

C. Dilemmatische Konflikte und das Abwägungsverbot

Wenn das BVerfG im Kontext der Triage Vorehrungen zum Schutz vor Diskriminierung verlangt und damit ein Gebot adressiert, ergibt sich bereits aus dem Normenquadrat der deontischen Logik, dass dieses Gebot in einem subalternen Verhältnis zur entsprechenden Erlaubnis steht, einfacher ausgedrückt: „Sollen impliziert können“.⁴⁹ Die Modalitäten Verbot und Gebot stehen zugleich in einem konträren Verhältnis, das heißt: Sie können nicht beide zugleich gelten, sie können nur beide zugleich nicht gelten. Zu fordern, der Gesetzgeber müsse ein materielles Kriterium jenseits des Zufalls zur Auflösung dilemmatischer Konflikte vorgeben, während er hierbei aber zwischen Leben nicht abwägen darf, was aber erforderlich ist, um ein Kriterium zu benennen, führt zu einer deontischen Kontrarietät. Wie verhält sich dazu nun aber das Abwägungsverbot? Dieses markiert im Kontext der Dilemma-Debatte den Schlüsselfaktor schlechthin⁵⁰ und hat im Straf- und Verfassungsrecht insgesamt eine große Wirkkraft, weshalb es im Folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden soll: Auf der Mikro-Ebene zementiert es nämlich den überwiegend geforderten Rechtfertigungsausschluss des Aktors. Auf der Makro-Ebene fixiert es die wesentliche negative Gestaltungsgrenze der Legislative. Doch woher kommt es eigentlich und welche verdeckten Parameter verbergen sich hinter diesem strengen Topos, der häufig allzu unspezifisch verwendet wird?

I. Was bedeutet eigentlich das Abwägungsverbot („Kein Leben gegen Leben“)?

Das sog. Abwägungsverbot verweist, so die einschlägigen Großkommentierungen⁵¹, auf Art. 1 GG i.V.m. Art. 2 GG und bezieht sich sonach auf *die* beiden Grundrechte schlechthin. Das Verhältnis dieser beiden Grundrechte untereinander (Art. 1 und Art. 2 GG) betrifft eine der großen Streitfragen der Verfassungsdogmatik. Wenn Leben gegen Leben abgewogen wird, so heißt es, erfolge eine Quantifizierung von Menschenleben, was „den Men-

49 Einführend zur deontischen Logik, *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 191 ff.

50 *Birnbacher*, Instrumentalisierung und Menschenwürde, in: Jahrbuch HHU (Hrsg.), Düsseldorf 2001, S. 1.

51 M.w.N. *Hillgruber*, in: BeckOK GG, 53. Ed., 2022, Art. 1 GG, Rn. 18.

schenwürdekern des Grundrechts Leben“ verletze.⁵² Doch was bedeutet das? Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG lässt jedenfalls eine Relativierung des Lebensrechts prinzipiell zu.⁵³ Das Recht auf Leben und die Würde des Menschen sind daher keineswegs immer kongruent. Damit muss es also (staatliche) Tötungen geben können, die nicht die Menschenwürde verletzen.⁵⁴ Vom Abwägungsverbot primär und zu Recht erfasst sind damit offensichtlich pauschale Aggregationen nach dem Motto: Zwei Leben sind „mehr wert“ als eines.⁵⁵ Was also im Kontext von dilemmatischen, tragischen Entscheidungen beispielsweise in Triage-Situationen zur Lebensverkürzung qualitativ hinzukommen muss, um die Lebenswertindifferenz zu gefährden, ist eine Würdeverletzung im Sinne einer Verdinglichung, einer Verobjektivierung.⁵⁶ Das Abwägungsverbot findet seinen materiellen Gehalt daher weniger in Art. 2 GG und mehr in Art. 1 GG.

II. Was bedeutet Menschenwürdeverletzung?

Das Menschenwürdeprinzip ist hierbei *die* Zentralnorm der Verfassung, ein hochkomplexer Begriff mit großer Aura⁵⁷, unwägbar, absolut gültig und gemeinsamer Nenner eines jeden demokratischen Rechtstaates. Doch was verbirgt sich eigentlich hinter diesem Sprachgebilde? Also was ist die unverletzliche Würde? Gibt es eine reliable und zwingende Begründung für sie? Das BVerfG schreibt: „Was die Verpflichtung ‚Die Menschenwürde ist zu achten!‘ für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht abschließend“⁵⁸, sondern nur „in Ansehung des konkreten Falls“⁵⁹ bestimmen. Eine Menschenwürdeverletzung sei hierbei weniger im Wege einer positiven Begriffsbestimmung des Schutzbereichs, sondern eher ex

52 *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 2021, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1, Rn. 14 ff.

53 *Antoni*, in: Höming/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 13. Auflage 2022, Rn. 4; *Hillgruber*, Beck-OK, Art. 1 GG, Rn. 19; *Poscher*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41 ff.

54 Bsp. finaler Rettungsschuss.

55 Zu den Gründen, warum diese Aggregation von Menschenleben allein nicht geeignet ist, die Maximierungsregel zu rechtfertigen, vgl. *Lübbe*, JCSW 47, 2006, 177, 185 f.

56 Grundlegend vgl. nur *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 2021, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn 9 und Rn. 11 ff.

57 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 1985, S. 507.

58 BVerfGE 45, 187 (225) = NJW 1977, 1525; BVerfGE 96, 375 (399); BVerfGE 50, 175; BVerfGE 87, 209;

59 BVerfGE 30, 25 ff.

negativo, „von der Verletzung her“⁶⁰ festzustellen. Die wohl wichtigste Konkretisierung ist hierbei die sog. Objektformel, wonach der Mensch nicht zum bloßen „Objekt“ gemacht werden darf.⁶¹ Diese in der verfassungsrechtlichen und ethischen Diskussion am meisten vertretene Definition geht auf *Kant* zurück⁶², wonach der Mensch immer Zweck an sich selbst bleiben muss.⁶³ Die Menschenwürde sei dann getroffen, wenn der konkrete Mensch „zum Objekt, zu einem Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“ und eine Degradierung zum Ding erfolgt, das total „erfasst“, „abgeschossen“, „registriert“, „ersetzt“, eingesetzt“ und „ausgesetzt“ werden kann.⁶⁴

III. Menschenwürde und Ethik

Dass die Menschenwürde unantastbar ist und nicht verletzt werden darf, bedeutete bei *Kant*, dass man einen Menschen zwar als Mittel, aber niemals „bloß“ als Mittel gebrauchen oder benutzen darf.⁶⁵ Wenn ich einen Koch beschäftige, ist der Mensch für mich „Mittel zum Zweck“ und daher instrumentalisiere ich ihn, aber damit ist natürlich nicht die für die Menschenwürde relevante Form einer Verdinglichung angesprochen. Die auf einem Minimal-Nenner angesiedelte Demarkationslinie zwischen Verletzung und Nicht-Verletzung der Menschenwürde verläuft folglich in der Moralphilosophie entlang der Auslegung des Wortes „bloß“.

Diese Frage nach der „Instrumentalisierung“ eines Menschen bezieht sich hierbei auf die gesamte Philosophiegeschichte des Abendlandes. Für unsere Zwecke genügt zunächst eine Teilfrage dieser philosophischen Debatte, bevor im Anschluss deren Relevanz für das Recht⁶⁶ erörtert wird: Wann ist die Instrumentalisierung eines Menschen *würderelevant und zu*

60 *Herdegen*, Gegen jede Relativierung, in: Wetz (Hrsg.), Texte zur Menschenwürde, Stuttgart 2008, S. 258 (zitiert als: *Herdegen*, in: Wetz [Hrsg.])

61 BVerfGE 30, 1 ff.

62 *Kant*, Metaphysik der Sitten, Graz, 1976, S. 66 f.

63 *Kant*, S. 67; BVerfGE 45, 227 f.

64 *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 81, 1971, 117, 125 f.

65 *Kant*, S. 66.

66 *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 291, 320, lehnen im Kontext der Triage bezüglich bestimmter ethischer Positionen jede Relevanz für das Recht ab. Hier heißt es wörtlich: „Diesen „lifetime priority view“ (...) kann man „ethisch“ mehr oder weniger gut und richtig finden; seine Übertragung auf

missbilligen? Um das *Kant* 'sche Instrumentalisierungsverbot („bloß“) zu konkretisieren, bedarf es einer Annäherung an seine Rechts- und Tugendlehre, die hier nicht im Detail dargestellt werden soll.⁶⁷ Im Zentrum steht die autonome Person, der bestimmte Rechte zukommen.⁶⁸ Die autonome Person ist dabei mehr als eine Einheit, die man mit ihren Präferenzen gewichtet. Menschen verdienen eine einzigartige Art von Respekt, wegen ihrer Menschheit und ihrer Fähigkeit zur Vernunft.⁶⁹ „Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen (Markt-)Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.“⁷⁰ *Kant* definiert Würde damit als „unbedingten, unvergleichbaren“ Wert, was gleichsam den Ursprung des Abwägungsverbots markieren dürfte. Da die Würde respektiert werden muss, folge daraus, dass man Menschen eben nicht wie Werkzeuge oder Surrogate behandeln darf.⁷¹ *Kant* stellt sodann selbst für die alles entscheidende Frage nach dem „bloß“ auf die Unmöglichkeit der Einwilligung ab.⁷² „Bloß“ als Mittel wird man demnach benutzt, wenn man von anderen in einer Weise behandelt wird, in die man unmöglich einwilligen kann, wie beispielsweise in Fällen der Folter und Sklaverei. Sein Instrumentalisierungsbegriff ist insgesamt metaphorisch aufgeladen und sehr weit. Er missbilligt auch Instrumentalisierungen sich selbst gegenüber (zum Beispiel durch Suizid). Sein Konzept ist bis in die Gegenwart Gegenstand umfangreicher moraltheoretischer

die rechtliche Normierung der Triage (...) ist jedoch ein grundrechtsdogmatischer Kategorienfehler“.

67 Vgl. statt Vieler *Schmidtchen*, Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe, in: Dölling (Hrsg.), *Jus humanum* Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für E.-J. Lampe, Berlin 2003, S. 245, 253 (zitiert als: *Schmidtchen*, in: FS Lampe).

68 *Kant*, S. 87 ff.; vgl. m.w.N. *Schmidtchen*, in: FS Lampe, S. 250 ff.; ähnlich auch *Wagner*, Die Würde des Menschen, in: Wetz (Hrsg.), Texte zur Menschenwürde, Stuttgart 2008, S. 240, 242.

69 *Kant*, S. 73 ff.

70 *Kant*, S. 77.

71 So auch *Lübbe*, JCSW 47, 2006, 177, 185 f. die das Beispiel von wertvollen Holzfiguren einführt, deren Wert man aggregieren kann, Menschenleben aber eben nicht.

72 *Kant*, S. 67, am Beispiel des berühmten „lügenhaften Versprechens“.

Debatten geblieben.⁷³ *Parfit*⁷⁴ beispielsweise plädiert für das Konzept einer rationalen Einwilligung, jemand wird bloß als Mittel behandelt, wenn es für ihn nicht rational ist, in die Behandlung einzuwilligen. Nun könnten Gründe, in die Behandlung einzuwilligen, ausschließlich dem Eigeninteresse dienen oder aber dem Gesamtnutzen, was ein Utilitarist wohl angeben würde.⁷⁵ Die Interpretation *Parfits* verlangt aber eine Auseinandersetzung mit dem sog. RM-Problem der praktischen Philosophie⁷⁶, also der Frage wie sich Moralität und Rationalität zueinander verhalten (sollen), was an dieser Stelle nicht diskutiert werden kann. Im Rahmen der großen Debatte um „treating persons *merely as means*“ ist für manche entscheidend, was der Aktor *intendiert*. *Kerstein* sagt, dass ein Aktor einen anderen erst bloß als Mittel behandelt, wenn er dem anderen *absichtlich* etwas antut, um *dadurch* einen seiner Zwecke zu sichern oder als Teil davon zu sichern.⁷⁷ Nach *Scanlon*, ist der Instrumentalisierungsbegriff noch enger zu fassen und verlangt sogar die Anwesenheit oder Teilnahme eines Aspekts des anderen zur Verwirklichung des Ziels⁷⁸: Wenn die Person (bezüglich derer man sich fragt, ob sie in ethisch illegitimer Weise instrumentalisiert wird) hinweggedacht werden kann, und der Zweck dennoch erreichbar ist, wird sie nach dieser Position nicht instrumentalisiert. Die Person muss folglich notwendiges Mittel zur Zweckerreichung sein, ihre „Benutzung“ wenigstens notwendige Bedingung. Die Unzulässigkeit der Instrumentalisierung einer Person hängt also auch von der kausalen Rolle der Person innerhalb des Prozesses ab. Der sog. Organ-Fall⁷⁹ (man entnimmt einer gesunden Person fünf Organe, um damit fünf andere Menschen zu retten) wäre sonach ein

73 Ein Überblick über die Einwilligungslösung und ihre Interpretationsarten in der *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, „Treating Persons as Means“, in deutscher Sprache eine Zusammenfassung bei *Schaber*, Das Instrumentalisierungsverbot; H2R Working Paper, 01/2022, 7 ff., abrufbar unter https://www.philosophie.uzh.ch/dam/jcr:5aa9b3cf-8a96-4874-b807-0ba88d7bf4d3/WP%2001_2022_Schaber_220119_ch.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.22; zitiert als: *Schaber*, Das Instrumentalisierungsverbot).

74 *Parfit*, Reasons and Persons, 1984, en passim.

75 Vgl. *Schaber*, S. 7.

76 *Fehige/Wessels*, Rationality and Morality, in: Knauff/Spohn (Hrsg.), Handbook of Rationality, Cambridge 2021, S. 681 ff., die sehr überzeugend für eine strikte Trennung beider Konzepte eintreten.

77 *Kerstein*, „Treating Others Merely as Means“, 2009, *Utilitas*, 21(2), 163 (166).

78 Was nur eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung darstellt. *Scanlon*, „Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame“, Harvard 2008, S. 111 ff.

79 Ausführlich dazu *Harman*, Das Wesen der Moral, Eine Einführung in die Ethik, Frankfurt a.M. 1981, S. 13 f.

Paradebeispiel für eine unzulässige Instrumentalisierung. Anders kann es sich nach teilweise vertretener Ansicht beim Abschuss eines entführten Flugzeugs verhalten: Ob auch unschuldige Insassen im Flugzeug sind, oder nur die Terroristen selbst, spielt nämlich für die Zweckerreichung (Beendigung des Terrorakts durch Abschuss) keine kausale Rolle, außerdem ist sie nicht intendiert. Ähnlich verhält es sich mit der kontrovers diskutierten Doktrin der Doppelwirkung⁸⁰. So kommt man im Trolley Fall⁸¹ zum keineswegs unplausiblen Ergebnis, dass das Umstellen der Weiche im Ausgangsfall nicht als (moralisch) bedenkliche Instrumentalisierung aufzufassen ist und zwar *auch* deshalb, weil das Umstellen der Weiche fünf Leben rettet und zwar unabhängig davon, ob auf dem umgeleiteten Gleis jemand steht oder nicht; sein Tod ist nur ein „nicht-intendierter Nebeneffekt“⁸². Anders im Fat-Mann-Fall⁸³: Hier fungiert die Person plötzlich selbst als eine Art Zugstopper, wie ein Baumstamm⁸⁴ oder ein Poller, der nur noch die Funktion hat, den Zug aufzuhalten und damit das gute Resultat zu bewirken. Außerdem ist die Handlung selbst („Stoßen eines Menschen“ statt „Umstellen einer Weiche“) nicht mehr für sich selbst betrachtet indifferent. *Schaber* will eine unzulässige Instrumentalisierung hingegen davon abhängig machen, ob für die instrumentalisierte Person Gründe ausgemacht werden können, in die Art und Weise, wie sie behandelt wird, einzuwilligen.⁸⁵ Sein Vorschlag lautet: Ich behandle eine andere Person „bloß“ als Mittel, wenn sie als Mittel zu meinen Zwecken behandelt wird und es *keine Gründe* für sie gibt, in die Weise, wie sie behandelt wird, einzuwilligen.

80 Grundlegend zur Theorie der Doppelwirkung: *Foot*, Das Problem der Abtreibung und die Doktrin der Doppelwirkung, in: Leist (Hrsg.), *Um Leben und Tod*, Frankfurt a.M. 1992, S. 196, 198 und *Turek*, 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.), S. 406.

81 *Foot*, Oxford Review 5, 1967, 5 f.

82 *Müller*, „Aus Prinzip?“, in: Ach/Bayertz/Quante/Siep, *Grundkurs Ethik* Band 1, 4. Aufl. 2016, Münster S. 107 (123 f.).

83 Zur sog. „Fat-Man-Abwandlung“, die gegenüber dem klassischen Trolley-Fall als illegitime Instrumentalisierung gewertet wird vgl. *Thomson*, Killing, Letting Die, and the Trolley Problem, *The Monist* 59, 1976, 204–217.

84 *Poscher* spricht von „Fat man“ als „unbelebtem Gegenstand“, dem nur noch die Funktion eines Felsbrockens zukommt, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41, 72.

85 *Schaber*, Instrumentalisierung und Würde, Zürich 2010; ders., Das Instrumentalisierungsverbot, S. 7 ff.