drittens* – an der immer noch weitergehenden und rechtlich verankerten Institutionalisierung der Ethik durch Ethikgremien (Ethikräte⁵ oder Ethikkommissionen⁶): Der Einsatz eines Ethikgremiums ist seit einigen Jahren nicht nur in Internationalen Organisationen wie der UNESCO vorgesehen, der Einsatz von Ethikgremien wird auch völkerrechtlich gefordert; auch faktisch wird der Aufbau und Einsatz von Ethikgremien in einzelnen Staaten durch die UNESCO vorangetrieben.⁷ Auch wenn dies im Vorliegenden nicht weiter vertieft werden kann, ist doch zu bemerken, dass dieser letzte Aspekt im Bereich der nationalen Rechtsordnung wiederum zu einer „*Ethisierung (des nationalen Rechts) durch Völkerrecht*“ führt, da völkerrechtliche Normen dazu führen, dass Ethikgremien im nationalen Recht faktisch Relevanz eingeräumt wird und werden muss.

1 Vgl. aber zu diesem Themenkomplex die Arbeiten und Dissertationen meiner Forschungsgruppe zur „Demokratischen Legitimation ethischer Entscheidungen“ (2006–2011) (dazu auch Fn. 2 und 3) am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und der Symposiumsband Silja Vöneky u.a. (Hrsg.), *The Ethicalization of Law – Fundamental Questions, Dangers and Opportunities from an Interdisciplinary Perspective* (2012) (erscheint demnächst). Zu dem davon zu unterscheidenden Begriff der Rechtsethik, der den Begriff des Naturrechts ersetzt, vgl. Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2. Aufl. (2011), insbes. 39 ff.

2 Vgl. dazu näher für den Bereich des Wissenschaftsrechts: Silja Vöneky, *Ethische Standards im Wissenschaftsrecht*, in: Wolfgang Löwer u.a. (Hrsg.), *Beihft Wissenschaftsrecht* (2011) (erscheint demnächst).

3 Vgl. zu solchen Öffnungsklauseln im Kriegsvölkerrecht bspw. Sigrid Mehring, *The Intersection of Medical Ethics and International Humanitarian Law* (zugl. Diss. Univ. Heidelberg, erscheint demnächst) und unten bei III.A.

4 Vgl. dazu näher Mira Chang, *Ethische und rechtliche Herausforderungen einer globalisierten Arzneimittelprüfung – Die Problematik klinischer Versuche an Menschen in Entwicklungsländern* (zugl. Diss. Univ. Heidelberg, erscheint demnächst) und unten bei II.A.1.

5 Dies sind Gremien, die insbesondere bei der Suche nach oder bei der Generierung von abstrakt-generellen Regelungen in ethisch-moralisch umstrittenen Bereichen Hilfe leisten sollen. Sie sind in der Regel unabhängig und pluralistisch (auch) mit „Experten“ besetzt und eng an Organe der Rechtsetzung im weitesten Sinn angebunden.

Alle drei Entwicklungen überlappen und verstärken sich dabei: Rechtsnormen, die Öffnungsklauseln enthalten, verweisen auf Ethikkodizes oder können so verstanden werden, dass sie diese in das Recht inkorporieren; in Ethikkodizes ist oftmals der Einsatz eines Ethikgremiums vorgesehen, das im konkreten Anwendungsfall bestimmen soll, was ethisches oder unethisches Handeln ist.

II. Begriffsbestimmungen und theoretisches Verhältnis von Ethik und Recht

Bevor im Folgenden untersucht wird, ob und wie Öffnungsklauseln, Ethikkodizes und Ethikgremien *gerechtfertigt* in der Völkerrechtsordnung eingesetzt werden können, um ethische Forschung zu erreichen, soll zunächst das theoretische Verhältnis von Ethik und Recht dargelegt werden und eine Klärung der hier verwendeten Begriffe erfolgen:

A. Ethische Standards, Völkerrecht und internationales Soft Law

1. Formale Unterscheidung

Wenn *ethische Standards* formal begrifflich von rechtlichen Normen unterschieden werden, so ist dies zunächst nur sinnvoll, wenn damit all diejenigen Standards bezeichnet werden, die nicht Völkerrecht im Sinne von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut⁶ darstellen, also kein völkerrechtlicher Vertrag sind und auch kein Völkergewohnheitsrecht und keine allgemeinen

6 Dies sind Gremien, die in spezifischen, ethisch umstrittenen Einzelfällen, also konkret und individuell, beraten und/oder entscheiden sollen. Sie sind ebenfalls in der Regel unabhängig und pluralistisch (auch mit „Experten“ besetzt). Ein Einsatzbereich für diesen Typus von Ethikgremien ist der Bereich der Arzneimittelforschung am Menschen; dafür ist nach deutschem Arzneimittelrecht für jedes einzelne Forschungsprojekt das positive Votum einer Ethikkommission erforderlich (vgl. §§ 40, 42 Arzneimittelgesetz (AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I, 3394)). Ethikkommissionen im Bereich der Beurteilung der Forschung an Menschen wurden Ende der 1960er Jahre zunächst in den USA eingesetzt (vgl. Erwin Deutsch, Das neue Bild der Ethikkommission, *Medizinrecht* 24 (2006), 411–416, 411; Christine Alber-Malchow, Die arzneimittelgesetzliche Regelung der Mitwirkung von Ethik-Kommissionen im Licht der Berufsfreiheit der freien Ethik-Kommissionen und der Forschungsfreiheit des Arztes (2005), 134 ff.). Sie wurden in Deutschland seit den 1970er Jahren auf freiwilliger Basis errichtet (Reinhard Bork, Das Verfahren vor den Ethik-Kommissionen der medizinischen Fachbereiche (1985), 35 f.; Katrin Stamer, Die Ethik-Kommissionen in Baden-Württemberg: Verfassung und Verfahren (1998), 15) und zunächst in der Strahlenschutzverordnung vom 13.10.1976 (BGBl. I, 2919) erwähnt. Schließlich wurden sie, noch ohne unmittelbare rechtliche Relevanz, 1985 in der Musterberufsordnung für die deutschen Ärzte, herausgegeben von der Bundesärztekammer, als Soll-Vorschrift (§ 1 (4) MBO, Deutsches Ärzteblatt 1985, A3371) und 1988 dort als Muss-Vorschrift verankert (§ 1 (4) MBO, Deutsches Ärzteblatt 1988, A3601). Erst seit 1988 wurden die Vorschriften der Musterberufsordnung von den Landesärztekammern in Satzungsrecht überführt und damit unmittelbar rechtlich relevant (Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 102; Katrin Stamer, Die Ethik-Kommissionen in Baden-Württemberg: Verfassung und Verfahren (1998), 19 in Fn. 86). Zu einer parlamentsgesetzlichen Verankerung kam es schließlich erst durch die fünfte Novelle des Arzneimittelgesetzes in Umsetzung der EG-Arzneimittelprüfrichtlinie gegen den Regierungsentwurf auf Bestreben des Bundesrates, die 1994 in Kraft trat (§ 40 (1) AMG, BGBl. I, 2071; abgedruckt bei Stamer, *ibid.*, 24). Insgesamt sind heute von den über 50 bestehenden öffentlich-rechtlichen Ethikkommissionen in der Bundesrepublik Deutschland ein Drittel bei den Ärztekammern und zwei Dritteln bei den medizinischen Fakultäten der Hochschulen errichtet worden, hinzu kommen drei bei den jeweiligen Landesverwaltungen, vgl. Martin Delhey/Diana Hoffmann, Die Struktur der öffentlich-rechtlichen Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Vöneky (Hrsg.), Informationspapiere der Max-Planck-Forschungsgruppe „Demokratische Legitimation ethischer Entscheidungen“, 9/2009 abrufbar unter www.mponline.de.

7 Dazu insgesamt Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 359 ff., 382 ff.

8 BGBl. 1973 II, 505.

Rechtsgrundsätze darstellen. Von *nur ethischen* und damit nicht-rechtlichen Standards kann sinnvoll gesprochen werden, wenn diese nicht durch ein grundsätzlich dazu befugtes Rechtssetzungsorgan (also im Völkerrecht: durch kein Völkerrechtssubjekt⁹) gesetzt werden, sondern beispielsweise durch eine private Wissenschaftsorganisation, einen privaten Verband etc. verfasst werden. Die internationalen Menschenrechte, wie sie in völkerrechtlichen Verträgen und im Gewohnheitsrecht als Teil der Völkerrechtsordnung heute verrechtlicht sind,¹⁰ stellen daher keine (nur) ethischen Standards im oben genannten Sinne dar, sondern sind Völkerrecht im engen Sinn.

Mit diesem letzten Kriterium lassen sich (nur) ethische Standards auch von sogenanntem unverbindlichem bzw. „weichem Recht“ (*Soft Law*) abgrenzen: Als internationales „*Soft Law*“ werden sinnvollerweise und im Folgenden Verhaltensregeln bezeichnet, die keiner formellen Völkerrechtsquelle zuzuordnen sind und damit unmittelbar nicht verbindlich sind, die aber von *einem Rechtssubjekt* geschaffen wurden, das grundsätzlich auch verbindliches Recht (mit)kreieren könnte.¹¹ Internationales oder völkerrechtliches *Soft Law* sind daher beispielsweise Resolutionen internationaler Staatenkonferenzen oder Internationaler Organisationen.¹²

Wichtige Beispiele für internationales *Soft Law* in diesem Sinne finden sich im menschenrechtlichen und umweltvölkerrechtlichen Bereich: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, geschaffen durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen, vom 10.12.1948, die aus 30 Artikeln besteht und deren Art. 1 mit den Worten „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“ beginnt, ist eines der bedeutsamsten *Soft Law*-Dokumente nach dem Zweiten Weltkrieg;¹³ gleiches gilt für die Stockholmer Deklaration und die Rio-Deklaration von 1972 und 1992, die jeweils einen Katalog von 26 bzw. 27 umweltrechtlichen Prinzipien enthalten.¹⁴ Im Bereich des internationalen Biomedizinrechts im weitesten Sinn sind wichtige Beispiele für *Soft Law* etwa die UNESCO-Deklarationen über das menschliche Genom (1997), zum Schutz genetischer Daten (2003) und zu Bioethik und Menschenrechten (2005).¹⁵ Auch die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen über das Klonen von Menschen von 2005 stellt internationales *Soft Law* im oben genannten Sinn dar.¹⁶

9 Zu den verschiedenen Völkerrechtssubjekten wie insbesondere Staaten, aber auch Internationalen Organisationen vgl. statt anderer Ian Brownlie, *International Law*, 7. Aufl. (2008), Kapitel 3.

10 Kay Hailbronner/Marcel Kau, *Der Staat und der Einzelne im Völkerrecht*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2010), Rn. 229 f.

11 Vgl. nur Wolfgang Graf Vitzthum, *Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2010), Rn. 14, 68, 152.

12 Dazu auch Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 283.

13 GAOR, III, Resolutions, UN Doc. A/810, 71. Der entsprechende verbindliche Menschenrechtsvertrag, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1973 II, 1534), wurde erst im Jahre 1966, also beinahe zwei Jahrzehnte später, vereinbart.

14 UN Doc. A/Conf.48/14 (1972), ILM 11 (1972), 1416; UN Doc. A/CONF.151/Rev. 1 (1992), ILM 31 (1992), 880; in der Rio-Deklaration etwa ist das Vorsorgeprinzip (Prinzip 15) niedergelegt, wonach der Mangel an wissenschaftlicher Sicherheit kein Grund sein kann, um Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der Umwelt zu unterlassen; vgl. Ulrich Beyerlin, *Umweltvölkerrecht* (2000), 19.

15 Allgemeine Erklärung über das menschliche Genom und die Menschenwürde vom 11.11.1997; Allgemeine Erklärung zum Schutz genetischer Daten vom 16.10.2003 und Allgemeine Erklärung über Bioethik und Menschenrechte vom 19.10.2005, abgedruckt in Ralf Müller-Terpitz, *Das Recht der Biomedizin* (2006), 213 ff.

Alle diese Resolutionen und Deklarationen Internationaler Organisationen und Staatenkonferenzen haben keine *unmittelbare* Rechtsverbindlichkeit und sind dennoch kein „Nicht-Recht“. ¹⁷ *Soft Law* sind Verhaltensregeln, die außerhalb der genannten Völkerrechtsquellen entstehen, die aber doch, wie Rechtsnormen im engen Sinne, gesetzte Normen, also Verhaltensregeln abstrakt-genereller Art sind, die faktisch das staatliche Verhalten genauso (gut oder schlecht) steuern, wie Völkerrecht im engen Sinne. ¹⁸ *Soft Law* besitzt daher trotz der fehlenden unmittelbaren, vollen Rechtsverbindlichkeit normative Kraft. Es gibt zudem Durchsetzungsmechanismen für *Soft Law* im Bereich des Völkerrechts: Verletzungen des völkerrechtlichen *Soft Laws* können unfreundliche Akte anderer Staaten und Retorsionen zur Folge haben, also alle Gegenmaßnahmen, die selbst nicht das Völkerrecht verletzen. ¹⁹ In jedem Fall gibt es bei Verletzungen von *Soft Law* eine *mobilisation of shame*, die auf den verletzenden Staat Druck ausübt. ²⁰ Zudem kann *Soft Law* als Möglichkeit zum Nachweis der Bildung von Völkergewohnheitsrecht dienen. ²¹ Die teilweise anzutreffende Ansicht, *Soft Law* sei ein *Oxymoron* und Recht sei entweder unmittelbar verbindlich oder rechtlich irrelevant, ist daher nicht überzeugend. ²² Vielmehr kann *Soft Law* mehr normative Kraft besitzen als „hartes Völkerrecht“. ²³

Wenn im Folgenden von (nur) ethischen Standards nur dann gesprochen wird, wenn kein Völkerrechtssubjekt diese gesetzt hat, und damit für die vorliegende Untersuchung ethische Standards von *Soft Law* unterschieden werden, zeigt sich deutlich, dass die Debatte über die Ethisierung des Völkerrechts von der Debatte der Frage der Zulässigkeit und Bedeutung des internationalen *Soft Laws* getrennt werden kann und nicht in dieser aufgeht. ²⁴ Damit soll

-
- 16 Erklärung der Vereinten Nationen über das Klonen von Menschen vom 8.3.2005, UN Doc. A/RES/59/280; abgedruckt in Ralf Müller-Terpitz, *Das Recht der Biomedizin* (2006), 243 f.
- 17 Dies ist jedoch umstritten; wie hier bspw. Hanspeter Neuhold, *The Inadequacy of Law Making by International Treaties*, in: Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making* (2005), 39–52. Anderer Ansicht Wolf Heintschel von Heinegg, *Die weiteren Quellen des Völkerrechts*, in: Knut Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2004), 250 ff.; Wolfgang Graf Vitzthum, *Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2010), Rn. 152.
- 18 *Soft Law* wirkt dabei auch auf innerstaatliches Recht ein, wenn es durch nationale Gesetze umgesetzt wird, wenn nationale Gesetze auf es verweisen oder wenn es ohne ausdrückliche Inkorporation angewandt oder berücksichtigt wird, vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010) 283 ff.
- 19 Hanspeter Neuhold, *The Inadequacy of Law Making by International Treaties*, in: Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making* (2005), 39–52, 39, 49.
- 20 Neuhold, *ibid.*, 39, 51.
- 21 Dies hängt ab von dem Inhalt der Resolution und den Umständen ihrer Annahme, vgl. Silja Vöneky, *Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten* (2001) 164 f. mit weiteren Nachweisen.
- 22 Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, *American Journal of International Law* 77 (1983), 413–442. Dagegen Hanspeter Neuhold, *The Inadequacy of Law Making by International Treaties*, in: Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making* (2005), 39, 47.
- 23 Neuhold, *ibid.*, 39, 47. Dies ist der Fall, weil über den Inhalt einer Norm sich eher Konsens erzielen lässt, wenn sie zunächst rechtlich unverbindlich ist und dadurch dilatorische Formelkompromisse seltener werden. Hinzu kommt, dass *Soft Law* sofort wirksam wird, also nicht erst durch eine bestimmte Anzahl von Staaten umgesetzt werden muss, bevor es in Kraft tritt. Schließlich kann *Soft Law* leichter neuen Umständen angepasst werden. Wie schnell sich die normative Kraft von *Soft Law* entfaltet, zeigt sich an einer Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes (EGMR) vom 7.3.2006 (Evans v. UK). Diese Entscheidung von 2006 zitiert Art. 6 der Bioethik Deklaration der UNESCO von 2005 als „relevant international texts“, *European Court of Human Rights, Case of Evans v. The United Kingdom, Judgement*, 7.3.2006, Rn. 23 ff., 41, 42.

nicht verneint werden, dass man *Soft Law* im Grenzbereich zwischen Recht und ethischen Normen verorten kann. Für die begriffliche Klarheit scheint es aber aus den genannten Gründen (nämlich den Völkerrechtssubjekten als Autoren des *Soft Laws*) überzeugender, wie auch die englische Terminologie „*Soft Law*“ nahelegt, auch diese Regeln dem Völkerrecht im weiteren Sinn zuzurechnen, wenn es auch mit einem anderen Grad normativer Verbindlichkeit ausgestattet ist als völkerrechtliche Verträge, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsprinzipien im Sinne von Art. 38 IGH-Statut.

Ein Beispiel für ethische Standards, die gerade kein internationales *Soft Law* im oben genannten Sinn darstellen, sind die Deklarationen des Weltärztebundes (*World Medical Association*, WMA),²⁵ wie etwa die Deklaration zu ethischen Grundsätzen für die medizinische Forschung am Menschen (sog. Helsinki-Deklaration).²⁶ Zum ersten Mal wurde sie vom Weltärztebund in Helsinki 1964 verabschiedet; sie wurde bisher mehrfach – insgesamt sechs Mal – revidiert in den Jahren 1975, 1983, 1989, 1996, 2000 und 2008.²⁷ Die 2000er Deklaration von Edinburgh wurde beispielsweise wegen der zu weitgehenden Zulassung zur Verwendung von placebo-kontrollierten Versuchen überarbeitet.²⁸ Die WMA selbst – als der normsetzende Akteur – ist ein 1947 gegründeter Zusammenschluss nationaler Ärzteverbände, der 101 nationale Berufsvereinigungen repräsentiert;²⁹ das deutsche Mitglied ist die Bundesärztekammer. Die WMA ist mithin ein privater Verband und kein Völkerrechtssubjekt und hat keine Kompetenz, Völkerrecht zu setzen. Darin unterscheidet sich die WMA von Internationalen Organisationen wie den Vereinten Nationen oder der UNESCO.³⁰ Der Weltärztebund ist zudem nicht repräsentativ zusammengesetzt:³¹ Es fehlt einerseits an einer ausgewogenen geographischen Repräsentation der Mitglieder, da ein klares Übergewicht der dem westlichen Kulturkreis zuzurechnenden Ärztevertreter gegeben ist. Zudem gilt bei Abstimmungen wie bei Beschlussfassungen über die Helsinki-Deklaration das Mehrheitsprinzip, sodass Minderheitenansichten leicht überstimmt werden können und in der endgültigen Fassung der Deklaration nicht ihren Niederschlag finden.

24 Näher zu der allgemeinen Unterscheidung von Recht und Ethik auf der Grundlage der positivistischen Rechtstheorie H.L.A. Harts, vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), die Kapitel 1 und 2, 24 ff., 39 ff.

25 Vgl. unter www.wma.net.

26 Dies ist die bekannteste Deklaration der WMA; eine Vielzahl weiterer Deklarationen werden jedoch bei den jährlichen Mitgliederversammlungen beschlossen und überarbeitet: Bei der letzten WMA General Assembly in Montevideo/Uruguay im Oktober 2011 waren dies bspw. die *Declaration of Montevideo on Disaster Preparedness and Medical Response*, die *Declaration on End-of-Life Medical Care*, die *Declaration on Leprosy Control around the World and Elimination of Discrimination against persons affected by Leprosy* und die *Declaration of Edinburgh on Prison Conditions and the Spread of Tuberculosis and Other Communicable Diseases (revised)*, vgl. <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/index.html> und für eine Übersicht aller 23 Deklarationen der WMA im Jahr 2010, vgl. WMA (Hrsg.), *Handbook of WMA Policies* (2010) abrufbar unter http://www.wma.net/en/30publications/10policies/HB_E_Print_s.pdf.

27 Vgl. *Declaration of Helsinki*, in WMA (Hrsg.), *Handbook of WMA Policies* (2010), oben Fn. 26.

28 Vgl. auch Jochen Taupitz, *Die neue Deklaration von Helsinki*, *Deutsches Ärzteblatt* 98 (2001), A 2413–2420.

29 Stand November 2011; vgl. unter <http://www.wma.net/en/60about/10members/index.html>.

30 Die UNESCO ist Sonderorganisation der Vereinten Nationen und besitzt eigene Rechtspersönlichkeit, vgl. nur Volker Epping, in: Knut Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2004), § 32, Rn. 84 ff.

31 Vgl. dazu ausführlich die Untersuchungen in den Dissertationen von Chang, *Ethische und rechtliche Herausforderungen einer globalisierten Arzneimittelprüfung – Die Problematik klinischer Versuche an Menschen in Entwicklungsländern*, und Mehring, *The Intersection of Medical Ethics and International Humanitarian Law* (vgl. oben Fn. 3 und 4).

2. *Materiale Unterscheidung*

Zusätzlich zu dieser formalen Abgrenzung zum Recht sind ethische Standards auch inhaltlich zu qualifizieren: Ethik liefert als normative Ethik, als Reflektionswissenschaft, die Gründe für die Rechtfertigung und Legitimation von Handlungsweisen; sie ist, wie *Dietmar von der Pfordten* in seinem Buch *Rechtsethik* schreibt, „Rechtfertigungsdisziplin“.³² Ethische Standards als normative Standards sind daher solche, die die zwei ethischen Grundfragen („Wie soll ich handeln?“ und „Warum ist diese Handlung richtig beziehungsweise falsch?“) mit Blick auf das Richtige prinzipiell unabhängig von der herrschenden Moral und von dem positiven Recht beantworten wollen.³³ Ethisch sind damit Handlungen, die durch überpositive Gerechtigkeits- oder Gültigkeitsmaßstäbe gerechtfertigt werden können.³⁴ Hier zeigt sich – unabhängig von der Frage, ob und inwieweit überpositive Gerechtigkeitsmaßstäbe begründbar sind und begründet werden müssen (dazu unter 2. unten) – bereits ein erster inhaltlicher Konfliktbereich mit bestehenden völkerrechtlichen Normen: Da ethisch nur, aber eben auch alle Handlungen sind, die durch (zu begründende) überpositive Gerechtigkeits- oder Gültigkeitsmaßstäbe gerechtfertigt werden können, müssen ethische Normen, die ethisches Handeln in diesem Sinne vorschreiben, nicht notwendig mit den bestehenden internationalen Menschenrechten, wie sie im Vertrags- und Gewohnheitsrecht verrechtlicht sind, übereinstimmen. Da es auch in der wissenschaftlichen Ethik, anders als in den Naturwissenschaften,³⁵ eine Vielzahl gut begründeter Theorien und Kriterien gibt, aber keinen geteilten paradigmatischen Kern, ist das deontologische und individualrechtliche Paradigma, das in den internationalen Menschenrechten verrechtlicht wurde, nur eines unter vielen grundsätzlich gleich anerkannten Paradigmen, wie beispielsweise das utilitaristische, das kontraktualistische und das tugendethische Paradigma.³⁶ Es ist nicht schwer sich vorzustellen, dass utilitaristisch³⁷ geprägte ethische Standards leicht mit Menschenrechten (d.h. einem verrechtlich-

32 *Dietmar von der Pfordten, Rechtsethik*, 1. Aufl. (2001), 54.

33 Vgl. auch *Michael Quante, Einführung in die Allgemeine Ethik* (2003), 11 f.

34 Zu den deontischen Grundbegriffen „ethisch geboten“ und „ethisch richtig“ vgl. grundlegend *William David Ross, The Right and The Good* (1930); zu dessen intuitionistischer Theorie vgl. *Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation*, 6. Aufl. (2008).

35 Dazu auch unten bei Fn. 47. Betont werden soll hier jedoch, dass es nur auf den ersten Blick ein kategorialer Unterschied zwischen Naturwissenschaften und Ethik ist, dass Naturwissenschaften sich mit Tatsachen beschäftigen, Ethik aber mit Werten und Werturteilen. Wenn *Max Weber* die These der absoluten Dichotomie von „Tatsachenaussage“ oder „Werturteil“ vertrat, bedeutet dies im Kern, dass nicht von Fakten abhängt, ob etwas gut oder schlecht ist. So verbreitet diese Auffassung heute immer noch ist, so überzeugend wurde sie in den letzten Jahren widerlegt. Eindrücklich hat bspw. der Philosoph *Hilary Putnam* belegt, dass Tatsachenaussagen selbst Werte voraussetzen, und auch die Praktiken der wissenschaftlichen Forschung, auf die wir uns bei der Entscheidung, ob etwas eine Tatsache ist oder nicht, stützen, Werte voraussetzen (*Putnam, Vernunft, Wahrheit und Geschichte* (1990), 173 ff.). Es gibt danach keine absolute Dichotomie, sondern es muss davon ausgegangen werden, dass Tatsachen wertgeladen sind (vgl. allgemein zu den Kritikern der Wert/Tatsache-Trennungsthese, *Peter Schaber*, Stichwort: Wert/Tatsache, in: *Stefan Gosepath/Wilfried Hinsch/Beate Rössler* (Hrsg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Band 2 (2008), 1469–1472, 1470 f.). Deutlich wird dies, wenn nochmals der Wissenschaftsbegriff näher untersucht wird. Es geht in der Wissenschaft zwar formal um „Wahrheit“. Was aber „Wahrheit“ ist, ist unklar, solange nicht klar ist, welche Kriterien rationaler Akzeptierbarkeit entscheidend sein sollen. Ziel der Wissenschaft ist der Versuch, „eine Repräsentation der Welt zu konstruieren, die Kennzeichen der instrumentellen Leistungsfähigkeit, der Kohärenz, der Vollständigkeit und funktionalen Einfachheit“ besitzt. Diese Maßstäbe der rationalen Akzeptierbarkeit (oder Rationalität in einem engen Sinn) sind aber gleichzeitig (kognitive) Werte. Die empirische Welt hängt daher von unseren Werten ab (so dezidiert *Putnam, Vernunft, Wahrheit und Geschichte* (1990), 181 ff.; näher *Silja Vöneky, Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010) 81 f.).

ten deontologischen und individualrechtlichen Standard) in Konflikt gelangen können. Will man also inhaltlich (nur) ethische Standards von verrechtlichten ethischen Standards – und dies sind primär die internationalen menschenrechtlichen Standards – unterscheiden, so wird es immer dann Konfliktpotential und Gefahren für das bestehende Völkerrecht geben, wenn diese ethischen Standards nicht mit den internationalen Menschenrechten oder zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*)³⁸ übereinstimmen.

Dass dieses Konfliktpotential in der internationalen Debatte zumindest im Biomedizinrecht gesehen wird, zeigt beispielsweise das Entstehen und der Wortlaut der UNESCO-Erklärung über Bioethik und Menschenrechte (*Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*).³⁹ Schon der Titel der Erklärung, der „Bioethik“ und „Menschenrechte“ unterscheidet, zeigt, dass eine inhaltliche Differenz zwischen beiden besteht oder doch zumindest von den Verfassern – zu denen auch der Bioethikrat (Internationaler Ausschuss für Bioethik: *International Bioethics Committee*, IBC),⁴⁰ der UNESCO gehörte – vorausgesetzt wird.⁴¹ Auch inhaltlich zeigt sich an einigen Bestimmungen der Deklaration, wie utilitaristische (bioethische) Prinzipien von Menschenrechten eingeehgt werden sollen. So heißt es in Art. 3 b dieser UNESCO-Erklärung:

„The interest and welfare of the individual should have priority over the sole interest of science or society“

Aus menschenrechtlichem Blickwinkel betrachtet scheint erstaunlich, dass dieser Grundsatz überhaupt niedergelegt werden muss. Zudem scheint damit das menschenrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis verkehrt worden zu sein: Menschenrechtlich ist der Grundsatz das Bestehen der individuellen Rechte, wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, und in diese darf auch zum Wohle der Gesellschaft ausnahmsweise nur eingegriffen werden, wenn dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann, das heißt verhältnismäßig mit Blick auf ein bestimmtes legitimes Ziel ist. Zudem erscheint schwer verständlich, wie abgeschwächt nach dem Wortlaut des Art. 3 b UNESCO-Erklärung der Vorrang des Wohlergehens des einzelnen Menschen verankert wird: Es wird nur niedergelegt, dass die Interessen (nicht die Rechte) des Individuums Vorrang haben sollten (nicht „sollen“: „should“ und nicht „shall“), und dies auch nur gegenüber den reinen („sole“) Interessen von Wissenschaft und Gesellschaft.

36 Näher insgesamt Julian Nida-Rümelin, *Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche*, in: ders. (Hrsg.), *Angewandte Ethik – Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung*, 2. Aufl. (2005), 2 ff.

37 „Utilitarianism can most generally be described as the doctrine which states that the rightness or wrongness of actions is determined by the goodness and badness of their consequences.“, vgl. Smart, „Utilitarianism“, in: Edwards (Hrsg.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Bd. 8, 206; dazu auch Nida-Rümelin, *Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche*, in: ders. (Hrsg.), *Angewandte Ethik - Die Bereichsethiken und ihre theoretische Entwicklung*, 2. Aufl. (2005) 2, 8 ff.

38 Zu diesem Begriff allgemein, statt anderer nur Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. (1984), § 1263.

39 Vgl. oben Fn. 15.

40 Im Folgenden: IBC.

41 Zur Entstehungsgeschichte der Deklaration und dem maßgeblichen Einfluss des Ethikrates der UNESCO (IBC) im Unterschied zu den Staatenvertretern vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 370 ff.

B. *Notwendigkeit und Grenzen der Begründetheit und Begründbarkeit überpositiver ethischer Standards*

Wird im Folgenden von überpositiven ethischen Standards gesprochen, muss jedoch vor einer weiteren inhaltlichen Debatte zunächst die hier vertretene metaethische Position benannt werden: Es stellt sich die Frage, ob heute, vor dem Hintergrund einer pluralistischen Weltgemeinschaft, überhaupt sinnvoll von überpositiven ethischen Standards gesprochen werden kann oder ob jeder Rekurs auf überpositive Handlungsstandards ein Rekurs auf zufällige, relative Werte und Prinzipien ist. Meine These ist hier eine kognitivistische:⁴² Ziel ethischer Begründungen ist es danach, von Meinung zu Wissen zu gelangen.⁴³ Ethische Begründungsversuche tragen damit dem Anspruch rationaler Wesen Rechnung, selbst einseitig und selbst urteilend, d.h. autonom, ethische Forderungen als legitim anzunehmen oder abzulehnen.⁴⁴ Setzt man dieses Menschenbild der Aufklärung voraus, sind zur Legitimation ethischer Ansprüche gegenüber anderen Menschen gute Begründungen erforderlich, d.h. rationale Rechtfertigungen, die keine kausalen Erklärungen sind.⁴⁵

Darzulegen, dass, wie ich vertrete, ethische Aussagen begründungs- oder wahrheitsfähige Aussagen sind und nicht nur Scheinaussagen oder Gefühlsäußerungen, Empfehlungen oder Imperative, würde den hier vorgegebenen Rahmen sprengen.⁴⁶ Aus an anderer Stelle gemachten Ausführungen folgt meines Erachtens zudem, dass überzeugende Maßstäbe rationaler Akzeptierbarkeit auch für ethische Positionen und Standards bestehen.⁴⁷ Dies bedeutet wiederum, dass auf der Grundlage von Begründungen bessere von schlechteren ethischen Positionen unterschieden werden können.⁴⁸ Die These, alle ethischen Annahmen seien gleich gut oder gleich schlecht begründet und ethische Einstellungen damit eine Sache der Willkür oder des Zufalls, ist danach nicht mehr haltbar.

Wichtig ist jedoch, dennoch zwischen verschiedenen *Graden* der Begründetheit von ethischen Positionen zu unterscheiden: Die stärkste Form der Begründetheit wären nicht gute, sondern unbezweifelbare Gründe. Wären für eine ausreichende Begründung ethischer Positionen *unbezweifelbare* Gründe erforderlich, wäre das Projekt der Begründung ethischer Positionen gescheitert. Grundsätzlich sind alle Gründe für ethische Positionen bezweifelbar, eine unbezweifelbare Letztbegründung ist unmöglich.⁴⁹ Einen solchen unerfüllbaren Standard für ethische Begründungen zu fordern, würde jedoch unserer Alltagserfahrung widersprechen, wonach wir, auch wenn es keine Letztbegründung gibt, dennoch gute von schlechteren ethischen Theorien und Argumenten auf der Grundlage der allgemeinen Maßstäbe rationaler

42 Dazu, warum nonkognitivistische und relativistische Theorien meines Erachtens nicht überzeugen, vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 72 ff.

43 Hier ist nach meiner Auffassung kein Unterschied zu anderen Wissenschaften erkennbar. Anderer Ansicht aber Stephen Toulmin, *An Examination of the Place of Reason in Ethics* (1950), 127, der davon ausgeht, dass das Wesen moralischen (hier: ethischen) Argumentierens sei, dass die unreflektiert ausgesprochenen moralischen Empfindungen modifiziert werden; danach wäre die Funktion von Ethik und (anderen) Wissenschaften unterschiedlich: "Ethics is concerned with the harmonious satisfaction of desires and interests.;" *ibid.* 137, 223. Kritisch und differenzierend zu Toulmins These auch Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1991), 117 ff.

44 Michael Quante, *Einführung in die allgemeine Ethik* (2003), 145.

45 Quante, *ibid.* Zu bedenken ist dabei, dass es ein „Sollen-implizierendes Faktum“ ist, dass etwas rational ist, vgl. Putnam, *Pragmatism and Moral Objectivity*, in: ders. (Hrsg.), *Words and Life*, herausgegeben von Conant (1994), 151–181, 167 f.

46 Vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), Kapitel 2 III.

Akzeptierbarkeit, wie instrumentelle Leistungsfähigkeit, Widerspruchsfreiheit, Kohärenz, Vollständigkeit und funktionale Einfachheit, unterscheiden. Dass es dabei nicht die Möglichkeit gibt, alle Meinungsverschiedenheiten in ethischen Fragen beizulegen, also einen Konsens zu erzielen oder – wenn schon kein Konsens erreicht werden kann – zumindest eine Mehrheit zu überzeugen, widerlegt nicht, dass es dennoch bessere und schlechtere Gründe gibt.⁵⁰ Überzeugend kann daher nicht sein, unbezweifelbare Gründe zu fordern oder – weil und wenn dies scheitert – ethische Begründungen ganz als sinnlos abzulehnen. Überzeugend ist vielmehr, erfüllbare und angemessene Standards für ethische Begründungen zu entwickeln. Das bedeutet zum einen, dass ethische Wissensansprüche nicht deshalb als unbegründet gelten können, weil sie sich *im Prinzip* als falsch erweisen können.⁵¹ Und es bedeutet zum anderen, dass, wenn es in einer pluralistischen Gesellschaft, auch und gerade in einer pluralistischen Weltgesellschaft, Dissense über ethische Prinzipien und Wertfragen gibt, dieses kein metaphysisches bzw. kein epistemologisches Problem ist, sondern eine politische Aufgabe.⁵²

47 Dies bedeutet nicht, dass es keine Unterschiede zwischen Naturwissenschaften und „Ethik“ als Wissenschaft gibt: Naturwissenschaftliche Theorien besitzen einen von einer Forschergemeinschaft geteilten paradigmatischen Kern und eine etablierte Methodik bzw. experimentelle Prüfungsverfahren. In der Ethik gibt es hingegen – wie oben dargelegt – eine Vielzahl von Theorien und Kriterien, aber gerade keinen geteilten paradigmatischen Kern. Es wird daher in der philosophischen Ethik, wie auch in der alltäglichen Ethik, mehr als in naturwissenschaftlichen Fragen, notwendig Fälle des Dissenses geben, in denen es keine Möglichkeit gibt, die Meinungsverschiedenheiten beizulegen (vgl. nur Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, (1999), 62 f.; Hilary Putnam, *Vernunft, Wahrheit und Geschichte* (1990), 218). Daraus folgt, dass Expertenrat im Bereich der Ethik, auch wenn er wissenschaftlich und rational ist, immer andere Voraussetzungen und auch Folgen haben wird als Expertenrat im Bereich der Naturwissenschaften. Kein entscheidender Unterschied gegenüber den Naturwissenschaften ist jedoch, dass es auf manche ethische Fragen keine bestimmte Antwort gibt. Ein ethisch (objektiv) unbestimmter Fall liegt bspw. vor, wenn die Alternativen, die für eine Handlung zur Verfügung stehen, so schrecklich sind, dass ein rationaler Mensch nicht klar erkennen kann, für welche er sich entscheiden soll, vgl. Bernard Williams, *Der Begriff der Moral, Eine Einführung in die Ethik* (1978). Auch gibt es Fälle von Kontextrelativität, in denen also ein bestimmtes Handeln gerade durch den speziellen Kontext bestimmt wird. Gleiches gilt aber auch für naturwissenschaftliche Fragen und Antworten. Nicht jede naturwissenschaftliche Frage hat eine bestimmte Antwort; auch hier gibt es Antworten, die abhängig vom Kontext sind (Putnam, *ibid.*, 199 f.). Nicht überzeugend und vereinfachend dagegen Hans Mohr, *Wissen – Prinzip und Ressource* (1999), 133, der vertritt, dass Widersprüche in naturwissenschaftlichen Fragen zwischen Experten nur dann vorliegen können, wenn einer der Wissenschaftler mehr behauptet, als er wissenschaftlich beweisen kann.

48 Vgl. nur Hilary Putnam, *Vernunft, Wahrheit und Geschichte* (1990), 280.

49 Dieter Birnbacher, Für was ist der „Ethik-Experte“ Experte?, in: Klaus Peter Rippe (Hrsg.), *Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft* (1999), 267–283, 273; Hilary Putnam, *Pragmatism and Moral Objectivity*, in: ders. (Hrsg.), *Words and Life*, herausgegeben von Conant (1994), 151–181, 152.

50 Hilary Putnam, *Vernunft, Wahrheit und Geschichte* (1990), 218, 236.

51 Michael Quante, *Einführung in die allgemeine Ethik* (2003), 159.

52 So deutlich John Dewey, vgl. Hilary Putnam, *Pragmatism and Moral Objectivity*, in: ders. (Hrsg.), *Words and Life*, herausgegeben von Conant (1994) 155. Auch Richard Rorty betont, dass es nicht ausreicht, die Idee eines „truth forcing consensus“ aufzugeben, sondern dass die bloße Tatsache des Bestehens oder Nicht-Bestehens eines Konsenses – sei es über naturwissenschaftliche oder über moralische Fragen – eher soziologisch als epistemologisch erklärt werden müsse: „To explain the absence of consensus by ‘lack of cognitive status’ is like explaining a substance’s failure to put you to sleep by its lack of dormitive power“, vgl. Rorty, *Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress*, *University of Chicago Law Review* 74 (2007), 915–927, 921. Dagegen Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), 62 f.

III. Ethische Standards und Ethikgremien im Völkerrecht

Das komplexe Zusammenspiel von Ethik und Völkerrecht soll im Folgenden anhand zweier Gegenstände näher dargelegt werden: Zunächst soll gezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen ethische Standards gerechtfertigt in das Völkerrecht einwirken können (A.); zum zweiten geht es um die Zulässigkeit des Einsatzes von Ethikgremien im Völkerrecht (B.).

A. Zulässigkeit ethischer Öffnungsklauseln im Völkerrecht für Ethikkodizes

Wie in anderen Rechtsordnungen stellt sich auch für das Völkerrecht die Frage, unter welchen Bedingungen eine Rechtsordnung – genauer: unter welchen Bedingungen eine Völkerrechtsnorm in der Völkerrechtsordnung – gerechtfertigt auf außerrechtliche Verantwortungsstandards verweisen kann. Ein Beispiel für einen solchen Verweis findet sich im Kriegsvölkerrecht, wenn im Ersten und im Zweiten Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen (ZP I,⁵³ ZP II⁵⁴) auf den „ärztlichen Ehrenkodex“, die medizinische Ethik (*medical ethics*) als Maßstab für ärztliches Handeln in einem internationalen bewaffneten Konflikt verwiesen wird.⁵⁵ Naheliegender scheint hier zunächst, die Deklarationen der WMA⁵⁶ als Niederlegung der *medical ethics*, mithin als *prima facie* nicht-rechtlichen, aber dennoch maßgeblichen Ethikkodex anzunehmen und damit diese private Normsetzung als – durch die Inklusion durch die Zusatzprotokolle – im Ergebnis auch *rechtlich* relevanten Standard im Bereich des Völkerrechts zu akzeptieren.

Grundsätzlich ist unklar und umstritten, wann Ethikkodizes im Sinne „privater“ Normsetzung als ethischer Standard gerechtfertigt in eine rechtliche Ordnung einbezogen werden können: Reicht hier der Hinweis auf die Expertenlegitimation aus, also dass diejenigen, die als Experten in bestimmten Bereichen handeln – im genannten Beispiel also die Ärzte oder die in der WMA vertretenen Ärzte –, am besten die sinnvollen Regeln festlegen können, sodass diese Regeln wegen der professionellen Expertise der Urheber eine sogenannte *Output*-Legitimation⁵⁷ besitzen? Eine solche *Output*-Legitimation anzunehmen erscheint – abgesehen von grundsätzlichen theoretischen Einwänden⁵⁸ – schon deswegen nicht überzeugend, weil beispielsweise, wie der Blick auf die Helsinki-Deklaration der WMA zeigt, die Autoren solcher ethischen Standards Experten (nur) für ihre berufliche Tätigkeit sind, aber nicht – zumindest nicht alleine – solche für die Beantwortung von ethischen Fragen in Verbindung mit ihrer Tätigkeit. Im Gegenteil besteht die Gefahr, dass bei der ethischen Standardsetzung durch private Experten Standards einer Berufsmoral zu ethischen Prinzipien deklariert werden. Es gilt jedoch gerade zu verhindern, dass sich eine Berufsmoral⁵⁹ unkritisch verfestigt, die zum moralischen Partikularismus führt, wie ihn *Émile Durkheim* beschrieben hat.⁶⁰

53 BGBl. 1990 II, 1551.

54 BGBl. 1990 II, 1637.

55 In der deutschen Fassung heißt es: Art. 16 (1) ZP I, Art. 10 (1) ZP II: „Niemand darf bestraft werden, weil er eine ärztliche Tätigkeit ausgeübt hat, die mit dem ärztlichen Ehrenkodex in Einklang steht, gleichviel unter welchen Umständen und zu wessen Nutzen sie ausgeübt worden ist.“

56 Vgl. oben Fn. 25.

57 Zum Begriff und seiner theoretischen Begründung vgl. Fritz W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung* (1975); ders., *Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?* (1999).

58 Zu der Kritik an einer einseitigen Betonung der Output-Perspektive im Rahmen des Demokratieprinzips vgl. Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 158 ff.

Um allgemeine Kriterien für den gerechtfertigten Einsatz von Öffnungsklauseln für ethische Standards bestimmen zu können, scheint es daher notwendig, die folgenden Grundsätze zu beachten:

- Zunächst müssen diese außerrechtlichen ethischen Standards mit Blick auf ihren Inhalt als *ethische* Standards gerechtfertigt werden können, also mit Blick auf überpositive Werte und Gerechtigkeitsprinzipien.⁶¹ Nur dann kann überhaupt von ethischen Standards in Abgrenzung von sonstigen Regeln, wie denen der Berufsmoral, gesprochen werden, und nur diese Art von inhaltlicher Qualität kann Defizite der prozeduralen Legitimationsbasis ausgleichen. Ein unkritischer Rekurs auf die Helsinki-Deklaration der WMA oder eine andere Deklaration der WMA beispielsweise ist daher dann abzulehnen, wenn die enthaltenen Standards durch die Berufsmoral der Ärzte maßgeblich geprägt sind *und (!)* wenn diese nicht ethisch gerechtfertigt werden könnten.⁶²
- Zudem gilt, dass die jeweilige Rechtsordnung die Grenzen der gerechtfertigten Einbeziehung ethischer Standards bestimmt. Dies bedeutet: Gibt es Öffnungsklauseln im Völkerrecht, dürfen die damit einbezogenen Standards nicht dem Völkerrecht, insbesondere nicht dem zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*),⁶³ widersprechen; gibt es solche im Europarecht, dann darf es keinen Widerspruch zum Europarecht geben etc.⁶⁴
- Die Folge ist daher die Pflicht zur (völker-)rechtskonformen Auslegung dieser außerrechtlichen Normen oder schließlich deren Nichtanwendung, wenn eine solche Auslegung nicht möglich ist.

Betrachtet man das Beispiel der Öffnungsklausel mit Blick auf die Helsinki-Deklaration, so folgt daraus daher: Wenn die Helsinki-Deklaration in ihrer 2000er Fassung den Placeboeinsatz zu weitgehend auch bei Kranken erlaubt, sodass ein Verstoß gegen die Menschenwürde und den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach den gewohnheitsrechtlich geltenden, internationalen Menschenrechten vorliegt, die zum *ius cogens* gehören,⁶⁵ wäre

59 Die zudem auch dem Einfluss von Dritten ausgesetzt ist, bei Ärzten und Medizineren bspw. dem Einfluss der pharmazeutischen Industrie, vgl. den Hinweis auf der achten Seite des WMA (Hrsg.), *Medical Ethics Manual*, 2005, verfasst von der Ethikabteilung (Ethics Unit) der WMA: „Die Ethikabteilung des WMA wird zum Teil durch ohne besondere Auflagen gewährte Forschungsmittel (unrestricted educational grant) der Fa. Johnson & Johnson gefördert.“ Abrufbar unter http://www.wma.net/en/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_german.pdf.

60 Zu den Gefahren einer Partikularisierung der Moral durch die Berufsmoralen vgl. Émile Durkheim: „Unternehmer haben andere Pflichten als Soldaten, Soldaten andere als Priester usw. (...) Die Moralen unterscheiden sich nicht nur voneinander, manche von ihnen stehen 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.“; Durkheim, *Physik der Sitten und des Rechts – Vorlesungen zur Soziologie der Moral*, Nachdruck 1991, 14 ff., 17 f.

61 Zu der Unmöglichkeit der Letztbegründung solcher Standards vgl. oben Fn. 50 und Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), 72 ff.; dort aber auch zu der Nicht-Notwendigkeit einer Letztbegründung, ohne solche Standards als arational, irrational, subjektiv oder relativ verwerfen oder als kontingent bezeichnen zu können.

62 Beide Fragen bedürfen der Untersuchung an anderer Stelle und sind nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

63 Zum Begriff vgl. oben bei Fn. 38.

64 Für die bundesdeutsche Rechtsordnung gilt entsprechend: Die ethischen Standards, die durch Öffnungsklauseln in die bundesdeutsche Rechtsordnung einbezogen werden, dürfen nicht höherrangigem Recht, insbesondere nicht dem Grundgesetz, den Grundrechten widersprechen, aber auch nicht sonstigen Verfassungsprinzipien, wie dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsgebot.

zumindest *insoweit* ihr Einbezug unzulässig. Auch hier besteht damit, nach dem zuvor Gesagten, die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung dieser außerrechtlichen Normen oder zu deren Nichtanwendung, wenn ersteres nicht möglich ist.

B. Zulässigkeit des Einsatzes von Ethikgremien im Völkerrecht

Die Zulässigkeit des Einsatzes von Ethikgremien bei der Generierung von Völkerrecht erscheint wesentlich unproblematischer als der Einbezug von Ethikkodizes. Praktisches Anschauungsbeispiel ist, als der ständige Ethikrat auf internationaler Ebene, der Internationale Ausschuss für Bioethik (IBC), der 1993 von der UNESCO eingerichtet wurde.⁶⁶ Er ist der einzige völkerrechtlich verankerte globale Ethikrat für bioethische Fragen⁶⁷ und besteht aus 36 unabhängigen Experten. Faktisch ist und war dieser Ethikrat einflussreich: Er wirkte wesentlich mit an den UNESCO-Deklarationen im Bereich der Lebenswissenschaften, etwa an der Erklärung über das menschliche Genom (1997), der Erklärung zum Schutz genetischer Daten (2003) und der Erklärung über Bioethik und Menschenrechte (2005⁶⁸). Diese von ihm mitverfassten Erklärungen der UNESCO sind dem völkerrechtlichen *Soft Law* zuzurechnen, können damit entscheidende normative Kraft entfalten⁶⁹ und so wiederum nicht nur die weitere Entwicklung des Völkerrechts beeinflussen, sondern auch auf das supranationale Recht und das nationale Recht der Mitgliedstaaten einwirken⁷⁰.

Ein solches Ethikgremium kann im Völkerrecht nach dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten im Rahmen einer Internationalen Organisation nur eingesetzt werden, wenn sein Einsatz nicht den Statuten dieser Organisation widerspricht und damit letztlich nicht dem Willen der Staaten, die Mitglieder der Organisation sind. Grundsätzlich wird dies bedeuten, dass alle Mitgliedstaaten (unter Umständen) turnusmäßig berechtigt sein müssen, die Mitglieder eines Ethikgremiums vorzuschlagen und diese zu bestimmen und dass zudem die geographische Repräsentativität der Mitglieder gewahrt sein muss; zudem wird, will

65 Auch dies ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung: Ob ein solcher Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht durch die 2000er Fassung der Deklaration von Helsinki vorliegt, muss gesondert geprüft werden. Dagegen spricht jedoch, dass die Menschenwürde im Völkerrecht weit weniger geschützt wird als nach dem deutschen Grundgesetz, vgl. dazu Rüdiger Wolfrum/Silja Vöneky, Who is protected by Human Rights Conventions? Protection of the Embryo vs. Scientific Freedom and Public Health, in: Silja Vöneky/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Human Dignity and Human Cloning* (2004), 119–130.

66 Zur näheren Ausgestaltung vgl. das Statut des IBCs, Statutes of the International Bioethics Committee, adopted by the Executive Board at its 154th Session, on 7 May 1998, Art. 1–12; abrufbar unter <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001382/138292e.pdf>.

67 Aufgabe des IBCs ist das Verfassen von Stellungnahmen und Empfehlungen (advice and recommendations) über neue ethische Fragen der Biologie und Medizin (vgl. Art. 7 iVm Art. 2 IBC-Statut). Entsprechend Art. 24 der UNESCO-Erklärung über das menschliche Genom gehört dazu auch, dass der IBC über das menschliche Genom Empfehlungen für die Generalversammlung erarbeitet und beratend hinsichtlich der Folgemaßnahmen zu dieser Erklärung tätig wird. Schließlich soll der IBC entsprechend dieses Artikels Praktiken identifizieren, die der Menschenwürde widersprechen. Art. 2 (1) (d) (i) – (iii) IBC-Statut in Verbindung mit Art. 24 UNESCO-Erklärung über das menschliche Genom.

68 Vgl. dazu oben Fn. 15.

69 Zur Normativität von *Soft Law* im Völkerrecht vgl. oben Fn. 23.

70 Dazu auch Herman Nys, *Towards an International Treaty on Human Rights and Biomedicine?*, *European Journal of Health Law*, 13 (2005), 5–8, 8. Wegen dieser normativen Kraft hat Deutschland bspw. auch eine Stimmerklärung (explanation of vote) zur Erklärung über Bioethik und Menschenrechte und deren Bestimmung insbesondere der gruppennützigen Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen (Art. 4, 7 und 9) abgegeben, in der Deutschland die besondere Schutzbedürftigkeit nichteinwilligungsfähiger Personen betont; abgedruckt in Deutsche UNESCO-Kommission (Hrsg.), *Allgemeine Erklärung über Bioethik und Menschenrechte – Wegweiser für die Internationalisierung der Bioethik* (2006), 24 ff.

man es als Expertengremium legitimieren, als ein Element der *Output*-Legitimation die fachliche Kompetenz der Mitglieder und deren Unabhängigkeit von dem Willen der Entsendestaaten entscheidend sein.

Vorliegend sind diese Voraussetzungen für den IBC erfüllt: Die 36 Mitglieder des IBCs werden auf Vorschlag der Mitgliedstaaten vom Generaldirektor der UNESCO ernannt (Art. 3 (1), (2) IBC-Statut). Die Anforderungen, die an die Mitgliedstaaten gestellt werden, wenn sie Kandidaten für den IBC vorschlagen, sind dabei wenig bestimmt formuliert, um den Staaten weite Einflussmöglichkeiten zu belassen. Die Staaten sollen sich nur bemühen (*shall endeavour*), bei ihren Vorschlägen hervorragende Personen einzubeziehen, die Experten im Bereich der Lebens-, Sozial- oder „Humanwissenschaften“ (*human sciences*) sind, einschließlich der Rechtswissenschaften und Menschenrechte, Philosophie, Erziehungswissenschaften und Kommunikationswissenschaften (Art. 3 (2) IBC-Statut).⁷¹ Sie „sollen sich“ zudem „bemühen“, Kandidaten mit der notwendigen Kompetenz und Autorität vorzuschlagen.⁷² Diese weichen Formulierungen zeigen, dass den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum bei ihren Vorschlägen bleibt und dass wissenschaftliche Fachexzellenz zwar gewünscht, aber keine notwendige Bedingung ist. Zudem zeigt die Aufzählung der genannten Wissenschaften, dass Multidisziplinarität der Mitglieder und damit die Interdisziplinarität des Gremiums gewahrt werden soll.

Anders als bei den deutschen nationalen Ethikräten mit Blick auf die Bundesländer⁷³ soll die Ernennung der Mitglieder des IBCs jedoch unter Berücksichtigung kultureller Diversivität und ausgewogener geographischer Repräsentativität erfolgen. Zudem soll die „Notwendigkeit, eine angemessene Rotation zwischen den Staaten sicherzustellen“ in Betracht gezogen werden (Art. 3 (1) 2 IBC-Statut).⁷⁴ Zu der damit angestrebten geographischen und kulturellen Ausgewogenheit gehört auch, dass nicht mehr als ein Angehöriger eines Staates zur gleichen Zeit ernannt werden soll (Art. 3 (3) IBC-Statut).⁷⁵ Deutlich wird durch das IBC-Statut, dass alle der 195⁷⁶ Mitgliedstaaten der UNESCO in gleichem Maß das Recht besitzen, in ausgewogenem Verhältnis Experten in den IBC zu entsenden; dies gilt auch für die Länder, die bisher keine aktive Forschung im Bereich der Biomedizin oder Bioethik betreiben. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass die bioethische Debatte und Normsetzung einseitig durch die Industrieländer und entwickelten Staaten erfolgt.

Neben der Multidisziplinarität und kulturellen Pluralität, die bereits oben benannt wurden, zeichnet sich der IBC durch seine Unabhängigkeit aus. Nach den Vorgaben des Statuts sind die Mitglieder unabhängig und handeln in ihrer persönlichen Kapazität (Art. 3 (1) 2 IBC-Statut).⁷⁷

71 “When proposing their candidates for the IBC, states shall endeavour to include eminent persons who are specialists in the life sciences and in the social and human sciences, including law, human rights, philosophy, education and communication, with the necessary competence and authority to perform the IBC’s duties.”

72 Ibid.

73 Zum Deutschen Ethikrat und dessen Vorgänger, dem Nationalen Ethikrat, Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien* (2010), Kapitel 5.

74 “(...) When making his choice, the Director-General shall take into account cultural diversity, balanced geographical representation and the need to ensure appropriate rotation. (...)”, siehe Fn. 66.

75 Siehe Fn. 66.

76 Stand: November 2011.

77 Um eine gewisse personelle Kontinuität ohne eine zu weitgehende Verfestigung der Mitgliederstruktur zu gewährleisten, werden die Mitglieder des IBCs für eine Dauer von vier Jahren berufen mit der Möglichkeit der nur einmaligen Wiederernennung (Art. 6 (1) (3) IBC-Statut).

Die Unabhängigkeit des IBCs als Gremium zeigt sich daran, dass er sich selbst eine Geschäftsordnung (Art. 8 IBC-Statut)⁷⁸ gibt und seinen Vorsitzenden wählt.⁷⁹ Schließlich kann der IBC grundsätzlich sein eigenes Arbeitsprogramm bestimmen. Diese thematische Unabhängigkeit ist nur insoweit eingeschränkt, als Vorschläge des Generaldirektors und des Exekutivrats aufgenommen werden müssen⁸⁰ (Art. 2 (2) IBC-Statut).⁸¹

Bemerkenswert ist jedoch, dass sich im IBC-Statut keine ausdrücklichen Vorgaben zu dem materiellen normativen Rahmen finden, in dem der IBC agieren und seine Empfehlungen und Stellungnahmen abfassen soll. Eine solche inhaltliche Legitimation schien der UNESCO nicht erforderlich, zumindest nicht ausdrücklich erwähnenswert. Diese inhaltlichen Vorgaben, der rechtliche Bezugsrahmen, muss daher aus der Aufgabe des IBCs abgeleitet werden:

Seine Aufgabe ist, zur Verbreitung der Prinzipien beizutragen, die in der von der UNESCO angenommenen Erklärung über das menschliche Genom und, wie ergänzt werden muss,⁸² in den anderen UNESCO-Erklärungen zur Bioethik niedergelegt sind (Art. 2 (1) (d) (i) IBC-Statut).

Durch diese Bindung des IBCs an das *Soft Law* der UNESCO und dadurch, dass der IBC als Gremium der UNESCO agiert, folgt meines Erachtens zwingend, dass der IBC nur im Rahmen der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte argumentieren kann und soll.⁸³

Zudem bedeutet die Pflicht zur Verbreitung der in den UNESCO-Erklärungen niedergelegten Prinzipien eine Bindung des IBCs selbst. Soll der IBC diese Prinzipien verbreiten, muss notwendig sein eigener normativer Bezugsrahmen auch durch diese Prinzipien vorgegeben sein. Durch jede der bestehenden UNESCO-Erklärungen im Bereich der Bioethik wird der normative Bezugsrahmen des IBCs daher weiter konkretisiert.

78 Das Statut des IBCs selbst kann jedoch durch den UNESCO-Exekutivrat geändert werden (Art. 12 IBC-Statut).

79 Die Wahl erfolgt alle zwei Jahre.

80 Vorschläge des *Intergovernmental Bioethics Committee* (IGBC) müssen dagegen nur in Betracht gezogen werden (shall take into account) (Art. 2 (2) 2 IBC-Statut); zum IGBC näher Fn. 81.

81 Allerdings wird diese Ausrichtung auf die Fachexpertise prozedural wieder eingegrenzt: Für das Verfahren nach der Abfassung der Stellungnahmen und Empfehlungen gilt, dass seit 1998 durch das IBC-Statut bestimmt wird, dass dem IBC als unabhängigem, interdisziplinärem Expertengremium ein ebenfalls auf bioethische Fragen spezialisiertes Gremium bestehend aus Vertretern der Mitgliedstaaten zur Seite gestellt wird (Art. 11 (1) IBC-Statut). Dieser Zwischenstaatliche Ausschuss für Bioethik (Intergovernmental Bioethics Committee, IGBC) besteht aus Repräsentanten von 36 Mitgliedstaaten, die von der Generalkonferenz gewählt werden. Auch bei der Wahl der Mitglieder des IGBCs sollen kulturelle Diversität, ausgewogene geographische Repräsentation und die Notwendigkeit angemessener Rotation in Betracht gezogen werden (Art. 11 (3) IBC-Statut).

82 Das IBC-Statut von 1998 bezieht sich nur auf die Erklärung über das menschliche Genom, da die anderen UNESCO-Erklärungen (zum Schutz genetischer Daten und über Bioethik und Menschenrechte) erst 2003 und 2005 angenommen wurden.

83 Entsprechend findet sich in der Präambel der Erklärung über das menschliche Genom ausdrücklich u.a. das Bekenntnis zu den allgemeinen Grundsätzen der Menschenrechte, insbesondere der Bezug auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die beiden Internationalen Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen von 1966 und weitere internationale Menschenrechtsverträge. Dies gilt entsprechend für die Erklärung zum Schutz genetischer Daten und die Erklärung über Bioethik und Menschenrechte. In Art. 2 der Erklärung über das menschliche Genom wird, wie in Art. 1 der Erklärung zum Schutz genetischer Daten und Art. 3 der Erklärung über Bioethik und Menschenrechte, ausdrücklich auch im operativen Teil die Achtung der Menschenwürde und Menschenrechte anerkannt.

IV. Fazit

Soziologisch verstanden ist typisch für soziale Kontrolle in modernen Gesellschaften, dass *de facto* der ethische Vorwurf – also: der Vorwurf: „Du handelst verwerflich!“ – durch den Bezug auf das geltende Recht, also durch ein: „Du handelst rechtswidrig!“, ersetzt wird.⁸⁴ Nach Luhmann liegt in diesem Bezug auf das geltende Recht gerade ein Freiheitsgewinn und eine Friedensfunktion des Rechts.⁸⁵ Es ist fraglich, ob auch für das Völkerrecht gilt, was für die nationalen Rechtsordnungen und die Europarechtsordnung klarer scheint: Dass diese Friedensfunktion eingeschränkt und gefährdet werden könnte,⁸⁶ wenn es zunehmend zu einer *Ethisierung des Rechts* kommt und es im Zuge dessen erforderlich wird, Handlungen auch ethisch zu bewerten bzw. Ethikgremien Einfluss auf die Setzung von Völkerrecht zuzugestehen.

Eine Öffnung des Völkerrechts für ethische Wertvorstellungen widerspricht nicht *per se* dem Charakter der Völkerrechtsordnung, die – betrachtet man die Charta der Vereinten Nationen als normativ prägend für die Völkerrechtsordnung insgesamt – heute Gerechtigkeits- und Friedensordnung im weitesten Sinne sein will. Das Völkerrecht stellt sich trotz seines Beitrages zur Verrechtlichung der Grund- und Menschenrechte und der grundsätzlichen Trennung des positiven Rechts nach Art. 38 IGH-Statut von der Ethik als Gerechtigkeitsordnung dar, die den Anspruch erhebt, Grundpfeiler einer ethischen, positiv-rechtlichen Ordnung zu sein. Dass dieser Anspruch auch für eine pluralistische Ordnung, in der es an einer für alle offensichtliche Naturrechtsordnung fehlt, nicht absurd ist, habe ich oben versucht zu begründen.

Entscheidend scheint nach den Ausführungen oben das Folgende zu sein:

- Sollen ethische Standards gerechtfertigt in die rechtliche Ordnung einbezogen werden, müssen dies ethische Standards im normativen Sinn sein. Sie müssen daher inhaltlich gerechtfertigt sein, und zwar durch ihre überzeugende Begründbarkeit mit überpositiven Werten oder Prinzipien und gerade nicht durch den Rekurs auf faktisch existierende (Berufs-)Moralen.
- Zudem dürfen ethische Prinzipien – sollen sie wirksam in die Völkerrechtsordnung einbezogen werden können – nicht gegen deren tragende Grundprinzipien verstoßen. Ethische Standards, die beispielsweise als utilitaristische Standards gerechtfertigt sein können, dürfen nicht gegen die rechtlich verankerten Menschenrechte verstoßen. Greifen ethische Standards in diese rechtlichen Freiheiten ein, ist dieser Eingriff rechtfertigungsbedürftig; kann eine Rechtfertigung nicht erfolgen, muss der Einbezug ethischer Standards unterbleiben oder beschränkt werden.

Auch im Völkerrecht gilt daher: In einer durch die menschenrechtlichen Freiheiten geprägten Ordnung kann eine potentiell auch menschenrechtsbeschränkende Ethik nur mit Augenmaß verfolgt werden.

84 Wolfgang van den Daele/Heribert Müller-Salomon, Die Kontrolle der Forschung am Menschen durch Ethikkommissionen (1990), 43.

85 Niklas Luhmann, Soziologie der Moral, in ders./Stephan H. Pfürtnner (Hrsg.), Theorietechnik und Moral, (1978) 8 ff.; vgl. auch ders., Das Recht der Gesellschaft (1993), 124 ff.

86 Zu den Gefahren im Europarecht und nationalen Recht bspw. in Bezug auf „ethische Standards“ bei Forschungstätigkeiten vgl. Silja Vöneky, Ethische Standards im Wissenschaftsrecht, in: Wolfgang Löwer u.a. (Hrsg.), Beiheft Wissenschaftsrecht (2011) (erscheint demnächst).