

# Rechtsphilosophie in der pandemischen Krise – Vom Elfenbeinturm auf den Boden der Tatsachen?

Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M. (Nottingham), Regensburg\*

Die staatliche Bewältigung der Pandemie hat in beinahe allen Rechtsgebieten neue Fragen aufgeworfen. Neue, zum Teil mehrfach und in schneller Folge geänderte Verordnungs- und Gesetzeswerke haben nicht nur zu vielfältigen Anwendungsfragen geführt,<sup>1</sup> sondern auch ganz rechtsgrundsätzliche Fragen aufgeworfen.

So ist im öffentlichen Recht etwa das Verhältnis von allgemeiner Gefahrenabwehr zum Infektionsschutz grundlegend zu klären.<sup>2</sup> Die Verhältnisbestimmung zwischen der Schutz- und der Abwehrfunktion der Grundrechte stellt sich mit neuer Dringlichkeit,<sup>3</sup> auch und gerade im Zusammenhang mit dem Abwehrrecht des Einzelnen im Verhältnis zum (potentiellen) Schutzbedürfnis vieler. Die Bedeutung und Zulässigkeit des „Nudging“<sup>4</sup> als staatlicher Handlungsform<sup>5</sup> muss verfassungsrechtlich und legitimatorisch vertieft überdacht werden.

Das Gebiet der Rechts- und Staatsphilosophie umfasst die Theorie der rechtlichen Rahmenbedingungen politischen Handelns, das Problem der Legitimationsgrundlagen vorstaatlichen oder staatlichen Zwangsrechts sowie das Nachdenken über Grundsätze, die Vorrang vor den geltenden

Gesetzen und der sie durchsetzenden Staatsgewalt haben.<sup>6</sup> Es setzt sich damit ab von rein positivistischen Ansätzen, die allein das positive Recht in seiner gegenwärtigen Gestalt, nämlich als Produkt der Gesetzgebungsorgane eines konkreten Staates zum Gegenstand haben und dabei den Grund ihrer Geltung nicht in einer dahinterstehenden Vernunft suchen, sondern allein dem Umstand zuschreiben, dass für seine Durchsetzung staatliche Macht zur Verfügung steht.<sup>7</sup>

Im Zuge der staatlichen Pandemiebekämpfung stellen sich nun Fundamentalprobleme, die nicht durch Analyse und Anwendung des geltenden Rechts, sondern vor allem mit den Mitteln systematischen Nachdenkens über das Recht und den Staat, und zwar von gesichertem Grund aus, angegangen und einer Lösung zugeführt werden müssen. Man könnte deshalb sagen: „Die Krise – das ist die Stunde der Rechtsphilosophie.“<sup>8</sup>

Das zeigt sich in mannigfaltigen Grundsatzfragen:

- Etwa beim in der Medizinethik fundamental zu klärenden Verhältnis der biologisch-medizinischen zur geistigen Einheit des Menschen (das Feld der Anthropologie, „homo phaenomenon“, „homo noumenon“) oder bei der

\* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg. Der Stand der Bearbeitung ist der 6.2.2022.

<sup>1</sup> Vgl. für die Vielfalt der Rechtsprobleme nur die Beiträge in der Corona gewidmeten Zeitschrift *COVIR - COVID-19 und Recht* aus dem Beck-Verlag.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Engels*, DÖV 2014, 464 (473); *Schwarz*, JA 2020, 321; *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (702 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. dazu den klassischen Beitrag von *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 1 (m. w. N.), der für die aktuelle Problematik erneut bedacht werden müsste.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa *Volkman*, Darf der Staat seine Bürger erziehen, 2012; *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit/ Normative Aspekte von Public Health, 2015; *Tafani*, ZRph Neue Folge 1 (2017), 40 (40 ff.).

<sup>5</sup> Siehe etwa *Kersten/Rixen*: „Deutlich zeigt sich beim Thema Impfpflicht bzw. Immunitätsnachweis ein bislang nicht zu Genüge bedachtes Grundproblem der Grundrechtslehre: Es ist die zwischen nudging, chilling effect und weichem Paternalismus angesiedelte legislatorische Strategie des „Zwangs in Samthandschuhen“, in: *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020, S. 92.

<sup>6</sup> Vgl. etwa zum für jede Rechtsordnung elementaren Gerechtigkeitsbegriff *Höffe*, *Gerechtigkeit*, 3. Aufl. 2007, S. 34: „(1) Als höchster Anspruch an das menschliche Zusammenleben und als letzter Grund der Rechtfertigung des Gemeinwesens hat die Gerechtigkeit eine moralische und zugleich universale Bedeutung. (2) Ihr Maß besteht nicht in einem einseitigen Geschenk, selbst wenn es dem kollektiven Wohlergehen dienen sollte. Weil zum Kern der Gerechtigkeit die Wechselseitigkeit gehört, darf die entsprechende Regel oder Institution nicht bloß dem Kollektiv zu Gute kommen, sondern muss für jeden einzelnen vorteilhaft sein.“; vgl. auch S. 41: *Höffe* macht hier folgende Grundsätze aus, die auch ohne Positivierung Vorrang vor den geltenden Gesetzen haben: Ein demokratischer Rechts- und Verfassungsstaat zeichne sich durch religiöse Neutralität aus, durch eine Trennung von persönlicher Moral und politischer Gerechtigkeit, durch Gewaltenteilung, Volkssouveränität und durch zu Grundrechten positiviertene Menschenrechte.

<sup>7</sup> Vgl. dazu die Darstellung bei *Braun*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 2011, S. 239; vgl. zum Positivismus grundlegend *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 12., 1968, S. 611 (611 ff.).

<sup>8</sup> Das lässt sich auch in den Beiträgen der aktuellen Hefte der beiden bedeutsamen deutschsprachigen Zeitschriften für Rechtsphilosophie erkennen: *Rechtsphilosophie – Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts* 4/2021 und *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, Neue Folge 5/2021, jeweils mit dem Schwerpunkt „Corona-Krise“.

Frage nach der Bedeutung der Patientenautonomie (z. B. bei präventiv-medizinischen Eingriffen wie einer Impfung), auch und gerade in Zeiten potentieller Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen;

- beim sozial- und rechtsphilosophisch zu dem bestimmenden Begriff der Solidarität, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob „Solidarität“ über eine gemeinsame soziale Haltung hinaus auch Verbindlichkeit erzeugen und damit als Legitimationsgrundlage für staatliches Handeln dienen kann.
- Damit zusammen hängt die uralte rechtsphilosophische Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von selbstbestimmter Besonderheit des Einzelnen (Subjektivität) zur verbindlichen Rechtsallgemeinheit (Objektivität), oder, reformuliert, von seinem Recht und seiner Würde im Verhältnis zum Gemeinwohl und zum allgemeinen Recht.
- Ferner bei der Frage nach der Möglichkeit eines „Ausnahmestands im bzw. vom Recht“ und dem Problem, ob der Fortbestand eines Rechtsstaats die faktische oder rechtliche Suspendierung des Rechts nicht eigentlich ausschließen und sich der Rechtsstaat daran messen lassen müsste, dass er – auch im Angesicht einer Gefahr – noch „rote Linien“ anerkennt und diese auch einhält.

Das Nachdenken über solche Fragen fängt nicht bei null an, sondern kann auf eine lange geistesgeschichtliche Tradition zurückgreifen. Theoretische Konzeptionen, die insbesondere das Verhältnis des einzelnen Rechtssubjekts zur staatlichen Gemeinschaft betreffen, haben sich in der Neuzeit ausgehend von Thomas Hobbes in Jahrhunderten europäischer Geistesgeschichte entwickelt.<sup>9</sup> Je nach theoretischer Grundausrichtung ist Staatlichkeit etwa nach autoritär-absolutistischem Sicherheitsdenken,<sup>10</sup> utilitaristischen,<sup>11</sup> (national)sozialistischen, dezisionistischen bzw.

totalitaristischen<sup>12</sup> sowie freiheitlichen<sup>13</sup> Ansätzen begründet worden. Nach dem jeweilig zu Grunde gelegten Menschenbild und der gedanklichen Grundausrichtung entscheidet sich, welche Aufgaben und Befugnisse dem Staat zugemessen, welche Legitimationsstrategien in Ansatz gebracht werden und welche Grenzen staatlichem Handeln gezogen werden.

Wilhelm von Humboldt etwa hat 1792 eine Schrift vorgelegt, die sich primär der Frage widmet, „zu welchem Zweck die ganze Staatseinrichtung hin arbeiten, und welche Schranken sie ihrer Wirksamkeit setzen soll.“<sup>14</sup> Sein Augenmerk richtet sich auf die Frage, auf welche Tätigkeiten sich der Staat im Verhältnis zu seinen Bürgern zu beschränken habe.<sup>15</sup> Er lässt sich dabei von der Frage leiten, ob der Staat „allein Sicherheit, oder überhaupt das ganze physische und moralische Wohl der Nation beabsichtigen“ soll.<sup>16</sup> Er sieht in jedem staatlichen Handeln stets auch die Möglichkeit unberechtigter Freiheitseingriffe, von Einnisierungen in das Privatleben der Bürger und von schädlichen Wirkungen auf deren Kraft und Eigenverantwortung.<sup>17</sup>

Gewiss ist jedenfalls, dass es für das neuzeitliche Denken unhintergebar das einzelne Subjekt ist, das als Ausgangs- und Bezugspunkt für Recht und Gesetzgebung angesehen werden muss.<sup>18</sup> Dieses einzelne Subjekt ist mit der Philosophie der Aufklärung von bloß behaupteter Autorität (etwa von „Gott“ oder „dem Fürsten“) unabhängig geworden, es hat sich selbst als Vernunftgrund begriffen. Damit verbunden ist die Einsicht, dass das Recht ihm nur gemäß sein kann, wenn es die Autonomie des Subjekts (keinesfalls bloß seine physische Existenz) als Grund und Ziel wahrhaft. Daraus resultiert der Rechtsbegriff aus Freiheit: „Das Recht umfasst allgemeine Gesetze, die das Handeln

<sup>9</sup> Ein guter Überblick findet sich in der Reihe „Staatsverständnisse“, z. B. Voigt (Hrsg.), *Der Leviathan*, 2000; Hidalgo Herb (Hrsg.), *Die Natur des Staates – Montesquieu zwischen Macht und Recht*, 2009; Ottmann (Hrsg.), *Kants Lehre von Staat und Frieden*, 2009; Pauly (Hrsg.), *Der Staat – eine Hieroglyphe der Vernunft – Staat und Gesellschaft bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, 2009; Schaal (Hrsg.), *Das Staatsverständnis von Jürgen Habermas*, 2009.

<sup>10</sup> Vgl. *Hobbes*, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, 1651; siehe dazu auch *Maier*, *Hobbes*, in: *Maier/Rausch/Denzer* (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens*, Erster Band, 1968, S. 351 ff., insbesondere S. 374: „Nicht aus seiner Wahrheitsfülle und Gerechtigkeit lebt dieser *deus mortalitatis*, sondern allein aus seinem ebenso unerschütterlichen wie inhaltslosen Vorhandensein; dieses legitimiert ihn; auf faktische Macht gründet sich Gesetz und Ordnung: *Auctoritas non veritas facit legem*.“ („Autorität, nicht Wahrheit schafft das Recht“, mit Verweis auf Hobbes' *Leviathan*, Kapitel 26).

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789.

<sup>12</sup> Vgl. etwa zum sehr umstrittenen Staatsverständnis von Karl Marx die Beiträge bei Hirsch/Kannankulam/Wissel (Hrsg.), *Der Staat der Bürgerlichen Gesellschaft – Zum Staatsverständnis von Karl Marx*, 2. Aufl. 2015; *Schmitt*, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, 1917, *ders.*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl. 1928, unveränderter Neudruck 1957, Berlin; *ders.*, *Der Begriff des Politischen*, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963, Berlin; zum nationalsozialistischen Denken knapp *Fenske*, „Der Nationalsozialismus“, in: *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen* (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideen*, 2. Aufl. 2004, S. 524 (524 ff.); ferner *Freisler*, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, 1938 insbesondere S. 53 ff.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797; *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821; *Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984; *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1971.

<sup>14</sup> *Von Humboldt*, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (der gesamte Text wurde erst postum, 1851, aus dem Nachlass publiziert), von Flitner/Giel, (Hrsg.), *Wilhelm von Humboldt, Werke in 5 Bänden*, Bd. 1: *Schriften zur Anthropologie und Geschichte*, 1960, S. 56 ff.

<sup>15</sup> Siehe dazu auch *Borsche*, *Wilhelm von Humboldt*, 1990, S. 40 f.

<sup>16</sup> Vgl. *von Humboldt*, (Fn. 14), S. 63.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Borsche*, *Wilhelm von Humboldt*, München 1990, S. 46 f.

<sup>18</sup> Vgl. dazu nur *Willms*, *Die Angst, die Freiheit und der Leviathan/Staatsmechanismus oder politische Dialektik*, in: *Bermbach/Kodalle* (Hrsg.), *Furcht und Freiheit, Leviathan – Diskussion 300 Jahre nach Thomas Hobbes*, 1982, S. 79 (82).

in seinen äußerlich personalen, gegenständlichen Bezügen, unabhängig von der ethischen Qualität seiner Zwecke und abstrakt von material-pragmatischen Zielen, gemäß dem Selbstbestimmungsprinzip mit zwingender Verbindlichkeit regeln.<sup>19</sup> Im so hergeleiteten freiheitlichen Rechtsstaat müssen also Selbständigkeit aus Vernunft und politische Herrschaft zusammen gedacht werden können. Die Staatskunst liegt darin, Freiheit und Sozialität so zu vermitteln, dass die Besonderheit des Einzelnen, sein Lebensentwurf und seine subjektiven Zweckbestimmungen ihm selbst überlassen bleiben, dass dieses „Dasein der Freiheit“<sup>20</sup> aber eben auch für alle gleichermaßen gewährleistet ist.<sup>21</sup> Freiheit ist deswegen einesteils als „totale Ungebundenheit“ missverstanden, geht es in einem entwickelten freiheitlichen Rechtsverständnis doch nicht um ein Paradies für solitäre Egoisten. Mit der Freiheit der Person ist aber andernteils ein fundamentaler Achtungsanspruch verbunden. Das einzelne Subjekt kann wegen seiner Autonomie niemals rechtmäßig nur Objekt staatlicher Verfügungen sein; es kann ferner wegen seiner Autonomie niemals rechtmäßig als bloß natürliches Geschöpf, als bloß physiologische Einheit begriffen und behandelt werden. Dagegen haben Ansätze, die die Bedeutung des Subjekts und seines Selbststands aus Freiheit fundamental verfehlt haben, auch praktisch in humanitäre Katastrophen und zu Diktaturen geführt;<sup>22</sup> und sie tragen immanent stets den Keim der Entmenschlichung und Unterdrückung in sich.<sup>23</sup> Staatsmacht wird in solchen Systemen von vernünftiger, dem einzelnen Subjekt noch einsichtiger Rechtsbegründung abgekoppelt und das Leben des Einzelnen der Willkür anheimgestellt. Von gelungener Staatlichkeit ist dann nicht mehr zu reden, der Staat droht sich vom Rechts- zum Unrechtsstaat zu wandeln. Das ist auch zwingend so, weil das theoretische Gerüst einer Rechtsgemeinschaft in ihrer Lebenspraxis nicht folgenlos bleiben kann.<sup>24</sup> Die Herausforderung für das prinzipiengestützte Denken könnte kaum größer sein als in Zeiten dieser pandemischen Krise. Es geht um normative Kriterien für den le-

gitimen staatlichen Umgang mit einer Gesundheitsgefahr. Diese entwickelt sich empirisch dynamisch – und zwar sowohl bezogen auf ihren Auslöser – ein Virus, als auch im Hinblick auf die menschlichen Erkenntnisse zur Gefahr und Verbreitung des Virus, als auch im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden medizinischen Ressourcen der Prävention und Behandlung.

Beinahe mit derselben Geschwindigkeit, mit der sich die tatsächlichen Erkenntnisse erweiterten, wandelte sich während der letzten zwei Pandemiejahre auch das geltende Recht:

In der ersten Phase (ab März 2020) wurden durch Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen etwa Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen, „Lockdowns“, die mit Berufsverböten etwa durch Schließung von Läden, Restaurants und Cafés einhergingen, Versammlungsverbote, Besuchsverbote bzw. -beschränkungen von Kranken und Pflegebedürftigen in Krankenhäusern und Heimen, Hochschul-, Schul- und Kindergartenschließungen, Verbote von Kulturveranstaltungen u. a. m. erlassen.

In der zweiten Phase der Pandemie (ab Januar 2021) wurden mit der tatsächlichen Möglichkeit der Impfung gegen SARS-CoV2 neue normative Steuerungsmechanismen etabliert, die bis zum Ausschluss ungeimpfter Menschen von weiten Teilen des gesellschaftlichen Lebens reichen, im gleichen Zuge aber für geimpfte oder von Covid genesene Personen eine möglichst weitreichende Freiheit wiederherstellen (z. B. durch die sog. „2 G“-Regeln für Einzelhandel, Restaurants, Hotels, Sportstätten, z. T. für Universitäten und Fachhochschulen, für Kulturveranstaltungen etc.).

Die vorerst letzte Phase der Pandemiebekämpfung (Dezember 2021 bis heute) wird durch die Einführung einer bereichsspezifischen Impfpflicht für Personen aus dem Gesundheitssektor und die Diskussion um eine noch in Planung befindliche allgemeine Impfpflicht geprägt.

Die Vielzahl und die Geschwindigkeit, mit der politische Entscheidungen rechtsverbindlich<sup>25</sup> auf die Lebenspraxis der Bürger einprasseln, erschweren es, dass diese in einer solchen Krisen-Zeit noch „lege artis“ juristisch begleitet, überprüft und unter Umständen korrigiert werden können. Und die Rechtsphilosophie, die ein gründliches Hin- und Herwenden von Argumenten, die Reflexion und Diskussion juristischer Grundsatzfragen in philosophischer Manier zum Gegenstand hat,<sup>26</sup> kann schon wegen der ihr innewohnenden Bedächtigkeit mit einem solchen Tempo nicht Schritt halten – jedenfalls nicht ohne Substanzverlust. Naheliegender wäre deshalb die Annahme, dass die Rechtsphilosophie von ihrem Elfenbeinturm aus zunächst sehr hart auf den Boden der Tatsachen fallen und vor der Aufgabe, den politischen Prozess kritisch zu begleiten, kapitulieren muss.

Andererseits gilt es aber gerade in Krisenzeiten, den gewonnenen Grund, die Einsicht in die Freiheit des Subjekts und die daraus zwingend abzuleitenden Kriterien der

<sup>19</sup> Köhler, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, S. 109.

<sup>20</sup> Vgl. *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 30.

<sup>21</sup> Vgl. zu diesem Anspruch auch *Zaczyk*, *Zur Einheit von Freiheit und Sozialität*, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, 2005, S. 1111 (1111 ff.).

<sup>22</sup> Eindringlich zum „Primat der Gemeinschaft“ etwa im Nationalsozialismus *Braun*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 2011, S. 156 f. (u. a. mit Verweis auf *Stoll/Felgentraeger*, *Vertrag und Unrecht*, 3. Aufl. 1943, S. 45: Der Einzelne sei „nur ein Glied in der großen Kette der Gemeinschaft und empfängt nur als Glied dieser Kette seinen Wert“. Zu den Folgen für Rechtswissenschaft und Rechtssystem vgl. zum Beispiel *Eckert*, „Was war die ‚Kieler Schule‘?“, in: Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, S. 37 (37 ff.) und *Rüthers*, *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2. Aufl. 1989, S. 41 ff. Das nationalsozialistische „Recht“ betitelt Köhler treffend als „bloße Maske des Gesetzes“, in: *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, S. 115.

<sup>23</sup> Literarisch verarbeitet etwa bei *Solschenizyn*, *Archipel Gulag*, 1973; *Orwell*, 1984, 1949 und *Zeh*, *Corpus delicti*, 2009.

<sup>24</sup> *Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793.

<sup>25</sup> Und das heißt: Mit der Option der zwangsweisen Durchsetzung.

<sup>26</sup> Vgl. *Kaufmann*, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, S. 9 f.

Rechtsstaatlichkeit nicht zu verlieren. Bei Themen wie „Menschenwürde und Medizin“, „Rechtsstaatlichkeit und Demokratie“, „Freiheit und Sicherheit“, „Solidarität und Selbstbestimmung“ geht es nicht bloß um Tagespolitik. Mit ihnen sind Fragen angesprochen, die jeweils auf der Basis fester normativer Prinzipien auch bei sich wandelnden tatsächlichen Verhältnissen ohne Wankelmut zu beantworten sind. Das zeigt sich etwa im Bereich der Medizin durch die überragende Bedeutung der Patientenautonomie oder bei Fragen der staatlichen Sicherheit in der Interdependenz zum Freiheitsbegriff.

Das Verhältnis von (teils heftig umstrittenen bzw. stets unter dem Vorbehalt möglicher Falsifikation stehenden) empirischen Erkenntnissen und Normativität ist dabei ebenso von Bedeutung wie die normativen Grundaussagen selbst. In der Pandemie ist der Komplexitätsgrad schon der tatsächlichen Fragestellungen besonders hoch: Es gibt mannigfaltige empirische Unsicherheiten (z. B. Grad der Gefährlichkeit des Virus, Übertragungswege und Schutzmöglichkeiten, Wirkweise und Wirksamkeit der Impfungen, Art und Umfang von Nebenwirkungen bzw. Impfschäden, etc.), divergierende epidemiologische Konzepte sowie Unterschiede bei der Datenerhebung und -interpretation. Gleichzeitig sind die Tatsachen aber auch relevant für die Subsumtion unter Rechtsbegriffe („Gefahr“, „Infektion“, „Ansteckungsverdächtiger“, „Verhältnismäßigkeit“).

Trotz dieser komplexen Situation gibt es aber durchaus auch einige Gewissheiten. Grundgedanken und Basisbegründungen, die unseren Staat als freiheitlichen Rechtsstaat im Inneren zusammenhalten, sind nämlich selbst unter notstandsähnlichen Bedingungen nicht obsolet.<sup>27</sup> Es kann im Rechtsstaat keinen rechtsfreien Raum, keine von rechtlichen Bindungen enthobene Staatsmacht und keine entrechtenden Sonderopfer geben.<sup>28</sup> Es kann niemals aus Rechtsgründen verlangt werden, dass der Einzelne seine Selbstzweckhaftigkeit einbüßt, ganz unabhängig davon, wie groß der Nutzen für das Kollektiv („die anderen“, die Gesellschaft, etc.) sein mag.

Es ist deshalb etwa zu klären, welche Bedeutung der allseits, beinahe schon inflationär gebrauchte Begriff der Solidarität insofern haben kann, und in welchem Verhältnis er zum Fundamentalbegriff menschlicher Freiheit steht. Das kann hier nur angedeutet werden: „Solidarität“ mag als Legitimationskonzept hinter einigen Rechtspflichten stehen (z. B. beim strafrechtlichen Hilfsgebot gemäß § 323c StGB in Notfällen oder beim rechtfertigenden Not-

stand gem. § 34 StGB).<sup>29</sup> Aber diese Solidaritätspflicht müsste zunächst als allgemeines Rechtsgebot ausgewiesen werden, welches auch fundamentale Rechtsbeeinträchtigungen rechtfertigen könnte.<sup>30</sup> Die Grenze mag schwer zu bestimmen sein, aber einen vollständigen Ausschluss aus dem sozialen, öffentlichen Leben (bürgerliche Exklusion) oder eine Verpflichtung, einen nicht unerheblichen (präventiven) medizinischen Eingriff (z. B. das Injizieren einer körperfremden Substanz) gegen den eigenen Willen am eigenen Körper zu dulden, ist allein mit dem Begriff der Solidarität in einem freiheitlichen Rechtsstaat schwerlich zu begründen.

Es stellt sich dann das übergeordnete, sehr komplexe Problem, ob sich Eingriffe solcher Art überhaupt begründen lassen und wenn ja, wie. Dass die Begründungslast sehr hoch ist, wenn die Grundeigenschaft des Menschen als soziales und zugleich freies Wesen betroffen ist, dürfte unbestritten sein. Dass es überhaupt normative Grenzen gibt, die der Rechtsstaat auch im Bereich der infektionsschutzrechtlichen Gefahrenabwehr nicht überschreiten darf, ist gewiss ebenfalls konsensfähig – alles andere würde einem rechtsbindungslosen bloßen Machtstaat das Wort reden. In Grundrechte darf der Staat, so der verfassungsrechtliche Minimalkonsens, nur im Rahmen der entwickelten Schrankensystematik (insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) eingreifen; und unantastbar ist jedenfalls die Menschenwürde.

Was das aber nun genau für die jeweils zu bewertende freiheitsbeeinträchtigende Maßnahme bedeutet, ist auf der Ebene des Verfassungsrechts auch von empirisch unsicheren Einschätzungen (etwa in Bezug auf die Notwendigkeit zu handeln, die „Geeignetheit“ bestimmter Maßnahmen, auf das Vorhandensein „milderer Mittel“, etc.) sowie von vagen Wertungspriorisierungen (insbesondere bei Fragen

<sup>27</sup> Dederer/Gierhake/Preiß, COVuR 2021, S. 454 (454 f.).

<sup>28</sup> Vgl. zur Begründung (in Auseinandersetzung mit dem Konzept des „Ausnahmestands“ bei Carl Schmitt) Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 143-148; vgl. ferner Bielefeldt, Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat, 2004, S. 15.

<sup>29</sup> Vgl. dazu etwa Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017 § 323c Rn. 1, der auf die Schwierigkeit des Solidaritätsbegriffs als Rechtsbegriffs auch vor dem Hintergrund der kantischen und utilitaristischen Ethik eingeht und darauf hinweist, dass jedenfalls eine umfassende Rechtspflicht aus Solidarität nicht zu begründen ist (wohl aber eine, die über den Begriff der „Zumutbarkeit“ die legitimen Interessen des potentiell Pflichtigen wahrt); vgl. ferner Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 16, Rn. 10 (zur Diskussion um die Begründung des § 34 StGB (m. w. N.). Zur Auslegung der Zumutbarkeitsklausel im Rahmen von § 34 StGB im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG weist Di Fabio in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 95. Auflage 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 204 zutreffend darauf hin, dass das Selbstbestimmungsrecht und die Menschenwürde etwa eine Rechtfertigung einer Zwangsblut- oder Organentnahme, auch wenn diese das einzige Mittel zur Lebensrettung eines Dritten darstellt, ausschließen (u. a. mit Verweis auf Lenckner; GA 1985, 295 (297)).

<sup>30</sup> Dies ausschließend jüngst Lindner in der WELT vom 29.1.2022: „Solidarität ist kein Rechtsbegriff und auch kein Verfassungsgebot. Solidarität ist allenfalls eine Verfassungserwartung an das Verhalten der Menschen. Aber damit kann man letztlich alles oder nichts begründen.“

der „Abwägung“<sup>31</sup> abhängig.

Die Rechtsphilosophie hat hier zumindest Grundsätze hervorgebracht, die – fällt man nicht zurück in absolutistisches, paternalistisches, utilitaristisches oder totalitäres Denken – das Rechtssubjekt vor Rechtsexklusion, Bevormundung und Verobjektivierung schützen, u. a. deswegen, weil es niemals bloß als (potentielle) natürliche Gefahrenquelle, niemals bloß als Naturwesen, sondern immer schon als auch geistiges, selbstbestimmtes Wesen begriffen werden muss. Ein Menschenbild, nach dem der Einzelne reduziert wird auf seine Eigenschaft als potentiell gefährlicher Virenwirt, ist unter freiheitlichem Gesichtspunkt unzulänglich und seit der Aufklärung überholt.

Freiheitsphilosophisch ist es ferner nichts weiter als staatliche Machtanmaßung, den Einzelnen durch „sanften“ oder „weniger sanften“ Nötigungsdruck in die staatlich gewünschte Richtung zu „schubsen“, seinen persönlichen Willen durch den Staatswillen zu ersetzen, insbesondere, wenn die unmittelbare Körper-Geist-Einheit des Menschen betroffen ist. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob man der Bewertung des erwünschten Verhaltens als (medizinisch, epidemiologisch, etc.) „alternativlos“ zustimmt oder nicht.

Es zeigt sich, dass kaum eine gesellschaftliche Situation denkbar ist, die auf der Ebene der Tatsachen stärker nach interdisziplinärer wissenschaftlicher Fundierung (etwa: medizinische, epidemiologische, molekularbiologische, aber auch soziologische, psychologische und ökonomische Expertise) verlangt als eine Pandemie. Die Komplexität besteht aber nicht nur in der Ungewissheit und Dynamik der Entwicklung auf tatsächlicher Ebene („dem Boden der Tatsachen“), sondern auch auf normativer Ebene. Und hier ist es das prinzipiengestützte, durch Jahrhunderte der Ideengeschichte geschulte Denken sowie fundamental-normative Sachkunde, welche sich in Abgrenzung zu gescheiterten Begründungsmodellen der freiheitlichen Fundierung des Rechts verschrieben hat, die unverzichtbar sind.

<sup>31</sup> Zu dieser Schwäche instruktiv v. *Bernstorff*, „Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz“, in: Arndt, u. a. (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 48. Assistententagung Öffentliches Recht, 2009, S. 40 ff., insbesondere S. 57.