

IV. Konsequenzen für Dilemmata

Übertragen wir diese nur kursorisch beschriebene, hoch kontroverse Instrumentalisierungsdebatte zunächst auf die Frage nach der Zulässigkeit kriterialer Abwägungsentscheidungen zwischen Leben, kann zunächst festgehalten werden, dass das Abwägungsverbot im *Kant*'schen Sinne nicht wenige verborgene Parameter enthält, deren Aufdeckung erforderlich ist, um das konkrete Verbot, das sich dahinter verbirgt, zu entschlüsseln. Die Abwägung zweier Menschenleben in dilemmatischen Kollisionslagen verstößt sonach nur dann gegen das Abwägungsverbot, wenn die der Abwägung zugrunde liegende Entscheidung die Menschenwürde des „Geopfernten“ tangiert. Die Abwägung muss „würderrelevant“ sein, was bei *Kant* davon abhing, ob der Mensch durch diese Abwägung „bloß“ zum Mittel gemacht wird, also in ethisch illegitimer Weise instrumentalisiert wird. Die Illegitimität der Instrumentalisierung eines Menschen hängt hierbei von dem jeweiligen Instrumentalisierungskonzept und der ethischen Grundposition ab, die man zugrunde legen will. Wenn die verfassungsrechtliche Objektformel nur danach fragt, ob der Mensch „verobjektiviert“ wird, implementiert sie nur ein nicht aussagekräftiges Versatzstück der *Kant*'schen Zweck-an-sich-Formel. Ein derart weiter Instrumentalisierungsbegriff ist nur noch eine leere Hülse. Zu sagen, dass in Notstandslagen *jede* Abwägung Leben gegen Leben gegen die Menschenwürde verstößt, ist sonach ein *circulus vitiosus* und mehr behauptender, denn begründender Natur.

D. Das Abwägungsverbot als Grenze des demokratisch gebundenen Gesetzgebers

Für den demokratisch gebundenen Gesetzgeber bleibt die Frage, wie sich das Abwägungsverbot unter den gegebenen Umständen auf seine Regelungskompetenz konkret auswirkt. Wenn es eine Regelungsgrenze markiert, wo verläuft sie? Teilweise wird vertreten, dass ethische Maßstäbe weder Relevanz für die Interpretation des GG noch Auswirkungen auf das Handlungsprogramm des demokratisch gebundenen Gesetzgebers entfalten.⁸⁶ Die Implementierung moralphilosophischer Positionen sei sogar ein Kategorienfehler. Ein Blick auf den durch *Kant* geprägten Menschenwürde-

86 *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 291, 319 ff.

begriff, lässt aber das Gegenteil vermuten. Natürlich geht ein Durchgriff der Ethik auf das Recht jedenfalls nicht so weit, dass ethische Positionen schlicht in Gesetzesform gegossen werden.⁸⁷ Die Metapher eines Staatsnotars, der „die“ moralphilosophischen Axiome und Gerechtigkeitsprinzipien – einmal unterstellt über diese könnte überhaupt objektiv gesprochen werden⁸⁸ – nur noch in eine Norm überführt, ist daher im Ergebnis überzeichnet und unberechtigt. Wo aber liegen dann die sich aus dem Abwägungsverbot ergebenden Grenzen der rechtsschöpferischen Gewalt, wenn es sie denn gibt?⁸⁹

I. Das Menschenwürdeprinzip im Recht als äußerste Gestaltungsgrenze?

Vielleicht ist die Menschenwürdegarantie auch deshalb anhaltend mit dem Vorwurf einer Leerformel konfrontiert⁹⁰, weil Art.1 GG wie gesehen, zwar historisch interpretiert wird und auf die Zweck-an-sich Formel zurückgeht, hierbei aber die Debatte um das Wörtchen „bloß“ und ein rechtlich anerkanntes Instrumentalisierungskonzept, wenig Platz findet.⁹¹ *Herdegen* schreibt, die Objektformel erweise sich „als den Blick leitende, aber für das abschließende Verletzungsverdikt nicht mehr tragende Orientierungshilfe“⁹². Um aber seiner Grenz- und Filterfunktion gegenüber dem Gesetzgeber gerecht zu werden, muss der Begriff wenigstens in Ansätzen operationalisiert werden können, und zwar durch Angabe der notwendigen

87 *Poscher*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41, 64.

88 Was metaethisch von non-kognitivistischen Positionen mit guten Argumenten verneint werden würde. Ein Überblick bei <https://plato.stanford.edu/entries/moral-relativism/> (zuletzt abgerufen am 18.12.2022). Dagegen *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 129; vgl. zum Queerness-Argument im Kontext des moralischen Relativismus, *Mackie*, *Ethik*, Stuttgart 1981, S. 40 ff.

89 *Hart*, *Der Begriff des Rechts*, Berlin 2011, S. 84; *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 130.

90 Nach *Hörster* ist der Begriff der Menschenwürdeverletzung ein normativ besetztes Schlagwort, ohne jeden deskriptiven Gehalt, in den man lediglich das jeweilige Menschenbild mit seinen ethischen Postulaten hineinlegt. *Hörster*, *Ethik des Embryonenschutzes*, Ein rechtsphilosophischer Essay, Stuttgart 2002, 21, 24 f. Ähnlich *Alexy*, *Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 140, 2015, 497, 509.

91 *Alexy*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 140, 2015, 497, 509; *Herdegen*, in: Wetz (Hrsg.), S. 258.

92 *Herdegen*, in: Wetz (Hrsg.), S. 258.

deskriptiven, empirischen und normativen⁹³ (Minimal-)Eigenschaften, mit denen Verletzung und Nicht-Verletzung irgendwie unterscheidbar werden. Die verfassungsrechtliche Objektformel allein ermöglicht keine Antwort auf diese Frage. Doch was ist dann mit der Grenzfunktion, wenn der Begriff „Menschenwürdeverletzung“ derart unbestimmt und semantisch offen ist und „die Menschenwürdegarantie“ allein keine Antwort darauf enthält, was nun ihr unerschütterlicher Kern ist.⁹⁴

Für dieses große kantische Problem, ob wirklich jede Abwägung von Menschenleben zugleich gegen die Menschenwürde verstößt und abstrakter, wie eine Menschenwürdeverletzung generell identifiziert werden kann, hat Alexy mit seiner Optimierungstheorie die methodisch und rechts-ethisch plausibelste Lösung vorgelegt.⁹⁵ Zur Auflösung dieses gordischen Knotens schlägt er in kantischer Tradition eine Art Zwei-Ebenen-Modell vor: Er stipuliert einerseits eine durch Art. 1 GG festgelegte absolute Grenze und lehnt andererseits ein strenges Abwägungsverbot ab. Art. 1 GG enthält nach seiner Auffassung zwei Menschenwürde-Normen: Eine Menschenwürde-Regel und ein Menschenwürde-Prinzip.⁹⁶ Absolut im Sinne von „stets vorrangig in Kollisionsfällen“ und „unwägbar“ ist aber nur die Regel nicht das Prinzip. Damit vertritt er explizit ein *relatives* Menschenwürdekonzept.⁹⁷ Prinzipien beschreibt Alexy als „Normen, die gebieten, dass etwas *in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird*“.⁹⁸ Prinzipien sind Optimierungsgebote, die in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können. Der Bereich der Möglichkeiten wird dabei durch gegenläufige Regeln und Prinzipien bestimmt.⁹⁹ Problematisch aus Sicht der Rechtsanwendung ist, dass die Menschenwürde-Norm teils als Regel, teils als Prinzip verwendet wird. Nur Regeln können aber subsumiert werden, Prinzipien werden hingegen gegeneinander abgewogen, sie können syllogistisch nicht einfach angewendet werden, da sie an semantisch offene, unbestimmte Rechtsbegriffe anknüpfen. „Absolut vorrangig“ ist folglich nur der Regelcharakter; das bedeutet, wenn die Regel verletzt ist, geht Art. 1 GG natürlich stets vor. *Aber:* Auf

93 Alexy, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 140, 2015, 497, 509.

94 Poscher, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41, 76.

95 Alexy, Theorie der Grundrechte, 9. Aufl., 2020 Baden-Baden, *en passim* (zitiert als: Alexy, Theorie der Grundrechte).

96 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75.

97 Alexy, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 140, 2015, 497, 509.

98 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75.

99 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76.

Grund der Offenheit der Menschenwürde-Norm ist das *Prinzip der Menschenwürde* zwecks *Festlegung des Inhalts der Regel* der Menschenwürde einer Abwägung zugänglich (und bedürftig). Das Prinzip der Menschenwürde ist daher „durch ein Bündel an Unterprinzipien zu präzisieren, zu denen unterschiedliche materielle Prinzipien gehören, die in eine Abwägung treten“.¹⁰⁰ Um also die Voraussetzungen einer Menschenwürdeverletzung (als Regel) anzugeben, bedarf es folglich zwingend einer Abwägung, um die Regel überhaupt erst zu konstituieren. Der Menschenwürdebegriff fungiert insoweit als Brückenbegriff. Alexy schreibt wörtlich: „Sobald aber Unklarheit darüber entsteht, ob jemand als *bloßes Objekt* behandelt wird, kann auf eine Abwägung (der Menschenwürde Anm. der Verf.) nicht länger verzichtet werden.“¹⁰¹ Hierzu stellt Alexy eine komplexe, logische Abwägungsformel auf, die sog. Gewichtsformel, die letztlich den Kern des Abwägungsgesetzes angibt.¹⁰² Diese kann an hier nicht nachgezeichnet werden. Entscheidend für die hiesige Frage ist, dass das Menschenwürdeprinzip ein Optimierungsgebot darstellt, das mit anderen Prinzipien kollidieren kann; diese *abzuwägen* ist Aufgabe des demokratisch gebundenen Gesetzgebers. Wenn Prinzipien kollidieren, ist es also Aufgabe des Staates im Rahmen eines demokratischen Prozesses über den Ausgleich dieser Rechtspositionen zu entscheiden, ohne dass automatisch wegen dem Absolutheitsanspruch von Art. 1 GG sämtliche kollidierenden Prinzipien per se geopfert werden müssten.¹⁰³

Es gibt sie sonach, die äußerste Grenze (Menschenwürdeprinzip), aber wo genau sie verläuft (Menschenwürderegel), ist im Rahmen des demokratischen Diskurses herauszufinden. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass „jeder beliebige Inhalt“¹⁰⁴ Recht sein kann. Entscheidende Funktion haben demokratische Strukturen und die Anerkennung der Menschenrechte, an deren Spitze die Menschenwürde zu verorten ist. Sie muss als angetastet gelten, wenn ein Mensch plötzlich als Organteillager oder Zugstopper fungieren soll, gefoltert oder als „Wahrheitsmittel“ um jeden Preis dienen soll. Aber: Weder das Menschenwürdeprinzip noch die aus ihm folgenden Regeln stehen einer kriterialen Regelung dilemmatischer Konflikte pauschal

100 *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 291, 326.

101 *Alexy*, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 140, 2015, 497, 511.

102 *Alexy*, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 140, 2015, 497, 502 ff.

103 So auch im Ergebnis mit anderer Begründung *Herdegen*, in: Wetz (Hrsg.), S. 260; *Poscher*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41, 77.

104 So aber *Kelsen*, S. 129.

und ausnahmslos entgegen. Jedenfalls kann ein solcher Verstoß nicht bloß darin gesehen werden, dass eine an materiellen Eigenschaften ausgerichtete Entscheidungsregel zur Auflösung von Dilemmata normiert wird, die sich an der Maximierungsregel orientiert und nicht das Zufallsprinzip fixiert. Daher genügt es auch in den kontrovers diskutierten Fällen der Ex-Post-Triage gerade nicht zu sagen, dass sie unzulässig ist, weil eine „Abwägung Leben gegen Leben“ erfolgt.¹⁰⁵ Eine dergestalt unspezifische Begründung enthält lediglich einen Verweis auf eine nichts aussagende Metapher.¹⁰⁶ Welche Kriterien hingegen zulässig sein können und wie Allokationsentscheidungen im Allgemeinen beschaffen sein müssen, um Menschenwürde, Gleichberechtigung, Fairness und Effizienz möglichst *optimal* zu realisieren, bedürfte einer detaillierten Prinzipienabwägung und näheren Betrachtung.¹⁰⁷ Für jedes einzelne Kriterium bedürfte es hierbei einer würdesensiblen Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung, ohne bestimmte Kriterien pauschal mit Verweis auf Art.1 GG als utilitaristisch und verfassungsfeindlich zu demontieren und im Diskurs zu zensieren.

II. Keine verbindliche inhaltliche Festlegung des Gesetzgebers

Die Gegenansicht, die für ein strengeres Abwägungsverbot eintritt, bietet als einzig richtiges Kriterium den Zufall an, da nur dieses Leben nicht bewertet und das Gebot der Gleichachtung wahr.¹⁰⁸ Dann aber würde Art.1 GG mittelbar einen parlamentarischen Meinungsbildungsprozess über dilemmatische Konflikte auf eine ethische Grundposition festlegen. Diese Rechtsauffassung, die prinzipiell keine Abwägung in Dilemmasituationen duldet, entspricht nämlich einer non-konsequentialistischen Position¹⁰⁹, für die grundsätzlich gilt: „Rights trump utilities“¹¹⁰, nicht umgekehrt. Deontologen müssen ausweislich ihres Selbstverständnisses grundsätzlich nicht den besten Zustand herbeiführen, um das moralisch Richtige

105 So bspw. Jansen, ZIS, 2021, 155 f.

106 Grundlegend zu dieser „Metapher“ Lübke/Grosse-Wilde, Abwägung, Paderborn 2022.

107 Zum Prozess der Abwägung an sich und seinen Voraussetzungen, Lübke/Grosse-Wilde.

108 M.w.N. Walter, GA 2020, 656, 664.

109 Zu den wohl wichtigsten Anhängern dieser Richtung zählen Moralphilosophen wie Kant und Ross (The Right and The Good 2002).

110 Thomson, The Monist 59, 1976, 204 ff.

auszuweisen.¹¹¹ Faire Chance durch Losverfahren¹¹² ist ein prominenter deontologischer Lösungsvorschlag für dilemmatische Konflikte. Inwiefern man durch ein „Lösen um Leben“ dem Würdeanspruch des Einzelnen tatsächlich gerechter werden würde, darf aber bezweifelt werden. Die konsequentialistische Gegenauffassung¹¹³ fokussiert nicht den Inhalt, sondern nur die (erwartbaren) Folgen der Handlung, sie lassen folglich die Frage, wie hoch der Preis einer Verrechnung¹¹⁴ von Leben wäre, ausdrücklich zu. Sie sind auf eine axiologische Teiltheorie angewiesen, die festlegt, wie bestimmte wahrscheinliche Handlungsfolgen (utilities) zu bewerten sind.¹¹⁵ Für die Folgenbeurteilung wird wiederum auf unterschiedliche Kriterien abgestellt.¹¹⁶ Teilweise genügt es, dass am Ende „mehr“ Leben gerettet werden, was allein auch nicht überzeugen kann.¹¹⁷ Vielversprechende, jüngere Ansätze versuchen im Kontext moralischer Dilemmata beide Ethiken zu vereinen¹¹⁸ und plädieren für eine differenzierte Betrachtung deontologischer Beschränkung gerade im Bereich von Dilemmata. Das tradierte Bild zweier unversöhnlicher Lager, scheint also wenigstens im Bereich von Dilemmata überholt. Es wird vielmehr zugegeben, dass gerade in diesem

111 *Kamm*, *Morality, Morality*, Vol. I: Death and Whom to Save from it, Oxford 1993.

112 *Taurek*, *Philosophy and public Affairs* 6 (4), 1977, 293–316.

113 Häufig gleichgesetzt mit utilitaristischen Positionen (*Bentham*, *Mill*, *Sidgwick*), wobei es natürlich „den“ Utilitarismus nicht gibt, vgl. zu den verschiedenen Varianten *Birnbacher*, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3. Aufl., Düsseldorf 2013, S. 217 ff. Gemeint sein soll ganz grob eine konsequentialistische Ethik, die den Folgen der jeweiligen Handlung und insbesondere ihrem Nutzen moralisches Gewicht beimisst (insbesondere Pareto-Effizienz berücksichtigt). „Größtes Glück der größten Zahl“ lautet die Formel des „Guten“.

114 *Calabresi* und *Bobbit* sprechen von den „costs of costing“, die Kosten der Kalkulation die anfallen, sobald man zwei Leben gegeneinanderhält. *Barry*, *Tragic Choices*, *Ethics* Vol. 94 No. 2 (1984), *en passim*.

115 *Birnbacher*, in: *Ach/Bayertz/Quante/Siep* (Hrsg.), S. 94.

116 Bspw. Präferenzen oder Lustgewinn (Hedonismus) bei *Bentham*, *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford 1996, ein Überblick bei *Mill*, *Utilitarianism*, London 2006, S. 27 f.

117 Vgl. *Taurek*, *Should the numbers count?*, *Philosophy and Public affairs*, Bd. 6, 1977, 293 sowie *Lübbe*, *The aggregation Argument in the numbers Debate* in: *Fehige/Lumer/Wessels* (Hrsg.), *Handeln mit Bedeutung, Handeln mit Gewalt*, Paderborn 2009, S. 406.

118 Im Kontext autonomer Fahrzeuge *Hevelke/Nida-Rümelin*, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 19 (1), 2015, 5 (11); *Hilgendorf*, *Dilemma-Problem beim automatisierten Fahren*, *ZStW* 130, 2018, 674, 683 ff.; *Misselhorn*, *Grundfragen der Maschinenethik*, 2018, S. 199 ff., die mit dem Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten argumentiert.

speziellen Anwendungsgebiet deontologische Gewichtungen allein wenig hilfreich sind.¹¹⁹ Damit ist es auch nicht richtig zu sagen, dass *jede* deontologische Ethik eine Abwägung zwischen Leben verbietet. In medizinischen Allokationsszenarien das Prinzip der Schadensminimierung zu verteidigen, heißt folglich nicht, den Utilitarismus in Gänze verteidigen oder jede deontologische Ethik in Gänze ablehnen zu müssen. Vertragstheoretische Konzepte ebnen dabei den Weg zu einer Lösung. Zu Recht verweist *Lübbe* darauf, dass es durchaus *richtig* sein kann, dem Maximierungsverbot zu folgen und damit das Beste für die größte Zahl zu tun. Entscheidend ist aber, ob dies zugleich „gerecht“ ist.¹²⁰ Dies sei aber nur dann „gerecht“ und daher auch nur dann ethisch zu empfehlen, wenn die Zuordnung der einzelnen Personen zu den Kategorien der Sortierung vor dem Schadensereignis *unbekannt* ist. Mit der Festlegung auf das Maximierungsgebot maximieren dann (und nur dann) alle potentiell Betroffenen zugleich ihre eigene Überlebenschance.¹²¹ Eine insgesamt überzeugende, deontologisch-kontraktualistische Verteidigung des Maximierungsgebots, die hier nicht im Detail dargestellt werden kann.¹²² Festzuhalten ist aber, dass Maximierungsregel und Gerechtigkeit kongruent sein können, auch aus Sicht einer deontologischen Ethik. Die zentrale demokratietheoretische Frage, die sich anschließt, ist: Wie würde ein aufgeklärter Bürger hinter einem Schleier des Nichtwissens – das heißt, ohne zu wissen, ob er Nutznießer oder Opfer sein wird – entscheiden?¹²³ Die jeweilige Antwort auf diese Frage, sollte im Rahmen der demokratischen Diskussion und Abstimmung Gewicht haben dürfen. Auf diese Weise zeigt jeder seine Wertschätzung für den besonderen Wert von Personen - und nicht, indem ein kollektives menschliches Gut gefördert wird, bei dem die Interessen einer Minderheit durch die größeren Gesamtinteressen einer Mehrheit aufgewogen werden.¹²⁴

119 *Gerdes/Thornton*, Implementable Ethics for Autonomous Vehicles, in: Maurer/Gerdes/Lenz/Winner (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, Berlin 2015, S. 94.

120 So auch *Gauthier*, *Morals by Agreement*, Oxford 1986 und *Scanlon*, *What we owe to each other?*, Cambridge and London 1998; *Stemmer*, *Handeln zu Gunsten anderer: Eine moralphilosophische Untersuchung*, Berlin 2000.

121 *Lübbe*, Patientenorientierung und Kostenorientierung, *JCSW* 47, 2006, 177, 189 f.

122 So auch bereits *Rakowski*, „Zählt die Anzahl, wenn man Leben rettet?“, in: *Lübbe* (Hrsg.): *Tödliche Entscheidungen*, Paderborn 2004, 158 (164 f.). Vgl. zur Argumentationsfigur des hypothetischen Kontraktualismus im Kontext der Triage überzeugend, *Zimmermann*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), 220 ff.

123 Diskutabel wäre eine Opt-In-Option.

124 *Nagel*, *One-to-One*, London Review, 1999, S. 480 ff.