

Redakcja Ewa Tuora-Schwierskott  
Ewa Tuora-Schwierskott (Herausgeber)

# **Rechtsentwicklung im Rahmen der deutsch-polnischen Beziehungen**

**25 Jahre Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V.**

Festschrift zum Jubiläum

# **Rozwój prawa w stosunkach polsko-niemieckich**

**Niemiecko-Polskie Stowarzyszenie Prawników**

Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 25-lecia



**DE Iure PL**  
Verlag de-iure-pl  
Regensburg 2015



# Inhaltsverzeichnis

## Spis treści

### Wstęp/Einführung

**Helga Oberloskamp, Bonn**

Vorwort 25 Jahre Werben um Polen..... 6

### Część I. Prawo europejskie

#### Teil I. Europarecht

**Andrzej Bisztyga, Zielona Góra**

Hope for coexistence. European jurisprudence towards Islam..... 11

**Emilia Kuczma, Białystok**

Perspektywy ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej..... 18

### Część II. Prawo administracyjne

#### Teil II. Verwaltungsrecht

**Andrzej Szmyt, Gdańsk**

W sprawie zmian w ustawie o komornikach sądowych i egzekucji..... 30

**Gerrit Manssen, Regensburg**

Das Streikverbot im deutschen Beamtenrecht..... 37

**Bogusław Banaszak, Zielona Góra**

Zasada dwuinstancyjności postępowania administracyjnego w Polsce  
w świetle uregulowań konstytucyjnych..... 47

**Łukasz Mikowski, Wałbrzych**

Spezifische Umweltschutzorgane..... 59

### Część III Prawo konstytucyjne i zasady ustrojowe

#### Teil III. Verfassungsrecht und Systemregelungen

**Pasquale Policastro, Szczecin**

Die Menschenwürde vor dem Hintergrund von Verfassungswerten..... 67

**Rainer Arnold, Regensburg**

Beweisverbote und Verfassungsrecht..... 96

**Paweł Kuczma, Polkowice**

Zrzeczenie się obywatelstwa polskiego..... 103

**Ewa Tuora-Schwierskott, Berlin**

Korzystanie ze środków odurzających w ramach ochrony praktyk  
religijnych w świetle ochrony konstytucyjnej wolności sumienia i religii  
w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i Republiki Federalnej Niemiec..... 113

**Agnieszka Malicka, Wrocław**

Komisje bioetyczne w Niemczech..... 122

## **Część IV Prawo cywilne**

### **Teil IV Zivilrecht**

**Stanislav Příbyl**, Budweis

Die kirchliche Eheschließung mit zivilen Folgen in der Tschechischen Republik..... 138

**Dietmar Buchholz**, Hamburg

Die Verfahren der Insolvenzordnung als Chance zur Unternehmenssanierung..... 147

**Fryderyk Zoll**, Osnabrueck

Księgi wieczyste w polskim i niemieckim obrocie prawnym..... 160

**Bartosz Makowicz**, Frankfurt (Oder)

Compliance Management Systeme in mittelständischen Unternehmen:  
Mythos oder Realität..... 168

**Izabela Wróbel**, Zielona Góra

Die Unvereinbarkeit des polnischen Arbeitsrechts mit  
dem EU-Schutz von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen..... 180

**Julia Gierałtowicz**, Zielona Góra

Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem  
prawomocnego orzeczenia w polskiej procedurze cywilnej..... 193

## **Część V Filozoficzne podstawy prawa**

### **Teil IV Philosophische Grundlagen des Rechts**

**Piotr Szymaniec**, Wałbrzych

Jan Wincenty Bandtkie a Friedrich Karl von Savigny.  
Dwa manifesty badań historycznych nad prawem z roku 1814..... 202

Gerrit Manssen\*  
Regensburg

# Das Streikverbot im deutschen Beamtenrecht<sup>1</sup>

## Abstrakt

Im deutschen öffentlichen Dienst sind ca. 4,7 Millionen Menschen beschäftigt. Die Rechtsverhältnisse der privatrechtlich Bediensteten regeln sich nach privatem Arbeits- und Tarifvertragsrecht, die der Beamten sind hingegen gesetzlich normiert, angefangen von den Arbeitsbedingungen bis zur Höhe des Gehaltes, das sich aus Anlagen zu den Besoldungsgesetzen ergibt. Die Beamten haben bisher kein Streikrecht. Die Entscheidung des BVerwG, die deutschen Beamten (und Beamtinnen) trotz der Judikatur des EGMR derzeit noch kein Streikrecht zuerkennen mag, ist im Ergebnis richtig.

**Schlüsselwörter:** Beamten, Streikrecht, Rechtsverhältnisse in Beamtenrecht.

## 1. Einführung

Im deutschen öffentlichen Dienst sind ca. 4,7 Millionen Menschen beschäftigt. Sie stehen entweder in einem privaten Arbeitsverhältnis zum Staat, werden also rechtlich grundsätzlich wie ein „normaler Arbeitnehmer“ eingeordnet, oder sie sind „Beamte“, also Bedienstete, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen<sup>2</sup>. Die Rechtsverhältnisse der privatrechtlich Bediensteten regeln sich nach privatem Arbeits- und Tarifvertragsrecht, die der Beamten sind hingegen gesetzlich normiert, angefangen von den Arbeitsbedingungen bis zur Höhe des Gehaltes, das sich aus Anlagen zu den Besoldungsgesetzen ergibt. Dass es überhaupt „Beamte“ mit einer besonderen rechtlichen Stellung geben muss, folgt aus Art. 33 Abs. 4 GG. Danach ist die Ausübung „hoheitsrechtlicher Befugnisse“ als ständige Aufgabe Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, die also besondere Rechte (lebenslange Anstellung, Alimentationsanspruch, Fürsorgeanspruch) und besondere Pflichten haben (Streikverbot, Treuepflicht, insbesondere Pflicht zur Verfassungstreue).

Für den unvoreingenommenen Betrachter ist allerdings eine gewisse Merkwürdigkeit darin zu erkennen, dass sich die Tätigkeitsbereiche von privatrechtlichen Bediensteten und Beamten vielfach gar nicht unterscheiden. Besonders auffällig ist dies im Schuldienst. Manche Bundesländer verbeamten die Lehrerinnen und Lehrer, andere stellen sie „nur“ als Angestellte ein. Die Gehälter sind verschieden, die Beamten verdienen brutto bei gleicher Tätigkeit meist weniger, sind aber nicht sozialversicherungspflichtig und erhalten im Krankheitsfall „Beihilfen“ zu den Krankheitskosten.

---

\* Prof. Dr. hab. Gerrit Manssen, Universität Regensburg.

<sup>1</sup> Der folgende Beitrag entspricht in größeren Teilen Überlegungen, die der Verfasser im Rahmen eines Beitrags für die Ausbildungszeitschrift JURA im Jahr 2015 veröffentlichten wird.

<sup>2</sup> <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/Personal/Tabellen/Arbeitgeber.html;jsessionid=0B79C2DB4DDD8067FAE7FD0DB4BF69EB.cae3 vom 12.04.2015.>

Angestellte unterliegen dem normalen Kündigungsrecht (jedenfalls theoretisch, praktisch kommt es im öffentlichen Dienst so gut wie nie zu sog. betriebsbedingten Kündigungen bei unbefristeten Arbeitsverträgen, es besteht aber die Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverhältnissen), Beamte werden hingegen grundsätzlich auf Lebenszeit ernannt und können nur bei schweren Dienstverfehlungen durch ein förmliches (gerichtliches) Disziplinarverfahren aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden. Teilweise sind auch die Urlaubs- und Arbeitszeiten unterschiedlich, und dies alles, obwohl in der Schule und anderswo im öffentlichen Dienst Beamte und Angestellte häufig die gleiche Arbeit verrichten. Ob die Bundesländer vor allem ihre Lehrer verbeamten, hängt von der „Marktlage“ ab. Besteht ein Mangel an Bewerbern, wird versucht, die Bewerber mit einer Verbeamtung zu „locken“. Besteht einer ein (möglicherweise absehbarer) Mangel an Schülern, wird versucht, möglicherweise nur zeitlich befristet Personal zu gewinnen, von dem sich die öffentlichen Arbeitgeber später leichter wieder trennen können. Gelegentlich bestehen auch „ideologische“ Bedenken gegen das Berufsbeamtentum, so dass insbesondere politisch dem „linken“ Lager zuzurechnende Landesregierungen versuchen, Verbeamtungen von Lehrern zu vermeiden.

Die Sonderstellung der Beamten gegenüber Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst ist seit Jahrzehnten politisch umstritten. Insbesondere die Gewerkschaften fordern die Schaffung eines einheitlichen Dienstrechts für den Öffentlichen Dienst<sup>3</sup>. Ein besonderer Kritikpunkt seitens der Gewerkschaften besteht dabei darin, dass sich Beamte nicht an Arbeitskämpfen beteiligen dürfen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieses Verbotes gibt es zwar nicht. Das Streikverbot – so die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur – folge aber unmittelbar aus der Verfassung. Nach Art. 33 Abs. 5 GG sei das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Und dazu zähle auch das seit der Zeit der Weimarer Republik gesetzlich vorgesehene Streikverbot.

## 2. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EGMR

Neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) geben allerdings Anlass zu Überlegungen, ob am Streikverbot für Beamte auch in Zukunft festgehalten werden kann. Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert in Art. 11 die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie das ausdrückliche Recht, zum Schutz von gemeinsamen Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. In zwei die Türkei betreffenden Verfahren hat der EGMR möglicherweise auch für das deutsche Recht folgenreiche Feststellungen getroffen. Zu erwähnen ist zunächst eine Entscheidung aus dem Jahr 2008<sup>4</sup>. Ihr liegt eine Beschwerde gegen die Türkei wegen der Nichtanerkennung eines von einer Gewerkschaft mit einem öffentlichen Arbeitgeber geschlossenen Tarifvertrages durch die türkische Rechtsprechung zugrunde. Der EGMR stellte fest, Art. 11 EMRK verpflichte den Staat als Arbeitgeber, unabhängig davon, ob seine Beziehungen zu den Bediensteten dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen seien<sup>5</sup>. Zudem sei durch Art. 11 EMRK auch das Recht garantiert, Tarifverhandlungen mit öffentlichen Arbeitgebern zu führen und Tarifverträge abzuschließen. Der Vorbehalt des Art. 11 II EMRK sei nicht einschlägig, wenn es um Gemeindebedienstete ginge, die nicht „Angehörige der Staatsverwaltung“ seien.

<sup>3</sup> Siehe etwa die Stellungnahme der DGB-Vizevorsitzenden Ingrid Sehrbrock, <http://www.dgb.de/themen/++co+++ce7fb644-0903-11e0-44f5-00188b4dc422> vom 15.04.2015.

<sup>4</sup> Urteil vom 12.11.2008 – 34503/97 (Demir und Baykara/Türkei), NZA 2010, 1425 ff.

<sup>5</sup> Leitsatz 5 der Entscheidung.

Eine zweite wichtige Entscheidung aus dem Jahr 2009<sup>6</sup> betraf einen „Runderlass“ des Premierministers der Türkei, der Angehörigen des öffentlichen Dienstes die Teilnahme an gewerkschaftlichen Versammlungen und Streiks untersagte. Der EGMR hielt dieses von den türkischen Gerichten hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit bestätigte Verbot für einen Verstoß gegen Art. 11 EMRK und führte aus, auch der Streik sei ein von Art. 11 EMRK geschütztes Element der Interessendurchsetzung. Dies gelte auch im öffentlichen Dienst. Es könne zwar wegen des Vorbehaltes in Art. 11 II EMRK mit der Gewerkschaftsfreiheit vereinbar sein, Streiks von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausübten. Ein Streikverbot könne also bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes betreffen, aber nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst ausgesprochen werden.

Betrachtet man die beiden die Türkei betreffenden Entscheidungen des EGMR vom Standpunkt des deutschen Verfassungsrechts, so können weder Ergebnis noch Begründung überraschen. Nach deutschem Verfassungsrecht hätte man genauso entscheiden müssen, jedenfalls für die privatrechtlich Beschäftigten. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schützt zwar vom Wortlaut her nur das Recht, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) zu bilden. Unstreitig ist davon aber auch das Recht umfasst, mit der öffentlichen Hand Tarifverträge jedenfalls für diejenigen zu schließen, die privatrechtlich beschäftigt sind<sup>7</sup>. Und ein allgemeines Verbot der Teilnahme an gewerkschaftlichen Versammlungen und Streiks für alle im öffentlichen Dienst auf privatrechtlicher Grundlage Beschäftigten würden auch deutsche Gerichte für rechtswidrig ansehen. Insofern interpretiert der EGMR Art. 11 EMRK ganz ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht Art. 9 Abs. 3 GG.

Es bleibt aber die Frage: Was ist mit den Beamten im statusrechtlichen Sinn, für die das deutsche Recht Streiks und Tarifverträge einfachrechtlich und angeblich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 33 V GG) ausschließt? Sie ausnahmslos dem Vorbehalt des Art. 11 II Satz 2 EMRK als „Angehörige der Staatsverwaltung“ zu unterstellen, überzeugt kaum. Der EGMR tendiert eindeutig dazu, dass mit diesem Vorbehalt nur „klassische“ hoheitliche Staatsverwaltung gemeint ist, also quasi der Bereich, den das deutsche Grundgesetz mit dem sog. Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG erfassen will. Allein die Tatsache, dass Beamtenverhältnisse öffentlich-rechtlich eingeordnet werden, spielt keine Rolle, das hat der Gerichtshof ausdrücklich klargestellt<sup>8</sup>. Und eine Abwägung nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK rechtfertigt das deutsche allgemeine Streikverbot für Beamte nicht. Welche Gründe soll es aus EMRK-Sicht dafür geben, einem verbeamteten Lehrer den Streik zu verbieten, der dem angestellten Kollegen erlaubt ist? Dass ein allgemeines Streikverbot auch für Beamte im Bereich Daseinsvorsorge in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist (Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK), kann kaum begründet werden. Man könnte einzelnen Lehrern den Streik verbieten, damit noch jemand auf die Schüler aufpasst, wenn die anderen Lehrer streiken, das ließe sich rechtfertigen, aber nicht ein allgemeines und umfassendes Streikverbot. Und noch einmal: Die statusrechtlichen Besonderheiten (besondere Rechte und deshalb besondere Pflichten für Beamte) rechtfertigen eine Einschränkung von Art. 11 Abs. 2 EMRK (insbesondere des Streikrechts) nicht. Eine formale statusrechtliche Sichtweise wie in Deutschland ist der EMRK fremd, die Beschränkung ist nur funktionsbezogen möglich (Art. 11 Abs. 2 EMRK).

<sup>6</sup> Urteil vom 21.4.2009 – 68959/01 BeckRS 2010, 15878 (Enerji Yapi-Yol-Sen/Türkei).

<sup>7</sup> Siehe allgemein zur sog. Tarifautonomie BVerfGE 103, 293, 304 m. w. Nachw.

<sup>8</sup> EGMR NZA 2010, 1425 (LS 5).

Ergebnis: Das unterschiedslose Streikverbot für Beamte nach deutschem Beamtenrecht unabhängig von der Funktion, die ihnen zugewiesen ist, verstößt nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung der EGMR gegen Art. 11 EMRK und ist damit konventionswidrig<sup>9</sup>.

### 3. Umsetzung der Entscheidung im deutschen Recht

Es war eine Frage der Zeit, bis in Deutschland die Teilnahme von gewerkschaftlich organisierten beamteten Lehrerinnen und Lehrern nach den Entscheidungen des EGMR die Gerichte beschäftigen würde. Ein solcher Sachverhalt liegt einem aktuellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde<sup>10</sup>. Eine auf Lebenszeit verbeamtete Lehrerin (Mitglied der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft - GEW) nahm an einem gewerkschaftlich organisierten Streik teil. Sie versäumte drei Unterrichtstage und 12 Unterrichtsstunden (die sie allerdings später nachholte). Gegen die Beamtin wurde deshalb ein Disziplinarverfahren eingeleitet, woraufhin sie mit einer Geldbuße von 1500 Euro belegt wurde. Hiergegen klagte sie vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf.

In erster Instanz hob das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Disziplinarverfügung auf<sup>11</sup>. Zwar dürfe eine Beamtin nicht streiken, dies ergäbe sich als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums aus Art. 33 V GG und aus dem einfachen Beamtenrecht. Aber das deutsche Beamtenrecht sei mutmaßlich mit Art. 11 EGMR nicht vereinbar und damit konventionswidrig. Normhierarchisch bleibe zwar das Streikverbot bestehen, weil die EMRK das deutsche Recht nicht derogiere. Die Teilnahme am Streik durch eine Beamtin bleibe ein beamtenrechtlicher Pflichtverstoß. Eine Disziplinarmaßnahme dürfe aber nicht verhängt werden, es sei denn, die Beamtin falle unter den Vorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK (klassische Hoheitsverwaltung). Insofern müsse das Beamtenrecht völkerrechts- und damit EMRK-freundlich interpretiert werden.

Diese Entscheidung war mutig und gut vertretbar. Das Verwaltungsgericht Düsseldorf versucht, einen Ausgleich zwischen zwei eigentlich nicht miteinander vereinbaren Normbefehlen zu finden. Das Beamtenrecht (und möglicherweise die Verfassung) verbieten den Streik der Beamtin, die EMRK erlaubt ihn und verbietet der Bundesrepublik Deutschland, den Beamtenstreik außerhalb der engeren Hoheitsverwaltung generell zu verbieten. Deshalb muss sozusagen ein Kompromiss her, eine Art praktische Konkordanz. Für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts spricht vor allem, dass das Disziplinarrecht in gewissem Rahmen vom Opportunitätsgrundsatz geprägt ist. Es muss vor allem bei minder schweren Verstößen kein Disziplinarverfahren eingeleitet werden, wenn ein Beamter gegen seine Dienstpflichten verstößt. Es besteht damit die Möglichkeit, im Rahmen zulässiger Gesetzesinterpretation der Garantie des Art. 11 EMRK zur Geltung zu verhelfen. Das Gehalt kann für die Zeit einbehalten werden, in der die Beamtin keinen Dienst leistet (siehe für Bundesbeamte § 9 BBesG)<sup>12</sup>. Eine darüber hinausgehende Disziplinarmaßnahme wird aber nicht verhängt. Man behandelt also die Beamtin wie einen streikenden Arbeitnehmer. Eigentlich eine vernünftige Idee.

---

<sup>9</sup> So beispielsweise auch Polakiewicz/Kessler NVwZ 2012, 841, 842; Schlachter RdA 2011, 341, 347; Widmaier/Alber, ZEuS 2012, 387 ff.

<sup>10</sup> BVerwGE 149, 117 ff. Zu einem weiteren Fall siehe OVG Lüneburg BeckRS 2012, 51816.

<sup>11</sup> VG Düsseldorf BeckRS 2010, 56864.

<sup>12</sup> Ob das im konkreten Fall geschehen ist, ergibt sich aus den Entscheidungen nicht, rechtlich möglich wäre es gewesen.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat als Berufungsinstanz die Entscheidung des Verwaltungsgerichts allerdings aufgehoben und die Klage der Beamtin abgewiesen<sup>13</sup>. Es referiert zunächst lang und breit sattsam bekannte nationale Grundsätze zum Streikverbot für Beamte (Streikverbot als hergebrachter Grundsatz, besondere beamtenrechtliche Treuepflicht, ein Streik von Beamten wäre ein Streik gegen den demokratisch legitimierten Gesetzgeber usw.)<sup>14</sup>. Interessant ist, dass das Gericht sich auch mit der Änderung von Art. 33 Abs. 5 GG befasst, die durch verfassungsänderndes Gesetz vom 28.8.2006<sup>15</sup> vorgenommen wurde<sup>16</sup>. War bis dahin das Berufsbeamtentum nur unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze „zu regeln“, ist es nun mehr auch „fortzuentwickeln“. Diese Fortentwicklungsklausel erlaube es – so das OVG Münster – allerdings nicht, im Beamtenrecht ein Streikrecht einzuführen, da keine Änderungen vorgenommen werden dürften, die mit dem von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbild des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang gebracht werden könnten<sup>17</sup>. Das OVG befindet sich damit auf einer Linie mit dem BVerfG, welches der Fortentwicklungsklausel bisher auch keine besondere Bedeutung abgewinnen konnte<sup>18</sup>.

Damit wird aber möglicherweise ein wichtiger Aspekt kleingeredet. Denn dass Weiterentwicklungen des Berufsbeamtentums in gewissem Rahmen zulässig sind, war nie streitig, auch vor der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um die „Fortentwicklungsklausel“ nicht. Alle normgeprägten Garantien (man bezeichnet sie auch als „Institutsgarantien“ oder „institutionelle Garantien“) wie etwa die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Ehe oder das Eigentum nach Art. 14 Abs. 2 GG müssen mit der Zeit vom einfachen Gesetzgeber angepasst werden<sup>19</sup>. Art. 33 Abs. 5 GG verlangt ebenfalls nicht, dass für die Beamten alles so bleiben muss wie unter der Weimarer Reichsverfassung. Die Fortentwicklungsklausel hat nur dann einen Sinn, wenn damit die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gegenüber den hergebrachten Grundsätzen jedenfalls besonders betont werden sollte. Weiterzuentwickeln ist das deutsche Recht und auch das Beamtenrecht in vielen Bereichen vor allem unter dem Einfluss (bzw. Druck) des Unionsrechts und der EMRK<sup>20</sup>. Die Wechselwirkungen zwischen Unionsrecht (EUV, AEUV, GRCh), EMRK und nationalem Verfassungsrecht ist seit Jahren das Thema der aktuellen verfassungsrechtlichen Diskussion um den Grundrechtsschutz im „Mehrebenensystem“ überhaupt. Wenn nicht zur Aufnahme von Vorgaben des Unions- und EMRK-Rechts, wozu sonst soll die Fortentwicklungsklausel eigentlich dienen? Es geht im Übrigen auch nicht darum, dass ganze deutsche Berufsbeamtentum mit seinen hergebrachten Prinzipien wie dem Streikverbot vollständig über Bord zu werden. Das wäre in der Tat von der Fortentwicklungsklausel des Art. 33 V GG nicht gedeckt. Polizisten und Feuerwehrleute sowie Beamte etwa der allgemeinen inneren Verwaltung werden auch in Zukunft nicht streiken dürfen. Anpassungen sind allerdings in dem Bereich nötig und auch erlaubt, in dem Beamte typischerweise keine Hoheitsaufgaben ausführen, vor allem bei den Lehrerinnen und Lehrern. Dafür bräuchte man die Fortentwicklungsklausel, sonst ist sie überflüssig. Allerdings: Die Weiterentwicklung ist Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte.

<sup>13</sup> OVG Münster NVwZ 2012, 890 ff.

<sup>14</sup> Zum Streikverbot im nationalen Recht Schubert AöR 117 (2012), 92, 95 ff.

<sup>15</sup> BGBl. I S. 2034.

<sup>16</sup> OVG Münster NVwZ 2012, 890, 894.

<sup>17</sup> OVG Münster NVwZ 2012, 890, 894; ebenso Traulsen, JZ 2013, 65, 69.

<sup>18</sup> BVerfGE 119, 247, 273. und BVerfGE 130, 263, 297.

<sup>19</sup> Siehe zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs etwa Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 12. Aufl. 2015, Rn. 683.

<sup>20</sup> Vgl. auch Schröder AuR 2013, 280 ff.; Werres, DÖV 2011, 873 ff.



In der Tat wäre die Anerkennung eines Streikrechts für Beamte keine zulässige Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, sondern eine Rechtsänderung, für die schon wegen der Wesentlichkeit der Änderung der Gesetzgeber zuständig ist.

Schließlich versteht das OVG Münster die Entscheidungen des EGMR zu den Fällen des türkischen öffentlichen Dienstes gar nicht so, dass daraus folge, dass Beamten ein Streikrecht zustehe<sup>21</sup>. Dazu wird ein Sammelsurium an Argumenten vorgebracht. Die EMRK sei innerstaatlich dem Verfassungsrecht und damit dem Streikverbot des Art. 33 Abs. 5 GG nachgeordnet. Die Urteile seien in Englisch bzw. Französisch verfasst, so dass sich bei der Übersetzung Missverständnisse und Fehler ergeben könnten. Der Senat bemüht dann seine eigenen Französischkenntnisse und meint unter intensiver Betrachtung französischer Rechtsbegriffe (Was ist ein „fonctionnaire“?), ein Streik von Beamten im statusrechtlichen Sinn sei nicht Gegenstand der Entscheidung des EGMR gewesen<sup>22</sup>. Die Rechtslage in der Türkei sei zudem eine andere als in Deutschland, in Deutschland würden Gemeindebedienstete zweifellos Hoheitsgewalt ausüben (anders als vielleicht in der Türkei, so genau hätte die Türkei das nicht vorgetragen). Die Entscheidungen würden weiterhin unmittelbar nur die Türkei binden und zur Beachtung verpflichtet, nicht die Bundesrepublik Deutschland. Zudem habe der Gerichtshof eine Beweislastentscheidung getroffen, die Türkei habe vielleicht zu formal argumentiert und nicht genügend überzeugende Argumente geliefert. Unausgesprochen hofft der Senat wohl, dass gegebenenfalls der deutschen Seite bei einer Verhandlung vor dem EGMR Besseres einfallen würde.

Alle diese Aspekte sind in gewissem Rahmen richtig. Sie lenken aber letztlich erfolglos vom entscheidenden Punkt ab: In Deutschland folgt das Streikverbot aus dem Status eines Bediensteten (= wer Beamter ist, darf nicht streiken, egal in welcher Funktion er tätig ist). Art. 11 EMRK und den EGMR interessiert der Status hingegen nicht, sondern die Funktion, in der ein Bediensteter eingesetzt wird. Wird Staatsgewalt im engeren Sinne ausgeübt, kann das Streikrecht nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK generell ausgeschlossen werden, ansonsten nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK nur unter einer sehr strengen Abwägung. Die deutsche und die EGMR- Sichtweise sind nicht miteinander vereinbar<sup>23</sup>. Weil aber die Bundesrepublik völkerrechtlich zur Beachtung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR verpflichtet ist, wird sich langfristig die funktionsbezogene Sichtweise der europäischen Ebene durchsetzen. Das kann man bedauern, aber die Augen davor zu verschließen und nur das hohe Lied der Besonderheiten des Berufsbeamtentums zu „singen“, hilft nicht weiter.

Die langen (teilweise länglichen) Ausführungen des OVG Münster fanden auch nur zum Teil eine Bestätigung in der Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)<sup>24</sup>. Zunächst teilt das BVerwG die Auffassung, dass ein Streikverbot für Beamte unmittelbar aus Art. 33 Abs. 5 GG folge<sup>25</sup>. Auch die Fortentwicklungsklausel erlaube nicht die Einführung eines Streikrechts, ein solcher tiefgreifender Eingriff würde das Wesen der Institutsgarantie Berufsbeamtentum verändern<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> OVG Münster, NVwZ 2012, 890, 895. So auch Lindner, DÖV 2011, 305 ff.

<sup>22</sup> OVG Münster, NVwZ 2012, 890, 896.

<sup>23</sup> Anders Lindner, DÖV 2011, 305, 308.

<sup>24</sup> BVerwGE 149, 117 ff. Siehe dazu von der Weiden jurisPR-BVerwG 10/2014 Anm. 2, Steinau-Steinrück/Sura NZA 2014, 580 ff.

<sup>25</sup> BVerwGE 149, 117, 121 ff.

<sup>26</sup> BVerwGE 149, 117, 123 ff.

Das BVerwG versteht dann die Rechtsprechung des EGMR zutreffend anders als das OVG Münster<sup>27</sup>. Einschränkungen der Koalitionsfreiheit von Staatsbediensteten seien nach der Rechtsprechung des EGMR nur zulässig, wenn dies aus Gründen der Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen dringend geboten sei<sup>28</sup>. Das könne generell, d. h. unabhängig von einem konkreten Anlass, nur für die Bediensteten angenommen werden, die in Streitkräften, Polizei und Staatsverwaltung i. S. v. Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK, d. h. in der (klassische) Hoheitsgewalt ausübenden Verwaltung eingesetzt seien<sup>29</sup>. Dies wird von der überwiegenden Literatur genauso gesehen<sup>30</sup> und ist überzeugend. Derzeit – so führt das BVerwG weiter aus – seien die Rechte aus Art. 11 I EMRK für die Beamten allerdings nicht durchsetzbar. Es bestände keine tariffähige Situation, da ja der Gesetzgeber die Vergütung der Beamten festlege und ein Tarifvertrag nicht geschlossen werden könne<sup>31</sup>. Diesen Konflikt könne nur der (einfache) Gesetzgeber auflösen<sup>32</sup>.

Der Verweis auf den Gesetzgeber überrascht zunächst ein wenig, da ja der Senat am Anfang ausführlich begründet hat, dass das Streikverbot unmittelbar und für den einfachen Gesetzgeber als hergebrachter und zu beachtender Grundsatz unabänderlich aus Art. 33 V GG folge. Was soll der einfache Gesetzgeber dann anderes regeln? An dieser Stelle wäre etwas mehr Deutlichkeit in der Begründung hilfreich gewesen. Das BVerwG meint wohl, dass sich trotz Art. 33 V GG auch der Senat vorstellen kann, dass für bestimmte Beamte, die typischerweise in der Daseinsvorsorge tätig sind, ein Streikrecht eingeführt wird und es nur für klassische Hoheitsbeamte ausgeschlossen wird. Deutlich macht dies der Leitsatz 2 der Entscheidung: „Ein umfassendes Recht auf Tarifverhandlungen und kollektive Kampfmaßnahmen ist mit tragenden Strukturprinzipien der durch Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 gewährleisteten Institution des Berufsbeamtentums unvereinbar“<sup>33</sup>. „Umfassend“ soll das Streikrecht aber auch gar nicht anerkannt werden, sondern partiell für Beamte ohne im engeren Sinne hoheitliche Funktionen. Die Anerkennung eines Streikrechts wäre eine derart weitgehende Änderung des deutschen Beamtenrechts, dass zumindest der einfache Gesetzgeber gefordert ist<sup>34</sup>.

Schließlich: 1500 Euro Geldstrafe für die Beamtin wegen ihres rechtswidrigen Streiks erscheinen dem BVerwG zu hoch, 300 Euro hätten auch gereicht, so der Senat<sup>35</sup>. Damit nähert sich das BVerwG fast der erstinstanzlichen Entscheidung des VG Düsseldorf an, das ja der Meinung war, eine Sanktionierung habe ganz zu unterbleiben.

<sup>27</sup> BVerwGE 149, 117, 126 ff.

<sup>28</sup> BVerwGE 149, 117, 129.

<sup>29</sup> BVerwGE 149, 117, 129.

<sup>30</sup> Fütterer EuZA 2011, 505 ff.; Niedobitek ZBR 2010, 361 ff.; Polakiewicz/Kessler NVwZ 2012, 841 ff.; Schröder AuR 2013, 280 ff.; Schubert AöR 137 (2012), 92 ff.; Traulsen JZ 2013, 65 ff.

<sup>31</sup> BVerwGE 149, 117, 131.

<sup>32</sup> BVerwGE 149, 117, 133.

<sup>33</sup> BVerwGE 149, 117.

<sup>34</sup> BVerwGE 149, 117, 133 f.

<sup>35</sup> BVerwGE 149, 117, 139.

#### 4. Wird es künftig ein Beamtenstreikrecht in Deutschland geben?

Dass das höchste deutsche Verwaltungsgericht feststellt, dass das Streikverbot für Beamte gegen die EMRK verstößt, sollte eigentlich Anlass für den Gesetzgeber sein, sich Überlegungen zu einer Reform des öffentlichen Dienstrechts zu machen. Es war ohnehin eine Frage der Zeit, bis das unsystematische, teilweise willkürliche Nebeneinander des Einsatzes von Arbeitnehmern und Beamten für die oft gleiche Aufgabe rechtlich in Frage gestellt würde. Dass die derzeitige „GroKo“ in Berlin den Ehrgeiz hat, in quasi vorausseilendem Gehorsam gegenüber dem EGMR Reformen in diesem Bereich auf den Weg zu bringen, muss allerdings bezweifelt werden. Man wird wohl in bewährter Manier abwarten, ob und wann eine Entscheidung des EGMR ergeht, die speziell Deutschland betrifft. Erst wenn es zu einer Verurteilung Deutschlands kommen sollte (was man allerdings erwarten kann), würde wohl begonnen werden, sich Gedanken über eine Reform im unbedingt nötigen Umfang zu machen.

Für eine Reform des Streikrechts gäbe es zumindest zwei grundsätzliche Optionen<sup>36</sup>. Die erste wäre, Beamte nur noch dort einzusetzen, wo der generelle Ausschluss des Streikrechts mit Art. 11 EMRK vereinbar wäre, also etwa Lehrer und Hochschullehrer nicht mehr zu verbeamten. Dies würde einer engen Interpretation des Art. 33 Abs. 4 GG entsprechen. Die aktuellen Probleme würden sich damit aber erst in 30 bis 40 Jahren lösen lassen, weil die „Bestandsbeamten“ nicht per Federstrich des Gesetzgebers zu Angestellten gemacht werden könnten, aber auch ihnen das Streikrecht nach Art. 11 EMRK zustehen würde, wenn sie nicht genuin hoheitlich tätig sind<sup>37</sup>.

Es wird daher kaum etwas anderes übrig bleiben, als in den für die Traditionalisten des deutschen Beamtenrechts „sauren Apfel“ zu beißen und Beamten allgemein ein Streikrecht zuzugestehen, wenn sie nicht in klassischer Weise hoheitlich tätig sind. Da sich die herrschende Meinung und Rechtsprechung sehr in ihre These festgebissen hat, das Streikrecht von Beamten sei generell von Art. 33 Abs. 5 GG ausgeschlossen, dürfte aus Gründen der Rechtssicherheit aber eine Verfassungsänderung geboten sein, es sei denn, h. M. und Rechtsprechung bemühen sich mehr als bisher, die Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG mit Leben zu füllen. Immerhin sieht das BVerwG eine einfachgesetzliche Weiterentwicklung für möglich an<sup>38</sup>, ein erster Schritt in die richtige Richtung.

Eine weitere Frage ist, wer im Falle der Anerkennung eines Streikrechts der Beamten mit wem Tarifverträge abschließen soll. Bisher werden die Bezüge der Beamten sowie die sonstigen Arbeitsbedingungen durch Gesetz festgelegt. Aber auch dafür gibt es Modelle. Einmal ist es denkbar, dass der Gesetzgeber künftig für die Beamtenbesoldung auf Tarifverträge verweist. Möglich wäre es auch, dass der Inhalt von Vereinbarungen zwischen der Exekutive und den Gewerkschaften den Parlamenten zur Zustimmung vorgelegt wird. Wenn die Anpassung der Besoldungsregelungen ausbleibt, würden die Gewerkschaften weiter streiken dürfen. Dies wäre zwar theoretisch ein Streik „gegen das Parlament“. Aber dieses Argument sollte man nicht zu sehr überhöhen, erst recht lässt sich nicht von einer „absurden Vorstellung“ sprechen<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Eine weitere – hier nicht zu vertiefende Idee – bestände darin, den sog. dritten Weg des kirchlichen Arbeitsrechts auf die Beamten zu übertragen. Dazu Greiner DÖV 2013, 623 ff.

<sup>37</sup> Siehe auch Traulsen JZ 2013, 65, 70.

<sup>38</sup> BVerwGE 149, 117, 133 f.

<sup>39</sup> So etwa Lindner DÖV 2011, 305, 306.

Denn wenn man ehrlich ist: Was machen die Parlamente heute anderes, als das durchzuwinken, was Ihnen von Regierungsseite als Übertragung der Tarifentwicklung auf die Beamten vorgeschlagen wird? Nichts. Und ist es das Problem der Beschäftigten, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner von ihm gemachten Gesetze zur Anpassung der Besoldung eine Zustimmung des Parlamentes braucht? Nein, das ist Sache des Arbeitgebers, also des Bundes oder des Landes.

## 5. Fazit

Die Entscheidung des BVerwG, die deutschen Beamten (und Beamtinnen) trotz der Judikatur des EGMR derzeit noch kein Streikrecht zuerkennen mag, ist im Ergebnis richtig. Eine solche grundlegende Änderung müsste der Gesetzgeber einleiten, zumal sich weitere Fragen stellen, vor allem im Bereich des Tarifrechts, die zu regeln wären. Spätestens wenn es zu einer Verurteilung Deutschlands durch den EGMR kommen sollte, weil wegen des absoluten und generellen Verbotes des Beamtenstreiks in Deutschland gegen Art. 11 EGMR verstoßen wird, wird der Gesetzgeber handeln müssen.

## Literaturverzeichnis

Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 12. Aufl. 2015.

Monika Schlachter, Beamtenstreik im Mehrebenensystem – Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Wirkungen auf das deutsche Recht, in: RdA 6/2011.

Ulrich Widmaier/ Siegbert Alber, Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 2012.

Wendeling-Schröder Rechtsprechung - Entscheidung mit Anmerkung - Arbeitgeberfrage nach Gewerkschaftszugehörigkeit im tarifpluralen Betrieb - HessLAG v. 7.11.12, 12 Sa 654/11, Arbeit und Recht : AuR ; deutsches und europäisches Arbeitsrecht Vol. 61, No. 10 (2013).

Steffan Werres, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht – Aktuelle Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 2011.

Josef Franz Lindner, Dürfen Beamte doch Streiken?, DÖV 2011.

Robert von Steinau-Steinrück/Stephan Sura, (Noch) kein Streikrecht für Beamte - Der öffentliche Dienst im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und EMRK, NZA 2014.

Stefan Greiner, Bonn, EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge – oder: Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann, DÖV 2013.

Patrick Fütterer, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK (Demir Baykare und andere), EuZA Bd. 4, 2011. Matthias Niedobitek, Denationalisierung des Streikrechts, ZBR Heft 11/2010 .

Jörg Polakiewicz/Adriann Kessler, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen – Die Bedeutung der Rechtssprechung des EGMR für deutsche Gerichte, NVwZ 2012.

Christian Traulsen, Das Beamtenstreikverbot zwischen Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, JZ 2013.

## Rechtsprechung

Urteil vom 12.11.2008 – 34503/97 (Demir und Baykara/Türkei), NZA 2010, 1425 ff.

Urteil vom 21.04.2009 – 68959/01 BeckRS 2010, 15878 (Enerji Yapi-Yol-Sen/Türkei).

BVerfGE 103, 293, 304 m. w. Nachw.

EGMR NZA 2010, 1425 (LS 5).

BVerwGE 149, 117 ff.

OVG Lüneburg BeckRS 2012, 51816.

VG Düsseldorf BeckRS 2010, 56864.

OVG Münster NVwZ 2012, 890 ff.

BGBl. I S. 2034.

BVerfGE 119, 247, 273.

BVerfGE 130, 263, 297.

OVG Münster, NVwZ 2012, 890, 895.

BVerwGE 149, 117.

Varia

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/Personal/Tabellen/Arbeitgeber.html;jsessionid=0B79C2DB4DDD8067FAE7FD0DB4BF69EB.cae3> vom 12.04.2015.

Ingrid Sehrbrock, <http://www.dgb.de/themen/++co++ce7fb644-0903-11e0-44f5-00188b4dc422> vom 15.04.2015.

## Summary

The German public service approximately 4.7 million people are employed. The legal relationships of private law officials governed by private labor and collective bargaining law, which, however, are established by a legislative, ranging from working conditions to the level of content, resulting from assets to the laws of the grade officials. Officials have been no right to strike. The decision of the Federal Administrative Court, the German officials (and officers), despite the case law of the ECtHR still may grant no right to strike is the result correctly.

### Keywords:

public service, official, clerk, executive, right to strike, civil service law, Federal Administrative Court.

Rainer Arnold\*  
Regensburg

# Beweisverbote und Verfassungsrecht

## 1. Der Einfluss des Grundgesetzes auf das Strafprozessrecht

Der moderne Konstitutionalismus in Europa gründet sich wesentlich auf den Primat der Verfassung. Dies ist der moderne Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, das nicht nur Legalität, sondern gerade die Konstitutionalität aller staatlichen Gewalt umfasst. Alle Bereiche des Rechts sind deshalb vom Verfassungsrecht durchdrungen. Dies gilt in besonderer Weise für den Strafprozess, der das Verfahren bereithält, die Wahrheit über eine Straftat zu erforschen, um den staatlichen Strafanspruch zu verwirklichen.

Im Strafverfahren manifestiert sich mit Deutlichkeit das vertikale Verhältnis von Staat und Individuum. Die Ahndung einer Straftat greift tief in die Sphäre des einzelnen ein; sowohl Strafausspruch aber auch Strafverfahren sind deshalb in besonderer Weise „verfassungsnah“. Die normative Ausgestaltung des Strafverfahrens und die Anwendung der strafprozessualen Möglichkeiten müssen der Verfassung entsprechen, insbesondere den Grundrechten und den justiziellen Garantien Geltung verschaffen.

Nicht nur die nationale Verfassung, in Deutschland das Grundgesetz, sondern auch die anderen europäischen Verfassungsordnungen, die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) (sie ist funktionelles Verfassungsrecht!) und für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die EU Grundrechtecharta (EU GRCh), soweit sie auch die Mitgliedstaaten bindet, sind in die Betrachtung einzubeziehen<sup>1</sup>. Diese drei funktionellen Verfassungsebenen bilden trotz ihrer normativen Selbstständigkeit eine *funktionelle Einheit*, die sich insbesondere in der wachsenden Konvergenz der Interpretation der Individualrechte zeigt. So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, dass die deutschen Grundrechte im Lichte der Straßburger Rechtsprechung, als im Lichte der Interpretation der EMRK ausgelegt werden müssten: andernfalls würde nicht nur die Konvention verletzt, sondern es läge zugleich auch ein Verstoß gegen die deutschen Grundrechte vor<sup>2</sup>.

Das strafprozessuale Beweisrecht ist in besonderer Weise vom Verfassungsrecht geprägt: Von herausragender Bedeutung ist die Garantie der Menschenwürde (Art. 1.1 GG) und mit ihr verbundenen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2.1 GG), ein Recht, das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu einem allgemeinen Recht auf Freiheit, dem „Muttergrundrecht“ erweitert wurde, das durch spezielle Grundrechte konkretisiert wird, aber zugleich die Basis für die Erschließung „neuer, unbenannter“ Grundrechte oder jedenfalls neuer Grundrechtsaspekte bildet<sup>3</sup>.

---

\* Prof. Dres. h.c. Rainer Arnold, Universität Regensburg

<sup>1</sup> Vgl. R. Arnold, European Constitutionalism and Criminal Procedure, Ayşe Nuhuğlu, M. Sinan Altunç, Cerem Zeynep Pirim (dir.), Prof. Dr.Feridun Yenisey'e Armağan. Festschrift für Feridun Yenisey, Cilt I, Istanbul,2014, p. 795 – 805.

<sup>2</sup> BVerfG, Görgülü, 2004 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html/](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html/) Rz. 32, 33, 63.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32, 36.

Art. 2.1 GG in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1.1 GG) ist ein beinahe unbeschränkter Quell für Persönlichkeitsrechte, aus dem das BVerfG in dynamischer Rechtsprechung immer neue Schutzgarantien „schöpft“<sup>4</sup>. Es zeigt sich gerade hier die grundsätzliche Aufgabe der Verfassung, das Individuum *substanziell und funktionell effizient* zu schützen<sup>5</sup>. Dies bedeutet, dass nicht der geschriebene, den Geist der Zeit der Verfassungsschöpfung widerspiegelnde Text ausschlaggebend sein kann, sondern der in jeder Verfassung immanent vorhandene Auftrag, den Schutz des Individuums über den geschriebenen Text hinaus zu vervollständigen und substanziell für alle Gefahren der Freiheit, seien sie gegenwärtig oder zukünftig, vorzusorgen. Funktionelle Effizienz bedeutet dabei, dass der Grundrechtsschutz durch den Gesetzgeber nicht ausgehöhlt werden darf, dass insbesondere der Wesensgehalt der Grundrechte erhalten bleiben muss (vgl. Art. 19.2 GG) und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Abwägung von öffentlichem und individuellem Interesse gewahrt wird. Dieser Grundsatz, der in gleicher Struktur auch im polnischen Verfassungsrecht bekannt ist, hat sich im europäischen Bereich, aber auch darüber hinaus zu einem flexiblen Instrument der Grenzziehung zwischen Freiheit und Allgemeininteresse entwickelt, das auf dem Prinzip der Freiheit des Individuums basiert und die notwendigen Einschränkungen dieses Prinzips als eng bemessene, legitimationsbedürftige Ausnahmen erfasst<sup>6</sup>.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das auf der Grenzlinie zwischen Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip steht, ist in unserem Zusammenhang von höchster Bedeutung und dient als Maßstab für die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter gerade auch im Beweisrecht. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) bedient sich häufig dieses Prinzips, soweit nicht die Garantie der Menschenwürde selbst, die keinerlei Abwägung zugänglich ist, betroffen ist. Der „Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung“ (eine inzwischen verfestigte Formel des BVerfG<sup>7</sup>) ist frei von Eingriffen der öffentlichen Gewalt; die Menschenwürde verbietet jegliche Abwägung mit einem anderen Rechtsgut.

Aber auch die übrigen Grundrechte und die objektiven verfassungsrechtlichen Justizgarantien, die in der Rechtsprechung als grundrechtsgleiche Rechte qualifiziert werden, sind wesentlich für das Strafprozessrecht.

Grundrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit sind strukturell verschieden, funktionell aber eng verbunden. Die Kernaspekte des Rechtsstaatsprinzips, die Bestimmtheit des Gesetzes (besonders auch des Strafgesetzes, in der speziellen Form des Art. 103 GG), der Legalitätsgrundsatz, erweitert durch den Primat der Verfassung, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besitzen hohe Schutzfunktion und sind deshalb notwendige Ergänzungen des individuellen Grundrechtsschutzes.

Nicht nur auf die Grundrechte, sondern auch auf das Rechtsstaatsprinzip wirkt dabei das außerstaatliche Recht ein, so dass in der Rechtsprechung immer wieder angeführte *fair trial* – Gebot der EMRK. Lange Jahrzehnte war das BVerfG auf sich selbst konzentriert und hat die EMRK fast vollständig ignoriert (wohl aus dem Grund, dass sie aufgrund der deutschen Transformationslehre nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes besitzt).

<sup>4</sup> Vgl. F. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 11.

<sup>5</sup> Vgl. R. Arnold, Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus, in: Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen, M.-E. Geis, M. Winkler, Chr. Bickenbach (Hrsg.), 2015, 3 – 10.

<sup>6</sup> Vgl. R. Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, *Revue française de droit constitutionnel*, numéro spécial, 25 ans de droit constitutionnel, no 100 (Décembre 2014), pp. 769 – 776.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG Beschluss vom 24. Februar 2015 - 1 BvR 472/14, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224\\_1bvr047214.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224_1bvr047214.html) sowie Beschluss vom 07. Mai 2013 - 2 BvR 1981/06, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507\\_2bvr090906.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507_2bvr090906.html), Rz. 82

Doch war ein erster Ansatz für „offene Staatlichkeit“ (ein vom BVerfG selbst entwickeltes Verfassungsprinzip!)<sup>8</sup> die Übernahme der Unschuldsvermutung aus Art. 6.2 EMRK in den deutschen Rechtsstaatsbegriff<sup>9</sup>. Seit geraumer Zeit nunmehr verfolgt das BVerfG den Ansatz einer „harmonisierenden Interpretation“ des deutschen Rechts anhand der internationalen Standards, besonders der EMRK, gestützt auf Art. 1.2 GG, dem Bekenntnis der Verfassung zu den universell anerkannten Menschenrechten. Auch das Rechtsstaatsprinzip wurde internationalisiert, die Beachtung des außerstaatlichen Rechts zum Verfassungsgebot erklärt<sup>10</sup>.

Das Strafverfahrensrecht ist zu einem der Prüfsteine für diese moderne Entwicklung geworden. Davon ist das Beweisrecht eines derjenigen Gebiete, die unter dem stärksten Verfassungseinfluss stehen. Die Gesetzgebung selbst hat die Vorgaben der Verfassungsrechtsprechung in den Text aufgenommen, besonders deutlich etwa bei den Voraussetzungen des Großen Lauschangriffs. Zahlreiche Verfassungsfragen sind aber nicht in der StPO ausdrücklich geregelt. Entscheidende Relevanz hat dabei die Rechtsprechung des BGH, die in dem noch immer häufig umstrittenen Fragen von einer lebhaft kontroversen wissenschaftlichen Debatte begleitet wird. Das BVerfG hat das letzte Wort, kann aber nur die spezifische Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und ihrer Anwendung überprüfen und muss sich der Legalitätskontrolle enthalten. Dementsprechend ist auch die Anzahl der Entscheidungen aus Karlsruhe auf dem Gebiet des Beweisrechts verhältnismäßig gering, wenngleich ihnen hohe Bedeutung für die Fortentwicklung oder Bestätigung der Verfassungskonzepte zukommt. Ein Blick auf die Rechtsprechung des BGH und auf die Literatur zeigt dabei, dass die vom BVerfG vertretenen Positionen durchweg auf Akzeptanz stoßen, wenngleich die Konsequenzen ihrer Anwendung bei strafprozessualen Fragen durchaus auch unterschiedlich bewertet werden.

Die verfassungsrechtliche Thematik zum Beweisrecht ist vielfältig. Es ist mir nun möglich, einige Grundlinien aufzuzeigen.

## **2. Zur verfassungsrechtlichen Dimension des Beweisrechts**

Das Beweisrecht setzt sich aus verschiedenen Schichten zusammen: es geht einmal um die Erhebung des Beweises, das Beweisthema, die Art und Weise und auch Methode der Erhebung, und es geht auch um die Frage der Verwertung eines bereits erhobenen Beweises<sup>11</sup>.

Gesetzlich festgelegt sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, dies allerdings nicht umfassend. Ungeschriebene, sich unmittelbar aus dem Verfassungsrecht ergebende Verbote haben deshalb erhebliche Bedeutung im Strafprozessrecht<sup>12</sup>.

Es ist an dieser Stelle schon darauf hinzuweisen, dass im deutschen Verfassungsrecht aus Gründen der Bestimmtheit und Rechtsklarheit der Gesetzgeber verpflichtet ist, die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen ausdrücklich festzulegen und dabei die verfassungsrechtlich gebotenen Eingriffsgrenzen zu beachten.

---

<sup>8</sup> Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, [in:] Armin von Bogdandy/Pedro CruzVillalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 2: Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg 2008, S. 3-35.

<sup>9</sup> BVerfGE 35, 311, 320.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG (FN 2), Rz. 62.

<sup>11</sup> Vgl. F.-C. Schroeder/T. Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 127.

<sup>12</sup> F.-C. Schroeder/T. Verrel, Rn. 137.



Diese Normierungspflicht des Gesetzgebers ergibt sich für den Bereich der Grundrechte aus der vom BVerfG entwickelten Schutzpflichttheorie<sup>13</sup>, einem heute gefestigten und in der Verfassungsrechtsprechung häufig verwendeten Konzept, und für den Bereich der objektiven Verfassungsnormen aus dem Rechtsstaatsprinzip selbst. Auch die erwähnten Justizgarantien der Art. 101-104 GG beinhalten funktionell eine Umsetzungsverpflichtung für den Gesetzgeber. Gerade das sensible Gebiet des Strafprozessrechts bedarf von Verfassungs wegen einer hinreichenden gesetzlichen Detaillierung. Die Beschränkung etwa des Großen Lauschangriffs auf Katalogtaten ist ein Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber die Funktion des Freiheitsschutzes wahrnimmt und auch der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen genüge tut. Unterlässt der Gesetzgeber eine Regelung überhaupt oder regelt er nicht umfassend eine Frage, so greift direkt das Verfassungsrecht ein und muss zur Lösung des konkreten Falles herangezogen werden. Allerdings kann nicht trotz fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage unter Rückgriff auf das Verfassungsrecht eine strafprozessuale Maßnahme durchgeführt werden. Dies verbietet der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ein Basiselement des Rechtsstaatsprinzips. Es ist deshalb konsequent, dass auch der BGH eine online Durchsuchung mit Trojaner Programmen für die Strafverfolgung wegen Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung im Strafprozessrecht für unzulässig ansieht<sup>14</sup>. Es versteht sich von selbst, dass auch eine detaillierte gesetzliche Regelung verfassungskonform interpretiert werden muss.

#### **A) Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1.1 GG)**

Das Menschenbild des Grundgesetzes ist das des autonomen Individuums, Subjekt nicht Objekt im Verhältnis zum Staat, im Prinzip frei, aber in der Gemeinschaft mit anderen nicht isoliert, sondern vielfältigen Bindungen unterworfen. Diese Bindungen müssen diese Individualität respektieren; sie bedürfen der Legitimierung und müssen sich auf das Notwendige beschränken. Die Menschenwürde verlangt einen innersten Bereich der privaten Lebensgestaltung, der staatlichen Bindungen nicht zugänglich ist. An ihnen schließt sich der Privatbereich (oftmals „schlichter Privatbereich“ genannt), der Beschränkungen zu Gunsten legitimer öffentlicher Interessen zugänglich ist, die aber nur im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind. Daran wiederum schließt sich der Sozialbereich, der stärkeren Bindungen unterliegt, dies aber immer unter Beachtung der Grundrechte und der Verhältnismäßigkeit<sup>15</sup>.

Der Große Lauschangriff, durch eine Änderung von Art. 13 GG verfassungsrechtlich ermöglicht, findet seine Grenze an der Menschenwürde, an diesem innersten Bereich der privaten Lebensgestaltung. Beweise dürfen insoweit nicht erhoben und verwertet werden<sup>16</sup>. Der Gesetzgeber hat dies aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht festzulegen; dies ist in den §§ 100 a. 4 und 100 c. 5 StPO geschehen. Dass ist praktisch nicht immer einfach ist, liegt auf der Hand. Es ist eine so genannte negative Kernbereichsprognose<sup>17</sup> anzustellen, die den Lauschangriff nur erlaubt, wenn es nicht wahrscheinlich ist, dass dieser Kernbereich erfasst wird.

<sup>13</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 53, 30, 55.

<sup>14</sup> BGHSt. 51, 211; Beulke, Rn.253 c.; ausführlich J. P. Graf, in BeckOK StPO, Hg. J. P. Graf, § 100a Rn.108 – 111; dazu die wichtige Entscheidung des BVerfG betreffend das Polizeirecht Nordrhein-Westfalens, dass ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informatorischer Systeme herausstellt, BVerfGE 120, 274.

<sup>15</sup> Zu dieser Spöhärentheorie des BVerfG vgl. eingehend F. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 12 Rn. 4 -8. Durchweg aufgegriffen in der strafprozessualen Literatur, vgl. Beulke, Rn. 470; Putzke/Scheinfeld, Rn. 415.

<sup>16</sup> BVerfGE 109, 279.

<sup>17</sup> W. Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 266

Sollte es sich während der Maßnahme dennoch ergeben, dass in ihn eingegriffen wird, müssen die Maßnahme sofort gestoppt und die Erkenntnisse gelöscht werden. Auch ein Verwertungsverbot ist damit verbunden. Wegen des Bezugs zu Menschenwürde dürfen auch Spuren, die sich hieraus ergeben würden, nicht weiter verfolgt werden<sup>18</sup>. Die Durchschlagskraft der Menschenwürde als oberster Wert der Rechtsordnung wird hier deutlich sichtbar.

Dass Lauschangriffe auf Betriebs- und Geschäftsräume nicht diese innerste Sphäre berühren und dass Gespräche über die Straftaten selbst inhaltlich nicht diesem Bereich zu gehören, erscheint konsequent und ergibt sich auch aus dem Gesetz (vgl. § 100 c. 4 StPO).

Mit der Garantie der Menschenwürde in Zusammenhang steht der klassische Fall des *Tagebuchs* als Beweismittel. Dies war selbst Gegenstand einer mit vier zu vier abgelehnten Verfassungsbeschwerde<sup>19</sup>. Das Meinungsbild ist hierbei unterschiedlich. Der Tendenz nach wird nicht primär darauf abgestellt, dass die Notiz in einem Tagebuch als Ort intimer Aufzeichnungen vorgenommen wird, sondern auf den Inhalt der Notiz selbst. Betrifft sie die Straftat, so ist dies kein Zeugnis über intime Vorgänge und deshalb nicht über die Menschenwürde geschützt<sup>20</sup>.

## **B) Die verfassungsrechtliche Bewertung von Gesetzesverstößen**

Die Frage insbesondere, ob unter Verstoß gegen Gesetzesvorschriften des Beweisrechts erlangte Beweise nicht verwertet werden dürfen, und auch die weitere Frage, wie mit „Zufallsfunden“ zu verfahren ist, die in Zusammenhang mit solchen Verstößen erfolgt sind, wird in Rechtsprechung und Literatur oft über eine Abwägung zwischen der Schwere des Fehlers und der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat zu lösen versucht. Dieser Ansatz über die Abwägung von Rechtsgütern wird vom BVerfG geteilt<sup>21</sup>.

Hinsichtlich dieser Frage ist zunächst zu klären, ob es sich bei dem Verstoß gegen gesetzliche Voraussetzungen der Beweiserhebung um Legalitätsverstöße oder um spezifische Verfassungsverstöße handelt. Dies hängt von der Funktion der gesetzlichen Anforderungen, gegen die verstoßen wurde, ab.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber selbst schon ein ausdrückliches Verwertungsverbot für bestimmte Verstöße normiert hat oder ob sich das Verwertungsverbot aus der Verfassung selbst ergibt. Auch die vom Gesetzgeber festgelegten Verwertungsverbote sind direkte Konkretisierungen von Verfassungsgeboten und stellen eine vom Gesetzgeber getroffene Abwägung zwischen verschiedenen Verfassungswerten dar.

---

<sup>18</sup> Beulke, ibd. und Rn. 476.

<sup>19</sup> BVerfGE 80, 367.

<sup>20</sup> Vgl. BGH NStZ 1998, 635.

<sup>21</sup> Beschluss vom 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08 (Abwägung nach Art des Verbotes und Gewicht des Verstoßes. - Eine Verletzung des Rechts auf faires, rechtsstaatliches Verfahren liege erst vor, wenn rechtsstaatlich zwingende Folgen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde). Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 30.6.2005, JuS 2006, 189; BVerfG Beschluss (Kammer) vom 24.2.2011-2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10: Abwägung; absolutes Verwertungsverbot bei Eingriff in den innersten Bereich der personalen Lebensgestaltung; Videoaufnahmen der Autos zur Abstandsmessung auf der Autobahn kein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht). Beschluss vom 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09 (CD aus Liechtenstein): Verwertungsverbot nur bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen; absolutes Verwertungsverbot nur, wenn Menschenwürde berührt wird. Innerster Bereich der persönlichen Lebensgestaltung verneint: BVerfG 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09.

Wichtige Beispiele sind das Unterbleiben der Belehrung über Rechte zur Zeugnis-, Auskunft- und Aussageverweigerung, des weiteren Mängel bei der Erfüllung der Voraussetzungen des Großen und Kleinen Lauschangriffs, der körperlichen Untersuchung<sup>22</sup>, der DNA – Feststellung, des Einsatzes von V-Leuten und verdeckten Ermittlern, etc.<sup>23</sup>.

Verfassungsrechtlich führt das Vorliegen eines solchen Fehlers zu einer Abwägung zwischen einerseits dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Wert der Verwirklichung des staatlichen *ius puniendi* und andererseits der individualbezogenen Grundrechte. Allerdings ist klar, dass es sich um die Bewältigung von fehlerhafter Gesetzesanwendung handelt, nicht um (bis zu einem gewissen Grade zulässige) Grundrechtseinschränkungen. Dennoch sind Abwägungen in diesem Zusammenhang unerlässlich und auch von der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH gedeckt.

Nur sehr bedingt kann allerdings die so genannte Widerspruchslösung<sup>24</sup> (d.h., dass die Verwertung nur durch den Widerspruch des Betroffenen gehindert wird) ein geeigneter Ansatz sein. Grundrechtsgüter sind auch objektive Werte, auf die nicht, etwa durch unterlassenen Widerspruch, verzichtet werden kann. Andererseits kann die Verletzung von direkt in der Verfassung normierten Voraussetzungen, wie in Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) für den Großen Lauschangriff, als Verfassungsverstoß gewertet werden, der eine Beweisverwertung verhindert. Ohne Zweifel resultiert, wie schon mehrfach erwähnt, ein Verwertungsverbot aus einem Fehler, der sich auf den Schutzbereich der Menschenwürde auswirkt. Dies bezieht sich auf den innersten Bereich der persönlichen Lebensgestaltung und auch auf das in der Menschenwürde wurzelnde Verbot des Zwangs zur Selbstbeschuldigung. Aber auch außerhalb dieser innersten Sphäre, wenn es sich nur um den so genannten schlichten Privatbereich<sup>25</sup> handelt, muss ein Verstoß gegen wichtige Werte zu einem solchen Verbot führen. Beispiele können sein: Anordnung des Großen Lauschangriffs nicht durch die vorgesehene Kammer des Landgerichts, Durchführung außerhalb der so genannten Katalogtaten des § 100c StPO, Wohnungsdurchsuchung ohne richterliche Anordnung, ohne dass (objektiv eindeutig erkennbar) Gefahr im Verzug vorliegt, unter Verletzung von § 136a StPO gewonnene Erkenntnisse usw.

Diesen Beweisverwertungsverböten ist dann auch Fernwirkung zuzumessen, zumindest wenn die aufgrund des nicht verwertbaren Beweises ermöglichten weiteren Ermittlungen den Grundrechtsverstoß „vertiefen“<sup>26</sup>.

Insgesamt kann man feststellen, dass das Verfassungsrecht im deutschen Strafprozessrecht durchaus adäquate Beachtung findet. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Menschenwürde. Außerhalb dieses Bereichs, im Rahmen der so genannten „schlichten“ Privatsphäre, für uns ein Verstoß gegen wichtige Rechtsgüter zu einem Verwertungsverbot, während im übrigen der Strafanspruch des Staates als vorrangig angesehen wird.

<sup>22</sup> Dazu auch BVerfG Beschluss vom 24.2.2011 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10: kein Beweisverwertungsverbot, wenn Richtervorbehalt nicht willkürlich oder zielgerichtet umgangen wird. Auch kein Verstoß gegen das Gebot des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens und auch nicht gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2.2 GG). Vgl. auch BVerfG Beschluss vom 28.7.2008 -2 BvR 784/08 zu § 81a StPO (kein Verwertungsverbot wegen Mängel bei Dokumentation und Begründung der Eilkompetenz).

<sup>23</sup> Vgl. die Auflistung bei Schroeder/Verrel, Rn.136.

<sup>24</sup> Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 5. Auf. 2013, S. 105.

<sup>25</sup> Zu diesem Begriff Beulke, Rn. 470.

<sup>26</sup> Beulke, Rn. 482, zum „rechtmäßigen hypothetischen Ersatzeingriff“ Rn. 483.

Die Abwägung zwischen gegensätzlichen Rechtsgütern erscheint hier als der einzig gangbare Weg, zu praktisch akzeptablen und auch theoretisch durchaus haltbaren Ergebnissen zu gelangen. Dass damit die Kasuistik eine große Rolle spielt, ist offensichtlich. Dies fordert die wissenschaftliche Diskussion und die Kooperation von Strafrecht und Verfassungsrecht besonders heraus.

## Bibliografie

R. Arnold, European Constitutionalism and Criminal Procedure, Ayşe Nuhoğlu, M. Sinan Altunç, Cerem Zeynep Pirim (dir.), Prof. Dr.Feridun Yenisey'e Armağan. Festschrift für Feridun Yenisey, Cilt I, Istanbul, 2014.

R. Arnold, Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus, in: Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen, M.-E. Geis, M. Winkler, Chr. Bickenbach (Hrsg.), 2015.

R. Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, Revue française de droit constitutionnel, numéro spécial, 25 ans de droit constitutionnel, no 100 (Décembre 2014).

W. Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012.

F. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 11.

F.-C. Schroeder/T. Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn.127.

F.-C. Schroeder/T. Verrel, Rn. 137.

Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, [in:] Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 2:Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg 2008, S. 3-35.

BVerfGE 6, 32, 36.

BVerfGE 35, 311, 320.

BVerfG (FN 2), Rz. 62.

BVerfGE 53, 30, 55.

BGHSt. 51, 211; Beulke, Rn.253 c.; ausführlich J. P. Graf, in BeckOK StPO, Hg. J. P. Graf, § 100a Rn.108 – 111  
BVerfGE 120, 274.

BVerfGE 109, 279.

BVerfGE 80, 367.

BGH NStZ 1998, 635.

Beschluss vom 2.7. 2009 – 2 BvR 2225/08.

BVerfG, Beschluss vom 30.6.2005, JuS 2006, 189.

BVerfG Beschluss (Kammer) vom 24. 2.2011-2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10.

Beschluss vom 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09 (CD aus Liechtenstein).

BVerfG 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09.

BVerfG Beschluss vom 24.2.2011 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10.

Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 5. Auf. 2013.

BVerfG Beschluss vom 24. Februar 2015 - 1 BvR 472/14, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224\\_1bvr047214.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224_1bvr047214.html); vom 12.04.2015.

Beschluss vom 07. Mai 2013 - 2 BvR 1981/06, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507\\_2bvr090906.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507_2bvr090906.html); vom 12.04.2015.

BVerfG, Görgülü, 2004 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html)/  
Rz. 32, 33, 63; vom 12.04.2015.

**Paweł Kuczma\***  
Polkowice

# Zrzeczenie się obywatelstwa polskiego

## Streszczenie

Zrzeczenie się obywatelstwa stanowi jeden ze sposobów zerwania więzi z państwem, którego jest się obywatelem. Z tego względu wymaga spełnienia pewnych wymogów o formalnym charakterze. W pierwszej części artykułu została przedstawiona definicja obywatelstwa oraz regulacje międzynarodowe normujące zagadnienie zrzeczenia się obywatelstwa. Następnie, po ukazaniu modeli utraty obywatelstwa, opisano elementy, które należy zawrzeć we wniosku o zrzeczenie się obywatelstwa polskiego. Przedmiotem rozważań było też ustalenie przesłanek, które Prezydent bierze pod uwagę dokonując oceny wniosku dla wyrażenia zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego. Ostatnia część pracy została poświęcona ukazaniu roli Prezydenta RP w procedurze zrzeczenia się obywatelstwa, który to wyraża zgodę na dokonanie tego aktu.

**Słowa kluczowe:** obywatelstwo, Prezydent, zrzeczenie się obywatelstwa, Konstytucja.

## 1. Uwagi wprowadzające

W wymiarze wewnętrznym obywatelstwo to „całokształt określonych przez prawo wewnętrznie wzajemnych praw i obowiązków jednostki i państwa, które odróżniają obywatela od cudzoziemca”<sup>1</sup>, a zatem stanowi ono swoistą więź prawną pomiędzy osobą fizyczną a państwem, z której wynikają wzajemne prawa i obowiązki<sup>2</sup>. Definicja ta nawiązuje do sentencji wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który orzekł, iż obywatelstwo to „więź prawną, której podstawą jest społeczny fakt przywiązania, rzeczywista solidarność egzystencji, interesów, uczuć, za którą idzie wzajemność praw i obowiązków”<sup>3</sup>. Pojęcie obywatelstwa w rozumieniu współczesnym ma swój początek u końca XVIII w., kiedy to w Europie na znaczeniu traciła chrześcijańska koncepcja o boskim pochodzeniu władcy, a jednostka zaczęła być traktowana jako podmiot praw i wolności obywatelskich i politycznych. Przełom nastąpił w wyniku rewolucji francuskiej, gdy miejsce poddanego monarchy zajął obywatel. W drugiej połowie XIX w. obywatelstwo oraz jego utrata były coraz częściej przedmiotem regulacji zarówno w prawie krajowym, jak i międzynarodowym<sup>4</sup>.

---

\* Dr Paweł Kuczma, Dolnośląska Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach.

<sup>1</sup> J. Sandorski, *Obywatelstwo polskie a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006, s. 54.

<sup>2</sup> B. Mielnik, *Zasada poszanowania obywatelstwa polskiego i zapewnienia opieki obywatelowi przebywającemu poza granicami kraju*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, Warszawa 2010, s. 470.

<sup>3</sup> Nottebohm (*Liechtenstein v. Guatemala*) 1955/25 – Judgment, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&p3=6> [dostęp: 22.08.2012]. Podaję za: J. Dyduch, *Bezpaństwowość*, [w:] A. Florczak (red.), *Organizacje międzynarodowe w działaniu*, Wrocław 2014, s. 401.

<sup>4</sup> J. Sandorski, op. cit., s. 55.

Wewnętrzny charakter obywatelstwa, a ściślej mówiąc traktowanie tej instytucji jako jeden z atrybutów władzy państwowej wykonywanej suwerennie powoduje, że państwa samodzielnie (i często odmiennie) regulują przypadki nabywania i utraty obywatelstwa („Każde państwo władne jest ustalić w swoim ustawodawstwie, kto jest jego obywatelem”<sup>5</sup>). Nie jest tu wyjątkiem także polski ustawodawca. Powszechność tego typu zjawiska powoduje jednak poważne niebezpieczeństwa dla jednostki, zwłaszcza gdy idzie o kwestię utraty obywatelstwa i arbitralności tego zjawiska. Z tego też względu na głównie na gruncie prawa międzynarodowego dąży się do ograniczenia konsekwencji negatywnych zjawisk związanych z utratą obywatelstwa.

Polska jest współcześnie związana kilkoma umowami międzynarodowymi odnoszącymi się do kwestii obywatelstwa. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stanowi, że nikt nie może być arbitralnie pozbawiony swojego obywatelstwa ani też nikomu nie może być odmówione prawo do zmiany obywatelstwa (art. 15 ust. 2). Wśród innych aktów należy wymienić: Konwencję w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie wraz z protokołem dotyczącym przypadków bezpaństwowości z 1930 roku oraz Konwencję o obywatelstwie kobiet zamężnych z 1957 roku. Jeżeli chodzi natomiast o umowy bilateralne łączące onegdaj Polskę z państwami byłego bloku państw socjalistycznych regulujące podwójne obywatelstwo (a dokładnie zniesienie takiego statusu) to zostały one już w zasadzie wypowiedziane<sup>6</sup>.

Rzeczpospolita Polska nie ratyfikowała natomiast Konwencji o statusie bezpaństwowców z 28 sierpnia 1954 r. Zdaniem Ministerstwa Spraw Zagranicznych „Konwencja przyznaje bezpaństwowcom takie prawa, jakie posiadają obywatele polscy, podczas gdy pozostali cudzoziemcy nabywają tego rodzaju uprawnienia dopiero po wieloletnim zamieszkiwaniu w Polsce, uzyskując zezwolenie na pobyt stały. W ocenie Ministerstwa Spraw Wewnętrznych przystąpienie Polski do omawianej konwencji może doprowadzić do niezasadnego uprzywilejowania apatrydów, a tym samym do wzrostu ich liczby na skutek zrzekania się dotychczasowego obywatelstwa. Wskazać należy, iż większość spośród bezpaństwowców (dane Urzędu do Spraw Cudzoziemców wskazują na liczbę mniejszą niż 1000 osób) przebywa w Polsce od wielu lat i pomimo ułatwień przewidzianych w ustawie o obywatelstwie polskim, nie ubiega się o nabycie obywatelstwa polskiego”<sup>7</sup>. Aktualnie w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych jest opracowywany wniosek o związanie Polski Konwencją o ograniczeniu bezpaństwowości z dnia 20 sierpnia 1961 r.

W 1999 roku Polska podpisała również Konwencję o obywatelstwie przygotowaną w ramach Rady Europy, która jest otwarta do podpisu od 1997 roku. Jest to pierwsza umowa międzynarodowa, która reguluje kompleksowo problematykę obywatelstwa. Konwencja weszła w życie 1 marca 2000 roku i aktualnie obowiązuje 18 państw. Polska dotychczas nie ratyfikowała tego aktu. Konwencja ta ma jednak duże znaczenie, gdy idzie o problematykę utraty obywatelstwa, gdyż wymienia enumeratywnie te sytuacje, w ramach których utrata obywatelstwa w prawie wewnętrznym Państw Stron, jest dozwolona.

<sup>5</sup> Art. 1 Konwencji z 30 kwietnia 1930 r. w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokół dotyczący przypadku bezpaństwowości (Dz. U. z 1937 r. Nr 77, poz. 568).

<sup>6</sup> M. Zdanowicz, Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o obywatelstwie polskim z dnia 29 stycznia 2009 r.

<sup>7</sup> Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych H. Mościckiej-Denys z 1 lipca 2014 r. – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 26509 w sprawie obecnego stanu ratyfikacji zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych z zakresu ochrony praw człowieka, <http://www.sejm.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=3345FA4E>, [dostęp: 2.04.2015].

Do przypadków tych należy:

- 1) dobrowolne nabycie innego obywatelstwa;
- 2) nabycie obywatelstwa Państwa Strony za pomocą oszustwa, fałszywej informacji lub ukrycia jakiegokolwiek istotnego faktu, który może być przypisany wnioskodawcy;
- 3) dobrowolna służba w obcych siłach zbrojnych;
- 4) postępowanie poważnie szkodzące żywotnym interesom Państwa Strony;
- 5) brak rzeczywistego związku między Państwem Stroną a obywatelem stale zamieszkującym za granicą;
- 6) ustalenie przed osiągnięciem przez dziecko pełnoletności, że warunki przewidziane przez prawo wewnętrzne, które doprowadziły do nabycia obywatelstwa Państwa Strony *ex lege*, nie są już spełniane;
- 7) przysposobienia dziecka, jeżeli nabywa lub ma ono obywatelstwo obce jednego lub obojga przysposabiających (art. 7 ust. 1 Konwencji).

## 2. Modele utraty obywatelstwa

Z nabyciem obywatelstwa wiąże się nierozzerwalnie kwestia jego utraty. Jednostka może bowiem zarówno nabywać obywatelstwo, jak i je tracić. W literaturze wskazuje się przy tym na trzy modele teoretyczne, w ramach których dochodzi do tego zdarzenia prawnego<sup>8</sup>.

W ramach pierwszego z nich, wyrażającego autonomię jednostki, obywatel może podjąć decyzję o rezygnacji z dotychczas posiadanego obywatelstwa bez konieczności uzyskiwania na to zgody właściwych organów państwowych lub też bez obowiązku wypełnienia przewidzianych prawem warunków. Wola jednostki ma tu zatem znaczenie pierwszorzędne i rozstrzygające, w związku z czym państwo nie bada zasadności i motywów decyzji obywatela i uznaje skutki oświadczenia w tym przedmiocie za wiążące.

Wyróżnia się również model, w którym to państwo zachowuje swobodę w pozbawianiu obywatelstwa określonych prawnie kategorii osób (bądź osób indywidualnie). Nie ma przy tym znaczenia okoliczność przebywania przez tracącego obywatelstwo terytorium tego państwa. W tym wypadku prawo państwa do pozbawiania obywatelstwa wywodzić można z faktu naruszenia przez jednostkę więzi łączącej ją z danym organizmem państwowym. Jest to konsekwencją postrzegania obywatelstwa jako zespołu uprawnień, ale i obowiązków spoczywających na obywatelu.

Wreszcie w ramach trzeciego, najczęściej występującego współcześnie modelu, uznaje się, że do utraty przez jednostkę obywatelstwa dochodzi w wyniku współdziałania. Zarówno jednostka, jak i państwo muszą podjąć współdziałanie w celu przerwania stworzonego przez obywatelstwo węzła. Obywatelowi przysługuje prawo do podjęcia decyzji o utracie obywatelstwa, lecz jest ono warunkowane spełnieniem przez jednostkę pewnych prawnie określonych wymogów, a ponadto uzależnione od wyrażenia zgody przez właściwy organ państwowy. Inicjatywę może również przejawiać państwo podejmując decyzję o pozbawieniu jednostki obywatelstwa, ale czynić to może jedynie wobec pewnej kategorii sytuacji regulowanych przez prawo (a więc nie ma tu zupełnej swobody), a ponadto akt pozbawienia obywatelstwa musi mieć charakter zindywidualizowany.

<sup>8</sup> B. Banaszak, A. Preisner, Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie, Wrocław 1996, s. 136-137.

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. dopuszcza utratę obywatelstwa przez obywatela polskiego. Oznacza to, że węzeł prawny łączący obywatela z państwem ma charakter względnie trwały i jest wzruszalny. Przy czym inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do jednostki, gdyż to jednostka musi wyrazić wolę zrzeczenia się obywatelstwa i wykazać się w tym zakresie inicjatywą. Stanowi to przejaw asymetrii relacji zachodzących pomiędzy państwem a obywatelem. Obywatel może rozwiązać węzeł łączący go z państwem, o ile tylko spełni przesłanki określone przewidziane przez ustawę. Natomiast państwo w żadnym wypadku nie dysponuje autonomiczną możliwością zerwania tego węzła, to znaczy uczynienia tego wbrew woli obywatela<sup>9</sup>. W szczególności nie ma żadnego znaczenia, jakich czynów dopuścił się on względem swojego kraju i współobywateli. Współcześnie bowiem obowiązuje konstytucyjny zakaz banicji, tj. wydalania obywatela polskiego z kraju oraz zakazywania mu powrotu (art. 52 Konstytucji).

Ustrojodawca wymienił tylko jeden sposób utraty obywatelstwa polskiego, a mianowicie jego zrzeczenie. Zrzeczenie ze swej istoty zakłada, że decyzję w tym zakresie podejmuje jednostka, która z takiego statusu korzysta. Nie można się bowiem zrzec czegoś, czego się nie posiada<sup>10</sup>. Ponadto oświadczenie złożone w celu rezygnacji obywatelstwa powinno zostać złożone w sposób dobrowolny, w szczególności bez jakiegokolwiek przymusu ze strony państwa. Zgodnie bowiem ze znaczeniem słownikowym czasownik „zrekać się” oznacza dobrowolną rezygnację z czegoś<sup>11</sup>. W Polsce jednak taki ewentualny przymus trudno nawet analizować na płaszczyźnie teoretycznej, gdyż państwo nie dysponuje żadnymi narzędziami prawnymi, za pomocą których mogłoby wywierać na jednostkę nacisk w podjęciu takiej decyzji. Należy zatem domniemywać, że każde oświadczenie woli jednostki mające za przedmiot zrzeczenie się obywatelstwa, zostanie złożone w sposób wolny od nacisku, bez przymusu, a więc dobrowolnie.

Jednostka dysponuje prawem do zrzeczenia się obywatelstwa, ale nie jest to prawo bezwarunkowe. Państwo nie ogranicza swojej roli do pozycji notariusza, który jedynie w oficjalnej formie potwierdza fakt złożenia przez obywatela oświadczenia woli i jego treści, lecz zachowuje możliwość dokonania weryfikacji, czy węzeł prawny łączący państwo z obywatelem uległ faktycznemu, choć jeszcze nie formalnemu, rozwiązaniu. Tym należy tłumaczyć konstytucyjną konstrukcję, że zgodę na zrzeczenie obywatelstwa polskiego wyraża Prezydent RP. Innymi słowy jednostka może w zasadzie w każdym czasie, zupełnie swobodnie, wystąpić z wnioskiem o zrzeczenie się obywatelstwa (element dobrowolności), ale państwo w osobie najwyższego reprezentanta dysponuje prawem do dokonania analizy sytuacji prawnej swojego obywatela i ustalenia jego związków z RP, w wyniku czego Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej może wyrazić obywatelowi polskiemu, na jego wniosek, zgodę na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego (art. 47 ust. 1 ustawy o obywatelstwie polskim)<sup>12</sup>.

### 3. Treść wniosku o zrzeczenie się obywatelstwa RP

Zrzeczenie obywatelstwa polskiego może nastąpić tylko na skutek złożenia odpowiedniego wniosku przez zainteresowanego. Ustawodawca nie przewiduje możliwości pozbawienia obywatelstwa z urzędu. Wniosek ten ma postać formularza, który stanowi załącznik do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

<sup>9</sup> L. Garlicki, Art. 34, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III, Warszawa 2003, s. 7.

<sup>10</sup> Chociaż Kodeks cywilny przewiduje możliwość zrzeczenia się dziedziczenia przez osobę, z przyszłym spadkodawcą, a zatem przez osobę, która spadku w rzeczywistości jeszcze nie nabyła (art. 1048 k.c.).

<sup>11</sup> Słownik języka polskiego, [http://sjp.pwn.pl/sjp/zrzec\\_si%C4%99;2547368](http://sjp.pwn.pl/sjp/zrzec_si%C4%99;2547368) [dostęp: 2.04.2015].

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. (Dz. U z 2012 r. poz. 163, z 2013 r. poz. 1650), dalej jako: u. o. p.



z dnia 7 sierpnia 2012 r. w sprawie określenia wzoru formularza wniosku o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego, wymogów dotyczących fotografii dołączanej do wniosku oraz wzoru zawiadomienia o treści postanowienia w sprawie wyrażenia zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego (Dz. U. poz. 928).

Pomimo zindywidualizowanego charakteru tego aktu ustawodawca przewidział jeszcze możliwość zrzeczenia się obywatelstwa przez małoletniego, w imieniu którego występuje jego przedstawiciel ustawowy. Zgoda na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego udzielona rodzicom rozciąga się na dzieci pozostające pod ich władzą rodzicielską. Wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego jednemu z rodziców, obejmuje małoletniego pozostającego pod jego władzą rodzicielską, w przypadku gdy drugiemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska lub drugie z rodziców złożyło oświadczenie o wyrażeniu zgody na utratę przez małoletniego obywatelstwa polskiego. W przypadku ukończenia przez dziecko 16 lat następuje to jedynie za jego zgodą.

Treść wniosku określonego w rozporządzeniu składa się z kilku elementów. Najważniejszym z nich jest oświadczenie wnioskodawcy o zrzeczeniu się obywatelstwa polskiego oraz wniosek o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego. Ponadto wniosek zawiera: dane wnioskodawcy, adres zamieszkania, dane małżonka wnioskodawcy, informację o ostatnim miejscu zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej (jeżeli wnioskodawca zamieszkuje poza tym terytorium). Jeżeli wnioskodawca sprawuje władzę rodzicielską nad małoletnim we wniosku umieszcza się również dane małoletniego oraz informację, czy i przed jakim organem zostały złożone oświadczenia o wyrażeniu zgody na utratę obywatelstwa polskiego. Do wniosku należy dołączyć: dokumenty potwierdzające dane i informacje zawarte we wniosku, posiadane dokumenty potwierdzające, że wnioskodawca jest obywatelem polskim, dokument potwierdzający posiadanie obywatelstwa innego państwa lub przyrzeczenie jego nadania oraz fotografie osób objętych wnioskiem (art. 48 u.o.p.).

Wniosek po podpisaniu i wypełnieniu poszczególnych rubryk i udzieleniu odpowiedzi na wszystkie pytania składa się osobiście lub korespondencyjnie z podpisem urzędowo poświadczonym, za pośrednictwem wojewody lub konsula (art. 49 ust. 1 u.o.p.). Z kolei wojewoda lub konsul przekazują niezwłocznie Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, za pośrednictwem ministra właściwego do spraw wewnętrznych, wniosek o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego wraz z dokumentami wymaganymi na podstawie art. 48 ust. 4 u.o.p.).

W razie braków formalnych wniosku organ przyjmujący wniosek wzywa wnioskodawcę do usunięcia braków, w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania z pouczeniem, że nieusunięcie tych braków spowoduje pozostawienie wniosku bez rozpoznania.

#### **4. Przesłanki utraty obywatelstwa przez zrzeczenie się**

Zagadnieniem budzącym spore zainteresowanie w doktrynie było ustalenie przesłanek, które Prezydent bierze pod uwagę dokonując oceny wniosku dla wyrażenia zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego. Wskazywano w związku z tym, że nie jest możliwe skuteczne zrzeczenie się obywatelstwa polskiego, gdy jednostka pozostaje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> B. Banaszak, M. Jabłoński, Art. 34, [w:] J. Boć (red.), Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, Wrocław 1998, s. 73.

W przeciwnym wypadku jednostka manifestuje, poprzez swoją obecność na terytorium RP, swój związek z Polską, co stanowi negatywną przesłankę dla skutecznego dokonania aktu zrzeczenia się obywatelstwa. „Wszelkie przejawy dezaprobaty dla działalności organów państwowych, czy dla zjawisk występujących w życiu społecznym, obywatel może wyrazić środkami demokratycznymi i w ten sposób dążyć do zmiany istniejącego stanu. Nie da się więc uznać zrzeczenia się obywatelstwa jako środka dla rozwiązywania konfliktów między jednostką a państwem i społeczeństwem, jeżeli ta jednostka dobrowolnie przebywa na terytorium danego państwa”<sup>14</sup>. Dopuszczalność zrzeczenia się obywatelstwa uzasadniano również nabyciem obywatelstwa obcego (np. w związku z zawarciem małżeństwa). Wówczas to nawet fakt przebywania na terytorium RP nie powinien stanowić przeszkody do wyrażenia przez głowę państwa zgody na ten akt<sup>15</sup>. Wskazano również, że wyrażenie zgody przez głowę państwa jest uzależnione nie tylko od posiadania obywatelstwa obcego, ale wystarczy dysponowanie promesą (przyrzeczeniem) nabycia obywatelstwa innego państwa<sup>16</sup>.

Ani poprzednia ustawa, ani regulacja obowiązująca współcześnie nie wskazują bowiem wprost, jakie kryteria przemawiają za uwzględnieniem wniosku. Niewątpliwie decyzja w sprawie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa ma charakter uznaniowy i mieści się w sferze dyskrecyjnej władzy Prezydenta. Prezydent nie ma tu jednak pełnej swobody, gdyż jest związany postanowieniami konwencji haskiej oraz treścią ustawy o obywatelstwie polskim. Konwencja haska stanowi bowiem, że pozwolenie na ekspatriację, o ile jest ono przewidziane przez dane ustawodawstwo, pociąga za sobą utratę obywatelstwa tego Państwa, którego udzieliło, jedynie o ile posiadacz zezwolenia ma już inne obywatelstwo, w przeciwnym zaś razie, tylko od chwili, kiedy uzyskuje nowe. Natomiast zgodnie z ustawą o obywatelstwie polskim obywatel powinien do wniosku o zrzeczenie się obywatelstwa dokument potwierdzający posiadanie obywatelstwa innego państwa lub przyrzeczenie jego nadania (art. 48 ust. 4 pkt 3 u.o.p.).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że obywatel nie posiadający podwójnego obywatelstwa lub przynajmniej dokumentu zapewniającego mu przyznanie obywatelstwa innego państwa, nie może w żadnym wypadku skutecznie zrzec się obywatelstwa polskiego. Należy bowiem przypomnieć, pomijając kwestie materialnoprawne, że brak dokumentu potwierdzającego posiadanie obywatelstwa innego państwa lub przyrzeczenie jego nadania stanowi brak formalny wniosku, którego nieuzupełnienie w terminie wyklucza zupełnie nawet możliwość jego rozpoznania.

Problemem, który należy rozstrzygnąć, jest ustalenie czy fakt posiadania obywatelstwa innego państwa lub jego promesy oznaczać będzie automatyczną zgodę na żądanie zawarte we wniosku. Biorąc pod uwagę treść ustawy, a w szczególności informacji, które obywatel musi zawrzeć we wniosku, wydaje się, że Prezydent powinien brać pod uwagę również inne czynniki przy dokonywaniu analizy wniosku. Świadczy o tym przede wszystkim treść art. 49 ust. 4 u.o.p., który stanowi, że minister właściwy do spraw wewnętrznych, przed przekazaniem wniosku Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, zwraca się do Komendanta Głównego Policji, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a w razie potrzeby do innych organów, o udzielenie informacji, które mogą mieć istotne znaczenie w sprawie o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego, i sporządza opinię dotyczącą wniosku.

<sup>14</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 205.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 205.

<sup>16</sup> P. Ruczkowski, *Utrata obywatelstwa polskiego w świetle obecnej i nowej regulacji prawnej*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012, s. 736.

Zdobycie informacji pochodzącej od organów czuwających nad bezpieczeństwem wewnętrznym państwa i jego obywateli oznaczać może dążenie zidentyfikowania obywatela, który był (lub raczej jest) w konflikcie z prawem lub też prowadzi działalność godzącą w porządek konstytucyjny RP. Celem tego jest uniknięcie sytuacji, w której wyrażenie zgody na jego wniosek o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa uniemożliwiłoby wszczęcie lub prowadzenie postępowania sądowego wobec takiej osoby i wyłączenia jej spod kognicji sądów polskich.

We wniosku nie wymaga się od zainteresowanego konieczności wskazywania swojego miejsca pracy czy otrzymanych orderów i odznaczeń. Tytułem uwag *de lege ferenda* wydaje się, że w tym pierwszym wypadku obecność takiej informacji byłaby ze wszelkich miar pożądana, gdyż w oparciu o nią możliwe byłoby ustalenie, czy obywatel – poprzez pracę na terenie RP lub na rzecz polskich przedsiębiorców – pozostaje w związku faktycznym z naszym krajem. Okoliczność ta mogłaby w związku z tym znacząco zaważyć na ocenę wniosku i determinować zgodę (lub jej brak) na zrzeczenie się przez wnioskodawcę obywatelstwa polskiego.

Katalog otrzymanych orderów i odznaczeń wnioskodawcy może zostać bezproblemowo ustalony przez Kancelarię Prezydenta, gdyż to głowa państwa posiada kompetencję orderową. Moim zdaniem w przypadku wniosku złożonego przez kawalera licznych orderów i odznaczeń państwowych należałoby przeanalizować sprawę z dużą większą starannością. Już samo wniesienie takiego wniosku mogłoby bowiem zostać uznane jako wyraz dezaprobaty dla państwa. Takie działanie obywatela stanowiłoby też pewną niekonsekwencję, gdyż akt zrzeczenia się obywatelstwa stałby z w wyraźnej kolizji z wcześniejszymi czynami wnioskodawcy, które zostały przecież chwalebnie ocenione przez Prezydenta.

Na etapie weryfikacji wniosku o zrzeczenie się obywatelstwa nie podlega badaniu stan wiedzy wnioskodawcy dotyczący konsekwencji prawnych uwzględnienia takiej prośby. W sposób milczący zakłada się bowiem, że skoro obywatel występuje z taką inicjatywą i że musi wykazać posiadanie obywatelstwa innego państwa lub przyrzeczenie jego nadania, to zdaje sobie sprawę, jakie skutki związane są utratą obywatelstwa polskiego. O skutkach tych wnioskodawca nie jest zatem pouczany z urzędu.

## 5. Rola Prezydenta RP w procedurze zrzeczenia się obywatelstwa

Przyznanie Prezydentowi uprawnienia do wyrażania zgody na zrzeczenie się obywatelstwa stanowi jedną z tradycyjnych<sup>17</sup> (reprezentacyjnych<sup>18</sup>) kompetencji głowy państwa. Jeszcze pod rządami konstytucji z 1952 r. uprawnienie to przysługiwało Radzie Państwa, ale po likwidacji tego organu kompetencja ta powróciła do Prezydenta.

W przypadku zrzekania się obywatelstwa polskiego rola Prezydenta jest kluczowa. Wynika to przede wszystkim z unormowań konstytucyjnych. Ustawa zasadnicza ujęła bowiem to uprawnienie w kategoriach prerogatywy głowy państwa (art. 144 ust. 3 pkt 19 Konstytucji). Z uwagi na fakt, że postanowienie w sprawie wyrażenia zgody na zrzeczenie obywatelstwa polskiego jest wolne od kontrasygnaty premiera to można je określić jako podejmowane dyskrejonalnie przez Prezydenta.

<sup>17</sup> B. Banaszak, Prawo konstytucyjne, Warszawa 1999, s. 502.

<sup>18</sup> Zdaniem P. Sarneckiego to typowa kompetencja reprezentacyjna w stosunkach wewnętrznych, gdyż „osoba działająca jako «najwyższy reprezentant» państwa [...] zgadza się na formalne wyjście kogoś ze wspólnoty”. P. Sarnecki, Art. 137, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. I, Warszawa 1999, s. 1.

Ponadto należy zauważyć, że do Prezydenta trafiają wszystkie wnioski, jeżeli spełnią wymogi formalne. Nie została stworzona i włączona w procedurę instytucja mająca postać *quasi* „przedsądu”, która dokonywałaby wstępnej selekcji złożonych wniosków. Prezydent nie jest również związany opiniami innych podmiotów, do których wnioski są składane lub które w ramach tej procedury mogą wyrażać swoje stanowisko.

Rozstrzygnięcie w sprawie wyrażenia zgodę na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego lub odmowy jej wyrażenia przyjmuje postać postanowienia Prezydenta. Uzasadnienie takiego postanowienia nie jest jednak jego obligatoryjnym elementem (w przeciwieństwie do wymogów formalnych wymaganych od prawidłowo wydanej decyzji administracyjnej – art. 107 k.p.a.). Wobec braku uzasadnienia jednostce trudno byłoby się od takiego rozstrzygnięcia odwołać. Ustawodawca nie przewidział również terminu, w ramach którego powinno nastąpić wydanie postanowienia przez Prezydenta. Wobec tego podnoszenie zarzutu bezczynności organu i powoływanie się przez wnioskodawcę na przewlekłość postępowania byłoby bezzasadne. Nie wiadomo też do kogo ewentualnie zainteresowany miałby kierować odwołanie w tej sprawie, skoro nie istnieje organ wyższego stopnia nad Prezydentem. W związku z tym postanowienie głowy państwa ma charakter ostateczny, to znaczy nie jest możliwe jego wzruszenie, gdyż Prezydent stanowi jedyną i zarazem ostatnią instancję rozpatrującą konkretny wniosek. Ten akt prezydencki nie podlega również kontroli w ramach postępowania sędowo-administracyjnego<sup>19</sup>.

Ostateczności nie należy jednak rozumieć w kategoriach braku możliwości odzyskania obywatelstwa polskiego. Konstytucja ani ustawa o obywatelstwie polskim nie zakazują obywatelowi, który zrzekł się skutecznie obywatelstwa polskiego, wystąpienia w okresie późniejszym o przyznanie mu tego obywatelstwa. Wniosek taki należy rozpatrywać na zasadach ogólnych, bez uprzywilejowania, ale i bez dyskryminowania z uwagi na posiadanie w przeszłości obywatelstwa polskiego<sup>20</sup>.

Co do zasady utrata obywatelstwa polskiego następuje po upływie 30 dni od dnia wydania postanowienia Prezydenta. Prezydent w treści postanowienia może także określić termin krótszy. W szczególnym wypadku utrata obywatelstwa mogłaby zatem nastąpić w dacie wydania postanowienia. Nie wydaje się natomiast dopuszczalne, aby w treści postanowienia została określona data wsteczna utraty obywatelstwa, to jest data sprzed wydania postanowienia.

Postanowienie o wyrażeniu zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego lub odmawiające jej wyrażenia zawiera: 1) informację o treści postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, datę jego wydania i numer; 2) dane osoby, której zawiadomienie dotyczy: a) imię (imiona) i nazwisko, b) datę i miejsce urodzenia, c) imię ojca i imię matki; 3) oznaczenie organu sporządzającego zawiadomienie oraz datę jego sporządzenia. Są one przygotowywane przez Szefa Kancelarii Prezydenta RP, który przekazuje je, w celu doręczenia wnioskodawcy, odpowiednio:

- ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych - jeżeli wniosek został złożony za pośrednictwem konsula;
- wojewodzie, który przyjął wniosek o zrzeczenie się obywatelstwa polskiego.

<sup>19</sup> Zob. glosa do wyroku NSA z 22 września 1994, II SA 695, 696, 698-712/94, „Przegląd Sądowy” z 1994, nr 4, s. 409.

<sup>20</sup> B. Banaszak, Komentarz..., s. 205.

W przypadku ministra informacja może być przekazana przy pomocy urzędzeń umożliwiających odczyt i zapis znaków pisma na nośniku papierowym lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnych. Natomiast wojewoda stosuje przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego dotyczące doręczeń. Ponadto minister właściwy do spraw wewnętrznych prowadzi w systemie teleinformatycznym centralny rejestr danych o nabyciu i utracie obywatelstwa polskiego, w którym znajdują się m. in. informacje o prowadzonych sprawach dotyczących wniosków o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego (art. 59 u.o.p.).

## Zakończenie

Konstrukcja instytucji zrzeczenia się obywatelstwa, w części zakładającej udział Prezydenta, jest podobna do innych tradycyjnych, klasycznych kompetencji głowy państwa. Jest ona oparta na względnej uznaniowości, rozpoznawanie sprawy nie jest ograniczone żadnym terminem, a rozstrzygnięcie przyjmuje postać niezaskarżalnego postanowienia, które nie musi być nawet uzasadnione. W zasadzie w tożsamy sposób została w prawie polskim unormowana prerogatywa orderowa czy kompetencja związana ze stosowaniem prawa łaski.

Z rejestru prowadzonego przez ministerstwo spraw wewnętrznych wynika, że w latach 2007-2011 Prezydent RP wyraził zgodę na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego 1690 osobom, w konsekwencji czego utraciły one obywatelstwo polskie. Spośród nich jedynie 100 osób zamieszkałych w Polsce utraciło obywatelstwo polskie. W tym okresie Prezydent nadał obywatelstwo polskie 8395 cudzoziemcom. Należy wskazać, że ustawa o obywatelstwie polskim nie dokonuje rozróżnienia na cudzoziemców, którzy zamierzają nabyć obywatelstwo polskie, a którzy poprzednio obywatelstwo naszego kraju posiadali (lecz się go zrzekli) oraz na tych, którzy nigdy nie posiadali obywatelstwa polskiego. W związku z tym przedmiotowy rejestr nie pozwala na ustalenie, ile osób, którym Prezydent nadał obywatelstwo polskie, wcześniej zrzekło się tego obywatelstwa<sup>21</sup>.

## Literatura:

- B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009.
- B. Banaszak, M. Jabłoński, Art. 34, [w:] J. Boć (red.), Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, Wrocław 1998.
- B. Banaszak, A. Preisner, Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie, Wrocław 1996.
- J. Dyduch, Bezpieczeństwo, [w:] A. Florczak (red.), Organizacje międzynarodowe w działaniu, Wrocław 2014.
- L. Garlicki, Art. 34, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III, Warszawa 2003.
- Głosa do wyroku NSA z 22 września 1994, II SA 695, 696, 698-712/94, „Przebieg Sądowy” z 1994, nr 4.
- B. Mielnik, Zasada poszanowania obywatelstwa polskiego i zapewnienia opieki obywatelowi przebywającemu poza granicami kraju, [w:] M. Jabłoński (red.), Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP, Warszawa 2010.

---

<sup>21</sup> Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych Piotra Stachańczyka z dnia 29 października 2012r. - z upoważnienia prezesa Rady Ministrów - na interpelację nr 9730 w sprawie zrzeczenia się obywatelstwa polskiego, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=6D34BC1D>, [dostęp: 7.04.2015].

Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych Piotra Stachańczyka z dnia 29 października 2012 r. - z upoważnienia prezesa Rady Ministrów - na interpelację nr 9730 w sprawie zrzeczenia się obywatelstwa polskiego, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=6D34BC1D>, dostęp: 7.04.2015.

Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych H. Mościckiej-Denys z 1 lipca 2014 r. - z upoważnienia ministra - na interpelację nr 26509 w sprawie obecnego stanu ratyfikacji zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych z zakresu ochrony praw człowieka, <http://www.sejm.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=3345FA4E>, dostęp: 2.04.2015.

P. Ruczkowski, Utrata obywatelstwa polskiego w świetle obecnej i nowej regulacji prawnej, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni, Toruń 2012.

J. Sandorski, Obywatelstwo polskie a członkostwo Polski w Unii Europejskiej, [w:] L. Wiśniewski (red.), Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce, Warszawa 2006.

P. Sarnecki, Art. 137, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. I, Warszawa 1999.

Słownik Języka Polskiego, [http://sjp.pwn.pl/sjp/zrzec\\_si%C4%99;2547368](http://sjp.pwn.pl/sjp/zrzec_si%C4%99;2547368), dostęp: 2.04.2015.

M. Zdanowicz, Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o obywatelstwie polskim z dnia 29 stycznia 2009 r.

### Wykaz aktów prawnych

Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (Dz. U z 2012 r. poz. 163, z 2013 r. poz. 1650)  
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 7 sierpnia 2012 r. w sprawie określenia wzoru formularza wniosku o wyrażenie zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego, wymogów dotyczących fotografii dołączanej do wniosku oraz wzoru zawiadomienia o treści postanowienia w sprawie wyrażenia zgody na zrzeczenie się obywatelstwa polskiego (Dz. U. poz. 928).

### Summary

Renunciation of citizenship is one way to sever ties with the country of which he is a citizen. For this reason, requires compliance with certain requirements of formal nature. In the first part of this article was presented the definition of citizenship and international regulations governing the issue of waiver of citizenship. Then, after the appearance of loss of nationality models, describe the items that should be included in the application for renunciation of Polish citizenship. The subject of discussion was also to determine the conditions that the President shall take into consideration when evaluating an application for consent for renunciation of Polish citizenship. The last part of the work has been devoted to the publication of the President's role in the procedure renounce their citizenship, which it agrees to carry out the act.

**Keywords:** citizenship, President, renunciation of citizenship, the Constitution.

Ewa Tuora-Schwierskott\*  
Berlin

# Korzystanie ze środków odurzających w ramach ochrony praktyk religijnych w świetle ochrony konstytucyjnej wolności sumienia i religii w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i Republiki Federalnej Niemiec

## Streszczenie

Wolność sumienia i religii została zawarta w art. 4 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec i Pierwszej Poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Obecnie orzecznictwo sądów amerykańskich i niemieckich przychyliła się do dopuszczania środków odurzających w praktykach religijnych jako niezbędnego składnika praktykowania religii, natomiast z wymienionych wyżej norm prawnych nie wynika możliwość stosowania tego typu środków bez uzasadnienia opartego na nakazach religijnych.

**Słowa kluczowe:** wolność sumienia i religii, stosowanie środków odurzających, praktykowanie religii.

## 1. Zakres regulacji prawnej – wprowadzenie

Wolność sumienia i religii w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej została zagwarantowana w Pierwszej Poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, która zaproponowana 25 września 1789 roku, a weszła w życie 15 grudnia 1791 roku.

Pierwsza Poprawka do Konstytucji postanawia: „Kongres nie może stanowić ustaw wprowadzających religię lub zabraniających swobodnego wykonywania praktyk religijnych; ani ustaw ograniczających wolność słowa lub prasy, albo naruszających prawo do spokojnego odbywania zebrań i wnoszenia do rządu petycji o naprawę krzywd”<sup>1</sup>.

Druga część postanowienia Pierwszej Poprawki stanowi, że Kongres nie może stanowić praw „zabraniających swobodnego wykonywania praktyk religijnych” została nazwana „*Free Exercise Clause*”. Klauzula ta zawiera gwarancję do wolności wykonywania praktyk religijnych oraz zapewnienie, że nie powstaną ustawy i akty prawne, które w jakikolwiek sposób wpływałyby na sposób wykonywania praktyk religijnych przez jednostkę<sup>2</sup>. Klauzula ta wymaga by państwo nie podejmowało żadnego typu czynności, które mogłyby wywierać jakikolwiek wpływ na wykonywanie praktyk religijnych przez jednostkę.

---

\* Dr. Ewa Tuora-Schwierskott, LL.M. Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung, Berlin.

<sup>1</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

<sup>2</sup> Ibidem, s. 4.

Do charakterystyki konstytucyjnych regulacji w USA należy ogólnie sformułować i jedynie szczątkowo uregulowanie prawne, podczas gdy rozwój rozumienia poszczególnych regulacji odbywa się w orzecznictwie, które w Stanach Zjednoczonych jest bardzo bogate.

W systemie prawnym Republiki Federalnej Niemiec wolność religii i sumienia została uregulowana w art. 4 niemieckiej Ustawy Zasadniczej, który stanowi, że wolność wyznania, sumienia oraz wolnego wyboru przekonania religijnego i światopoglądowego jest nienaruszalna<sup>3</sup>. W ustępie drugim zapewnia się wolność wykonywania praktyk religijnych<sup>4</sup>.

## 2. Zakres pojęcia praktyk religijnych

Ważnym elementem wolności sumienia i religii jest gwarancja praktykowania własnej religii i przekonania. Zagadnienie to zostało rozszerzone w doktrynie prawa niemieckiego, natomiast prawo amerykańskie rozwija się w formie orzecznictwa dokonując w ten sposób wykładni rozumienia terminów zawartych w aktach konstytucyjnych. Jak należy zatem rozumieć wolność praktykowania religii? Jest to niewątpliwie ważny i nieodzowny element wolności sumienia i religii. W doktrynie niemieckiej przyjmuje się stanowisko, że jednostka ma prawo do życia zgodnego z własnymi przekonaniami religijnymi i wyznaniowymi<sup>5</sup>. Wolność religii to także prawo do praktykowania własnej religii i jej głoszenia i propagowania, a zatem do przekonywania do swojej wiary<sup>6</sup>.

W doktrynie niemieckiej uznano, że wolność religii i sumienia oznacza prawo do wykonywania praktyk religijnych bez przeszkód (*ungestörte Religionsausübung*)<sup>7</sup>. Jednostka została wyposażona w prawo do działania wynikającego z jej przekonań religijnych<sup>8</sup>. Zakres praktykowania religii związany jest z nakazami religii przyjętej przez jednostkę i obejmuje prawo do modlitwy, udziału w modlitwie i mszy, przyjmowanie sakramentów<sup>9</sup>, zawieszanie kościelnych flag<sup>10</sup>, udział w czynnościach religijnych jak przykładowo procesje oraz innych czynnościach odbywających się w świątyniach<sup>11</sup>. Prawo do praktykowania obejmuje także wychowanie religijne własnych dzieci, przekonywanie do swojej wiary innych osób, przestrzeganie świąt religijnych oraz obrządku pochowku<sup>12</sup>. Do zakresu ochrony praktyk religijnych należy także ubiór religijny i odpowiedni, nakazany wybraną religią sposób odżywiania się.

<sup>3</sup> „Wolność wyznania, sumienia i wolnego wyboru przekonania religijnego i światopoglądowego jest nienaruszalna”; „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich“.

<sup>4</sup> „Zapewnia się wolność wykonywania praktyk religijnych”; „Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet“.

<sup>5</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 503, nr brzeg. 11, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied, Luchterhand, 1983, s. 231.

<sup>6</sup> Schmidt-Bleibtreu, Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied, Luchterhand, 1983, s. 231, 249, Michael Sachs, Grundgesetzkommentar, 3. Auflage, Verlag, C.H. Beck, München 2003, s. 253, art. 4, nr brzeg. 11, Jaras/Pieroth, Grundgesetz für die Republik Deutschland, Kommentar, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2004, s. 164, nr brzeg. 10.

<sup>7</sup> Peter Schade, Grundgesetz mit Kommentierung, Walhalla Fachverlag, Regensburg 2010, s. 37; v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 503 nr brzeg. 12; Hömig, Grundgesetz, s. 85, nr brzeg. 8.

<sup>8</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 525 nr brzeg. 53.

<sup>9</sup> Ibidem, s. 525 nr brzeg. 53.

<sup>10</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 525 nr brzeg. 53, Hömig, Grundgesetz, s. 85-86, nr brzeg. 8.

<sup>11</sup> Hömig, Grundgesetz, s. 84-85, nr brzeg. 7, v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 503 nr brzeg. 12 oraz s. 507 nr brzeg. 19.

<sup>12</sup> Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, s. 263; Hömig, Grundgesetz, s. 84-85, nr brzeg. 7; v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 525-526 nr brzeg. 53.



Dla ochrony wolności sumienia i religii nie ma znaczenia, o jaką religię chodzi – także zarówno nakazy religijne jak i niereligijne należy traktować, jako podlegające takiej samej ochronie prawnej<sup>13</sup>. Także różnego typu praktyki religijne, różnego typu wyznań są z punktu widzenia państwa neutralnego traktowane jednakowo<sup>14</sup>.

Obowiązkiem państwa jest ograniczenie przeszkód w praktykowaniu religii przez państwo<sup>15</sup>.

Wolność praktykowania zostaje zagwarantowana odnośnie jednostki i związków wyznaniowych. Jednostka i związki wyznaniowe mają prawo do ochrony ze strony państwa na wypadek powstania przeszkód w praktykowaniu ze strony podmiotów trzecich<sup>16</sup>.

Prawo do ochrony praktyk religijnych stanowi także ważną część regulacji prawa europejskiego i międzynarodowego. Wolność sumienia i religii została zagwarantowana w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wartości, artykule 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych<sup>17</sup>, art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966, art. 18 Deklaracji Praw Człowieka ONZ z 10 grudnia 1948, art. 1 Deklaracji w sprawie Zniesienia Wszelkich Form Nietolerancji i Dyskryminacji Osób Innego Wyznania i Przekonań, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ<sup>18</sup> z 21 listopada 1981 oraz Akcie Końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie<sup>19</sup> podpisanym w dniu 1 sierpnia 1975 oraz Paryskiej Karty Nowej Europy<sup>20</sup> z 21 listopada 1990. Wszystkie te akty zawierają podobne regulacje prawne, według których każdy człowiek ma prawo wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje swobodę zmiany wyznania lub wiary oraz swobodę głoszenia swego wyznania lub wiary bądź indywidualnie, bądź wspólnie z innymi ludźmi, publicznie i prywatnie, poprzez nauczanie, praktykowanie, uprawianie kultu i przestrzeganie obyczajów<sup>21</sup>. Jako przykład sformułowania może służyć tekst zawarty w artykule 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych<sup>22</sup>: „*This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, an freedom, either individually or in community with others an in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice an teaching.* Sformułowanie to zostało niemalże identycznie powtórzone w innych wyżej wymienionych aktach prawnych.

<sup>13</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 526 nr brzeg. 55.

<sup>14</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 527 nr brzeg. 56.

<sup>15</sup> Hömig, Grundgesetz, s. 84-87, nr brzeg. 12, v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 504 nr brzeg. 12.

<sup>16</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999, Kommentar, s. 504 nr brzeg. 12.

<sup>17</sup> Art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych; w języku angielskim: „freedom of thought, conscience and religion”; Hans-Werner Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, C.H. Beck, München, 1993 s. 127.

<sup>18</sup> Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Basen on Religion or Belief G.A. Res. 36/55 z dnia 25.11.1981.

<sup>19</sup> Tekst w języku angielskim: [http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_en.pdf).

<sup>20</sup> Paryska Karta Nowej Europy- dokument podpisany podczas konferencji na szczycie państw Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, dnia 21 listopada 1990 w Paryżu (podpisany m.in. przez ówczesnego polskiego premiera - Tadeusza Mazowieckiego; tekst w języku angielskim <http://www.osce.org/odihr/39493>.

<sup>21</sup> „This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, an freedom, either individually or in community with others an in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice an teaching”.

<sup>22</sup> Art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych; w języku angielskim: „freedom of thought, conscience and religion”; Hans-Werner Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, C.H. Beck, München, 1993 s. 127.

Na mocy aktów prawa europejskiego i międzynarodowego ochronie prawnej podlega praktykowanie (*practice*) i wykonywanie czynności rytualnych (*observance*). Do tej kategorii należą czynności takie jak: modlitwa, msza, udział w pielgrzymkach, udział w świętach religijnych, post i nakazy dotyczące sposobu odżywiania się, obrządki pogrzebowe, ślubne czy rozwodowe, oraz posiadanie i korzystanie z przedmiotów o charakterze religijnym.

### 3. Środki odurzające jako nakaz religijny w orzecznictwie sądów amerykańskich i niemieckich

Zarówno orzecznictwo niemieckie jak i amerykańskie zajęło się w kilku sprawach problemem stosowania środków odrzucających w kontekście praktykowania religii.

W sprawie *Employment Division v. Smith*<sup>23</sup> z roku 1990 Amerykan będący Indianinem stosował regularnie narkotyku o nazwie peyotle. Obywatel uzasadniał używanie tego narkotyku nakazem religijnym. Pracował jednocześnie jako konsultant w prywatnej klinice leczącej uzależnienia od narkotyków w Oregonie. Był on także członkiem *Native American Church*, którego wyznawcy używali narkotyku o nazwie peyotle podczas ceremonii religijnych. Ustawodawstwo stanu Oregon zakazywało używania wszelkiego typu narkotyków, w tym także wspomnianego peyotle, uznając je za substancje szkodliwe i podlegające kontroli ze strony państwa. Obywatel Smith został zwolniony z pracy za używanie tego narkotyku. Właściwy urząd socjalny odmówił mu wypłaty zasiłku dla bezrobotnych, argumentując, że został zwolniony z własnej winy.

Sąd uznał, że choć stosowanie tego środka stanowiło z pewnością używanie zabronionego prawem środka odurzającego, to nakaz religijny posiada nad tym zakazem przewagę<sup>24</sup>. Sąd argumentował, że „praktykowanie religii inwolwuje często nie tylko wiarę i zawód, lecz zastosowanie także aktów natury fizycznej takich jak: wspólne uczestnictwo w obrządkach, udział w religijnym użyciu chleba i wina, obrządki mające na celu wyrokowanie na temat przyszłości, dystansowanie się w stosunku do szczególnego rodzaju pożywienia lub pewnych środków transportu”<sup>25</sup>. Państwo nie może zabraniać zachowania podyktowanego nakazami religii, wiary lub sumienia, albowiem takie zakazy oznaczały by jednocześnie zakaz praktykowania religii<sup>26</sup>. Nie jest możliwe pogodzenie takiego zakazu z Konstytucją, albowiem różnego typu związki wyznaniowe i kościoły przewidują w swoich statutach i nakazach o treściach religijnych określone obrządki religijne<sup>27</sup>.

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej rozpatrujący tę sprawę stwierdził jednoznacznie, że jako sąd, „nigdy nie dawał znaku, że jakiegokolwiek religijne przekonania jednostki mogą tę jednostkę usprawiedliwiać lub w inny sposób zwalniać z posłuszeństwa wobec obowiązującego prawa, ustanowionego przez stan w sposób, do którego stan ma uprawnienia”<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>24</sup> *Employment Division v. Smith*, James John Jurinski, Religion on Trial, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, Santa Barbara, California, 2004, s. 64.

<sup>25</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), sędzia Scalia: „The „exercise of religion” often involves not only belief and profession but the performance of (or abstention from) physical acts: assembling with other for a worship service, participation in sacramental use of bread or wine, proselytizing, abstaining from certain foods or certain modes of transportation”.

<sup>26</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), “We have never held that an individual’s religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the Stat is free to regulate”.

„Jednak, jako Sąd zwracaliśmy wielokrotnie uwagę, że postanowienia Pierwszej Poprawki zawierają nakaz ustanawiania neutralnego prawa odnośnie działań o motywach religijnych i prawo to dotyczy nie tylko postanowień Pierwszej Poprawki, lecz także *Free Exercise Clause* oraz jego połączenia z innymi prawami zasadniczymi chronionymi przez Konstytucję Stanów Zjednoczonych”<sup>29</sup>.

Sąd doszedł do wniosku że sprawę należy sprowadzić do jednego i prostego stwierdzenia, czy nie tylko przekonania religijne, lecz także zachowania wynikające z tych przekonań muszą być wolne od nakazów i zakazów nakładanych przez państwo<sup>30</sup>.

W zdaniu odrębnym do tego orzeczenia sędzia Sandra Day O'Connor stwierdziła, że biorąc pod uwagę interes stanu, co oznacza także uwzględnienie interesu rządu państwa, postępowanie powoda należy jak najbardziej uznać za działanie niezgodnym z Konstytucją i tym samym konstytucyjność odmówienia udzielenia powodowi zasiłku dla bezrobotnych<sup>31</sup>.

Także sędzia Blackman negatywnie ocenił fakt, że Sąd postanowił w tym wyroku jak wyżej. Zdaniem sędziego należy potraktować prawo stanowe dotyczące praktyk religijnych, jako „luksus”<sup>32</sup>, na który nie może sobie pozwolić dobrze zorganizowane społeczeństwo<sup>33</sup>, natomiast ograniczenia odnoszące się do mniejszości są nie do uniknięcia w społeczeństwie demokratycznym<sup>34</sup>. Ponadto prawo stanowe zakazując używania narkotyków miało na celu ochronę zdrowia i bezpieczeństwa swoich obywateli<sup>35</sup>. Aczkolwiek zdaniem większości sędziów brakuje dowodów na fakt, że użycie peyotle w celach religijnych rzeczywiście komukolwiek zaszkodził. Należy także odróżnić nieodpowiedzialne używanie środków odurzających od kontekstu, w jakim stosowane są one przez powoda – a mianowicie w celach rytualnych. Wyznawcy *Native American Church* stosują mianowicie peyotle w sposób przewidziany ścisłymi tradycjami przestrzegając nakazów zdrowia oraz bezpieczeństwa<sup>36</sup>.

Wyrok ten zbulwersował opinię publiczną oraz kręgi prawnicze<sup>37</sup>. Efektem sprawy było uchwalenie „*the Religious Freedom Restoration Act*”, nowej ustawy zwanej potocznie „*American Indian Religious Freedom Act Amendments*”<sup>38</sup>, zabraniający państwu podejmowania środków w celu ograniczania praktykowania religii.

<sup>29</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>30</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), “Respondents urge us to hold, quite simply, that when otherwise prohibitable conduct is accompanied by religious convictions, not only the convictions but the conduct itself must be free from governmental regulation”.

<sup>31</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Patrick John J. and Long Gerald P., Constitutional debates on Freedom of Religion, a documentary history, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 1999, s. 130.

<sup>32</sup> “luxury”.

<sup>33</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Patrick John J. and Long Gerald P., Constitutional debates on Freedom of Religion, a documentary history, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 1999, s. 135.

<sup>34</sup> “unavoidable consequence of democratic government”.

<sup>35</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Patrick John J. and Long Gerald P., Constitutional debates on Freedom of Religion, a documentary history, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 1999, s. 135.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 135.

<sup>37</sup> Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Patrick John J. and Long Gerald P., Constitutional debates on Freedom of Religion, a documentary history, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 1999, s. 135, s. 130-131.

<sup>38</sup> The American Indian Religious Freedom Act, Public Law No. 95-341, 92 Stat. 469 (Aug. 11, 1978)

Kolejnym przypadkiem była sprawa *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*<sup>39</sup> z roku 2006. Urząd celny Stanów Zjednoczonych skonfiskował w roku 1999 aż 30 galonów substancji o nazwie *hoasca* (*ayahuasca*), przywiezionej do Santa Fe w stanie Nowy Meksyk, która była stosowana jako herbata w obrządkach religijnych. Składnikiem tej herbaty jest N,N-Dimethyltryptamin (DMT), który jest narkotykiem halucynogennym. Powód o nazwisku Jeffrey Bronfman, zaskarżył tę konfiskatę, jako naruszenie praw wyznawców kościoła i powołał się na uchwalony w roku 1993 *Religious Freedom Restoration Act*.

Sąd doszedł w tej sprawie decyzję jednogłośnie do wniosku, że ze strony władzy państwowej nie zostały przedłożone żadne dowody na ten temat, że istnieje jakikolwiek istotny interes państwa w ograniczaniu stosowania herbaty *hoasca* do celów religijnych. Władza państwowa nie przedłożyła żadnych dowodów aby w tej sprawie przedłożyć dowody na to, że używanie tej herbaty godzi w interes państwa. Wprawdzie władze argumentują, że substancja, o którą toczy się spór posiada "wysoki potencjał szkodliwości"<sup>40</sup>, że "nie istnieją wskazania medyczne do ich stosowania"<sup>41</sup> oraz "nie ma wystarczających akceptowanych środków do ich bezpiecznego użycia pod nadzorem lekarskim"<sup>42</sup>, jednakowoż taka argumentacja w żaden sposób nie przeczy zaakceptowaniu stosowania tej herbaty dla celów praktyk religijnych przez określone związki wyznaniowe.

Nie przedstawiono także dowodów odnośnie konsekwencji negatywnych skutków zastosowania tego środka w praktykach religijnych. Inaczej aniżeli sądy poprzedniej instancji Sąd Najwyższy przyjął, że ta substancja chroniona jest przez przepisy Konwencji Narodów Zjednoczonych o Substancjach Psychotropowych<sup>43</sup>, przyjętej w 1971 roku<sup>44</sup>.

Dwie kolejne sprawy to *Cantwell v. Connecticut* oraz *Wisconsin v. Yoder*<sup>45</sup>. Powodowi wnoszącemu skargę w tej sprawie, przyświecała w istocie myśl by rozszerzyć termin „zakazu praktykowania religii” i to znacznie<sup>46</sup>. Wychodzi on, bowiem z założenia, iż „stosowanie zabronionego przez prawo narkotyku z powodów religijnych, ustanawia go daleko poza zasięgiem prawa karnego i co należy przyznać, konstytucyjnie obejmuje osoby stosujące środki odurzające z innych, aniżeli religijne, powodów”<sup>47</sup>.

W prawie niemieckim rozpatrywany korzystanie ze środków tego typu stało się przedmiotem w sprawie *Canabis* z 1994 roku (BVerfGE 90, 145). Wyrok zapadł w Federalnym Trybunale Konstytucyjnym. Tło sprawy było następujące: osoby korzystające z tej używki jedynie i wyłącznie na własny użytek, pomimo takiego samego ustawodawstwa na terenie Republik Federalnej Niemiec nie byli karani w Landach Hesja, Szlezwig-Holsztyn, albowiem sądy tych landów nie widziały potrzeby karania, natomiast z całą surowością byli karani przez sądy w Bawarii. Korzystanie z wszelkiego typu używek zabronione

---

<sup>39</sup> *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

<sup>40</sup> "a high potential for abuse".

<sup>41</sup> "no currently accepted medical use".

<sup>42</sup> "a lack of accepted safety for use ... under medical supervision".

<sup>43</sup> United Nations Convention on Psychotropic Substances.

<sup>44</sup> *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006), Syllabus, s. 5; Sąd uznał, że środek odpowiada w zakresie szkodliwości takim środkom jak peyotle czy meskalina, a oba te środki zostały umieszczone na załączniku nr 1 do *Religious Freedom Restoration Act*, jako środki szkodliwe i zabronione prawem.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). "They content that their religious motivation for using peyote places them beyond the reach of a criminal law that is not specifically directed at their religious practice, and that is concededly constitutional as applied to those who use the drug for other reasons".

jest na mocy ustawy o zakazie stosowania środków odrzucających *Betäubungsmittelgesetz* (BtMG). Karą grożącą za stosowanie cannabis jest kara pozbawienia wolności do dwóch miesięcy.

Jako pierwszy rozpatrywał sprawę Sąd w Lubece. Oskarżony przebywał w Lubece w areszcie tymczasowym już z tytułu używania cannabis. Odwiedzająca go żona w celu wzmocnienia jego samopoczucia przekazała mu kolejną paczkę zawierającą 1.12g cannabis.

Sąd w Lubece stanął na stanowisku, że oskarżony nie jest winny a przepisy wyżej wspomianej ustawy o zakazie stosowania środków odurzających są niezgodne z Ustawą Zasadniczą. Sąd przesłuchał wielu biegłych oraz przestudiował medyczną literaturę fachową na temat Cannabis i doszedł do wniosku, że ustawa o zakazie stosowania środków odurzających jest niezgodna z następującymi postanowieniami Ustawy Zasadniczej:

1. nakaz równości w myśl art. 3 UZ, albowiem na mocy ustawy o zakazie stosowania środków odurzających nie zostało zakazane korzystanie z papierosów oraz alkoholu, aczkolwiek są to produkty szkodliwe dla zdrowia,
2. art. 2 ust. 1 ZU prawo do nieskrępowanego rozwoju osobowości, przyjmując jedynie korzystanie dla własnych potrzeb.

Sądy okręgowe w Hildesheim i Frankfurtie oraz sąd rejonowy w Sztutgarcie przyłączyły się do tego orzecznictwa i razem wniosły pytanie prawne do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z prośbą o wyjaśnienie zagadnienia, czy obowiązująca ustawa o zakazie stosowania środków odurzających jest zgodna z Ustawą Zasadniczą.

Trybunał potwierdził jednak konstytucyjność powyższych postanowień ustawy, stwierdzając że należy mieć w pierwszym rzędzie na uwadze zasadę państwa prawa oraz proporcjonalności. O tym, czy zastosowany środek jest proporcjonalny wynika z tego, czy jest odpowiednim środkiem do zamierzonego celu, czy jest wymagany oraz czy jest adekwatny do zamierzonego celu. Trybunał doszedł do wniosku, że zastosowane przepisy ustawy spełniają te warunki. Niewielkie wykroczenia wynikające ze stosowania Cannabis na własny użytek, podlegają żadnej lub minimalnej karze, a często organy ścigania rezygnują całkowicie ze ścigania tego typu przestępstw. Taka rezygnacja ze ścigania przewidziana jest także w wyżej wspomianej ustawie o zakazie stosowania środków odurzających. Wszystkie landy powinny korzystać z tego ustawodawstwa w jednolity sposób.

#### **4. Środki odurzające w religiach świata a korzystanie z marihuany jako środka odurzającego**

Należy tu mieć na uwadze, że różne religie i wyznania przewidują korzystanie ze środków odurzających w ramach praktyk religijnych. Do religii, które korzystają z marihuany do obrzędów religijnych należą islam, hinduizm i ruch rastafiari. W hinduizmie w księdze Bhagawedgita, Kryszna mówi o marihuanie jako o ziele leczniczym. W pozostałych religiach marihuana ma służyć jako pomoc w medytacji, podczas której jednostka ma zgłębiać istotę świata.

Nastawienie do marihuany jako środka odurzającego przechodzi w ostatnich trzech latach ogromną zmianę. Marihuana została zalegalizowana jako środek leczniczy i kosmetyczny w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w stanie Waszyngton w 2012 r. oraz w Kolorado w 2014 r. Sprzedaż podlega podobnym ograniczeniom jak sprzedaż alkoholu i została ograniczona do ilości 1 uncji a nabywać ją mogą osoby pełnoletnie<sup>48</sup>.

Ponadto została ona zalegalizowana w niektórych kantonach szwajcarskich. W Belgii można posiadać 3 gramy tej substancji lub jedną roślinę, w Czechach do 5 gramów lub pięciu roślin. W kwietniu 2014 roku substancja ta jako środek odurzający została zalegalizowana w Urugwaju – pełnoletnie osoby, które się zarejestrują mogą zakupić do 40 gram marihuany miesięcznie lub uprawiać do 6 krzaków rocznie. Mogą też zakładać kluby palaczy i hodować do 90 krzaków rocznie<sup>49</sup>. Legalizacja marihuany jest bardzo dynamicznie rozwijającym się zagadnieniem prawnym i należy tu oczekiwać szybko następujących zmian w prawie nie tylko USA ale wszystkich krajów europejskich.

## 5. Podsumowanie

Podsumowując należy stwierdzić, że orzecznictwo sądów amerykańskich i niemieckich stoi na stanowisku dopuszczenia środków odurzających w praktykach religijnych jako niezbędnego składnika praktykowania religii, natomiast nie przewiduje stosowania tego typu środków bez uzasadnienia opartego na nakazach religijnych.

Zarówno orzecznictwo sądów niemieckich jak i amerykańskich dochodzi tutaj do wspólnych wniosków: sprawę należy sprowadzić do jednego i prostego stwierdzenia, czy nie tylko przekonania religijne, lecz także zachowania wynikające z tych przekonań muszą być wolne od nakazów i zakazów nakładanych przez państwo.

## Literatura

James John Jurinski, *Religion on Trial*, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, Santa Barbara, California, 2004.

Patrick John J. and Long Gerald P., *Constitutional debates on Freedom of Religion, a documentary history*, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 1999.

Dieter Hömig, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10 Auflage, Nomos, 2013.

Laura L. Myers: *Marijuana goes legal in Washington state amid mixed messages* (ang.). Agencja Reutersa, 2012  
v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19*, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999.

Schmidt-Bleibtreu, Klein, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied, Luchterhand, 1983.

Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze*, C.H. Beck, München, 1993. Michael Sachs, *Grundgesetzkommentar*, 3. Auflage, Verlag, C.H. Beck, München 2003.

Jarras/Pieroth, *Grundgesetz für die Republik Deutschland, Kommentar*, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2004.

Peter Schade, *Grundgesetz mit Kommentierung*, Walhalla Fachverlag, Regensburg 2010.

<sup>48</sup> Laura L. Myers: *Marijuana goes legal in Washington state amid mixed messages* (ang.). Agencja Reutersa, 2012-12-07.

<sup>49</sup> The Global Cannabis Commission Report, [https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/BF\\_Cannabis\\_Commission\\_Rpt2008\\_EN.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/BF_Cannabis_Commission_Rpt2008_EN.pdf) z dnia 09.11.2014.

## Akty prawne

American Indian Religious Freedom Act Amendments.

Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec.

Pierwsza Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wartości.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966.

Deklaracja Praw Człowieka ONZ z 10 grudnia 1948.

Deklaracja w sprawie Zniesienia Wszelkich Form Nietolerancji i Dyskryminacji Osób Innego Wyznania i Przekonań, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ z 21 listopada 1981; Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief G.A. Res. 36/55 z dnia 25.11.1981. Tekst w języku angielskim: [http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_en.pdf); dostęp z dnia 12.03.2015.

Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie podpisany w dniu 1 sierpnia 1975.

Paryska Karta Nowej Europy z 21 listopada 1990; dokument podpisany podczas konferencji na szczycie państw Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, dnia 21 listopada 1990 w Paryżu (tekst w języku angielskim <http://www.osce.org/odihr/39493>; dostęp z dnia 12.03.2015..

## Orzecznictwo

Canabis z 1994 roku (BVerfGE 90, 145).

Cantwell v. Connecticut oraz Wisconsin v. Yoder

Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006),

Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990),

The Global Cannabis Commission Report, [https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/BF\\_Cannabis\\_Commission\\_Rpt2008\\_EN.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/BF_Cannabis_Commission_Rpt2008_EN.pdf) z dnia 09.11.2014.

## Summary

Freedom of conscience and religion enshrined in Article. 4 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany and the First Amendment to the Constitution of the United States of America. Currently, court rulings American and German subscribes to the admission of drugs in religious practices as an essential component of the practice of religion, and of the above mentioned legal norms is not clear possibility of applying such measures without justification based on religious precepts.

**Keywords:** freedom of conscience and religion, the use of drugs, the practice of religion.

Agnieszka Malicka\*  
Wrocław

## Komisje bioetyczne w Niemczech

### Streszczenie

Komisje etyczne w Niemczech działają od lat 70-tych XXw. Podstawą ich utworzenia była Deklaracja Helsińska przyjęta w 1964r. przez Światowe Stowarzyszenie Lekarzy. Obecnie pracę publicznoprawnych komisji etycznych regulują przepisy prawa międzynarodowego, prawa UE oraz przepisy niemieckiego prawa federalnego oraz prawa krajów związkowych. Oprócz komisji etycznych przy wydziałach medycznych uniwersytetów i izb lekarskich w Niemczech działają Niemiecka Rada Etyki przy Bundestagu, Centralna Komisja Etyczna przy Federalnej Izbie Lekarskiej oraz Zespół Komisji Etycznych. Ich głównym zadaniem jest ochrona praw i godności osób poddawanych eksperymentom medycznym.

**Słowa kluczowe:** godność człowieka, komisja etyczna, eksperyment medyczny na organizmie ludzkim, Światowe Stowarzyszenie Lekarzy, Deklaracja Helsińska, Kodeks Etyki Lekarskiej, Niemiecka Rada Etyki, standardy międzynarodowe.

Rozwój medycyny byłby niemożliwy bez przeprowadzania eksperymentów medycznych na ludzkim organizmie. Większość standardowo dziś stosowanych metod leczniczych, nie tylko tych najbardziej skomplikowanych i kontrowersyjnych, znajduje swoje podstawy w przeprowadzanych kiedyś eksperymentach medycznych<sup>1</sup>. Cechą charakterystyczną eksperymentu medycznego jest działanie poznawcze obarczone pewnym stopniem ryzyka oraz brak pewności, co do jego przebiegu i wyniku; celem takiego zamierzonego działania jest poznanie, sprawdzenie przyjętego założenia, osiągnięcie pewnego wyniku, którego w inny niż eksperymentalny sposób nie dałoby się osiągnąć. Eksperyment polega na celowym wywoływaniu pewnych zjawisk i obserwowaniu ich wpływu na stan rzeczy. Najczęściej odbywa się w warunkach kontrolowanych. Zatem każdy eksperyment, nie tylko eksperyment medyczny, ma charakter nowatorski, związany jest z ryzykiem, a jego wyniku nie da się dokładnie przewidzieć.

W przypadku eksperymentów medycznych przeprowadzanych na organizmie ludzkim<sup>2</sup> przyjmuje się podział na jego dwa rodzaje, mianowicie eksperyment leczniczy (terapeutyczny) i badawczy. Podział ten jest powszechnie przyjęty w naukach medycznych na całym świecie<sup>3</sup>. Celem eksperymentu leczniczego jest uzyskanie bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej poprzez zastosowanie nowych lub tylko częściowo sprawdzonych metod diagnostycznych lub leczniczych; przeprowadzany jest zwykle, gdy dotychczasowe metody nie przynoszą oczekiwanych efektów.

---

\* Dr Agnieszka Malicka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

<sup>1</sup> Przykłady eksperymentów medycznych przeprowadzanych już od czasów epoki kamiennej do dziś zawierają liczne opracowania z zakresu historii medycyny.

<sup>2</sup> W literaturze używane są różne pojęcia, np. eksperyment medyczny na organizmie ludzkim, eksperyment medyczny z udziałem ludzi lub naukowe badania medyczne z udziałem ludzi. Różnice pojęciowe wynikają m.in. z różnych pojęć używanych przez krajowego ustawodawcę oraz inne organy regulujące zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych.

<sup>3</sup> Zróżnicowanie eksperymentów medycznych na eksperyment leczniczy (Heilversuch) i eksperyment badawczy (wissenschaftliches Experiment) oraz ich legalna definicja wprowadzone zostały w prawie niemieckim w roku 1931 w dyrektywie dotyczącej nowych metod leczenia oraz przeprowadzania eksperymentów terapeutycznych na ludziach wydanej przez ówczesne Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Rzeszy. zob. E. Deutsch, Das internationale Recht der experimentellen Humanmedizin, w: A. Eser, A. Künschner (red.), Recht und Medizin, Wege der Forschung, Band 650, Darmstadt 1990, s. 285.



Takiemu rodzajowi eksperymentów poddawane są wyłącznie osoby chore. Eksperyment terapeutyczny skierowany jest faktycznie na poprawę stanu zdrowia konkretnego pacjenta, jednak nie można nie uwzględnić jego istotnego znaczenia także dla rozwoju nauk medycznych. W przypadku eksperymentu badawczego celem podstawowym jest rozszerzenie wiedzy medycznej. Może być zatem przeprowadzany zarówno na osobach chorych jak i zdrowych, jednakże pod warunkiem, że ryzyko jego przeprowadzenia jest niewielkie lub nie pozostaje w dysproporcji do oczekiwanych pozytywnych wyników przeprowadzanego eksperymentu.

Zatem celem eksperymentu medycznego jest zasadniczo osiągnięcie poprawy zdrowia pacjenta oraz wpływ na rozwój nauk medycznych poprzez wypracowywanie nowych, doskonalszych i bardziej skutecznych metod leczenia chorób lub zapobiegania zachorowaniu.

W historii, w szczególności w historii XX wieku znane są liczne przypadki eksperymentów medycznych przeprowadzanych na ludziach z naruszeniem wszelkich zasad moralnych, etycznych, humanitarnych oraz prawnych. Najczęściej te niechlubne w historii medycyny przypadki eksperymentów medycznych kojarzone są z okresem II wojny światowej i eksperymentami przeprowadzonymi w obozach koncentracyjnych przez nazistowskich lekarzy. Należy jednak pamiętać, że tego rodzaju eksperymenty przeprowadzane z naruszeniem norm prawa miały miejsce także w innych państwach, zarówno przed, jak i po II wojnie światowej<sup>4</sup>. Natomiast charakteryzujące się szczególnym okrucieństwem i bezwzględnością badania eksperymenty z okresu II wojny światowej miały istotny wpływ na rozwój regulacji prawnych mających na celu przede wszystkim ochronę jednostki i jej godności oraz wprowadzenie jasnych zasad przeprowadzania eksperymentów medycznych na ludziach w przyszłości<sup>5</sup>. Kodeks Norymberski stał się pierwszą po II wojnie światowej próbą ustalenia jasnych granic etycznych i prawnych prowadzenia medycznych badań naukowych z udziałem ludzi<sup>6</sup>.

Obowiązujące regulacje prawne dotyczące przeprowadzanie eksperymentów medycznych na ludzkim organizmie, zarówno międzynarodowe jak i przyjęte w poszczególnych państwach, zawierają podstawowy wymóg zagwarantowania ochrony godności człowieka i uzyskania świadomej zgody probanta na przeprowadzenie eksperymentu medycznego; ponadto wymagane jest uwzględnienie standardów prowadzenia badań naukowych oraz aktualnego stanu wiedzy. Dodatkowym wymogiem od pewnego czasu jest także uzyskanie akceptacji odpowiedniej komisji etycznej. Jest to niezbędny warunek legalności eksperymentu.

Komisje etyczne<sup>7</sup> – najczęściej taka nazwa jest stosowana w odniesieniu do gremium wydającego zgodę na przeprowadzenie eksperymentu medycznego, od kilkudziesięciu lat starają się zagwarantować, że przeprowadzane przez lekarzy eksperymenty medyczne z udziałem ludzi będą rzetelne z punktu widzenia działalności naukowej oraz będą odpowiadały standardom, zarówno tym medycznym, jak i prawnym.

<sup>4</sup> Przykłady budzących poważne wątpliwości etyczne eksperymentów medycznym można znaleźć m.in. w opracowaniu H. Schott, *Geschichte der Medizin – Ansichten zur Ethik: Menschenversuch und Menschlichkeit*, *DtschArztebl* 2003, 100 (10), tekst dostępny na stronie internetowej: [www.aerzteblatt.de/archiv/36609/](http://www.aerzteblatt.de/archiv/36609/) z dnia 20.05.2015.

<sup>5</sup> Proces lekarzy przed Amerykańskim Trybunałem Wojskowym w Norymberdze (grudzień 1946 – sierpień 1947) przyczynił się m.in. do sformułowania Kodeksu Norymberskiego stanowiącego zbiór podstawowych dziesięciu zasad prowadzenia badań eksperymentalnych na ludzkim organizmie. Szczególną pozycję wśród nich zajmuje zasada ochrony godności ludzkiej oraz zasada dobrowolnie wyrażonej zgody probanta na udział w eksperymentach.

<sup>6</sup> Zob. m.in.: K. H. Leven, *Der Hippokratische Eid im 20. Jahrhundert*, w: R. Toellner, U. Wiesing (red.), *Geschichte und Ethik in der Medizin. Von den Schwierigkeiten einer Kooperation*, *Jahrbuch des Arbeitskreises Medizinischer Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1997, s. .... oraz G. Maio, *Ethik der Forschung am Menschen. Zur Begründung der Moral in ihrer historischen Bedingtheit*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2002, s. 30 i nast.

<sup>7</sup> W ostatnich latach komisje te nazywane są w literaturze fachowej także komisjami bioetycznymi. Jednakże w terminologii używanej w prawie niemieckim w przypadku wszystkich tego rodzaju komisji używany jest przymiotnik: „etyczny”.

Pierwsze komisje etyczne powstały w Stanach Zjednoczonych w latach sześćdziesiątych XX wieku. W swojej publikacji w *New England Journal of Medicine* Henry Beecher stwierdził, że na 100 prowadzonych badań, których wyniki publikowane były w renomowanych czasopismach medycznych w Stanach Zjednoczonych co najmniej 12 budziło poważne wątpliwości etyczne<sup>8</sup>. W 1973 r. przed sąd stanu Nowy Jork trafiła sprawa *Heyman v. Jewish Chronic Disease Hospital*. Dotyczyła ona badań prowadzonych na grupie 22 ciężko chorych pacjentów, którym indukowano podskórnie komórki nowotworowe w celu stwierdzenia, czy i jak szybko ich organizm zacznie je odrzucać. Pacjentów zapytano jedynie o zgodę na udział w teście badającym reakcje immunologiczne organizmu. Wyrażona przez pacjentów ustna zgoda nie dotyczyła zatem czysto naukowego eksperymentu. Nie zostali oni ponadto poinformowani, że w celu przeprowadzenia testu do ich organizmów wprowadzone zostaną komórki nowotworowe.

Reakcja władz na te dwa zdarzenia miała istotny wpływ na zmianę podejścia do prowadzenia medycznych badań naukowych w Stanach Zjednoczonych. Od tego czasu dla wszelkich badań prowadzonych przez jednostki badawcze wymagana jest bezwzględnie uprzednia zgoda odpowiedniej komisji etycznej<sup>9</sup>. Podstawy prawne działania takich komisji znajdują się w różnorodnych aktach prawnych poczynając od regulacji federalnych, przez stanowe i na wewnątrzuniwersyteckich kończąc. Także w innych państwach na świecie, w szczególności w Europie, powstawanie komisji etycznych było spowodowane reakcją na zdarzające się przy prowadzeniu badań medycznych z udziałem ludzi nieprawidłowości. Komisje etyczne powstawały na początku swojej działalności jako organy doradcze dla badaczy, jednocześnie ich podstawowym zadaniem była ochrona uczestniczących w badaniach probantów. Nie można jednak pominać funkcji i roli, jaką komisje pełnią dla przeprowadzających eksperyment naukowców. Zasadniczo komisjom etycznym można przypisać trzy podstawowe funkcje, są to:

- 1) ochrona probanta i pacjenta przed ewentualnym zagrożeniem, jakie mogą dla nich stanowić prowadzone badania naukowe. W tym celu komisje sprawdzają m.in. stopień uświadomienia uczestników badania o planowanym badaniu i możliwych, związanych z nim ryzykach. Ponadto sprawdzają, czy możliwe ryzyko jest dla badanych faktycznie ryzykiem minimalnym. Tym samym badania, którym brakuje wystarczającego naukowego uzasadnienia nie mogą być przez komisje etyczną pozytywnie zaopiniowane.
- 2) ochrona dla badacza - konieczność uzyskania pozytywnej opinii dla eksperymentalnego projektu badawczego chroni badacza przed przekroczeniem granic moralnych i etycznych w dążeniu do poznania badanego zjawiska. Ponadto pozytywna opinia dotycząca badań stanowi także ochronę badacza przed atakami z zewnątrz, np. ze strony innych badaczy, mediów itp.
- 3) ochrona ośrodka badawczego, w którym prowadzone są opiniowane badania. Pozytywna opinia komisji etycznej stanowi dla ośrodka badawczego w szczególności ochronę przed rozpowszechnianiem negatywnych informacji o nim. Placówki naukowe objęte są także instytucjonalną ochroną oraz odpowiednim zakresem ubezpieczeń na wypadek niepowodzenia badania, jednakże zanim sprawa znajdzie swoje zakończenie, np. przed sądem, nieuzasadniona krytyka opinii publicznej może mieć negatywne oddziaływanie na jej funkcjonowanie<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> H. Beecher, *Ethics and Clinical Research in N. Engl. J. Med.* 66, 1354, cyt. za E. Deutsch, *Der Beitrag des Rechts zur klinischen Forschung in der Medizin*, NJW 1995, s. 3023, zob. także: E. Deutsch, *Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa*, MedR 2008, s. 650 i nast. oraz M. R. Textor, *Experimente am Menschen – ethische und juristische Aspekte*, MMG Medizin, Mensch, Gesellschaft 1898, 14, s. 208, publikacja dostępna na stronie internetowej: [www.ipzf.de/Experimente.html](http://www.ipzf.de/Experimente.html) z dnia 20.05.2015.

<sup>9</sup> H. Lile, *Forschung am Menschen in Deutschland. Rechtsgrundlagen und Rechtsentwicklung*, w: H.-D. Lippert, W. Eisenmenger (red.), *Forschung am Menschen: Der Schutz des Menschen - die Freiheit des Forschers*, Heidelberg 1999, s. 9 i nast.

<sup>10</sup> Zob. także E. Deutsch, *Ethik-Kommissionen und die Freiheit der medizinischen Forschung*, VersR Karlsruhe 1999, tekst dostępny na stronie: [www.juris.de](http://www.juris.de) z dnia 20.05.2015.

Z tych trzech funkcji ochrona pacjenta i probanta pozostaje jednak najistotniejszym zadaniem komisji etycznych.

Podstawy prawne działalności komisji etycznych w Niemczech są bardzo rozproszone. Odpowiednie regulacje znajdują się w prawie międzynarodowym, w prawie UE oraz w wewnętrznym prawie niemieckim – zarówno w prawie federalnym, jak i prawie poszczególnych krajów związkowych<sup>11</sup>, poza tym liczne przepisy regulujące tworzenie i pracę komisji etycznych zawarte są w nieposiadających mocy powszechnie obowiązującego prawa, wewnętrznych przepisach niemieckich organizacji lekarskich, w szczególności działających we wszystkich krajach związkowych izb lekarskich<sup>12</sup>. W prawie federalnym są to ustawy i rozporządzenia, nie można pominąć także odpowiednich przepisów Ustawy Zasadniczej, które mają istotny wpływ na treść innych norm regulujących działalność komisji etycznych<sup>13</sup>.

Ponadto trzeba także podkreślić, że przepisy te mają zróżnicowaną rangę w systemie prawa niemieckiego. Prawo międzynarodowe i prawo unijne oczywiście są respektowane i znajdują zgodnie z postanowieniami niemieckiej Ustawy Zasadniczej odpowiednie zastosowanie w systemie prawa wewnętrznego<sup>14</sup>. Także na poziomie konstytucyjnym uregulowane są zasady obowiązywania i stosowania prawa federalnego i prawa krajów związkowych<sup>15</sup>. To duże zróżnicowanie źródeł prawa regulującego funkcjonowanie komisji etycznych w Niemczech oraz ich duże rozproszenie w systemie prawa wewnętrznego, powoduje często, że komisje, w zależności od tego, na jakiej podstawie prawnej opiera się ich działalność, są w nieco inny sposób zorganizowane.

W zakresie prawa międzynarodowego pierwsze regulacje będące podstawą utworzenia komisji etycznych ustanowione zostały w deklaracjach Światowego Stowarzyszenia Lekarzy.

Światowe Stowarzyszenie Lekarzy (WMA)<sup>16</sup> niezależnie od wydarzeń w Stanach Zjednoczonych, podjęło się ustalenia norm regulujących zasady prowadzenia badań naukowych z udziałem ludzi. Od początku działalności było to jedno z podstawowych zadań Stowarzyszenia. Pierwsze wytyczne dotyczące przeprowadzania eksperymentów medycznych Stowarzyszenie skierowało do wszystkich lekarzy w 1946 r., wówczas powstał też odpowiedni komitet, którego głównym zadaniem było opracowanie Kodeksu Etyki Lekarskiej<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Przepisy te najczęściej nie regulują w sposób bezpośredni funkcjonowania komisji etycznych. Takimi przepisami są m.in. ustawy krajów związkowych o szkolnictwie wyższym, czy ustawy i rozporządzenia dotyczące działalności izb lekarskich. Zob. także: Ch. von Dewitz, F. C. Luft, Ch. Pestalozza, Ethikkommissionen in der medizinischen Forschung, Gutachten im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland für die Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages, 15. Legislaturperiode, Oktober 2004, s. 19, tekst dostępny na stronie: [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik\\_med/gutachten/gutachten01\\_ethikkommissionen.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik_med/gutachten/gutachten01_ethikkommissionen.pdf) z dnia 20.05.2015.

<sup>12</sup> Te przepisy określane są jako „Kammerrecht”, czyli prawo o izbach – jednostkach samorządu zawodowego lekarzy.

<sup>13</sup> Punktem wyjścia dla tworzenia i działania komisji etycznych niewątpliwie jest art. 1 Ustawy Zasadniczej dotyczący ochrony godności człowieka. Art. 5 ust.3 Ustawy zasadniczej gwarantuje natomiast wolność badań naukowych. Zob. także E. Deutsch, Ethik-Kommissionen und ... op. cit.

<sup>14</sup> Zasady obowiązywania i stosowania norm prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej uregulowane są w art. 23 i 25 Ustawy Zasadniczej.

<sup>15</sup> Pierwszeństwo prawa federalnego przed prawem krajów związkowych reguluje art. 31 Ustawy Zasadniczej

<sup>16</sup> Światowe Stowarzyszenie Lekarzy - World Medical Association jest międzynarodową organizacją lekarzy, która powstała 18.09.1947r. w Paryżu na bazie działającego przed II wojną światową Międzynarodowego Związku Zawodowego Lekarzy. Członkami Stowarzyszenia są organizacje lekarzy z ponad 100 państw. Jednym z pierwszych zadań, jakie postawiło przed sobą Światowe Stowarzyszenie Lekarzy było m.in. opracowanie zasad etyki lekarskiej i kompetencji zawodowych lekarzy w celu zapewnienia jak najwyższej jakości opieki medycznej i etyki lekarskiej oraz poszanowania istoty ludzkiej. Szczegółowe informacje dotyczące organizacji, zadań i pracy Światowego Stowarzyszenia Lekarzy zob. oficjalna strona internetowa WMA: <http://www.wma.net/en/60about/index.html> z dnia 20.05.2015.

<sup>17</sup> Pierwsza wersja Kodeksu Etyki Lekarskiej przyjęta jako Deklaracja Geneńska była kilkakrotnie zmieniana, ostatnio w 2006 r.

Na drugiej sesji ogólnej Stowarzyszenia w Genewie w 1948 r. przyjęta została Konwencja Genewska, zawierająca dostosowaną do nowych czasów nowożytną przysięgę Hipokratesa<sup>18</sup>, składaną przez wszystkich lekarzy na świecie. Prace nad zasadami etycznymi trwały do 1964 r., kiedy to Stowarzyszenie na sesji ogólnej w Helsinkach przyjęło zbiór zasad postępowania etycznego w eksperymencie medycznym z udziałem ludzi, znany jako Deklaracja Helsińska<sup>19</sup>, która następnie wielokrotnie była rewidowana, po raz ostatni w roku 2013 na zgromadzeniu ogólnym Światowego Stowarzyszenia Lekarzy w Fortalezie. Zgodnie z jej postanowieniami przed przeprowadzeniem jakichkolwiek eksperymentów na organizmie ludzkim wymagane jest sporządzenie protokołu badań, który musi zostać przedłożony właściwej komisji etycznej do oceny i zaopiniowania. Odpowiednie postanowienia dotyczą także zasad publikacji wyników badań<sup>20</sup>.

Były to pierwsze po przyjęciu Kodeksu Norymberskiego regulacje prawa międzynarodowego odnoszące się do zasad prowadzenia naukowych badań medycznych z udziałem ludzi. Chociaż z punktu widzenia prawa międzynarodowego Deklaracja Helsińska, podobnie jak inne deklaracje przyjmowane przez Światowe Stowarzyszenie Lekarzy, nie ma charakteru prawnie wiążącego, jednak ze względu na światowy zasięg działalności Stowarzyszenia wypracowane w ramach jego działalności zasady znajdują powszechne zastosowanie w praktyce lekarskiej w większości państw na świecie, gdzie zgodnie z wymogami poszczególnych systemów prawa transformowane są do systemów norm obowiązujących w poszczególnych państwach. Mimo braku charakteru prawa powszechnie obowiązującego Deklaracja Helsińska stała się podstawą wiążących regulacji prawnych w większości państw świata.

W zakresie prawa międzynarodowego najistotniejszym i prawnie wiążącym aktem prawnym regulującym sposób prowadzenia i granice eksperymentów medycznych na człowieku jest Konwencja Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, przyjęta w Oviedo 4 kwietnia 1997 r.<sup>21</sup> wraz z protokołem dotyczącym naukowych badań biomedycznych otwartym do podpisu w styczniu 2005 r.<sup>22</sup>

Republika Federalna Niemiec nie jest stroną Konwencji<sup>23</sup>, zatem nie podlega jej postanowieniom, dlatego też regulacje zawarte w Konwencji Bioetycznej nie będą stanowiły przedmiotu niniejszego opracowania.

Regulacje odnoszące się do prowadzenia medycznych badań naukowych zawarte są także w prawie wspólnotowym. Jest to dyrektywa 2001/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4.04.2001 r. o zbliżaniu przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych przeznaczonych do stosowania przez człowieka<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Tekst w wersji niemieckiej, przyjęty przez Federalną Izbę Lekarską dostępny jest na oficjalnej stronie internetowej Izby: [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/Genf.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Genf.pdf), Tekst w wersji polskiej dostępny jest na stronie: [www.medycyna.org.pl/moodle/file.php/1/zasoby.../Deklaracje.pdf](http://www.medycyna.org.pl/moodle/file.php/1/zasoby.../Deklaracje.pdf) z dnia 20.05.2015.

<sup>19</sup> Tekst Deklaracji Helsińskiej po ostatniej rewizji dokonanej na zgromadzeniu ogólnym w Fortalezie w październiku 2013r. w wersji niemieckiej dostępny jest m.in. na stronie Federalnej Izby Lekarskiej: [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/DeklHelsinki2013.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/DeklHelsinki2013.pdf); z dnia 20.05.2015. polska wersja językowa dostępna jest na stronie Naczelnej Izby Lekarskiej: [http://www.nil.org.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0010/93097/Deklaracja-Helsinki-przyjeta-na-64-ZO-WMA\\_-pazdziernik-2013\\_pelny-tekst.pdf](http://www.nil.org.pl/_data/assets/pdf_file/0010/93097/Deklaracja-Helsinki-przyjeta-na-64-ZO-WMA_-pazdziernik-2013_pelny-tekst.pdf) z dnia 20.05.2015.

<sup>20</sup> W obecnie obowiązującej, zrewidowanej wersji Deklaracji publikacja wyników badań medycznych uregulowana jest w punkcie 36.

<sup>21</sup> Konwencja nazywana jest w skrócie także Konwencją Bioetyczną. Weszła w życie 1.12.1999 po ratyfikowaniu jej przez 5 państw. Do roku 2015 Konwencję ratyfikowało zaledwie 19 państw. Tekst konwencji: CETS nr 164.

<sup>22</sup> Dodatkowy protokół dotyczący prowadzenia badań naukowych wszedł w życie 1.09.2007 r.

<sup>23</sup> O przyczynach nieprzystąpienia Niemiec do Konwencji Bioetycznej zob. m.in. E. Deutsch, Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa, MedR 2008, s. 653 i nast.

<sup>24</sup> Dz.U.UE-sp roz.13 tom 26, s.299, w szczególności art. 2 lit.f, k, art. 6; zob. także E. Deutsch, Entstehung und ..., op. cit., s. 652.

Dyrektywa została uchylona w 2014 r. przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 536/2014 z dnia 16.04.2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE<sup>25</sup>. W art. 2.11<sup>26</sup> zawarta została m.in. definicja komisji etycznej. Zgodnie z nim komisja etyczna oznacza niezależny podmiot ustanowiony w państwie członkowskim zgodnie z prawem tego państwa członkowskiego i uprawniony do wydawania opinii do celów niniejszego rozporządzenia, z uwzględnieniem opinii osób nieposiadających wiedzy fachowej, w szczególności pacjentów lub organizacji pacjentów<sup>27</sup>. Wdrożenie dobrej praktyki klinicznej realizowane jest w Niemczech na podstawie Rozporządzenia o zastosowaniu dobrej praktyki klinicznej przy przeprowadzaniu badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi (GCP-Verordnung)<sup>28</sup>. Działalności komisji etycznych poświęcony jest § 8 rozporządzenia. Należy przy tym pamiętać, że regulacja ta odnosi się do ograniczonej grupy badań medycznych z udziałem ludzi, mianowicie do badań klinicznych leków i produktów medycznych. Nie znajduje ona bezpośredniego zastosowania w przypadku eksperymentów o charakterze leczniczym oraz poznawczym, jeżeli ich celem nie jest testowanie leków. § 8 rozporządzenia opisuje procedurę postępowania komisji etycznych w przypadku badań klinicznych<sup>29</sup>.

Natomiast sposób tworzenia i zakres działania komisji etycznych uregulowany jest na poziomie ustawy federalnej<sup>30</sup> w Ustawie o obrocie lekami - części VI ustawy, poświęconej ochronie człowieka przy badaniach klinicznych. W § 40 ust.1 ustawy jako jedna z przesłanek legalności badań klinicznych wymieniony jest wymóg uzyskania opinii odpowiedniej komisji etycznej przed rozpoczęciem badań. § 42 ust. 1 zawiera regulację procedury postępowania w celu uzyskania pozytywnej opinii komisji etycznej. Także w § 42 znajduje się postanowienie odsyłające do odpowiednich ustaw poszczególnych landów, w których regulowany jest sposób tworzenia oraz skład komisji etycznych. Przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę rozwiązanie polegające na regulacji zasad tworzenia i działania komisji etycznych nie w prawie federalnym, a w prawie krajów związkowych powoduje, że mamy do czynienia ze zróżnicowanymi przepisami dotyczącymi funkcjonowania komisji etycznych<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Dz.U.UE L 158/1 z dnia 27.05.2014 r.

<sup>26</sup> We wcześniejszej dyrektywie był to art. 2k

<sup>27</sup> Definicja ta zastąpiła definicję „komitetu etyki” zawartą w dyrektywie. Miała ona następujące brzmienie: „komitet etyki” - niezależny organ działający w Państwie Członkowskim, w którego skład wchodzi przedstawiciele służby zdrowia i osoby niezwiązane z naukami medycznymi, którego zadaniem jest ochrona praw, bezpieczeństwa i dobrobytu ludzi uczestniczących w badaniu klinicznym i poinformowanie opinii publicznej o tej ochronie, m.in. przez wyrażenie swojej opinii o protokole badania, prawidłowości doboru osób prowadzących badanie i ośrodków, w których ma ono być prowadzone, a także o metodach i dokumentach stosowanych do informowania osób uczestniczących w badaniu i uzyskiwania ich świadomej zgody na to uczestnictwo. Definicję komisji etycznych w rozumieniu rozporządzenia omawia w swoim opracowaniu także S. Listl, Die zivilrechtliche Haftung für Fehler von Ethikkommissionen, Berlin - Heidelberg 2012, s. 3 i nast.

<sup>28</sup> Verordnung über die Anwendung der Guten Klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen (GCP-Verordnung) z 9.08.2004 (BGBl. I S. 2081), ostatnio zmienione przez art. 8 drugiej ustawy o zmianie ustawy o produktach leczniczych z 19.10.2012 (BGBl. I S. 2192); § 8 zawiera postanowienia dotyczące oceny dokonywanej przez komisje etyczne. Tekst dostępny na stronie: [http://www.gesetze-im-internet.de/gcp-v/\\_8.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gcp-v/_8.html) z dnia 20.05.2015.

<sup>29</sup> Implementacja omawianych przepisów unijnych spotkała się z krytycznymi uwagami działających w Niemczech komisji etycznych. Poglądy komisji przedstawione zostały w opinii zarządu Zespołu Medycznych Komisji Etycznych w Republice Federalnej Niemiec (Arbeitskreis Medizinischer Ethik-Kommissionen, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG), tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.ak-med-ethik-komm.de/documents/StellungnahmeEUVerordnungklinischePruefungen.pdf> z dnia 20.05.2015.

<sup>30</sup> Na poziomie ustawodawstwa federalnego uregulowane zostały także zasady utworzenia i działania Niemieckiej Rady Etyki. Szczegóły dotyczące tych przepisów omówione zostały w dalszej części niniejszego opracowania.

<sup>31</sup> P. Gödicke, Berufrechtliche Grundlagen für die Tätigkeit von Ethik-kommissionen – überflüssige Zwangsberatung von Ärzten?, MedR 2008, s. 637 i nast.

Wydaje się, że najistotniejsze znaczenia dla tworzenia i działania komisji etycznych w Niemczech miały wskazane powyżej deklaracje Światowego Stowarzyszenia Lekarzy oraz przepisy poszczególnych krajów związkowych regulujące działalność komisji etycznych przy ośrodkach uniwersyteckich<sup>32</sup> oraz przy izbach lekarskich, a także wewnętrzne przepisy organizacji samorządów lekarskich<sup>33</sup>.

Postanowienia Deklaracji Helsińskiej uwzględnione zostały m.in. w kodeksie etyki lekarskiej (Berufsordnung der Ärzte)<sup>34</sup>, który wywołuje skutki prawne, jeżeli przyjęty zostanie jako statut przez zgromadzenia Izb Lekarskich i zaakceptowany przez odpowiednie organy nadzoru. Ze względu na federalną organizację Niemiec, w celu zapobieżenia istotnym różnicom w kodeksach etyki zawodowej lekarzy w poszczególnych landach Federalna Izba lekarska (Bundesärztekammer) opracowała ogólny wzór kodeksu etyki lekarskiej - (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte. Obecnie obowiązuje wzór z roku 2011<sup>35</sup>.

Postanowienia regulujące zasady prowadzenia badań naukowych z udziałem ludzi uregulowane zostały w § 15 kodeksu. Zgodnie z nimi lekarze uczestniczący w projektach badawczych, w ramach których dochodzi do ingerencji w integralność psychiczną i fizyczną człowieka lub wykorzystywane są ludzki materiał biologiczny lub dane, które można przypisać konkretnej osobie muszą zapewnić, że przed przeprowadzeniem badań zwrócą się do odpowiedniej, działającej przy właściwej izbie lekarskiej komisji etycznej lub innej, utworzonej zgodnie z prawem krajowym interdyscyplinarnej komisji etycznej w celu wyjaśnienia kwestii etycznych i prawnych związanych z badaniami. To samo odnosi się do badań prowadzonych na żywych gametach ludzkich i żywych tkankach zarodkowych. Ponadto w ustępie 3 § 15 zawarte jest bezpośrednie odwołanie do postanowień Deklaracji Helsińskiej dotyczących zasad etycznych badań prowadzonych z udziałem ludzi w brzmieniu przyjętym przez zgromadzenie ogólne Światowego Stowarzyszenia Lekarzy w Seulu w 2008 r.

W Niemczech pierwsze komisje etyczne rozpoczęły swoją działalność przy wydziałach medycznych uniwersytetów w Ulm<sup>36</sup> w 1971 r. oraz w Getyndze<sup>37</sup> w 1973 r., a założone zostały przez Niemiecką Wspólnotę Badawczą (Deutsche Forschungsgemeinschaft). Celem ich działalności było przede wszystkim zbieranie doświadczeń w zakresie opiniowania projektów badań medycznych.

<sup>32</sup> Odpowiednie przepisy znajdują się w poszczególnych ustawach o szkolnictwie wyższym. W Niemczech w każdym z landów obowiązują odpowiednie ustawy krajowe obok regulującej podstawowe zasady organizacji i działania szkolnictwa wyższego federalnej ustawy ramowej o szkolnictwie wyższym, Hochschulrahmengesetz z 19.01.1999 (BGBl. I 1999,3, S. 18 ff.), ostatnio zmieniona ustawą z dnia 12.04.2007 (BGBl. I 2007,13, S. 506 ff.).

<sup>33</sup> O wpływie wewnętrznych przepisów organizacji zawodowych lekarzy zob. m.in. A. Laufs, E. Reiling, Ethik-Kommissionen – Vorrecht der Ärztekammern?, Heidelberg 1991, s.1 i nast.

<sup>34</sup> Więcej na temat wprowadzenia obowiązku opiniowania projektów naukowych badań medycznych z udziałem ludzi przez komisje etyczne zob. m.in. E. Deutsch, Ethik-Kommissionen: Probandenschutz in der medizinischen Forschung, w: H.-D. Lippert, W. Eisenmenger (red.), Forschung am Menschen: Der Schutz des Menschen - die Freiheit des Forschers, Heidelberg 1999, s. 35 i nast. O obowiązywaniu Deklaracji Helsińskiej w Niemczech zob. także: U. Wiesing, R. W. Parsa-Parsi, Deklaration von Helsinki: Neueste Revision, Dtsch Arztebl 2009; 106(11): A 503–6, dostęp: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/63784/Deklaration-von-Helsinki-Neueste-Revision> z dnia 20.05.2015.

<sup>35</sup> MBO-Ä 1997 - in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel. Wzór Kodeksu etyki lekarskiej był wielokrotnie zmieniany. Celem tych zmian było m.in. dopasowanie jego postanowień do zmian wprowadzanych w drodze rewizji deklaracji Helsińskiej oraz innych aktów prawa międzynarodowego dotyczących działalności zawodowej lekarzy. Wykaz zmian dostępny jest na stronie Federalnej Izby Lekarskiej: [http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/Synopse\\_Stand\\_29.08.11.pdf](http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Synopse_Stand_29.08.11.pdf) z dnia 20.05.2015.

<sup>36</sup> Działalność komisji etycznej na Uniwersytecie w Ulm przedstawiona została w opracowaniu H.D. Lippert, Ethikkommissionen: wie sie wurden was sie sind – Die Entwicklung der Ethikkommissionen in Deutschland am Beispiel der Ethikkommission der Universität Ulm, MedR 2008, s. 654 i nast., zob. także S. Listl, op.cit., s. 9 i nast.

<sup>37</sup> Na temat początków działalności komisji etycznej w Getyndze zob. E. Deutsch, Entstehung und ..., op. cit. s. 651 i nast.

Komisja w Ulm liczyła ośmiu członków reprezentujących różne dziedziny nauki, zobowiązanych do osobistego działania – członkowie komisji nie mogli być zastępowani przez inne osoby. Podobny skład obowiązuje w komisji etycznej przy wydziale medycznym uniwersytetu w Ulm do dzisiaj. W Getyndze powołana została komisja etyczna w składzie pięciu osób, jednym z członków był prawnik, pozostali to lekarze. Przewodniczącym komisji był także lekarz. Postępowanie przed komisją miało formę pisemną.

W latach 1979–1982 komisje etyczne powstały na wszystkich wydziałach medycznych niemieckich uniwersytetów. Natomiast na szerszą skalę zasady zawarte w Deklaracji Helsińskiej zaczęto wprowadzać w życie dopiero po jej pierwszej rewizji w Tokio w 1975 r. Po dłuższych dyskusjach pomiędzy Federalną Izbą Lekarską a DFG ostatecznie w 1979 r. Federalna Izba Lekarska wydała zalecenie, zgodnie z którym przy izbach lekarskich miały zostać utworzone komisje etyczne<sup>38</sup>.

Działające w Niemczech od lat siedemdziesiątych XX w. komisje etyczne można podzielić na trzy kategorie<sup>39</sup>. Pierwszą z nich stanowią komisje etyczne działające w szpitalach – są to gremia wewnątrzkliniczne i powołane są jako organy doradcze przy rozstrzyganiu możliwych konfliktów i wątpliwości natury etycznej dotyczących sposobu leczenia pacjentów. Druga kategoria komisji etycznych, to komisje etyczne działające w zakresie prowadzenia badań naukowych. Oceniają one dopuszczalność i zasadność poszczególnych projektów badawczych. Wśród nich znajdują się także komisje etyczne o wysokim stopniu specjalizacji, zajmujące się oceną projektów badawczych z wybranej dziedziny nauk medycznych<sup>40</sup>. Trzecia kategoria komisji etycznych to komisje działające jako instytucje doradztwa politycznego. Zajmują się przede wszystkim zagadnieniami, które wymagają odpowiednich regulacji prawnych i doradzają Bundestagowi, parlamentom krajów związkowych, rządowi federalnemu i rządowi poszczególnych krajów związkowych. Tego rodzaju polityczne gremia doradcze zaczęły funkcjonować w Niemczech w latach osiemdziesiątych XX w.<sup>41</sup> Obecnie funkcję politycznego organu doradczego w sprawach etycznych pełni Niemiecka Rada Etyki (Deutscher Ethikrat).

W ostatnich latach w Niemczech pojawiła się dodatkowa kategoria komisji etycznych, określana w przeciwieństwie do wskazanych powyżej komisji o charakterze publicznoprawnym, mianem komisji prywatnoprawnych. Komisje te działają przede wszystkim przy przedsiębiorstwach farmaceutycznych<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> I. Pabst, *Medizinische Forschung unter besonderer Berücksichtigung des Humanexperiments* w: A. Kaufmann (red.) *Moderne Medizin und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 1989, s. 53 i nast. oraz, J. Taupitz, *Ethikkommissionen in Deutschland* w: G. Brudermüller (red.) *Forschung am Menschen: ethische Grenzen medizinischer Machbarkeit*, Königshausen & Neumann, 2005, s. 70 i nast.

<sup>39</sup> K. Braun, *Bioethik, Öffentlichkeit, Politik*, <http://www.bpb.de/gesellschaft/umwelt/bioethik/160165/bioethik-oeffentlichkeit-politik> z dnia 20.05.2015.

<sup>40</sup> Przykładem tego rodzaju komisji etycznej jest Centralna Komisja Etyczna ds. badań komórek macierzystych (Zentrale Ethikkommission für Stammzellenforschung).

<sup>41</sup> Komisjami etycznymi o charakterze politycznym, które działały w Niemczech były: Benda-Kommission (1984/85), Enquête-Kommissionen des Bundestages zu „Recht und Ethik der modernen Medizin” oraz „Ethik und Recht der modernen Medizin” działające przy Bundestagu w latach 2000–2002 oraz 2003–2005, powołana w 2001 Narodowa Rada Etyki (Nationaler Ethikrat), która zakończyła swoją działalność w roku 2008, kiedy to została zastąpiona przez Niemiecką Radę Etyki (Deutscher Ethikrat).

<sup>42</sup> W niniejszym opracowaniu działalność prywatnoprawnych komisji etycznych nie będzie omawiana. Na temat konkurencji między prywatnoprawnymi i publicznoprawnymi komisjami etycznymi zob. m.in. G. Pfeiffer, *Die gegenwärtige und künftige Problematik der Ethik-Kommissionen*, VersR 1991, artykuł dostępny na stronie [www.juris.de](http://www.juris.de) z dnia 20.05.2015.; oraz wyrok sądu administracyjnego w Mannheim z dnia 10.09.2002r., sygn. akt. 9S 2506/01, *Konkurrenz von privaten und öffentlich-rechtlichen Ethikkommissionen*, NJW 2003, s. 983 i nast.

Niemiecka Rada Etyki jest interdyscyplinarnym organem o charakterze doradczym, działającym przy niemieckim Bundestagu. Jej utworzenie, sposób działania i zakres kompetencji uregulowane są w drodze ustawy federalnej – ustawy o utworzeniu Niemieckiej Rady Etyki (Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats)<sup>43</sup> uchwalonej 16.07.2007 r. Niemiecka Rada Etyki zastąpiła utworzoną w 2001 r. na podstawie uchwały rządu federalnego kierowanego wówczas przez kanclerza Gerharda Schrödera Narodową Radę Etyki<sup>44</sup>, która została rozwiązana w 2008r. Posiedzenie konstytuujące Niemiecką Radę Etyki miało miejsce 11.04.2008 r.

Niemiecka Rada Etyki jako narodowa komisja etyczna zajmuje się m.in. zagadnieniami moralnymi, społecznymi, medycznymi i prawnymi oraz przewidywanym wpływem badań naukowych i rozwoju nauk o życiu na sytuację jednostki i społeczeństwa<sup>45</sup>. Rada powinna także informować opinię publiczną i wspierać społeczne dyskusje dotyczące problemów etycznych. Ponadto do jej zadań należy opracowywanie opinii i zaleceń dla polityki i organów ustawodawczych. Rada w ramach swojej działalności współpracuje także z innymi narodowymi radami etycznymi i podobnymi organami z innych państw oraz z organizacjami międzynarodowymi. Rada jest zobowiązana do składania corocznego sprawozdania ze swojej działalności Bundestagowi oraz rządowi federalnemu.

W skład Rady<sup>46</sup> wchodzi 26 członków, którzy powoływani są po połowie na wniosek Bundestagu i rządu federalnego przez przewodniczącego Bundestagu. Członkowie Rady są naukowcami reprezentującymi różne dyscypliny naukowe: nauki przyrodnicze, medyczne, teologię, filozofię, etykę, nauki społeczne i ekonomiczne oraz prawne. Ponadto członkami Rady są także uznane osobistości, które w szczególności sposób zajmują się kwestiami etycznymi. W radzie powinny być reprezentowane zarówno poglądy etyki filozoficznej, jak i teonomicznej<sup>47</sup>. Przy wyborze członków Rady powinien być zagwarantowany pluralizm poglądowy. Członkowie Rady są niezależni od innych organów, a ich niezależność gwarantowana jest m.in. zakazem udziału w radzie osobom będących członkami federalnych lub krajowych organów ustawodawczych oraz członkami federalnego lub krajowego rządu. Członkowie Rady nie są związani żadnymi wskazówkami, w swoich opiniach wyrażają swoje osobiste przekonania i przy opiniowaniu podlegają tylko własnemu sumieniu<sup>48</sup>.

Członkowie Niemieckiej Rady Etyki powoływani są na czteroletnią kadencję. Możliwy jest jednokrotny ponowny wybór. Każdy z członków może na pisemny wniosek złożony do przewodniczącego Bundestagu wystąpić z Rady. W przypadku wcześniejszego ustąpienia członka Rady na jego miejsce powoływany jest nowy członek na czteroletnią kadencję. Powołanie nowego członka odbywa się wówczas na wniosek tego organu, który wnioskuje wcześniej członkostwo ustępującego członka Rady.

<sup>43</sup> Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats (BGBl. I S. 1385); Ustawa weszła w życie 1.08.2007r. Tekst ustawy dostępny jest m.in. na stronie Rady: [www.ethikrat.org/ueber-uns/ethikratgesetz](http://www.ethikrat.org/ueber-uns/ethikratgesetz) z dnia 20.05.2015.

<sup>44</sup> Ch. von Dewitz, F.C. Luft, Ch. Pestalozza, Ethikkommissionen in der medizinischen Forschung, Gutachten im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland für die Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages, 15. Legislaturperiode, Oktober 2004, s. 34, tekst dostępny na stronie: [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik\\_med/gutachten/gutachten01\\_ethikkommissionen.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik_med/gutachten/gutachten01_ethikkommissionen.pdf)

<sup>45</sup> § 2 ustawy o Niemieckiej Radzie Etyki.

<sup>46</sup> Skład Niemieckiej Rady Etyki i sposób powoływania jej członków regulują §§ 4 i 5 omawianej ustawy.

<sup>47</sup> zob. m.in. wyjaśnienia dotyczące Niemieckiej Rady Etyki zawarte w leksykonie Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Deutscher Ethikrat, Springer Gabler Verlag, online im Internet: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/498345193/deutscher-ethikrat-v5.html> z dnia 20.05.2015.

<sup>48</sup> Zob. postanowienia regulaminu Niemieckiej Rady Etyki, tekst dostępny jest na oficjalnej stronie internetowej Rady: <http://www.ethikrat.org/ueber-uns/geschaeftsordnung> z dnia 20.05.2015.



Spośród swoich członków Rada wybiera przewodniczącego i jego zastępców na czteroletnią kadencję. Także w tym przypadku możliwy jest jednokrotny ponowny wybór. Ponadto Niemiecka Rada Etyki uchwała swój regulamin<sup>49</sup>, w którym uregulowany jest m.in. tryb powoływania organów Rady, zasady uczestnictwa członków Rady w jej pracach, sposób podejmowania decyzji, czy zasady wydatkowania przeznaczonych na jej działalność środków.

Rada ustala roczny plan pracy. Obrady plenarne Rady odbywają się przynajmniej raz w miesiącu; na żądanie co najmniej siedmiu członków mogą zostać zwołane nadzwyczajne posiedzenia. Posiedzenia zasadniczo mają charakter jawny. Rada może postanowić także o wyłączeniu jawności obrad, przy czym wyniki obrad niejawnych mogą być publikowane. W związku z faktem, że członkowie Rady są niezależni i reprezentują w pracach Rady swoje własne poglądy i przekonania, mają prawo do zgłaszania swojego zdania odrębnego do opracowywanych opinii. Zdanie odrębne członków Rady podawane jest do wiadomości opinii publicznej. Publikacji podlegają opinie, zalecenia i sprawozdania Rady. Niemiecka Rada Etyki może ponadto tworzyć grupy robocze, może także zlecać sporządzenie opinii osobom trzecim i zapraszać specjalistów do współpracy w grupach roboczych. Posiedzenia grup roboczych nie mają charakteru jawnego. Członkowie Niemieckiej Rady Etyki oraz członkowie jej biura są zobowiązani do zachowania tajemnicy w odniesieniu do niejawnych obrad oraz dokumentów z obrad, które Rada uznała za poufne. Obowiązek ten dotyczy także wszelkich informacji, które przekazane zostały Radzie jako poufne.

Ważnym zadaniem Niemieckiej Rady Etyki jest współpraca z politykami, w szczególności członkami niemieckiego Bundestagu oraz rządu federalnego<sup>50</sup>, w szczególności z ministrami ds. zdrowia, kształcenia i badań naukowych, sprawiedliwości, rodziny i seniorów, kobiet i młodzieży. Na zlecenie tych organów powstaje część opinii sporządzanych przez Radę. Ponadto Rada organizuje także regularne spotkania z parlamentarzystami w celu omówienia aktualnie prowadzonych publicznych dyskusji na tematy etyczne. Rada uwzględnia także w swoim programie problematykę wynikającą z aktualnych prac ustawodawczych w Bundestagu, prac rządu federalnego oraz z politycznych dyskusji społecznych.

Dla usprawnienia pracy Niemieckiej Rady Etyki utworzone zostało przez przewodniczącego Bundestagu biuro, którego siedziba mieści się w Berlinie przy Berlińsko-Brandenburskiej Akademii Nauk (Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften). Biuro jest odpowiedzialne za zbieranie koniecznych materiałów, dostarczanie i ocenianie dokumentów naukowych dotyczących tematów prac prowadzonych przez Radę, przygotowywanie publikacji, planowanie i organizację posiedzeń Rady oraz innych publicznych konferencji<sup>51</sup>, a także publikację opinii i innych dokumentów. Ponadto do zadań biura należą kontakty z mediami, udzielanie odpowiedzi na pytania opinii publicznej, utrzymywanie kontaktów międzynarodowych oraz dbanie o obecność Rady w mediach, w tym w internecie<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Obecnie obowiązujący regulamin został uchwalony 25.07.2013r.

<sup>50</sup> Zob. więcej na stronie: <http://www.bpb.de/gesellschaft/umwelt/bioethik/173891/der-deutsche-ethikrat-aufgaben-zusammensetzung-und-themen> z dnia 20.05.2015.

<sup>51</sup> Rada organizuje regularnie konferencje i sympozja naukowe, jednym z istotnych formatów tego rodzaju działalności Rady jest tzw. „Forum Bioethik”, w ramach którego odbywają się spotkania i konferencje z udziałem wybitnych specjalistów reprezentujących nauki medyczne i przyrodnicze.

<sup>52</sup> Utworzenie biura przewidziane zostało w §8 ustawy, jego zadania określa m.in. regulamin Rady.

Koszty działalności Niemieckiej Rady Etyki oraz jej biura ponosi Federacja<sup>53</sup>. Pochodzące z budżetu federalnego środki przeznaczone są między innymi na pokrycie kosztów osobowych (naukowców oraz osób zatrudnionych przez Radę), zwrot poniesionych wydatków, koszty podróży służbowych członków Rady oraz pracowników biura, koszty materiałów biurowych oraz wydatki na pokrycie zleceń druku materiałów oraz sporządzenia opinii, organizację publicznych konferencji i wystąpień oraz wszelkie koszty administracyjne.

Niemiecka Rada Etyki w żaden sposób nie jest powiązana z działającymi w poszczególnych landach komisjami etycznymi przy izbach lekarskich, działa w sposób zupełnie od nich niezależny i jej główne zadanie polega na działalności doradczej dla Bundestagu i rządu federalnego. Nie pełni ona funkcji organu odwoławczego od decyzji i opinii wydawanych przez inne, działające na terytorium Niemiec rady i komisje etyczne.

Komisją o zasięgu ogólnoniemieckim jest także Centralna Komisja Etyczna (Zentrale Ethikkommission)<sup>54</sup> działająca przy Federalnej Izbie Lekarskiej. Utworzona została 18.03.1994 r. w drodze uchwały zarządu Federalnej Izby Lekarskiej jako niezależna, multidyscyplinarna centralna komisja etyczna. Komisja rozpoczęła swoją działalność w lipcu 1995 r. Jej utworzenie stanowiło reakcję Federalnej Izby Lekarskiej na wzrastający w szybkim tempie rozwój biomedycyny i pojawiające się wraz z nim liczne wątpliwości natury etycznej i konieczność podejmowania decyzji także w trudnych i często niejednoznacznie ocenianych przypadkach. Dokładny zakres zadań Centralnej Komisji Etycznej zawarty został w jej statucie<sup>55</sup>. Są to przede wszystkim: sporządzanie opinii dotyczących kwestii etycznych wynikających z postępu i technologicznego rozwoju w medycynie i obszarach pokrewnych i które mają znaczenie dla całej Republiki Federalnej Niemiec, sporządzenie opinii w sprawach etycznych w odniesieniu do zasadniczych kwestii związanych z wykonywaniem zawodu lekarza oraz wspieranie uzupełniającymi opiniami w kwestiach etycznych na wniosek komisji etycznej działającej przy krajowej izbie lekarskiej lub przy wydziale medycznym przy jednoczesnym zachowaniu niezależności wnioskującej komisji etycznej<sup>56</sup>.

W skład komisji wchodzi 16 członków, którzy reprezentują różne dyscypliny naukowe, powinni jednocześnie dysponować fachową wiedzą i doświadczeniem w zakresie kwestii etycznych. Aby zapewnić multidyscyplinarność komisji statut określa jakie dyscypliny powinny być reprezentowane przez 12 członków komisji: wśród nich powinno się znajdować 5 przedstawicieli medycyny, 2 przedstawicieli filozofii lub teologii, 2 przedstawicieli nauk przyrodniczych, jeden przedstawiciel nauk społecznych, dwóch przedstawicieli nauk prawnych.

Członkowie komisji wybierani są na trzyletnią kadencję przez zarząd Federalnej Izby Lekarskiej na podstawie kandydatur zgłoszonych przez wskazane w ust. 4 i 5 § 4 statutu instytucje<sup>57</sup>. Zgłaszani kandydaci nie mogą jednak być członkami tych instytucji, ale wybitnymi osobowościami z dużym doświadczeniem i fachową wiedzą.

<sup>53</sup> Roczne koszty działalności Niemieckiej Rady Etyki i jej biura wynoszą 1,695 milionów Euro i pokrywane z budżetu federalnego. Informacje dotyczące budżetu i wydatków Niemieckiej Rady Etyki dostępne są na stronie: <http://www.ethikrat.org/ueber-uns/haushalt> z dnia 20.05.2015.

<sup>54</sup> Pełna nazwa komisji to: Centralna Komisja ds. Przestrzegania Zasad Etycznych w Medycynie i Obszarach z nią Związanych (Zentrale Ethikkommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten).

<sup>55</sup> Statut w wersji przyjętej przez Zarząd Federalnej Izby Lekarskiej 20.04.2012r. dostępny jest na oficjalnej stronie Centralnej Komisji Etycznej: <http://www.zentrale-ethikkommission.de/page.asp?his=0.2.29> z dnia 20.05.2015.

<sup>56</sup> § 2 Statutu Centralnej Komisji Etycznej.

<sup>57</sup> Instytucje, które mogą proponować kandydatów do komisji to: Die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die Max-Planck-Gesellschaft, der Wissenschaftsrat, der Medizinische Fakultätentag, die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, der Arbeitskreis der Medizinischen Ethikkommissionen, die Akademie für Ethik in der Medizin die Zentrale Kommission für biologische Sicherheit, die Deutsche Bischofskonferenz, die Evangelische Kirche Deutschlands, der Zentralrat der Juden in Deutschland, der Koordinationsrat der Muslime.

Statut przewiduje możliwość ponownego wyboru. Natomiast w przypadku ustąpienia kogoś z członków w czasie trwania kadencji, dokonywany jest wybór nowego członka na czas pozostały do zakończenia kadencji. Członkowie powoływani są osobiście przez prezesa Federalnej Izby Lekarskiej. Statut nie przewiduje możliwości zastępstwa członków. Członkowie komisji wybierają ze swojego grona zarząd składający się z przewodniczącego, jego zastępcy i trzech członków. Zadaniem zarządu jest przygotowywanie uchwał komisji. W tym celu może on powoływać zespoły, w których mogą uczestniczyć także biegli niebędący członkami komisji. Przy wydawaniu opinii zarząd powinien konsultować się z fachowymi gremiami działającymi przy Federalnej Izbie Lekarskiej. Posiedzenia komisji, które zwołuje przewodniczący zarządu odbywają się tak często, jak jest to konieczne. W posiedzeniach może uczestniczyć także z głosem doradczym prezes Federalnej Izby Lekarskiej lub umocowany przez niego członek zarządu Federalnej Izby Lekarskiej. Posiedzenia nie są jawne, ale sporządzany jest z nich protokół.

Uchwały podejmowane są na posiedzeniach lub w postępowaniu pisemnym. Aby komisja była zdolna do podejmowania ważnych uchwał konieczne jest kworum co najmniej 12 członków komisji uczestniczących w głosowaniu. Uchwały podejmowane są większością głosów. Możliwe jest zgłoszenie zdania odrębnego. Komisja przy podejmowaniu decyzji pozostaje niezależna, jednak zgodnie ze statutem zobligowana jest do uwzględniania systemu wartości przewidzianego w Ustawie Zasadniczej, w szczególności zasady nienaruszalności godności ludzkiej i ochrony życia oraz przestrzegania przewidzianych dla działalności lekarskiej zasad etyki, w szczególności tych wynikających z deklaracji Światowego Stowarzyszenia Lekarzy<sup>58</sup>. Uchwały mogą być publikowane<sup>59</sup>. Komisja może wydawać swoje opinie także w formie zaleceń i dyrektyw.

Koszty działalności Centralnej Komisji Etycznej ponosi Federalna Izba Lekarska w ramach swojego budżetu. Członkom Komisji przysługuje zwrot poniesionych kosztów podróży.

Centralna Komisja Etyczna dotychczas wydała opinie m.in. w następujących sprawach: prowadzenia badań naukowych z udziałem osób małoletnich, przymusowe leczenie osób chorych psychicznie, opieka nad pacjentami – migrantami nieposiadającymi regularnego ubezpieczenia zdrowotnego, wpływ reklamy i technologii informacyjnych na obraz zawodowy lekarza, badania naukowe nad klonowaniem w celach terapeutycznych, badania komórek macierzystych, doping itp.<sup>60</sup>.

Oprócz działającej przy Federalnej Izbie Lekarskiej Centralnej Komisji Etycznej istnieje w Niemczech dodatkowo dobrowolne zrzeszenie 53 publicznoprawnych komisji etycznych, działających przy izbach lekarskich poszczególnych krajów związkowych oraz przy wydziałach medycznych<sup>61</sup> – jest to Zespół Medycznych Komisji Etycznych w Republice Federalne Niemiec (Arbeitskreis medizinischer Ethik – Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland).

<sup>58</sup> § 1 ust.2 Statutu Centralnej Komisji Etycznej

<sup>59</sup> Opinie Centralnej Komisji Etycznej publikowane są w czasopiśmie Deutsches Ärzteblatt oraz na stronie internetowej komisji: [www. http://www.zentrale-ethikkommission.de](http://www.zentrale-ethikkommission.de) z dnia 20.05.2015.

<sup>60</sup> Wszystkie opinie Centralnej Komisji Etycznej dostępne są na stronie internetowej: <http://www.zentrale-ethikkommission.de/page.asp?his=0.1> z dnia 20.05.2015.

<sup>61</sup> W Zespole zrzeszonych jest 19 komisji etycznych działających przy izbach lekarskich w poszczególnych landach oraz 34 komisje działające przy wydziałach medycznych niemieckich uniwersytetów. Liczba komisji w poszczególnych krajach związkowych jest większa niż liczba samych krajów związkowych, ponieważ w Berlinie, Bremie i Saksonii Anhalt działają po dwie komisje – jedna przy odpowiedniej izbie lekarskiej kraju związkowego oraz odrębna komisja jako komisja etyczna danego kraju związkowego.

Sposób działania zespołu uregulowany został w statucie<sup>62</sup>. Zespół ma status prawny zarejestrowanego stowarzyszenia. Jego głównym zadaniem jest ocena projektów medycznych badań naukowych z udziałem ludzi pod względem etycznym i prawnym. Celem zespołu jest wspieranie nauki i badań naukowych, jak również wspieranie publicznej służby zdrowia i opieki zdrowotnej. Te statutowe zadania i cele realizowane są przede wszystkim przez odpowiednie działania zespołu polegające na ochronie pacjentów i probantów, badaczy oraz ochronie ogółu poprzez zapewnienie właściwego działania komisji etycznych, także poprzez udostępnianie społeczeństwu publikacji naukowych z zakresu badań medycznych, w szczególności poświęcone etycznym aspektom tych badań, wymianę poglądów i doświadczeń, także w ramach współpracy międzynarodowej, prowadzenie odpowiednich szkoleń dla członków komisji etycznych raz harmonizacja procedur uzyskania pozytywnej opinii przed współpracującymi w ramach Zespołu komisjami etycznymi.

Członkami Zespołu mogą być wszystkie komisje etyczne o charakterze publicznoprawnym działające na terytorium Republiki Federalnej Niemiec. W rozumieniu omawianego statutu za takie uważa się komisje, do których zadań należy etyczna i prawna ocena projektów medycznych badań naukowych z udziałem ludzi<sup>63</sup>. W ramach organizacji wewnętrznej zespołu organem o charakterze decyzyjnym jest zgromadzenie członków, które zwoływane jest co najmniej raz w roku przez zarząd. Zarząd składa się z przewodniczącego, zastępcy, skarbnika, protokolanta oraz co najmniej trzech członków. Członkowie zarządu wybierani są na trzyletnią kadencję, możliwy jest ponowny wybór.

Merytoryczna praca zespołu odbywa się w grupach roboczych, które tworzone są przez zgromadzenie członków. Zarząd ma prawo proponowania zakresu zadań grupy i członkostwa. W jednej grupie roboczej nie powinno być więcej niż sześciu członków. Skład powinien uwzględniać przedstawicieli komisji etycznych różnych podmiotów. W pracach grup roboczych mogą uczestniczyć członkowie zarządu. O wynikach prac grup roboczych relację zarządowi i zgromadzeniu członków zdają wybierani przez członków grupy rzeczniczy.

Wyniki prac komisji i jej grup roboczych są regularnie publikowane w wydawanym od 1990r. roczniku „Medizin-Ethik”.

Zrzeszone w Zespole komisje etyczne stały się po zmianach wprowadzonych w przepisach federalnych w wyniku 12 nowelizacji ustawy o obrocie lekami w 2004 r. głównym organem doradczym w zakresie etyki, którego pozytywna opinia stanowi warunek legalności badań. Zmiana ustawy spowodowała znaczne sformalizowanie postępowania przed komisją etyczną, zarówno w odniesieniu do wymogów dotyczących wnioskodawcy i warunków składania wniosków, jak również w odniesieniu do pracy komisji wydającej opinię. Opinie komisji etycznych stanowią obecnie akty administracyjne<sup>64</sup>, a ich działalność zyskała charakter urzędowy. Trzy z komisji mają swoją siedzibę bezpośrednio przy rządzie kraju związkowego. Tym samym komisje etyczne przestały być tylko narzędziem kontroli lub samokontroli działalności naukowej<sup>65</sup>. Rocznie komisje etyczne rozpatrują ok. 15.000 wniosków.

<sup>62</sup> Obecnie obowiązuje wersja statutu przyjęta przez zgromadzenie członków stowarzyszenia 12.11.2005r. zmieniona następnie przez zgromadzenie członków 27.11.2010r. w Monachium i 25.06.2011r. w Berlinie i 21.06.2014 w Berlinie. Tekst statutu dostępny jest na stronie internetowej zespołu: <http://www.ak-med-ethik-komm.de/documents/SatzungJuni2014.pdf> z dnia 20.05.2015.

<sup>63</sup> Zob. § 4. ust. 1 statutu.

<sup>64</sup> Zob. informacje zawarte na stronie Federalnego Ministerstwa Zdrowia <http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitsystem/gesundheitsziele/fragen-und-antworten-pidv.html> z dnia 20.05.2015.

<sup>65</sup> H. Just, Die Professionalisierung der Ethik-Kommissionen, einer Einrichtung der Selbstkontrolle der Wissenschaft, MedR 2008, s. 640 i nast.

Działalność komisji etycznych w Niemczech oceniana jest obecnie bardzo pozytywnie. Podkreśla się, że do tej pory w wyniku ewentualnego błędu komisji etycznej opiniującej badania nie zdarzyły się żadne przypadki wyrządzenia szkody pacjentom lub probantom uczestniczącym w medycznych badaniach naukowych<sup>66</sup>. Jeszcze ok. dziesięć lat temu komisjom etycznym stawiany był zarzut zbyt małej profesjonalizacji. W szczególności w początkowym okresie działalności komisje charakteryzowały poważne braki organizacyjne jak np. niewystarczający personel biurowy, zbyt mało pomieszczeń biurowych i odpowiedniego sprzętu oraz zbyt niski budżet. Braki te wpływały na wydłużanie się czasu oczekiwania na opinie komisji etycznych, szczególnie w okresie gwałtownego wzrostu ilości składanych wniosków. Tym samym obowiązkowe włączenie komisji etycznych do procesu przygotowania i rozpoczęcia zaplanowanych badań naukowych spotykało się z krytyką samych naukowców, którzy opóźnienie rozpoczęcia badań traktowali jako dużą niedogodność. Ponadto długi czas oczekiwania na opinię komisji powodował duże niezadowolenie koncernów farmaceutycznych i przedstawicieli przemysłu medycznego<sup>67</sup>. Długotrwałe procedury przed organami federalnymi, których celem było dopuszczenie produktów medycznych i leków do sprzedaży wydłużane było dodatkowo przez konieczność uzyskania pozytywnej opinii komisji etycznej. Szczególna krytyka dotyczyła sytuacji, kiedy kilka komisji wydawało zróżnicowane opinie w przypadku takich samych projektów badawczych.

W ciągu ostatnich lat sytuacja komisji etycznych uległa znacznej poprawie. Co najważniejsze znacznie polepszyła się także komunikacja i współpraca między różnymi komisjami etycznymi. Szczególną rolę przy harmonizacji pracy komisji etycznych odgrywa omówiony powyżej Zespół, który opracował wzory dokumentów i ujedynolicił procedury, opracował zalecenia dla komisji etycznych oraz efektywny model współpracy i wymiany poglądów oraz doświadczeń. Skład działających w Niemczech komisji etycznych gwarantuje ich multidyscyplinarność. Zwykle pracują w nich doświadczeni lekarze i naukowcy, gwarantujący fachowe i rzeczowe rozpatrzenie wniosków. Ponad dwudziestopięcioletnia działalność komisji etycznych w Niemczech i ich zinstytucjonalizowana współpraca w ostatnich latach stała się gwarancją sprawnie działającego systemu, który znalazł powszechną akceptację i uznanie nie tylko wśród naukowców i lekarzy, ale także wśród polityków i społeczeństwa. Niewątpliwie do pozytywnej dziś oceny działalności komisji etycznych przyczyniła się ich stopniowa profesjonalizacja oraz dopasowywanie się ich struktur i sposobu działania do zmieniających się okoliczności. Natomiast zwiększanie się ilości przepisów regulujących pracę komisji etycznych powoduje znaczny stopień formalizacji, a nawet biurokratyzacji komisji etycznych, co z kolei może stanowić poważne zagrożenie dla niezależności komisji etycznych<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Zob. m.in. S. Listl, *Die Zivilrechtliche Haftung ...*, op.cit. s. 20 i nast.

<sup>67</sup> Na temat krytyki działalności komisji etycznych zob. także E. Deutsch, *Ethikkommissionen und ...*, op. cit.

<sup>68</sup> Zob. m.in. ocenę działalności komisji etycznych w opracowaniu H. Just, *Die Professionalisierung ...*, op.cit. s. 644 oraz E. Doppelfeld, *Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen*, *MedR* 2008, s. 646 i nast.

## Literatura:

Braun K., Bioethik, Öffentlichkeit, Politik, <http://www.bpb.de/gesellschaft/umwelt/bioethik/160165/bioethik-oeffentlichkeit-politik> z dnia 20.05.2015.

Deutsch E., Das internationale Recht der experimentellen Humanmedizin, w: A. Eser, A. Künschner (red.), Recht und Medizin, Wege der Forschung, Band 650, Darmstadt 1990.

Deutsch E., Der Beitrag des Rechts zur klinischen Forschung in der Medizin, NJW 1995.

Deutsch E., Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa, MedR 2008.

Deutsch E., Ethik-Kommissionen und die Freiheit der medizinischen Forschung, VersR Karlsruhe 1999, [www.juris.de](http://www.juris.de) z dnia 20.05.2015.

Deutsch E., Ethik-Kommissionen: Probandenschutz in der medizinischen Forschung, w: H.-D. Lippert, W. Eisenmenger (red.), Forschung am Menschen: Der Schutz des Menschen - die Freiheit des Forschers, Heidelberg 1999.

Dewitz von Ch., F. C. Luft, Ch. Pestalozza, Ethikkommissionen in der medizinischen Forschung, Gutachten im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland für die Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages, 15. Legislaturperiode, Oktober 2004, [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik\\_med/gutachten/gutachten01\\_ethikkommissionen.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv15/ethik_med/gutachten/gutachten01_ethikkommissionen.pdf) z dnia 20.05.2015.

Doppelfeld E., Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen, MedR 2008.

Gödicke P., Berufsrechtliche Grundlagen für die Tätigkeit von Ethik-kommissionen – überflüssige Zwangsberatung von Ärzten?, MedR 2008.

Just H., Die Professionalisierung der Ethik-Kommissionen, einer Einrichtung der Selbstkontrolle der Wissenschaft, MedR 2008.

Laufs A., Reiling E., Ethik-Kommissionen — Vorrecht der Ärztekammern?, Heidelberg 1991.

Leven K. H., Der Hippokratische Eid im 20. Jahrhundert, w: R. Toellner, U. Wiesing (red.), Geschichte und Ethik in der Medizin. Von den Schwierigkeiten einer Kooperation, Jahrbuch des Arbeitskreises Medizinischer Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1997.

Lile H., Forschung am Menschen in Deutschland. Rechtsgrundlagen und Rechtsentwicklung, w: H.-D.

Lippert, W. Eisenmenger (red.), Forschung am Menschen: Der Schutz des Menschen - die Freiheit des Forschers, Heidelberg 1999.

Lippert H.D., Ethikkommissionen: wie sie wurden was sie sind – Die Entwicklung der Ethikkommissionen in Deutschland am Beispiel der Ethikkommission der Universität Ulm, MedR 2008.

Listl S., Die zivilrechtliche Haftung für Fehler von Ethikkommissionen, Berlin - Heidelberg 2012.

Maio G., Ethik der Forschung am Menschen. Zur Begründung der Moral in ihrer historischen Bedingtheit, Stuttgart-Bad Cannstatt 2002.

Pabst I., Medizinische Forschung unter besonderer Berücksichtigung des Humanexperiments w: A. Kaufmann (red.) Moderne Medizin und Strafrecht, C. F. Müller, Heidelberg 1989.

Pfeiffer G., Die gegenwärtige und künftige Problematik der Ethik-Kommissionen, VersR 1991, [www.juris.de](http://www.juris.de) z dnia 20.05.2015.

Schott H., Geschichte der Medizin – Ansichten zur Ethik: Menschenversuch und Menschlichkeit, DtschArztebl 2003, 100 (10), [www.aerzteblatt.de/archiv/36609/](http://www.aerzteblatt.de/archiv/36609/) z dnia 20.05.2015.

Taupitz J., Ethikkommissionen in Deutschland w: G. Bruder Müller (red.) Forschung am Menschen: ethische Grenzen medizinischer Machbarkeit, Königshausen & Neumann, 2005.

Textor R., Experimente am Menschen – ethische und juristische Aspekte, MMG Medizin, Mensch, Gesellschaft 1898, 14, [www.ipzf.de/Experimente.html](http://www.ipzf.de/Experimente.html) z dnia 20.05.2015.

Wiesing U., Parsa-Parsi R. W., Deklaration von Helsinki: Neueste Revision, Dtsch Arztebl 2009; 106(11): A 503–6, <http://www.aerzteblatt.de/archiv/63784/Deklaration-von-Helsinki-Neueste-Revision> z dnia 20.05.2015.

### Summary:

Ethics committees in Germany work from the 70s twentieth century. The basis for their creation was the Declaration of Helsinki adopted in 1964 by the World Medical Association. The work of ethics committees governed by public international law, EU law and the provisions of the German federal law and Länder-law . In addition to the ethics committee at the medical faculties of universities and medical chambers operate in Germany the German Ethics Council at the Bundestag, the Central Ethics Committee at the Federal Chamber of Physicians and the Work Group of Medical Ethics Commissions in Germany. Their main task is to protect the rights and dignity of persons undergoing medical experiments.

**Keywords:** human dignity, ethics committee, medical research involving human subjects, World Medical Association, the Declaration of Helsinki, Code of Medical Ethics, German Ethics Council, international standards.