

# Blaue Reihe



Schriftenreihe für  
Wissenschaft und Praxis

Band 6

Die Ethik-Kommission  
des Landes Berlin

Band 6

Blaue Reihe

LAGeSo

**Gesetz**  
**zur Errichtung einer Ethik-Kommission des Landes Berlin**  
**(Ethik-Kommissionsgesetz Berlin – EKG Be)**



Landesamt für Gesundheit  
und Soziales Berlin



## Herausgeber

Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin  
Turmstraße 21, Haus A  
10559 Berlin

**Umschlaggestaltung**  
**Move.And.Shoot**

## Redaktion

Michael Thiel  
V.i.S.d.P.:  
Silvia Kostner  
Pressestelle LAGeSo

Diese Broschüre ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit des Landes Berlin. Sie ist nicht zum Verkauf bestimmt und darf nicht zur Werbung für politische Parteien verwendet werden.

**Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin**

**Blaue Reihe**

# **Die Ethik-Kommission des Landes Berlin**

April 2012

**Beiträge und Dokumentation**

**zusammengestellt von  
Michael Thiel**



**Prof. Dr. iur. Christian Pestalozza, Institut für Öffentliches  
Recht der Freien Universität Berlin**

**Der „Große Ausschuss“**

**Wege zur Bereinigung von Divergenzen zwischen Aus-  
schüssen einer Ethik-Kommission**

**1. Ausgangsbeispiel: Die Ethik-Kommission des Landes Berlin**

Die Ethik-Kommission des Landes Berlin besteht aus mindestens vierzig Mitgliedern, § 2 I 1 EKG Berlin.<sup>1</sup> Sie nimmt ihre Aufgaben in Ausschüssen von jeweils mindestens acht ständigen Mitgliedern wahr, denen weitere Mitglieder mit besonderer Sachkunde, die bei Bedarf hinzugezogen werden, zugeordnet werden können, § 2 II 1, 2 EKG Berlin. Über die Zahl der Ausschüsse<sup>2</sup> entscheidet das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin, § 2 II 3 EKG Berlin, das die Geschäfte der Ethik-Kommission führt, § 1 II 2 EKG Berlin.<sup>3</sup> Jeder Ausschuss bewertet die ihm von Landesamt<sup>4</sup> zur Bewer-

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Errichtung einer Ethik-Kommission des Landes Berlin (Ethik-Kommissionsgesetz Berlin – EKG Berlin) vom 7. September 2005 (GVBl. S. 466), geändert durch Gesetz vom 3. März 2010 (GVBl. S. 122).

<sup>2</sup> Derzeit sechs. Vgl. <http://www.berlin.de/imperia/md/content/lageso/gesundheit/ethik/mitgliederliste.pdf?download.html>

<sup>3</sup> Eigenartigerweise sagt das Gesetz zwar, daß die Kommission rechtlich unselbständig ist, § 1 II 1 EKG Berlin, und, wie erwähnt, daß das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin (eine der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Soziales nachgeordnete Behörde) ihre Geschäfte führt, aber nicht, wo es die Kommission ansiedelt.

Auch Bremen, das ebenfalls eine Kommission des Landes eingerichtet hat, schweigt (vgl. § 30 des Gesetzes über den öffentlichen Gesundheitsdienst im Lande Bremen [Gesundheitsdienstgesetz (ÖGDG)] und die Verordnung über die Ethikkommission des Landes Bremen vom 28. November 1996 [Brem.GBl. S. 347], zuletzt geändert durch Verordnung vom 25. Januar 2006 [Brem.GBl. S. 55], schweigt, sogar zum Thema der „rechtlichen Selbständigkeit“ oder „Unselbständigkeit“. Und da die Geschäfte dort im Institut für Klinische Pharmakologie der Klinikum Bremen-Mitte gGmbH<sup>4</sup> wahrgenommen werden, § 9 I VO, erscheint die organisatorische Einordnung der Kommission noch offener als in Berlin.

Demgegenüber erwähnt § 1 I 1 der sachsen-anhaltischen Verordnung über Ethik-Kommissionen zur Bewertung klinischer Prüfungen vom 12. Oktober 2009 (GVBl. LSA S. 640) immerhin, daß die dortige Kommission des Landes beim Landesamt für Verbraucherschutz „eingrichtet“ sei.

tung übertragenen<sup>5</sup> Prüfungen selbständig; seine Entscheidungen gelten als solche der Ethik-Kommission, § 2 IV 1, 2 EKG Berlin. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben sind die Mitglieder der Ethik-Kommission unabhängig und an Weisungen nicht gebunden, § 2 V 1 EKG Berlin.

## 2. Divergenz als Naturereignis

Die Individualität der Mitglieder, die Vielzahl der Ausschüsse und die Komplexität der zu beantwortenden Fragen führen unausweichlich dazu, daß die Antworten, die Ausschüsse auf gleichartige Fragen geben, bisweilen von einander abweichen. Ein Prüfer erscheint dem einen Ausschuß angemessen qualifiziert, eine Prüfstelle geeignet, einem anderen nicht. Die statistischen Anforderungen werden dort strenger gesehen als hier. Die Placebo-Kontrolle wird in einem Ausschuß – grundsätzlich oder auch nur in concreto in vergleichbaren Fällen – skeptischer gesehen als in einem anderen<sup>6</sup>. Die Frage, wie viele (oder welche Arten) von Studien oder Amendments in *einem* Antrag zusammengefaßt werden dürfen oder sollten, ob ein fehlerhaftes Studiendesign zur Ablehnung führen muß oder Anlaß einer Nachforde-

---

<sup>4</sup> Hier wie in § 4 II 1 (2. Fall), 2 EKG Berlin ist – anders als etwa in §§ 2 I, II 2, 3, III EKG Berlin – kaum das Landesamt als solches, sondern eher die Geschäftsstelle (vgl. § 1 II EKG Berlin) gemeint.

<sup>5</sup> Zur „Geschäftsführung“ gehört also auch die *Geschäftsverteilung*, wie man sieht. Das ist eine praktisch vernünftige Regelung, die der Geschäftsstelle zugleich ein gewisses Steuerungspotential in die Hand gibt. Das ist jedenfalls deswegen erwähnenswert, weil die Dinge in anderen unabhängigen Gremien, die aus mehreren Spruchkörpern bestehen, ganz anders geregelt sind. Bei Gerichten *muß* dies vor allem wegen des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG, vielleicht auch so anders sein. Jenseits jeder verfassungsrechtlichen Verpflichtung könnte man allerdings auch bei den Ethik-Kommissionen, sofern sie aus mehreren Spruchkörpern bestehen, überlegen, ob sich nicht – z.B. für das laufende Kalenderjahr – objektive Verteilungskriterien (wie Eingangsdatum und Sitzungstag) entwickeln lassen, die eine *schematische* Verteilung der eingehenden Anträge auf die Ausschüsse gestatten. Wenn sie in Praxis bereits verwendet werden, könnten sie normativ festgeschrieben werden – auch um das Vertrauen der Antragsteller zu gewinnen oder zu erhalten. Es könnte so auch der Eindruck vermieden werden, ein Ausschuß bemühe sich besonders, einen Antrag oder alle (oder keine) Anträge eines bestimmten Antragstellers auf seinen Tisch zu bekommen. Die in § 4 II 2 EKG Berlin enthaltenen Ansätze vertragen Klarstellung und Modifizierung. Die Geschäftsordnung ist dafür entgegen § 4 II 3 EKG Berlin nicht der richtige Ort, weil die Ethik-Kommission als solche dem Landesamt (entgegen § 1 II 1 der GeschO auch der Geschäftsstelle) nichts verbindlich vorschreiben kann, was nicht ohnehin im Gesetz oder in der Verordnung steht, es hier aber gerade darum geht, „Näheres“, also mehr als das Gesetz sagt, zu bestimmen.

<sup>6</sup> Z.T. hängt dies offenbar auch davon ab, wie ernst die divergierenden Verweise des Europäischen Rechts auf die Erklärung von Helsinki oder die Sprache (genauer: die Sprachen) der Deklaration selbst beim Worte genommen werden.

rung sein kann und darf, wann eine Belastung oder ein Risiko geringfügig ist oder wann jene angesichts des plausibel erwarteten Nutzens in den Hintergrund treten dürfen oder müssen, unter welchen Umständen ein Jahresrahmenvertrag mit dem Versicherer den Ansprüchen des Gesetzes genügt, was der Datenschutz erlaubt oder gebietet, kann unterschiedlich beantwortet werden, und jede der Antworten kann im Lichte der einschlägigen Normen vertretbar, d.h. von allen Beteiligten und Betroffenen hinzunehmen sein.

### **3. Ausschußinterne Divergenzen**

Divergenzen dieser und vergleichbarer Art *zwischen einzelnen Mitgliedern eines Ausschusses* kann der Ausschuß im Wege der Selbsthilfe entschärfen: Sie werden im Wege des Diskurses nach Anhörung der Antragsteller beigelegt oder, wenn Konsens sich nicht einstellt oder die Suche danach sachlich und/oder zeitlich überanstrengen oder sonstwie nicht lohnen würde, durch Mehrheitsentscheidung beiseite gerückt. Sie können, vor allem wenn öfter oder gar noch mit gleichbleibender Rollenverteilung, auftauchend, das Binnenklima im Ausschuß beeinflussen, beleben oder bedrücken, mehr aber auch nicht: Der Antragsteller erhält das *eine* Votum, das, wenn auch nicht einstimmig, sondern „nur“ mehrheitlich gefaßt, das des Ausschusses und damit der Ethik-Kommission im ganzen ist.

Ausschußinterne Divergenzen können sich aber auch dadurch ergeben, daß der Ausschuß heute – aus Vergeßlichkeit oder mit Bedacht, begünstigt etwa durch vertretungsbedingt variierende Besetzung – anders entscheidet als gestern. Sind beide Entscheidungen vertretbar oder ist die heutige Entscheidung in irgendeinem Sinne „besser“ als die gestrige, ist der Kontinuitätsbruch hinzunehmen. Da er aber das begrenzt schutzwürdige Vertrauen der Antragsteller auf eine auch in der Zeit gleichmäßige Praxis enttäuscht, würde ich es vorziehen, wenn eine Änderung der gestrigen Spruchpraxis – nach einem bewährten Modell der *Rechtsprechungsänderung* – heute zunächst nur angekündigt und erst morgen umgesetzt werden würde.

Diese Lösung steht beim versehentlichen Kontinuitätsbruch naturgemäß

nicht zur Verfügung. Datenbanken und die begleitende Fürsorge der Geschäftsstelle (zu ihnen noch unten sub 5, 6) können hier manches verhüten.

#### **4. Divergenzen zwischen Ausschüssen**

Divergenzen *zwischen* zwei oder mehr Ausschüssen wiegen wohl schwerer, und um sie soll es im Folgenden allein gehen.

Sie leuchten insbesondere den Antragstellern nicht ein, die sich ja allenfalls – und auch das nicht immer - die Federführende Ethik-Kommission aussuchen können, indem sie die Leitung der Prüfung hierhin oder dorthin vergeben, aber zwischen den Ausschüssen der einen Ethik-Kommission nicht wirklich wählen können. Gelangt die Sache vor einen Ausschuß, der ihnen oder anderen als „streng“ bekannt ist, können sie es nicht ändern. Aber sonderlich zufrieden werden sie – jedenfalls zunächst – auch nicht sein. Und die Unzufriedenheit wäre in solchen Fällen besonders verständlich, wenn es um identische Sachverhalte ginge, die ein Ausschuß anders beurteilt als ein anderer: Wer soll auch verstehen, warum – unterstellt – die Qualifikation eines Prüfers oder einer Prüfstelle vom Ausschuß 1 verneint, vom Ausschuß 2 bejaht und vom Ausschuß 3 unter gewissen Bedingungen (z.B. Nachreichung aktuellerer Belege) akzeptiert wird? Ähnlich liegt es oft bei zwar nicht identischen, aber vergleichbaren Sachverhalten: Warum reicht dem einen Ausschuß ein GCP-Training der (in welcher Weise auch immer) leichteren Art, einem anderen nicht? Derartige Ungleichbehandlungen gleichartiger (weil identischer oder vergleichbarer) Fälle fordern die Frage heraus, was sie rechtfertigt. Die Unkenntnis des einen Ausschusses von der Praxis des anderen Ausschusses mag öfter erklären, warum der eine „strenger“ oder „milder“ entschieden hat als der andere; hätte man die Praxis gekannt, wäre man ihr vielleicht – im Interesse der Gleichbehandlung gefolgt, es sei denn, unterdessen wäre Neues, Entscheidungsrelevantes zutage getreten.

#### **5. Konvergenz dank Information: Die Datenbank**

Derartige Divergenzen lassen sich vermeiden oder jedenfalls dem später entscheidenden Ausschuß bewußt machen, wenn die früheren Entschei-

dungen allen bekannt sind. Die erste – und zugleich schlichteste – Abhilfe besteht daher in der Einrichtung einer allen Ausschüssen ohne weiteres, d.h. auch vom häuslichen Computer aus, zugänglichen *Datenbank*. Sie würde zweckmäßigerweise von der Geschäftsstelle der Ethik-Kommission gepflegt. Die Geschäftsstelle sollte personell nicht dadurch überfordert werden, daß sie angehalten wird, von sich aus jedem Vorgang, den sie an einen Ausschuß gibt, evtl. einschlägiges Datenmaterial beizugeben. Sowohl seine Einschlägigkeit als auch seine Relevanz für den neuen Fall mögen erst nach näherer Einarbeitung zu erkennen sein, und die ist Sache der Ausschüsse. Ein weitergehender freiwilliger Service der Geschäftsstelle dürfte dessen ungeachtet weder unzulässig noch den Ausschüssen unwillkommen sein.

## **6. Konvergenz dank einheitlicher Geschäftsführung**

Konvergierende Wirkungen ergeben sich schon jetzt – gezielt oder ungezielt, bewußt oder unbewußt – dadurch, daß die Geschäfte *aller* Ausschüsse durch *eine* Geschäftsstelle geführt werden. Sie erhält und bewahrt die Übersicht über alle Eingänge und über die Entscheidungen der Ausschüsse. Alles, was eingeht, alles, was hinausgeht, gelangt auf ihren Tisch. Ihr insofern den Ausschüssen weit überlegenes Wissen erlaubt ihr, frühzeitig sich anbahnende Divergenzen wahrzunehmen oder eingetretene Divergenzen festzuhalten und den beteiligten Ausschüssen zu berichten. Nicht nur, aber insbesondere im Zusammenhang mit der inhaltlichen Vorprüfung der eingehenden Unterlagen zur Unterstützung des jeweils zuständigen Ausschusses – ausführlich thematisiert und nachhaltig legitimiert durch § 4 VII und VIII der Geschäftsordnung – entfaltet sie (jedenfalls bei personeller und inhaltlicher Kontinuität) einen beträchtlichen konvergierenden Einfluß, der sowohl den Antragstellern als auch den Ausschüssen zugute kommt.

## **7. Bei anhaltender Divergenzbereitschaft des Zweitentscheiders: Die Anfrage an den Erstentscheider**

Allein die Kenntnis der bereits vorhandenen Daten und die Vorarbeiten der Geschäftsstelle werden manche Ausschüsse von einer Divergenz abhalten.

Tun sie es nicht, weil man den identischen Fall trotz allem anders bewertet oder den vergleichbaren Fall nicht für wirklich vergleichbar oder für abweichend bewertbar hält, sollten im Interesse der Einheitlichkeit der Bewertungsentscheidungen der einen Ethik-Kommission und der mit ihr einhergehenden Rechtssicherheit (im Positiven wie im Negativen) für die Antragsteller weitere Schritte ergriffen werden, die es ermöglichen zu überprüfen, ob es zu der Divergenz kommen oder (sollte sie schon öfter praktiziert worden sein) ob es bei ihr bleiben soll.

Der *erste*, kleine *Schritt* besteht darin, den früher entscheidenden Ausschuß zu befragen, ob er an seiner Einschätzung festhalte. Wenn nein, gibt es für den aktuell entscheidenden Ausschuß keine störende Divergenz mehr, und er setzt mit seiner andersgearteten Einschätzung eine neue Richtschnur. An der Außenwirkung der alten Entscheidung ändert dies nichts, gleichgültig, ob sie bestandskräftig ist oder noch nicht oder rechtskräftig bestätigt oder noch nicht; das alte Verfahren wird wegen des Umstandes, daß der früher entscheidende Ausschuß seine Meinung heute, d.h. für die Zukunft ändert, nicht etwa neu aufgerollt.

#### **8. Bei anhaltender Divergenz von Erst- und Zweitentscheider: Das divergenzentscheidende Gremium**

Hält der früher entscheidende Ausschuß an seiner Auffassung auch für die Zukunft fest, steht eine Divergenz bevor<sup>7</sup> und sollte ein *zweiter Schritt* unternommen werden, der über die bisher beteiligten Ausschüsse hinausführt: Es sollte ein *anderes, weiteres Gremium* mit der Frage, wie zu entscheiden sei, befaßt werden, und seine Antwort sollte, weil sonst Erleichterung, Befriedung und Gleichheit kaum zu ihrem Recht kämen, verbindlich (und nicht nur ein guter Rat) sein.

#### **9. Tauglichkeit vorhandener Gremien?**

Keine der bereits existierenden Einrichtungen und Gremien ist optimal für diese Aufgabe (aus)gerüstet.

---

<sup>7</sup> Wenn nicht der jetzt entscheidende Ausschuß angesichts des Beharrens des anderen Ausschusses seine Auffassung nochmals überdenkt und angleicht.

Das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin scheidet – bei aller Expertise – aus, denn es behauptet zwar die Ethik-Kommission, ist aber nach Struktur und Aufgabe mit ihr weder identisch noch teilidentisch. Dasselbe gilt ungeachtet ihrer hochkarätigen Besetzung für die Geschäftsstelle der Ethik-Kommission.

Bei den *Ausschüssen* der Ethik-Kommission, die Vorentscheidungen in der betreffenden Sache oder Frage noch nicht getroffen haben und nicht dabei sind, neuerdings über sie zu entscheiden, insofern also auch nicht an der Divergenz beteiligt sind, läge es insofern anders. Dennoch sollte keiner von ihnen zuständig sein – schon weil andernfalls vorab oder ad hoc einer von ihnen auszuwählen wäre, und nach welchen Kriterien könnte dies gerecht oder sonstwie einleuchtend geschehen; auch sollte nicht (irgend)ein Ausschuß zum „Richter“ über andere Ausschüsse erhoben werden.<sup>8</sup>

Da Divergenzen wenn nicht aktuell, so doch u.U. später einmal, *alle* Ausschüsse betreffen können, liegt es nicht fern, an die *Vollversammlung* der Mitglieder der Ethik-Kommission, § 13 der Geschäftsordnung vom 13. Mai 2011, als Divergenzen entscheidendes Gremium zu denken, zumal sie potentiell die gesamte Expertise, über die die Ethik-Kommission verfügt, repräsentiert. Erste Bedenken ergeben sich aus der Größe des Gremiums. Sie erschwert das Zusammentreten in beschlußfähigem Umfang und den anzustrebenden Konsens. Hinzu kommt, daß eine solche Zuständigkeit die bisherige Natur der Vollversammlung beträchtlich ändern würde. Die derzeitige Geschäftsordnung achtet darauf, der Vollversammlung keine *Entscheidungsbefugnisse* in der Sache zu verleihen, und sie tut schon deswegen

---

<sup>8</sup> Beide Argumente gelten nicht für die ganz andere Konstellation des Widerspruchsverfahrens. Hier erschien es mir sachgemäß (und nach den Erfahrungen in anderen Bereichen der Verwaltungen, in denen Widerspruchsbehörde die Ausgangsbehörde ist, angebracht), entgegen § 2 VIII 2 EKG Berlin nicht den Ausschuß, der die zustimmende Bewertung abgelehnt hatte, zu berufen, sondern einen der anderen Ausschüsse der Ethik-Kommission. Das bringt zwar mehr Arbeit mit sich, verringert aber auch die Besorgnis Befangenheit, und gelegentlich ist es wirklich so, daß vier Augen mehr oder besser sehen als zwei.

Davon abgesehen erscheint mir die Einführung des Widerspruchsverfahrens durch § 2 VIII EKG Berlin i.d.F. des Änderungsgesetzes 2010 sachgemäß; den Verwaltungsgerichten sollte die Erstkontrolle der regelmäßig doch recht diffizilen und metajuristisch geprägten Prüfungen erspart bleiben. Weniger gefällt mir, daß dies nach § 2 VIII 1 (2. Fall) EKG Berlin für die Nebenbestimmungen zustimmender Bewertungen nicht gelten soll.

gut daran, weil Gesetz und Verordnung von einer Vollversammlung – und damit erst recht von deren Entscheidungsbefugnissen - nichts wissen. Die Unabhängigkeit der Ausschüsse und der Gesetzesvorbehalt würden also nach einer *gesetzlichen* Grundlage, die es derzeit nicht gibt, rufen. Die könnte zwar geschaffen werden, würde aber nichts daran ändern, daß sich die Vollversammlung zwar für die Vorbesprechung, aber kaum für die Entscheidung der hier interessierenden Fragen eignet – ungeachtet des unbestrittenen Umstandes, daß sie für die Aufgaben, für die sie aktuell vorgesehen ist, ein wichtiges und überaus anregendes Gremium ist und zu Recht wiederholt gerade auch die Wichtigkeit einer – wenngleich freiwilligen – Harmonisierung der Entscheidungspraxis der Ausschüsse herausgestellt hat.

#### **10. Aufrüstung des Gremiums nach § 14 GeschO**

Näher liegt es da, im hier interessierenden Zusammenhang an die *gemeinsamen Sitzungen der Ausschußvorsitzenden und ihrer Stellvertreter*<sup>9</sup> zu denken, von denen § 14 der Geschäftsordnung spricht. Ein aus diesen derzeit zwölf Personen zusammengesetztes Gremium, das als ständige Einrichtung zu bilden<sup>10</sup> wäre hätte eine ausreichende und noch funktionsfähige Größe. Die Beteiligung *aller* Ausschüsse garantiert, daß alle an einer Divergenz aktuell und potentiell Beteiligten mitentscheiden. Der natürliche Vorsitzende des Gremiums wäre der Vorsitzende der Gesamt-Ethik-Kommission; bei ihm könnte im Falle der Stimmengleichheit auch der Stichtscheid liegen, es sei denn man wollte zu anderen Abstimmungsregeln greifen.<sup>11</sup>

Je nach der Art der Divergenz könnte es angebracht sein, das Gremium von Fall zu Fall um einen oder zwei Vertreter der speziell betroffenen Disziplin aus den Ausschüssen zu ergänzen; ob diese aus unmittelbar betroffenen Ausschüssen kommen müßten, ist eine nachgeordnete Frage, die ich verneinen würde.

---

<sup>9</sup> Ich verzichte auf die auch in Berlin üblich gewordene, der Geschlechtergleichheit vermeintlich geschuldete Zweisprachigkeit.

<sup>10</sup> Und nicht nur als wenn auch regelmäßige „Sitzung“ zu erwähnen.

<sup>11</sup> Wie etwa der, daß der Abweichungs„antrag“ bei Stimmengleichheit abgelehnt ist, m.a. W. also stets der Mehrheit bedarf.

Nachdem die Ethik-Kommission in ein dichtes Geflecht – Nichtjuristen würden vielleicht sagen: Korsett – von *Normen* eingebettet ist, sich vieles, was als „Ethik“ angesprochen wird, deswegen eher nur als „Recht“ darstellt, ist es vielleicht nicht unangemessen, wenngleich pro domo geschrieben, dem Gremium jedenfalls *einen Juristen* aus den Ausschüssen zur Seite zu stellen.

Natürlich müßte dieses Gremium – wie jedes andere – erst noch vom Gesetzgeber mit der Aufgabe der ja auch nach außen wirkenden und zudem die Ausschüsse bindenden Divergenz-Entscheidung betraut werden.<sup>12</sup> Es könnte den Namen „Großer Ausschuß“ oder „Gemeinsamer Ausschuß“ tragen.<sup>13</sup>

#### **11. Verträglichkeit von Divergenzentscheidung und Unabhängigkeit**

Auch der an sich der Harmonie und Harmonisierung Zugeneigte wird sich fragen, wie sich eine solche Einrichtung, die sich im Divergenzfall ja über die Ausschüsse erhebt, mit der Unabhängigkeit der Ethik-Kommission und jedes ihrer Ausschüsse und der Weisungsungebundenheit ihrer Mitglieder verträgt. Die Antwort lautet: Gar nicht. Wenn die Divergenz ausgetragen werden muß, muß das Verfahren mit einer bindenden Entscheidung enden, und Bindungen vertragen sich mit Unabhängigkeit nicht, sondern schränken sie ein. Aber nicht darauf kommt es an, sondern auf das wichtigere Gut der Rechtssicherheit und Gleichheit. Man könnte auch sagen: Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit garantiert das Gesetz, soweit überhaupt, gegenüber der Verwaltung jenseits, nicht innerhalb der Kommission. Nur müssen auch die Beschränkungen innerhalb der Kommission dem Gesetzesvorbehalt genügen.

Skeptiker dürfen mit dem Hinweis auf die *Divergenzvorlage* im Bereich der *richterlichen Gewalt* beruhigt werden. Die Unabhängigkeit der Richter ist ein hohes Gut; Art. 97 I GG fordert und garantiert sie zugleich. Und dennoch

---

<sup>12</sup> In der Hand anderer Gesetzgeber liegt das Fristproblem. Divergenzvorlagen und die Entscheidung über sie halten das Zustandekommen der Bewertung unvermeidlich auf. Darauf müßten Richtlinien- und Bundesgesetzgeber reagieren.

<sup>13</sup> Beides in Anlehnung an Bezeichnungen für richterliche Spruchkörper, die über Divergenzvorlagen entscheiden; vgl. unten FN 15.

weist uns gleichzeitig Art. 95 III 1 GG darauf hin, daß sich mit dieser Unabhängigkeit die Herstellung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung durchaus verträgt: „Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist ein Gemeinsamer Senat der in Absatz 1 genannten [obersten Gerichtshöfe des Bundes] zu bilden.“ Diese Forderung setzt das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl. I S. 661) an. Der Gemeinsame Senat besteht danach aus den Präsidenten der obersten Gerichtshöfe, den Vorsitzenden Richtern der beteiligten Senate und je einem weiteren Richter der beteiligten Senate.

Und der Gesetzgeber ist bei der Erfüllung dieses Grundgesetzauftrages nicht stehen geblieben, sondern hat, weit darüber hinausgehend, Divergenzlösungsmöglichkeiten beim Bundesverfassungsgericht<sup>14</sup> und innerhalb der Fachgerichtsbarkeiten<sup>15</sup> vorgesehen. Sie alle dokumentieren das Gewicht der Rechtseinheitlichkeit in der Rechtsprechung und ihre Verträglichkeit mit der Unabhängigkeit der Gerichte und Richter. Ihnen wären die Details des Divergenzverfahrens vor dem „Großen Ausschuß“ der Ethik-Kommission nachzubilden.

## **12. Vorbeugende Vermeidung von Divergenzen**

Ihnen könnte auch die Anregung entnommen werden, die Zuständigkeit eines solchen Gremiums auf die Entscheidung von Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zur Sicherung der Einheitlichkeit der Spruchpraxis der Ausschüsse auszudehnen.<sup>16</sup> Danach würden die Ausschüsse dem Großen

---

<sup>14</sup> Vorlage eines Senats an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts, § 16 BVerfGG; Vorlage eines Landesverfassungsgerichts an das Bundesverfassungsgericht, Art. 100 III GG, §§ 13 Nr. 13, 85 BVerfGG.

<sup>15</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier genannt die Divergenzvorlagen der Oberlandesgerichte in Strafsachen an den Bundesgerichtshof nach § 121 II GVG oder § 18 ThUG, die Vorlagen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen an den Bundesgerichtshof nach § 36 III ZPO; die Vorlagen der Senate eines obersten Gerichtshofes des Bundes an dessen Großen Senat nach § 132 GVG, § 41 SGG, § 11 FGO, § 11 VwGO; die Vorlagen eines Senats des Bundesgerichtshofs an dessen Vereinigten Großen Senat nach § 132 GVG.

<sup>16</sup> Vgl. § 132 IV GVG, § 41 IV SGG, § 11 IV FGO, § 11 IV VwGO. Das dort auch genannte Ziel der „Fortbildung des Rechts“ würde im hier interessierenden Zusammenhang nicht einschlagen.

Ausschuß schon im Vorfeld von Divergenzen (das sich etwa in einer Vollversammlung eröffnet hat) Fragen zur Entscheidung vorlegen können.

### **13. Ein weites Feld: Divergenzen zwischen Ethik-Kommissionen**

Die voranstehenden Überlegungen haben Divergenzen *innerhalb einer Ethik-Kommission* im Auge. Jedenfalls aus der Sicht national und international tätiger Antragsteller sind Divergenzen *zwischen mehreren Ethik-Kommissionen* von nicht geringerem Gewicht. Sie sind ebenso unvermeidlich wie problematisch und lassen sich auch hier mit der Unabhängigkeit der Ethik-Kommissionen zwar erklären, aber nicht rechtfertigen. Abhilfe kann auch hier nur ein durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes errichtetes zentrales Gremium – eine „Große Ethik-Kommission“ oder „Gemeinsame Ethik-Kommission“ sozusagen – schaffen. Kein noch so emsiger Dachverband der Ethik-Kommissionen könnte mit noch so gut gemeinten oder auch gelungenen Harmonisierungsvorschlägen Vergleichbares verbindlich in die Wege leiten. Ein Staatsvertrag der Länder und entsprechende Landes-Zustimmungsgesetze könnten (und müßten) die notwendige Grundlage bilden. Davon sind wir, wenn ich recht sehe, weit entfernt, und vielleicht ist es auch richtig, erste Erfahrungen mit verbindlicher Divergenzlösung auf der Ebene eines einzelnen Landes und dort, sofern es dort mehrere Ethik-Kommissionen gibt, zunächst für jede von ihnen (oder doch für jeden Typ von ihnen) gesondert zu sammeln.

Und wenn erst diese häuslichen Aufgaben bewältigt sind, wird es sinnvoll und unumgänglich sein, den Blick über die nationalen Grenzen hinaus und mindestens auf die Europäische Union als Ganzes zu richten.