

„Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden“

Weyma Lübke, November 2020

Bereits in seiner zweiten Sitzung (Dezember 2018) hat der Arbeitskreis zum Thema „Abwägung“ getagt. Wir haben uns damals auf der Basis von Texten aus der öffentlich-rechtlichen Debatte mit der Logik der Waagemetapher, der Rede vom Abwägen von „Rechten“ und der Frage der Abwägbarkeit der Menschenwürde befasst. Die geplante Publikation ist breiter angelegt. Zwar soll im dritten Kapitel die einschlägige rechtswissenschaftliche Debatte weitergeführt werden. Dies soll jedoch möglichst auf der Basis oder jedenfalls in Kenntnis der grundlagentheoretischen Überlegungen erfolgen, denen das erste und das zweite Kapitel des Bandes gewidmet sind.

1.

Im ersten Kapitel werden grundlegende Fragen zum Verhältnis von Handlungstheorie und Entscheidungstheorie diskutiert. Das Interesse an diesen bereits in der explorativen ersten Arbeitskreissitzung (Februar 2018) thematisierten Fragen beruht auf dem Umstand, dass verschiedene zurechnungstheoretische Unterscheidungen und Konzepte, die im Alltag und im Recht – etwa beim Umgang mit den strafrechtlichen Tatbeständen – die Verwendung von Handlungsbegriffen und damit auch die Bewertung menschlichen Verhaltens als geboten, verboten oder erlaubt mitsteuern, im zumindest prima facie konsequentialistischen begrifflichen Rahmen der Entscheidungstheorie kein Äquivalent haben. Die fraglichen zurechnungstheoretischen Unterscheidungen sind hier durch etwas anderes, der Grundstruktur nach Einfacheres ersetzt, nämlich durch die Vorstellung, dass die Bewertung von Verhaltensoptionen an Wertmaximierung (sc. innerhalb eines Modells der jeweiligen Entscheidungssituation) orientiert ist oder doch im rationalen Fall sein sollte – nämlich der Maximierung des Werts sogenannter „outcomes“ (auch: „consequences“).

Zu den vor allem in der Geschichte der Strafrechtswissenschaft, aber nicht nur dort tradierten und gepflegten zurechnungstheoretischen Konzepten gehören etwa die Differenz – i. S. nicht automatischer Äquivalenz – von Begehen und Unterlassen, das Erfordernis des nichtzufälligen Kausalzusammenhangs („adäquate Verursachung“, „Risikoerhöhung“), das Konzept der Pflichtenkollision, die Differenzierung zwischen Anstiftung, Täterschaft und Beihilfe, Reflexionen zum Konzept der Einheit der Handlung u.v.a.m. Zumindes in einer ersten, oberflächlichen Prüfung ergibt sich der Eindruck, dass diese Konzepte zu Bewertungen von Handlungsoptionen führen können, deren Ergebnisse mit entscheidungstheoretischen Ressourcen nicht als rational rekonstruierbar sind. So steht es zum Beispiel bei Orientierung am Konzept der Pflichtenkollision einer Ärztin frei, ob sie im Konfliktfall unter sonst gleichen Umständen zwei Patienten A und B mit jeweils einer halben Dosis eines Medikaments vor dem Tode bewahrt oder eine andere Patientin C rettet, die die ganze Dosis des Medikaments benötigt. Bei Orientierung an der Leitidee der Wertmaximierung ist die Gleichstellung dieser Optionen nicht ohne Weiteres als rational rekonstruierbar. Insbesondere ist es aus der Perspektive der Wertmaximierung schwer nachvollziehbar, warum die Ärztin, die A mit einer halben Dosis hilft und die zweite Hälfte der Dosis entsorgt, etwas Unrechtes tut (Tötung durch Unterlassen), während die Ärztin, die C mit der ganzen Dosis hilft, nichts Unrechtes tut. Denn es sterben in beiden Fällen zwei Patienten.

Die beiden unterschiedlichen Bewertungsansätze – das mithilfe zurechnungstheoretischer Konzepte prozedierende Identifizieren dessen, was innerhalb eines auf ein Verhalten folgenden Zustands grundsätzlich vorwerfbare Tat ist, einerseits, und die Idee der Maximierung des Werts alternativ realisierbarer Zustände andererseits – müssen sich nicht in die Quere kommen, zumal es in der Entscheidungstheorie um Rationalität und im Rechtssystem um Recht und Unrecht geht. Aber sie können sich, wie das obige Beispiel illustriert, in die Quere kommen, denn auch Personen, die mit juristischen Konzepten operieren, lassen sich ungern irrationale Präferenzen vorwerfen. Dass Bewertungskonflikte dieser Art keine abstrakte Möglichkeit sind, d.h. nicht nur in artifiziellen philosophischen Fallbeispielen, sondern real

aufzutreten und insbesondere auch Prozesse interdisziplinärer Politikberatung erheblich behindern können, hat sich der Arbeitskreis in seiner dritten Sitzung (April 2019) vergegenwärtigt. Dort wurden gesundheitspolitische Kontroversen zu Fragen der Arzneimittelregulierung rekapituliert, namentlich der mehrere Jahre andauernde Streit zwischen Medizin(-ethik) und Sozialrecht einerseits und Gesundheitsökonomie andererseits um Ziele und Methoden der Festsetzung von Erstattungshöchstbeträgen für Arzneimittelinnovationen (sog. IQWiG-Kontroverse, 2008 ff).

Im AK haben wir uns bereits früh mit der Frage befasst, ob eine Charakterisierung der entscheidungstheoretischen Grundannahmen und das Sichberufen auf darin enthaltene Rationalitätsstandards nicht vielleicht nur dann angemessen und fair ist, wenn man diesen Rahmen ganz formal versteht, d.h. derart, dass er rein als solcher keine materialen Bewertungsstandards ausschließt. Vielleicht handelt es sich bei diesem Begriffsrahmen nur um eine abstrakte *Repräsentationsweise* für das, was im Grunde alle minimal vernünftigen Entscheider und Entscheidungsbewerter tun, Alltag und juristische Praxen eingeschlossen. Über die Fragen, was diese minimal vernünftigen Voraussetzungen wären und ob sie, jenseits der Bewertung als vernünftig, tatsächlich wert- und disziplinenneutral sind, haben wir uns im Arbeitskreis noch nicht abschließend verständigt. Zu den offenen gebliebenen Fragen gehört auch, ob der entscheidungstheoretische Rahmen seine Verwender tatsächlich auf einen sogenannten Konsequentialismus festlegt, und falls ja, wie diese Position genau zu charakterisieren ist (denn auch das versteht sich in den grundlagentheoretischen Debatten nicht von selbst). Einig waren wir uns, dass man zur Klärung dieser Fragen in Diskussionen über die in der Entscheidungstheorie (einschließlich Social Choice-Theorie) üblicherweise akzeptierten Axiome eintreten muss. Dazu gehören insbesondere auch die auf verschiedenen Ebenen involvierten Unabhängigkeitsaxiome, die in ihrem Funktionieren und ihren Folgen im zweiten Kapitel des Bandes im Mittelpunkt stehen sollen.

2.

Unabhängigkeitsaxiome postulieren die separate Bewertbarkeit von Aspekten oder Teilen eines zu bewertenden Objekts. Sie können auf verschiedenen Ebenen auftreten und gehören zu den umstrittenen, in den entscheidungstheoretischen Standardansätzen freilich stets in der einen oder anderen Form vorausgesetzten Postulaten. Die Frage der unabhängigen Bewertbarkeit kann etwa, erstens,

- unterschiedliche Teile oder Faktoren des *outcomes* einer Option betreffen. Im obigen Beispiel sind diese Faktoren die einzelnen jeweils resultierenden Toten bzw. Überlebenden. Wer postuliert, dass das Überleben einer Person ganz unabhängig davon, ob im gleichen *outcome* noch andere Personen überleben oder sterben, ein wertvoller und damit zum Wert des gesamten *outcomes* beitragender Effekt ist, wird Mühe haben, die oben exemplifizierten strafrechtlichen Bewertungen nachzuvollziehen.

Bei Entscheidungen unter Risiko können Unabhängigkeitsannahmen, zweitens,

- die Bewertung unterschiedlicher ex ante möglicher *outcomes* betreffen. So kann man etwa im Falle eines Zwei-Personen-Dilemmas mit Auslosung des Medikaments die rechtliche Bewertung des *outcomes* „A wird versorgt, nachdem ‚Zahl‘ gefallen ist“ davon abhängig machen, dass bei ‚Kopf‘ B versorgt worden wäre. Der Verweis auf eine solche, prima facie nicht irrational erscheinende Bewertungsrelevanz des Gewährens von Chancengleichheit widerspricht einem in der Erwartungsnutzentheorie vorausgesetzten Unabhängigkeitsaxiom („Sure Thing Principle“). Im Arbeitskreis haben wir das Thema anhand des bekannten Einwands von Peter Diamond gegen John Harsanyis Additionstheorem diskutiert.

Es kann aber, drittens, auch in Frage stehen,

- ob die relative Stellung eines bestimmten *outcomes* in der Präferenzordnung unabhängig davon ist, welche weiteren *outcomes* erreichbar waren (sog. menu independence). So hängt im obigen Drei-Personen-Beispiel die strafrechtliche Bewertung der Wahl der Option „A und B sterben, C überlebt“ als zulässig – nämlich der ebenfalls zulässigen Option „A und B überleben, C stirbt“ gleichgeordnet und der Option „A überlebt, B und C sterben“ vorgeordnet – offenbar daran, dass keine Option zur Verfügung stand, in der außer C noch weitere Personen überleben.

Im Arbeitskreis haben wir die genannten und weitere, in der Theorie der Auswahlfunktionen entwickelte Unabhängigkeitspostulate sowohl anhand von Beispielen als auch in abstrakter Form, d.h. im Blick auf einschlägige Axiome, insbesondere, aber nicht nur in der vierten Arbeitskreissitzung (Oktober 2019) zum Thema gemacht.

Unabhängigkeitspostulate sind es nun auch, die uns im Arbeitskreis speziell im Hinblick auf die Frage interessiert haben, ob das *Abwägen* zu den allgemeinen Bedingungen minimaler Vernünftigkeit beim praktischen Urteilen gehört – das Abwägen von Gütern, Werten, Rechten, Gründen, Gesichtspunkten, jedenfalls: des „Für“ und Wider“, dessen, was für, und dessen, was gegen eine Option „spricht“. „Abwägung“ bezeichnet einen Vorgang praktischen Überlegens, in den mehrere Aspekte oder Gesichtspunkte in vergleichender Weise eingehen. Die Eignung des Konzepts, praktisches Überlegen auf den Begriff zu bringen, ist jedoch umstritten. Die Skepsis gründet vor allem in dem Umstand, dass sich die Metapher nicht auf beliebige Items anwenden lässt. Insbesondere müssen die Wertzuschreibungen, die das „Gewicht“ der Items im Abwägungsprozess bestimmen, in ihren normativen Grundlagen widerspruchsfrei sein und sie müssen ähnlich wie die Gewichtskräfte, mit denen Körper auf die Schalen einer Balkenwaage einwirken, eine gewisse Kontextinvarianz aufweisen. Am Ursprungsort der Metapher manifestiert sich diese Kontextinvarianz namentlich in der Tatsache, dass das Gewicht, welches eines Körpers auf die Waagschale bringt, sich nicht ändert, wenn andere Körper hinzugefügt oder von der Schale entfernt werden. Die Unterstellung solcher Kontextinvarianz ist eine Unabhängigkeitsannahme.

3.

Im Blick auf das in der verfassungsrechtlichen Dogmatik übliche sogenannte Abwägen von Grundrechten (mit anderen Grundrechten oder mit „kollektiven Gütern“ oder „Staatszielen“) stellt sich zunächst die Frage, ob die Metapher überhaupt in einem anspruchsvollen Sinne gemeint ist. Im Alltag meint die Rede vom Abwägen oft nicht mehr als die Rede vom Erwägen, die hinsichtlich der Struktur des praktischen Überlegens nichts Bestimmtes unterstellt. Die im Arbeitskreis im Dezember 2018 diskutierten Beiträge aus der rechtswissenschaftlichen Debatte belegen, dass mit der Verwendung nicht nur der Metapher, sondern auch von Gewichtsformeln, die den Abwägungsvorgang konkretisieren sollen, zumindest im Rahmen der sogenannten Prinzipientheorie der Grundrechte ein Anspruch auf gesteigerte Rationalität des Vorgangs der Urteilsfindung in der Tat verbunden ist. Das gilt ungeachtet dessen, dass Vertreter dieser Theorie sie im Hinblick auf die höchstrichterliche Spruchpraxis eher als rekonstruktives denn als normativ-kritisches Unternehmen verstehen. Da im Hinblick auf die Gegenstände des richterlichen Urteils der Einwand der „limitierten Skalierung“, also der Grenzen der Messbarkeit stets zugestanden wurde, soll im dritten Kapitel nicht speziell diese Grenze der Analogie zum buchstäblichen (mechanischen) Abwägen im Mittelpunkt stehen. Vielmehr soll es um Aspekte der Debatte gehen, die sich auf der Basis der in den ersten beiden Kapiteln des Bandes entwickelten Überlegungen nahelegen und im Verhältnis zum Stand des juristischen Diskurses möglicherweise zu einer thematischen Vertiefung oder auch Wendung beitragen können.

Im Rückblick auf das erste Kapitel könnte dabei insbesondere thematisiert werden, ob bestimmte, durchaus auch im Verfassungsrecht und nicht nur im Strafrecht wirksame zurechnungstheoretische Konzepte als abzuwägende Items oder als Aspekte, die das Gewicht eines abzuwägenden Items mitbestimmen, angemessen rekonstruierbar sind. So stellt sich, exemplarisch, analog zur strafrechtlichen Differenz zwischen Begehen und Unterlassen im Blick auf staatliches Entscheiden die Frage, ob (rechts-)güterbeeinträchtigende Folgen staatlichen Aktivwerdens grundsätzlich mit gleichem Gewicht in die Formel einzustellen sind wie *gleiche* Folgen staatlichen Untätigbleibens – und wenn nein, warum nicht. Man stelle sich etwa vor, dass die Frage, wie rasch die COVID-19-Epidemie durch einen Impfstoff gebremst werden kann, im Wesentlichen davon abhinge, ob man riskante Experimente an Infizierten durchführt. Unterstellt, dass auch Abwägungstheoretiker ein Gesetz, das solche Eingriffe vorschriebe, nicht für verfassungsgemäß halten, fragt sich, wie dieses Ergebnis im Rahmen einer Anwendung der Gewichtsformel konsistent rekonstruiert werden kann. Im genannten Beispiel scheint es für die Opfer dieser oder jener Entscheidungsalternative jedenfalls nicht um unterschiedliche, die Gewichtung bestimmende „Grade der Nichterfüllung“ von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) zu gehen. Vielmehr scheint es darum zu gehen, ob die Folgen des staatlichen

Nichtergreifens einer lebensschützenden Maßnahme überhaupt unabhängig davon, um was für eine Maßnahme es sich handelt, in eine abwägende Rechnung einzustellen sind. Über diesen extremen Fall hinaus lassen sich vermutlich zahlreiche weit praxisnähere Beispiele finden, bei denen die „Handlungsform“, in der sich das Entscheiden öffentlicher Instanzen manifestiert, eine bewertungstragende Rolle spielt. Nicht anders als im Strafrecht ist der Umgang mit den entsprechenden Unterscheidungen intrikat und im Einzelfall oft hochumstritten. So wird etwa in der migrationsrechtlichen Diskussion darauf hingewiesen, dass Staaten sich menschenrechtlichen Bindungen, die im Falle eines Zutritts mit Asylantrag zu beachten wären, entziehen können, indem sie an ihren Grenzen Mauern bauen – woraufhin sie im Umgang mit dem Flüchtlingsandrang nur noch „nichts tun“ müssen. Wer aus dergleichen Fällen folgert, dass die Unterscheidung von Handlungsformen überhaupt aufzugeben sei (wie in der analytisch-philosophischen Diskussion zur Differenz von Töten und Sterbenlassen oft geschehen), überblickt aber wohl nicht, wie viele die Zuständigkeiten unterschiedlicher Subjekte regelnde Konzepte und Institute, die in modernen Rechtssystemen implementiert sind, dann mit zusammenbrächen.

Ebenso von großem Interesse für den geplanten Band wäre ein vertiefter Blick auf die Frage, inwieweit sich der rechtswissenschaftliche Diskurs des Problems der beim Abwägen implizierten Unabhängigkeitsannahmen bewusst ist. Offensichtlich ist die Verletzung von Unabhängigkeitsannahmen bei der Abwägung von Interessen eines Grundrechtsträgers A mit sogenannten kollektiven Gütern, durch die dieselben Interessen auch von A geschützt werden sollen (vgl. die Abwägung von individuellen Rechten auf medizinische Behandlung mit dem kollektiven Gut der fortgesetzten Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems). Auch stimmt der Umstand nachdenklich, dass im Schrifttum die Benennung der abzuwägenden Items häufig in ein und demselben Text variiert – nämlich insbesondere zwischen der Rede von „Rechten“, „Gütern“ und „Interessen“. Die Frage, ob jemand – etwa ein Patient mit drohendem Leberversagen – ein *Interesse* an einem Transplantat hat, kann natürlich unabhängig davon mit Ja beantwortbar sein, ob eine staatliche Maßnahme, die dieses Interesse wahrt, auch die Überlebensinteressen anderer Personen tangiert. Die Antwort auf die Frage, ob ein solcher Patient ein *Recht* auf Überleben hat, scheint dagegen von der Frage, ob auch andere, in gleicher Weise Interessierte betroffen sind, nicht ebenso unabhängig zu sein. Rechte, im Unterschied zu Interessen, korrelieren mit Pflichten. Die Formulierung von Pflichten muss sich, da Sollen Können voraussetzt, den Möglichkeiten anpassen – und eben deshalb scheint das auch für die Zuweisung von konkreten Rechten, um die es im Falle richterlicher Entscheidungen geht, zu gelten. In der verfassungsrechtlichen Diskussion wird das zumeist mit der Unterscheidung von abwägbaren „prinzipiellen“ Rechten (sog. Schutzbereich der Grundrechte, z.B. des Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Recht auf Leben) und „definiten“ Rechten, die dann als Ergebnis der Abwägung zugesprochen werden (Gewährleistungsbereich des Grundrechts), gefasst. Die interessierende Frage ist jedoch, ob der Übergang vom einen zum anderen tatsächlich die Form einer Abwägung hat. Bereits in der zweiten Sitzung des Arbeitskreises haben wir diskutiert, ob der richterliche Umgang mit sogenannten kollidierenden Rechten (in der philosophischen Diskussion auch „prima facie-Rechte“ genannt) nicht stattdessen als ein Prozess der gerechten Spezifizierung dieser Rechte zu fassen ist. Dann ist es jedenfalls nicht automatisch naheliegend, dem richterlichen Urteil eine Orientierung an der Maximierung oder der „Optimierung“ von Resultaten im entscheidungstheoretischen Sinne zu unterstellen.