

4. Aussprache, Zwischen- und Schlussworte

Frank Schorkopf: Verehrte Kolleginnen und Kollegen, herzlich willkommen zu unserer Nachmittagssitzung, zur Aussprache. Es sind Redebeiträge eingegangen. Wir haben diese, wie Sie das kennen, gesichtet und strukturiert. Wir müssten es bis etwa fünf oder zehn nach Vier schaffen. Wir beginnen mit einem ersten Block von jeweils drei Meldungen. Dann gibt es eine Intervention unserer Referenten und dann machen wir einen zweiten Block, der in etwa ebenso groß sein wird. Es folgt ein Schlusswort. Kurzinterventionen, die Betonung liegt auf kurz, sind möglich. Zeigen Sie das bitte an. Wir beginnen mit Eckart Klein, dann Paul Kirchhof und Michael Fehling. Bitte.

Eckart Klein: Wir haben viel von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung gehört, von dieser zwischen ihnen bestehenden Gegensätzlichkeit, aber auch von der Wechselbezüglichkeit ihrer gegenseitigen Beeinflussung. Ich möchte Ihnen für diese Vorträge sehr herzlich danken. Da ich der erste Diskussionsredner bin, darf ich diesen Dank aussprechen und sagen, dass diese Reihenfolge der philosophischen Betrachtungen, der an bestimmten Fällen klar gemachten Entwicklung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung und dann der vielleicht beide vereinigenden letzten Darstellung wunderbar stimmig war. Meine Frage an alle drei ist sehr kurz. Welchen Stellenwert hat das Verantwortungsprinzip zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung? Selbstverantwortung nicht im Sinne eben der Selbstbestimmung, sondern einer Verantwortung, die man gerade gegenüber anderen und der Gesellschaft hat. Das ist mir zu kurz gekommen, denn das ist ja ein Prinzip, das möglicherweise diese Gegensätzlichkeit zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung etwas entschärft. Ich wäre also dankbar, wenn dieses Prinzip der Verantwortung für andere, für die Gesellschaft insgesamt, innerhalb dieser Pole Selbstbestimmung und Fremdbestimmung näher bestimmt würde. Danke vielmals.

Paul Kirchhof: Wir haben drei Referate gehört, die, jedes für sich, inhaltlich und methodisch geschlossen in der Frage nach Selbstbestimmung und Fremdbestimmung einen Beitrag zur Idee der verfassten Freiheit geleistet

haben. Ich möchte die drei Referenten in einen Dialog miteinander bringen, indem ich ihnen jeweils die gleiche Frage stelle: Was ist beim Ausgleich zwischen Selbst- und Fremdbestimmung Aufgabe der Verfassung? Was soll eine Verfassung leisten?

Herr Augsberg, Sie entfalten im Prinzipiellen das Recht als Sprachergebnis und stellen dar, dass die liberale Demokratie Selbst- und Fremdbestimmung miteinander versöhnt. Dieser individualisierende Ansatz könnte exemplarisch verdeutlicht werden. Ein Richter gewinnt Zugang zur Verfassung und ihrer Auslegung durch den Antrag eines Betroffenen, der sich in seinen Rechten verletzt fühlt und von der Verfassung Abhilfe erwartet. Wir nähern uns der Verfassung in der Sicht des Falles, der individuellen Anfrage an das Recht. Dabei gewährt die Verfassung dem Betroffenen nicht Freiheiten, sondern Freiheitsrechte, die sich stets in der Begegnung unter Menschen ereignen, deshalb definiert, begrenzt sind, auf das Gegenüber und das Gemeinwohl abgestimmt werden.

Nun haben wir allerdings gegenwärtig eine große Zahl von Menschen in wirtschaftlicher Not, denen der Staat wie ein Generalversicherer durch Finanzhilfen zu helfen sucht. Diese Versicherung wird durch Kredit finanziert, den zukünftige, heute noch wehrlose Steuerzahler tragen müssen. Der Empfänger der Staatsleistung fühlt sich in seiner Selbstbestimmung bestärkt, der Finanzier fremdbestimmt, ohne dass ein Parlament diese Fremdbestimmung in konkreten Titeln und Kapiteln des Staatshaushalts gebilligt hätte. Was sagt die Verfassung zu dieser Form einer verfassten Freiheit?

Frau Keller, Sie haben für die Covid-Pandemie untersucht, wie unterschiedliche Staaten in unterschiedlichen Methoden des verbindlichen Regelns, der Aufklärung und Werbung, der finanziellen Steuerung den durch das Virus verursachten Gefahren begegnen. Auch hier bestimmt die Anfrage an das Recht dessen Antwort. Die Pandemie wandelt das prinzipielle Vertrauen in die Redlichkeit und Ehrbarkeit der Menschen in ein begrenztes Misstrauen gegenüber dem Menschen, der Infektionsträger sein kann. Diese veränderte Realität wird bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur Folge haben können, dass die Eignung und auch die Erforderlichkeit abstrakt-kollektiv beurteilt werden darf, die Zumutbarkeit hingegen individuell bestimmt werden muss. Dabei verändert die tatsächliche Gefahr die Maßstäbe der Gefahrenabwehr und der sozialstaatlichen individuellen Bedürfnisse. Wenn Sie am Schluss resümierend von einer Statistik der Impferfolge in den verschiedenen Staaten berichten und dort Italien an der Spitze sehen, dürfte dieser Erfolg seine Ursache nicht in der Gesetzgebung und Rechtsprechung finden, sondern in der Realität der Todesfälle – der aktuellen Erfahrung der Verletzlichkeit und Vergänglichkeit des Menschen, von Todeserfahrungen, die sie am Beispiel von Bergamo eingehend geschildert haben.

Herr Lindner, Ihre eindrucksvolle, wirklichkeitsnahe und dogmatische Analyse der verschiedenen aktuellen Problemfelder von Fremdbestimmung und Selbstbestimmung veranlasst ebenfalls die Frage nach der Aufgabe der Verfassung. Können Sie Ihr Postulat, das Zweckverwirklichungsbedürfnis müsse eigenständig geprüft werden, für die Breitenwirkung gegenwärtiger Staatsfinanzierungen erläutern? Würden Sie Ihre zutreffende Vorstellung, dass Freiheitsermöglichung, Freiheitszuteilung und Freiheitsvorsorge größtenteils Politik und nicht Rechtsanwendung ist, mit den Kategorien von Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungsinhalten, gesetzlichen Freiheitsgestaltungen und Freiheitseingriffen verbinden?

Frank Schorkopf: Als nächster Herr Fehling, Ich nenne die nächsten drei, damit Sie sich vorbereiten können: Herr Thym, Herr Callies und Herr Engel, bitte. Aber jetzt erst Herr Fehling.

Michael Fehling: Meine Frage richtet sich in erster Linie, aber nicht ausschließlich, an Herrn Lindner. Wie ich finde, haben Sie uns im Ansatz sehr überzeugend diese zwei Entwicklungslinien vor Augen geführt: auf der einen Seite in Richtung mehr Emanzipation und in diesem Sinne Selbstbestimmung des Einzelnen; auf der anderen Seite gestiegene staatliche Verantwortung mit einem gewissen Hang zum Etatismus. Dabei haben Sie nach meiner Erinnerung auch angedeutet, dass dies keine absoluten Gegensätze sind. Statt der bloßen Freiheit durch Rechtstitel, wie wir sie bei der Abwehrfunktion der Grundrechte haben, sollte jetzt aus meiner Sicht die alte Diskussion nach realer Freiheit stärker in den Vordergrund rücken. Meine Frage wäre also nun: Ist die Ausrichtung auf reale Freiheit eine Schnittmenge zwischen diesen beiden Entwicklungslinien, die Sie uns geliefert haben?

Persönlich habe ich insoweit sehr viel Sympathie für den Ansatz des ehemaligen Ökonomie-Nobelpreisträgers Amartya Sen mit seinem Capability Approach, d.h. dem Fokus auf individuelle Verwirklichungschancen. Dieses theoretische Konzept muss man aber selbstverständlich nicht teilen. Wenn man über reale Freiheit spricht, so hätte ich noch eine Anschlussfrage an Sie, Frau Keller: Was bedeutet das für die Grundrechtsfunktionen? Müssten dann, so würde ich auch die Lehren aus der Pandemie zusammenfassen, die Schutzfunktion und die Abwehrfunktion als prinzipiell gleichrangig und gleichwertig gedacht werden? Sollte man also endgültig die Prämisse vom „Vorrang der Freiheit“ im Sinne des Prima facie-Vorrangs des Abwehrrechts verabschieden? Und im Hinblick auf Andeutungen bei Herr Lindner im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz: Wäre in der Konsequenz nicht vor allem die Dogmatik der Teilhabefunktion der Grundrechte weiter auszubauen?

Daniel Thym: Es ist einleuchtend, wenn Herr Augsberg die Spannung zwischen Fremd- und Selbstbestimmung dadurch auflöst, dass er die Fremdbestimmung in die kollektive Selbstbestimmung übersetzt. Das funktioniert natürlich nur innerhalb der liberalen Demokratie, ideal-typisch im Nationalstaat, prinzipiell aber wahrscheinlich auch in der EU oder darüber hinaus. Nun gibt es aber immer auch ein Außen dieser liberalen Demokratie, denn kollektive Selbstbestimmung produziert Externalitäten. Um es ganz konkret zu machen: Wenn im globalen Norden viel CO₂ produziert wird, erodiert die Lebensgrundlage peruanischer Bauern. Oder wenn die EU-Mitgliedstaaten ein Einreiseverbot für Russen verhängen, können diese hier kein Asyl mehr beantragen. Und wenn Deutschland den Onlinevertrieb von Arzneimitteln verbietet, dann erschwert das für ausländische Apotheken den Marktzugang. In der Europa- und Völkerrechtswissenschaft wird versucht, diese Spannungslage über die Grundrechte und Grundfreiheiten aufzulösen, indem die Externalitäten gleichsam virtuell repräsentiert werden. Diese Internalisierung der externen Herrschaftsfolgen funktioniert allerdings nicht über die demokratische Selbstbestimmung im Innern, sondern über die Gerichte oder unabhängige Stellen, die gleichsam virtuell die externen Interessen repräsentieren und damit in das System integrieren. Meine Frage, letztlich wahrscheinlich an das ganze Panel, speziell auch an Frau Keller als ehemalige EGMR-Richterin: Überzeugt Sie dieser Ansatz, die externe Selbstbestimmung über Gerichtsentscheidungen zu internalisieren? Vielleicht überzeugt dieser Ansatz ja sogar für die intern marginalisierten Interessen, die in der kollektiven Selbstbestimmung nicht wahrgenommen werden? Gibt es andere Möglichkeiten, das aufzulösen? Oder muss man es vielleicht sogar hinnehmen, dass gewisse Externalitäten eine Fremdbestimmung bleiben und im System nicht abgebildet sind?

Christian Calliess: Danke schön. Ich habe zunächst eine Frage an alle Redner, und zwar mit Blick auf den Begriff der liberalen Demokratie. Ich frage mich immer, was das eigentlich genau ist, die liberale Demokratie. Denn der Begriff ist ja zumindest in unserer Verfassung nicht enthalten und daher schon definitionsbedürftig, zumal er mit Blick auf die Themenstellung der Tagung auch eine Art Programmsatz ist. Die Fremdbestimmung in einer liberalen Demokratie ist vielleicht anders zu gewichten, als in einer offenen Demokratie, in der ich den Zusatz liberal nicht von vornherein hinzusetze. Wie nähern Sie sich also dem Begriff an?

Konkret hätte ich dann noch eine zweite Frage an Herrn Lindner: Sie haben den Begriff der Vorsorge und der intertemporalen Freiheitssicherung zwar überzeugend aufgegriffen, im Kontext der Grundrechtsdogmatik dann aber nicht weiter hergeleitet, sondern ganz selbstverständlich auf

die Staatsverschuldung und die Sozialversicherung ausgedehnt. Insoweit würde mich interessieren, wo Sie eigentlich in der Verfassung anknüpfen. Für die natürlichen Lebensgrundlagen haben wir Artikel 20a, dort steckt das Vorsorgeprinzip, dort stecken die zukünftigen Generationen als Anknüpfungspunkt. Wollen Sie – über den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts hinaus – diese neuartige Konstruktion der intertemporalen Freiheitssicherung nunmehr in andere Politikbereiche ausdehnen? Auch müssten Sie dann erläutern, wo Sie in diesen Bereichen das im Klimabeschluss für die intertemporale Freiheitssicherung maßstabssetzende Budget sehen. Das ist aber gar nicht so einfach. Knüpfen Sie also zum Beispiel an die Schuldenbremse an? Insoweit wüsste ich gerne, in welche Richtung Sie denken. Vielen Dank.

Christoph Engel: Unser Oberthema spricht von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung. Ich frage mich, ob man an die Stelle des Begriffs der Fremdbestimmung vielleicht eher die Aktualisierung von Normativität setzen sollte. Das sind zwei unterschiedliche Rekonstruktionen. Wenn man von Fremdbestimmung spricht, dann hat man vor Augen, dass der Staat mit souveräner Gewalt den sozial schädlichen Willen einzelner Individuen bricht. Wenn er dabei überzieht, können die vor Gericht ziehen.

Zwei Beobachtungen aus der Pandemie lassen mich fragen, ob das die sinnvollste Rekonstruktion ist. Eine erste Beobachtung aus der ersten Welle: nahezu 100% der Menschen haben sich ohne Weiteres an weitreichende Einschränkungen gehalten, selbst bevor sie gesetzlich verankert wurden. Das passt zu Experimentalbefunden. Wir haben relativ viele Experimente gemacht, bei denen uns interessiert hat, wie weit die Bereitschaft geht, Regeln zu befolgen, die nicht mit Befehl und Zwang durchgesetzt werden. Diese Bereitschaft geht erstaunlich weit. Selbst wenn es den Leuten zuwider ist, selbst wenn es ihr eigenes Geld kostet, sie machen es normalerweise trotzdem.

Die zweite Beobachtung aus der Pandemie stammt aus späteren Wellen. Es waren vor allem diejenigen für strengere Regeln, die sich selber an die Regeln halten wollten. Auch das passt zu Experimentalbefunden, allerdings nicht von uns, sondern aus anderen Laboren. Die Leute wollen nicht die Dummen sein, sie wollen nicht die einzigen sein, die sich an die Regeln halten. Sie sind im Prinzip gutwillig, aber wenn sie erleben, dass andere ständig über das Ziel hinausschießen, dann wollen sie irgendwann auch nicht mehr regeltreu sein.

Wenn man das normative Problem auf diese Art rekonstruiert, dann könnte das Folgen für die Grundrechtsdogmatik haben. Man könnte sich fragen, ob es beim legitimen Ziel schon ausreicht oder vielleicht sogar noch wichtiger ist, als dass wir das konkrete Ziel gegenüber den konkreten

Adressaten verfolgen, dass wir die Bereitschaft der Bevölkerung zur Normbefolgung stabilisieren.

Gunnar Folke Schuppert: Vielen Dank. Meine kleine Bemerkung bezieht sich auf das Referat von Ino Augsberg. Schon in seinem dritten Satz, glaube ich, teilt er uns mit, dass zwischen Fremd- und Selbstbestimmung eine „eigentümliche“ Verflechtung bestehe. Und da ist man natürlich neugierig, wie man sich diese eigentümliche Verflechtung eigentlich vorzustellen hat. Kann man diese Verflechtung vielleicht näher beschreiben? Es ist ein bisschen schade, dass unser Referent, der sich ja als wort- und sprachmächtig erwiesen hat, sich in seinem Vortrag der Aufgabe verweigert hat, uns diese Prozesse malerisch vorzuführen. Nun hat er aber noch zu einem kleinen, ja ich will nicht sagen „Trick“ gegriffen. Er hat nämlich zwischen Eigen- und Fremdbestimmung ein Zwischenreich eingebaut, den Bereich der Mitbestimmung mit Bindestrich. Dies lässt mich insofern ein bisschen ratlos zurück, weil ich nicht weiß, wie hier eigentlich die Anteile bei der Mitbestimmung verteilt sind. Wer bestimmt wie viel? Und handelt es sich hier vielleicht um eine Konsensvokabel? Oder man könnte kritischer sagen eine Wohlfühlvokabel? Ich glaube, dass man dieses Zwischenreich gar nicht braucht, sondern dass man das Verhältnis von Eigen- und Fremdbestimmung als einen intensiven interaktiven Kommunikations- und Entscheidungsprozess begreifen muss. Und das will ich verdeutlichen am Beispiel der Menschenbilder. Ich spreche jetzt nicht von essenziell holistischen Menschenbildern wie dem Menschenbild des Grundgesetzes, des Rechts, der Pädagogik usw. Sondern ich spreche davon, wie Menschenbilder unsere Wahrnehmung, unser Denken und unser Handeln beeinflussen. Innerhalb der so verstandenen Menschenbilder unterscheidet man normalerweise Selbstbilder und Fremdbilder. Jedes Fremdbild, das ich entwerfe, enthält ein Stück Selbstbild von mir, in dem ich mich nämlich anders definiere als den Fremden. Dies ist nicht nur reine Exklusion, wie etwa bei „Oxford findet Cambridge blöd“. Es geht gar nicht anders, als dass Fremd- und Selbstbild aufeinander bezogen sind. Ich will Ihnen jetzt noch zwei Typen von Menschenbildern nennen, wo das ganz klar wird. Das eine ist, frei nach Axel Honneth, der anerkennungsbedürftige Mensch. Wir zählen alle zu diesen, sonst würden wir nicht auf die Staatsrechtslehrertagung fahren. Und der zweite Typ ist der resonanzbedürftige Mensch nach Hartmut Rosa. Auch dieser Resonanzvorgang ist nicht einfach das Wahrnehmen von einem akustischen Signal, sondern ein Austauschen von kommunikativen Beziehungen. Und nun weiß ich nicht, ob Du, lieber Ino, ein besonders anerkennungsbedürftiger Mensch bist, aber meine Anerkennung für Deinen schönen Vortrag hast Du jedenfalls.

Oliver Lepsius: Meine Frage knüpft an die Beobachtung von Frau Keller an, dass die Selbstbestimmung abnimmt, wenn die Wissenschaftsbasiertheit der Entscheidung zunimmt. Das war ein Fazit Ihres Vergleichs. Dieses Ergebnis ist für Wissenschaftler kontraintuitiv, zumal für Juristen, die sich doch auch der Aufklärung verpflichtet fühlen. Man könnte also eine Gleichung aufstellen: Je scientistischer eine Entscheidung begründet wird, desto weniger selbstbestimmt bzw. desto fremdbestimmter ist sie. Das scheint eine verallgemeinerungsfähige Lehre aus der Pandemie zu sein. Jedenfalls bildet sie sich in vielen Rechtsordnungen ab. Man entscheidet wissenschaftsbasiert sowohl im demokratischen Entscheidungsprozess als auch im gerichtlichen Kontrollprozess. Wir überprüfen eine wissenschaftsbasierte Entscheidung nur noch auf irgendeine Vertretbarkeit oder nach noch geringeren Stufen. Mit dieser Entwicklung dürfen wir uns als Verfassungsjuristen nicht zufriedengeben. Was würde daraus folgen, normativ? Wenn die Gerichte so judizieren, wie sie judizierten, und wenn die Politik so entscheidet, wie sie entschied, dann werden zwei Akteure sinnvoller Entscheidungen, nämlich politische Organe und Gerichte, durch „die Wissenschaft“ im Funktionieren ihrer eigenen Systemrationalitäten gestört. Das Recht erbringt nicht mehr die Kontrolle, weil es glaubt, auf sie zugunsten einer Rationalität verzichten zu können, die von einer anderen Wissenschaft verantwortet wird. Die Politik organisiert sich nicht mehr nach checks and balances, nicht mehr in Opposition und Mehrheit. Alle sind einer Meinung, wissenschaftsbasiert entscheiden zu wollen. Sie verlieren ihre Funktionslogik im Glauben an die Überlegenheit „der Wissenschaft“. Das ist ein neues Freiheitsverständnis: Wissenschaft erzeugt in dieser Konnotation einen antifreiheitlichen Effekt. Frau Keller, helfen Sie uns, aus der Umkehrung der Aufklärung im Namen der Wissenschaft rauszukommen. Wenn Politik sich aus dieser Konnotation nicht befreien kann, hat das auch etwas mit Medienlogiken und mit Rechtfertigung zu tun? Müssten dann aber nicht Juristen den Erkenntnis- und Diskursprozess, der sich in „der Wissenschaft“ – es ist ja meist vom Singular die Rede – vollzieht, stärker zum Gegenstand ihrer Kontrolle machen? Es müsste ja der Pluralismus, der in der Politik fehlt, und die Kontrollintensität, die im Gericht fehlt, ersetzt werden durch eine Verfahrenskontrolle, die wir auf die wissenschaftlichen Prozesse erstrecken. Wäre das nicht die logische Konsequenz? Aber können Juristen das leisten? Wenn sie das nicht können – was wäre denn dann noch machbar, um uns vor der Orientierung an der Überlegenheit expertokratischer Entscheidungsfindung zu bewahren? Und damit dem Rechtsstaat und der Demokratie eine Abfuhr zu erteilen?

Andrea Edenthaler: Vielen Dank, Andrea Edenthaler, Fernuniversität in Hagen. Zunächst zum Vortrag von Frau Keller. Sie haben unter anderem

die Schweiz in Ihrem Vergleich behandelt. Ich möchte hier noch ein bisschen nachhaken. Sie sind nicht auf die Rolle der direkten Demokratie im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdbestimmung eingegangen. In der Schweiz wurde das Covid-19-Gesetz ja im November 2021 in einer Volksabstimmung mit über 60% Zustimmung angenommen. Sie haben zu Recht gesagt, dass die Schweiz liberalere Corona-Schutzmaßnahmen hatte als andere Länder. Sie haben das an der Zusammensetzung des Bundesrats festgemacht. Ich würde sagen, das ist nicht der einzige Grund, sondern ich würde auch einen Grund darin sehen, dass in der Schweiz Elemente direkter Demokratie vorhanden sind und dass auch die erwähnte Abstimmung dazu geführt hat, den Diskurs ein Stück weit zu befrieden. Mit anderen Worten: Ich denke, der Umstand, dass man auf Grund der Möglichkeit von Volksabstimmungen zumindest den Eindruck hat, dass man über ein gewisses Maß an Selbstbestimmung verfügt, hat auch dazu geführt, dass bestimmte Schutzmaßnahmen in der Schweiz besser akzeptiert wurden als in anderen Ländern mit anderen Systemen.

Dann zum Vortrag von Herrn Lindner. Sie haben sich dafür ausgesprochen, die Rechtsfigur des Zweckverwirklichungsbedürfnisses zu etablieren. Mir leuchtet nicht so ganz die Notwendigkeit ein, warum man hier auf der Stufe des legitimen Zwecks eine solche Figur bräuchte. Ist es nicht so, dass man diese Erwägungen bei der tradierten Grundrechtsprüfung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ohnehin auf der Stufe der Angemessenheit prüft? Außerdem sind bei der Prüfung der Angemessenheit die beiden kollidierenden Rechtsgüter ins Verhältnis zu setzen. Ist es da nicht viel angebrachter, auf der Angemessenheitsebene das Zweckverwirklichungsbedürfnis mit zu prüfen? Aus meiner Sicht besteht nämlich die Gefahr, dass man die Prüfung des legitimen Zwecks andernfalls zu sehr überfrachtet und auch ein bisschen zu sehr verengt.

Anna Leisner-Egensperger: Vielen Dank, Herr Lindner, für Ihre zahlreichen innovativen Ansätze zur Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das ist ja ein Thema, an dem sich die Wissenschaft des öffentlichen Rechts seit Jahrzehnten abarbeitet, mit mehr oder weniger großem Erfolg. Ich hätte ebenfalls, wie schon Frau Edenthaler, eine kritische Nachfrage zu Ihrer „Zweckverwirklichung“. Hier stellt sich die Frage, ob man das Zweckverwirklichungsbedürfnis tatsächlich als eigenes Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung einführen sollte und ob man damit der Grundrechtsdogmatik nicht Steine statt Brot gibt. Denn letztlich wird man so eine Zusatzanforderung nur dann stellen können, wenn man sie flankiert mit einer besonders weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Denn sonst setzt man sich dem Vorwurf einer Versteinerung der Gesetzgebung aus. Das heißt, um den legislativen Gestaltungsspielraum zu wahren, muss man an dieser Stelle von einer wei-

ten Einschätzungsprärogative ausgehen. Wenn man aber an dieser Stelle eine weite Einschätzungsprärogative postuliert, tut man sich meines Erachtens besonders schwer, sie an anderer Stelle, nämlich bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, vollständig aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu eliminieren. Vor diesem Hintergrund frage ich Sie, ob man nicht beim legitimen Zweck bescheidener ansetzen sollte – in dem Sinn, dass der Gesetzgeber den Zweck seines Handelns klar definieren sollte, insoweit mit hohen Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes, also durchaus als rechtsstaatliche Schranke, und dann zweitens, die Einschätzungsprärogative auf die Prüfung der Erforderlichkeit beschränken und nicht auch noch auf der dritten Stufe einführen sollte, d.h. bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn. Schließlich sollte sich – das scheint mir ein entscheidender Punkt, der klar wird bei der Lektüre des Beschlusses zur Bundesnotbremse I – das Bundesverfassungsgericht darum bemühen, die Eingriffstiefe näher zu bestimmen. Denn es ist meines Erachtens nicht richtig, dass dort die Angemessenheit letztlich nicht bestimmt wurde, sondern – insbesondere bei den Ausgangsbeschränkungen – hat das Bundesverfassungsgericht sehr schnell festgestellt, dass dies kein besonders tiefer Eingriff sei.

Andreas Paulus: Vielen Dank auch an alle drei Referentinnen und Referenten. Ich habe eine Frage an Herrn Augsberg. Bei Ihrem wunderbaren Referat ist mir nicht ganz klar geworden, wo der Sprung ist oder wie Sie genau den Sprung begründen von dem Individuum zu der dann von Ihnen hervorgehobenen pluralistischen Verfassung, deren Einheitswirkung nicht übertrieben werden sollte. Vielleicht habe ich Sie doch richtig verstanden, aber dann bitte ich da um Validierung, dass in dem „Mit“ die Aufgabe enthalten ist, die Freiheit des einen mit der Freiheit der anderen zu verbinden, dann hätten wir ein verbindendes Element für Ihre Analyse gefunden.

Zu Frau Keller. Ich fand Ihren Vergleich sehr eindrucksvoll, er relativiert auch einige deutsche Diskussionen. Ein Punkt wäre mir noch wichtig. Sie haben gesagt, dass es in Richtung Ausnahmen geht. Mir scheint, es ist sicherlich eine Ausnahmesituation gewesen. Das war eine Daueraufgabe für mehrere Jahre mit Aufs und Abs. Aber wir haben in Deutschland eben kein Ausnahmerecht angewendet. Das ist nicht in allen Staaten so gewesen, wenn ich zum Beispiel an Ungarn denke. Zeigen Ihre vielen Beispiele nicht auf, dass das nicht nötig ist, sondern dass man mit der vorhandenen Dogmatik, wenn man die auch hier oder da noch ausformen muss, zurechtkommt, und diese Ausnahmesituation nicht zu einem Ausnahmerecht werden darf?

Und wenn ich schon bei der Dogmatik bin, Herr Lindner, auch an Sie habe ich eine Frage. Sie haben in Ihrem Referat meines Erachtens durchaus

zu Recht gesagt, die Leistungsrechtsdogmatik könnten wir noch ein bisschen vertiefen. Die Frage, die sich dann stellt, ist, wo dann der Gesetzgeber noch bleibt, wenn wir ihn mit Schutzpflichten, mit sozialen Grundrechten und mit Teilhaberechten überfordern? Und wenn wir bei der Prüfung dann recht streng sind, dann wird ja doch in der Tat sehr viel den Gerichten überlassen. Vor der Pandemie hat es geheißen, 80% der Deutschen oder mehr seien zufrieden mit ihrer wirtschaftlichen Lage. Das waren ganz erstaunliche Zahlen. Das heißt aber auch, dass die klassische Idee der Sozialdemokratie, dass man mittels der Demokratie den Sozialstaat ausbauen kann, nicht mehr funktioniert. Das kann man heute so wohl nicht mehr sagen. Ich habe heute auch gelesen, dass 40% der Haushalte keine Reserven hätten. Dennoch, auch dann sind Mehrheiten ja eher bei den 60% zu vermuten. Wie lösen wir dieses Problem?

Stephan Rixen: Vielen Dank. Die Nachdenklichkeit, die Sie bei mir ausgelöst haben, ist gleich verteilt, sodass ich für jede bzw. jeden von Ihnen eine Frage habe. Herr Augsberg, meine Frage bezieht sich auf die Thesen neun und 13. Ich habe Ihren Vortrag wahrgenommen als eine anthropologische Grundlegung in demokratietheoretischer Absicht. Da interessieren mich besonders Ihre Thesen neun und 13, die das Verhältnis von Leiblichkeit und Sprachlichkeit betreffen. Ich finde es sehr wichtig, dass sie die Bedeutung des Leibes bzw. des inkarnierten Subjekts, wie Sie es nennen, hervorheben. Ich frage mich aber, wie sich das zu dem Hinweis auf das sprechende Lebewesen verhält. Ich denke hierbei etwa an Menschen mit Beeinträchtigungen, die nicht sprechen können, die Behinderungen haben, die sie daran hindern, Sprache zu entwickeln. Ich denke zum Beispiel auch an Wachkomapatientinnen und -patienten, auch an schwerstdemente Menschen. Wie müssen wir uns das vorstellen? In welchem Verhältnis stehen in dem anthropologischen Konzept, das Sie skizzieren, Sprachlichkeit und Leiblichkeit?

Die zweite Frage bezieht sich auf den Vortrag von Frau Keller, und zwar auf die Ausführungen zur Impfpflicht. Gibt es menschenrechtlich begründbare Grenzen der Impfpflicht? Eine Grenze wird gemeinhin anerkannt, nämlich die der medizinischen Kontraindikationen, die letztlich auch grund- bzw. menschenrechtlich begründet ist, weil Menschen nicht sehenden Auges einem ernsthaften Gesundheitsrisiko ausgesetzt werden dürfen. Aber gibt es noch andere akzeptable Gründe oder müssen wir sagen, die gibt es nicht? Ich komme deshalb darauf, weil nach meinem Eindruck andere Länder, die Sie nicht genannt haben, etwa die Niederlande, auch manche Staaten in den USA, generell andere Weisen des Umgangs mit gesundheitsbezogenem Nonkonformismus kennen, die etwas „weicher“ sind und die nicht die strikte Pflichterfüllung verlangen, die sich mehr in

die Grauzonen des noch Hinnehmbaren begeben, wo Recht und Unrecht etwas flexibler unterschieden werden, und die auch dazu animieren könnten, hierzulande etwas pragmatischer mit dem Problem der Impfablehnung umzugehen und auch mehr auf „weichere“ Wege zu setzen, impfskeptische Eltern zu überzeugen.

Die dritte Frage richtet sich an Herrn Lindner. Es geht mir vor allen Dingen um die Ausführungen zur Selbstbestimmung durch den Staat, insbesondere um These 35, wo Sie auf die Bildungsstandards hinweisen. Sie haben insoweit ja, wenn ich das richtig in Erinnerung habe, vor allzu starker Durchdogmatisierung gewarnt, gerade auch in Bezug auf die Frage: Wie werden Bildungsstandards festgelegt? Mich interessiert, welche Bedeutung hier noch das Elternrecht hat. Es gibt ja eine neuere Rechtsprechung des Ersten Senats, zu der auch seit der Entscheidung zur Sukzessivadoption die Rede von der staatlichen „Kontroll- und Sicherungsverantwortung“ zulasten der Eltern gehört. Wie verhält sich die Kontrolle der Eltern zu deren Elternrecht, wenn Bildungsstandards festgelegt werden?

Frank Schorkopf: Danke. Jetzt machen wir eine Zwischenrunde in umgekehrter Reihenfolge. Herr Lindner, dann Frau Keller und Herr Augsberg. Wir liegen ganz gut in der Zeit, Sie haben jeweils sieben Minuten.

Josef Franz Lindner: Herzlichen Dank für die Anregungen und Beiträge. Ich werde in erster Linie auf die Fragen eingehen, die an mich gerichtet sind, aber auch explizit auf eine Anmerkung, die nicht an mich gerichtet ist – obwohl ich nicht auf alle Beiträge eingehen kann. Über vieles muss ich noch nachdenken.

Wie verhält sich das Prinzip Verantwortung zu dem, was ich vorgetragen habe? Ich würde sagen, das Prinzip Verantwortung ist nicht etwas, was man verfassungsrechtlich, wenn man vom Staatsorganisationrecht absieht, fassen kann. Sondern es ist zunächst eine außerrechtliche Kategorie, das, was man früher mal oder vielleicht auch immer noch als Verfassungserwartung bezeichnen würde. Man erwartet vom Bürger, dass er von seinen Freiheiten in Verantwortung und in einer verantwortbaren Weise Gebrauch macht. Aus einem Prinzip der Verantwortung unmittelbar rechtliche Beschränkungen abzuleiten, scheint mir doch schwieriger zu sein. Dann könnte man jetzt zum Beispiel sagen: Wir haben jetzt Verantwortung für das Klima. Also dürfen wir bereits deswegen dies und das und jenes nicht mehr tun, dürfte im Bereich der Wirtschaft dies und das nicht mehr passieren. Da wäre dann aus meiner Sicht schon noch eine Instanz dazwischen zu schalten, die auch legitimerweise festlegt, was eigentlich verantwortbar ist und was nicht. Ich würde schon zwischen individueller, vielleicht rechtsethischer Verantwortung, die man den Menschen durch Bildung, durch Erziehung, vielleicht

auch durch Appelle mitgibt, und der Frage unterscheiden, ob man daraus rechtlich belastbare Pflichten ableitet.

Herr Kirchhof hatte gefragt, was ich von der Verfassung erwarte. Das ist eine Frage, Herr Kirchhof, die ich mir in dieser Schärfe eigentlich noch nie gestellt habe: Ich würde schlicht sagen, dass sie weiter stabil funktioniert, aber dass sie vor allem die Werte, die wir seit noch nicht allzu langer Zeit in Deutschland haben, nämlich Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde auch in diesen Krisenzeiten zu bewahren hilft, entlang der Linien, die ich versucht habe, zu ziehen, insbesondere die Freiheitsräume, die Emanzipation zu erhalten – auch gegen informelle Zugriffe, die wir immer öfter erleben, wenn wir etwa von Amtsträgern, Ministern bis in den Bereich der Körperhygiene hinein vorgeschlagen bekommen, wie wir uns verhalten sollen. Das ist etwas, was nicht besonders erstrebenswert ist und was auch aus meiner Sicht schon auch ein verfassungsrechtliches Problem darstellt.

Jetzt würde ich gerne auf eine Anmerkung von Herrn Lepsius kurz eingehen, die nicht speziell an mich gerichtet ist, die mir aber essenziell erscheint, weil sie mich auch seit längerem umtreibt: Es geht darum, dass die Berufung auf Experten und Wissenschaften, wie wir sie in zunehmendem Maße erleben, einen freiheitsfeindlichen Effekt haben kann, so habe ich Sie verstanden, Herr Lepsius. Dies konnte und kann man in der Pandemie sehr gut beobachten. Das beginnt mit der Frage, nach welchen Kriterien das Kanzleramt Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler zur Beratung in der Corona-Politik ausgewählt hat und welche Wissenschaftler dort eben nicht zum Zuge gekommen sind.

Und es stellt sich die weitere Frage: Muss man diesen Prozess der Auswahl der Experten normativ steuern? Das wäre eine wichtige Frage, die man aus meiner Sicht diskutieren muss: Muss es hierfür Vorgaben geben oder muss es nicht mindestens nach sachgerechten und an Pluralität orientierten Kriterien gehen? Muss es eine Art Ausgewogenheit geben? Wie hält man es mit der Transparenz der Auswahl? Ich erinnere an die No-Covid oder Zero-Covid Strategien, die maßgeblich von denjenigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern vertreten worden sind, die im Expertenrat oder im Beratergremium der Bundesregierung saßen. Und das hat dann zu entsprechenden politischen Folgen geführt, die, was die Bundesnotbremse angeht, alles andere als freiheitsfreundlich und aus meiner Sicht überzogen waren.

Vielelleicht noch, weil das zwei Fragen waren oder zwei Anmerkungen zum Zweckverwirklichungsbedürfnis. Das ist eine Figur, die nicht von mir erfunden worden ist, sondern von meinem Doktorvater, Herrn Gallwas, der heute leider nicht da ist. In seinem kleinen Büchlein „Grundrechte“, das ich als Student als erstes gelesen habe, hat er diese Figur entwickelt – und es hat mir immer unmittelbar eingeleuchtet: dass man, wenn man einen ver-

fassungsrechtlichen Zweck entwickelt, zunächst fragt, ob es tatsächlich belastbare Erwägungen gibt, diesen Zweck, der dann zu Grundrechtseinschränkungen führt und diese legitimiert, auch zu verfolgen. Wenn ich beispielsweise annehmen würde, wir schränken den Konsum eines XYZ-Produkts ein, weil dieses Produkt Gesundheitsschäden verursacht, dann ist das per se natürlich ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck, weil die Menschen geschützt werden müssen. Aber die Frage ist, führt dieses Produkt tatsächlich zu dieser Gesundheitsbelastung? Das war etwa eine Diskussion bei den Mobiltelefonen, das war eine Diskussion bei den neuartigen Formen des Rauchens, wo behauptet wurde, das sei gesundheitsschädlich, das müssen wir einschränken. Wo man diese Frage dogmatisch unterbringt, das ist aus meiner Sicht zweitrangig. Aber man muss sie stellen, und sie wird nicht immer gestellt. Ich habe das Beispiel Eizellspendeverbot angeführt. Besteht ein tatsächliches Bedürfnis, die Kinder davor zu bewahren, dass sie durch eine Eizellspende überhaupt geboren werden und dann ihr Leben lang darunter leiden, dass sie auf diese Art und Weise zur Welt gekommen sind? Die Frage muss man stellen. Man kann sie bereits beim legitimen Zweck selbst festmachen. Man kann es als eigenständiges Kriterium anlegen, was ich präferieren würde, weil man dann auch tatsächlich auf diese Frage eingehen muss und nicht die Gefahr besteht, dass man sagt: Na ja, gut, wird ja von allen behauptet, dass wir das machen müssen. Also wird das schon tatsächlich belastbar sein. Das ist zu wenig. Damit bin ich am Ende. Danke schön.

Helen Keller: Vielen Dank für die spannenden Fragen. Ich beginne mit der liberalen Demokratie. Ich habe im schriftlichen Referat einen lapidaren Satz: „Zweifellos gehören die ausgewählten Länder zu den liberalen Demokratien.“ Und als gute Richterin weiß ich: Wenn ein Satz mit „zweifellos“ eingeführt wird, schummelt man. Ich habe auch geschummelt. Als ich das Thema erhalten habe, habe ich mich zuerst selbstkritisch gefragt, ob ich die Schweiz, in der die größte Partei eine Volksinitiative lanciert, die zum Austritt der Schweiz aus dem Europarat geführt hätte, zu den liberalen Demokratien zählen darf. Kann ich bei Italien, das mittlerweile eine rechtsnationale oder rechtspopulistische Regierung hat, von einer liberalen Demokratie sprechen? Und so weiter und so fort. Ich habe dann beschlossen, dass ich diesen Teil des Themas einfach weglassen, weil das ein anderes Referat ergeben hätte; man kommt nämlich in Teufels Küche, wenn man dem Kriterium der liberalen Demokratie auf den Grund gehen will.

Was erwarten wir von der Verfassung? Die Verfassung kann nur in abstrakten Begriffen den Ausgleich zwischen Solidarität und Grundpflichten einerseits und den Grundrechten andererseits leisten. Aber was die Verfassungsordnung leisten muss, ist die nachträgliche Kontrolle eines Impf-

regimes. Und da war ich doch bei meinen Recherchen zu diesem Referat erstaunt, dass die nachträgliche Verfassungskontrolle fast gar nichts an den Impfregimen geändert hat. Schauen Sie sich das Impfregime in Österreich an; es ist wirklich hart. Der Verfassungsgerichtshof hat es trotzdem durchgewinkt. Gut, man kann sagen, diese Super-Flexibilisierung innerhalb des österreichischen Verfassungsrechts hat funktioniert. Die Österreicher haben das Impfobligatorium dann doch nicht angewandt. Aber wie gesagt, ich habe Zweifel, dass der Rechtsschutz hier wirklich funktioniert, weil die Gerichte im Endeffekt immer nur Nebenpunkte bei den Impfregimen kritisiert haben. Ich hätte von den Gerichten allerdings erwartet, dass sie mit etwas mehr Abstand und etwas weniger Zeitdruck die Sache genauer überprüfen und kritischer sind. Aber die Analyse zeigt ganz klar auf, dass die Gerichte sehr, sehr zurückhaltend sind.

Ich gehe zur Solidarität und zum europäischen und internationalen Rahmen. Ich glaube, dieses Thema sprengt die heutige Diskussion. Wir haben bei der Impfpflicht eine primär nationale Optik gehabt. In allen Gerichtsentscheidungen, die ich analysiert habe, war die internationale Solidarität kein Thema, obwohl diese internationale Dimension im Kontext einer Pandemie durchaus wichtig ist. Denken Sie nur an die vielen Impfdosen, die in unseren Ländern vernichtet worden sind und die man vielleicht besser in andere Regionen der Welt gebracht hätte. Aber diese Dimension ist in den Urteilen nie aufgebracht worden. Ich könnte mir vorstellen, dass die Gerichte dieses Thema noch verstärkt aufnehmen werden, wenn sie sich noch mehr mit Klimafragen befassen müssen.

Nun zur Wissenschaftskritik: Ich wollte in meinem Referat nicht pauschal die Wissenschaft anzweifeln, sondern ich habe versucht zu sagen, dass der Mensch in einer bestimmten Art und Weise von der Wissenschaft reduziert worden ist. Es ging zeitweise in der Pandemie verloren, dass der Mensch nicht nur ein Vireenträger, sondern auch ein homo socialis, ein homo scholasticus, ein homo culturalis ist. Wie wichtig der soziale Aspekt im Zusammensein ist, wurde uns erst im Laufe der Pandemie bewusst. Denken Sie an die vielen Kinder, die in Italien über Monate nicht in die Schule gehen durften. Denken Sie an die Kontaktbeschränkungen in den Altersheimen. Diese Corona-Maßnahmen sind – meiner Meinung nach und rückblickend betrachtet – sehr, sehr problematisch gewesen. Wenn wir uns reduzieren auf Vireenträger, dann gehen andere Aspekte, die dem Menschen inhärent sind, verloren.

Zu guter Letzt zur Schweiz. Ich glaube, es wäre falsch zu sagen, dass die Schweiz aufgrund ihrer halbdirekten Demokratie vergleichsweise gut über die Pandemie gekommen ist. Wenn wir den allgemeinen Erfolg eines Pandemieregimes beurteilen möchten (also nicht beschränkt auf die Frage, wie die Gerichte mit den Impfregimen umgegangen sind), müsste man wohl noch

viele weitere Faktoren mitberücksichtigen. Die direkt-demokratischen Mitwirkungsrechte spielen sicher eine Rolle, aber sind nicht allein für den Erfolg oder Misserfolg maßgebend. Beispielsweise müsste man in die Analyse einbeziehen, wie robust ein Gesundheitswesen ist. Wie viele finanziellen Mittel konnten relativ rasch in das Gesamtsystem gepumpt werden? Das sind alles Faktoren, die ich nicht untersucht habe. Und ich glaube, die direkte Demokratie, beispielsweise mit dem mehrfach erhobenen Referendum gegen das Covid-Gesetz in der Schweiz, ist ein Instrument, das die Akzeptanz fördert, aber auch ein Instrument, das als Ventil für Unzufriedene dienen kann. Es wäre sicherlich falsch zu sagen, nur weil wir in der Schweiz Instrumente der direkten Demokratie kennen, sind wir besser davongekommen.

Das wären die Antworten von meiner Seite.

Ino Augsberg: Vielen Dank für alle Fragen. Ich versuche, das in drei Blöcke einzuteilen, und hoffe, dass Sie sich in den Antworten alle wiederfinden.

Der erste Block betrifft vorwiegend die Fragen von Herrn Engel, Herrn Kirchhof und Herrn Calliess und damit die Fragen nach dem Begriff der Normativität und der Verfassung. Der slowenische Philosoph Slavoj Žižek hat einmal in einer Talkshow folgende Unterscheidung präsentiert. Der klassische autoritäre Vater sagt zu seinem Kind: „Es ist Sonntag, du gehst deine Großmutter besuchen!“ Der postmoderne, tolerante Vater dagegen sagt etwas anderes: „Du weißt doch, wie sehr dich deine Großmutter lieb hat und wie sehr sie sich wünscht, dass du sie besuchen kommst.“ Diese Verschiebung scheint mir kein Vorteil zu sein, sondern ein Problem. Dahinter steht die Frage, ob die indirekte Steigerung der Normbefolgungsbereitschaft, wenn dabei die Normativität auf eine derartige Weise eskaliert wird, nicht tatsächlich eher ein Rückschritt ist. Und ob dann im Gegensatz dazu die Aufgabe einer liberalen Verfassung gerade darin bestünde, solche Prozesse zu verhindern und zwar nicht einfach wieder für eine ganz klare Distinktion zwischen Fremd- und Selbstbestimmung zu votieren, aber auch nicht dafür zu stimmen, dass Fremdbestimmung als solche einfach verdeckt wird. Das ist der erste Punkt.

Der zweite Punkt betrifft die Verflechtung von Selbst- und Fremdbestimmung und den Gegensatz zwischen den beiden. Insbesondere an Herrn Paulus und Herrn Schuppert gerichtet würde ich sagen, dass man mit Blick auf diese Verflechtung zunächst einmal auf einer phänomenalen, ganz alltäglichen Ebene ansetzen kann. Das Telefon klingelt, die Vorsitzende der Staatsrechtslehrervereinigung ist am anderen Ende der Leitung und sagt sehr charmant und freundlich: Wir laden Sie ein, über Selbst- und Fremdbestimmung zu referieren. Damit ist die Verflechtung schon da. Sie ist also nichts, was erst theoretisch konstruiert werden

muss, sondern wir bewegen uns als kommunikative Wesen, die miteinander sprechen und sich gegenseitig Anerkennung zollen (oder auch nicht), fortlaufend in solchen Verflechtungszusammenhängen. Das ist völlig richtig. Das, was ich mit der Selbst-Bestimmung und der Mit-Bestimmung zeigen wollte, liegt aber nun gewissermaßen eine Ebene unterhalb dieser Alltagsphänomene. Es handelt sich, etwas emphatisch formuliert, um eine ontologische Betrachtungsweise. Was ermöglicht es denn, dass wir uns auf diese Weise so zueinander verhalten? Diese Ermöglichung ist die Offenheit unserer Selbstkonstitution, die, negativ formuliert, eine Spaltung bedeutet, aber zugleich, positiv formuliert, die vollständige Abgeschlossenheit verhindert. Und das bedeutet dann in meiner Lesart auch, dass es nicht einfach nur die Sphären der einen und der anderen Freiheit gibt, die als solche schon existieren, sondern dass noch dieser Sphärentrennung etwas vorausgeht, auf das man sich einzustellen hat, etwas, das dann erst diese Abgrenzung und damit die Sphären als solche hervorbringt. Das ist der zweite Punkt.

Der dritte und letzte Punkt betrifft aus meiner Sicht die Fragen von Herrn Klein, Herrn Thym und Herrn Rixen zum Begriff der Verantwortung. Ich würde den Begriff der Verantwortung in diesem Kontext nicht so sehr mit dem „Prinzip“ der Verantwortung im Sinne von Hans Jonas konnotieren wollen, sondern ihn eher mit dem französischen Philosophen Emmanuel Levinas in Verbindung setzen, und damit dann die Frage verknüpfen, ob Verantwortung ein bereits sich selbst bestimmendes Subjekt voraussetzt oder ob Verantwortung umgekehrt erst dazu führt, dass sich ein Subjekt konstituiert, also ob wir zum Subjekt erst dadurch werden, dass wir von dem Anderen angesprochen, angerufen werden. Das ist die Levinas'sche Position, wenn Sie so wollen: ein Akkusativ, der vor dem Nominativ steht. Und ich glaube, dass man in dieser Hinsicht den Begriff der Verantwortung sehr gut verwenden könnte, um die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Selbst- und Fremdbestimmung noch einmal zu diskutieren und damit dann auch die Problematik der negativen Externalitäten aufzunehmen und zu sagen, in welchem Maße die Verantwortung bestehen muss. Für wen ist diese Verantwortung da? Ist derjenige, von dem ich mich auf diese Weise angesprochen sehe, immer nur der Nächste? Gibt es gewissermaßen eine Art engste Gemeinschaft, auf die die Verantwortung reduziert ist? Oder, umgekehrt, wie weit lässt sich der Horizont der Verantwortlichkeit erstrecken?

Wenn man das so begreift, wenn man diesen Begriff der Verantwortung mit aufnimmt, dann wird, so glaube ich, auch die scheinbare Diskrepanz zwischen dem sprechenden Lebewesen und dem leiblich verfassten Lebewesen nicht mehr so manifest erscheinen. Denn es geht mir nicht darum, Sprache als ein Vermögen zu statuieren, also gewisserma-

ßen Sprache als die spezifisch menschliche Ausstattung zu benennen, die ebenso wie Vernunft, Selbstbestimmung, Autonomie und so weiter eine bestimmte Qualifikation oder Fähigkeit bezeichnen würde. Sprache ist die Weise, wie wir uns in einer Welt als Welt zurechtfinden und dabei zugleich uns gegenseitig als leibliche, verletzliche Wesen wahrnehmen. Dieser letzte Punkt, glaube ich, wäre entscheidend, um zu verstehen, warum wir auf diese Leiblichkeit achten müssen und warum wir vielleicht auch in einer Verfassungsordnung nicht auf Autonomie qua Fähigkeit als letzten Grund abstellen sollten, sondern auf etwas, was Jochen von Bernstorff schon einmal im Kontext der Diskussionen zu Artikel 1 vorgeschlagen hat, eben auf etwas wie unsere Verletzlichkeit. Diese Verletzlichkeit hat dann sehr stark mit der Leiblichkeit des Menschen zu tun. Vielen Dank.

Frank Schorkopf: Danke. Wir intensivieren die kommunikativen Beziehungen zwischen Podium und Parkett in einer zweiten Runde. Die ersten drei werden sein Herr Mahlmann, Herr Möllers und Herr Kotzur.

Matthias Mahlmann: Vielen Dank für die Vorträge. Eine Frage an Herrn Augsberg. Sie haben sich von der Substanzmetaphysik des Subjekts abgesetzt und haben dann den sozusagen alternativen Weg von Niklas Luhmann auch nicht eingeschlagen, das Subjekt funktionalistisch zu rekonstruieren, sondern sich in das Gebiet einer Fundamentalontologie hineinbewegt, auf den Pfaden eines phänomenologischen Dekonstruktivismus. Sie haben gesagt, Sie hätten sich in eisige Höhen erhoben. Das müsste mir sympathisch sein als Mensch aus der Schweiz, diese alpine Metaphorik. Aber ich möchte ein paar Probleme signalisieren, die ich sehe. Mich hat diese Methodik schon nicht überzeugt. Mir scheint, dass zum Beispiel aus dem bloßen Geborensein und der angeblichen Gegebenheit von Sprache, womöglich unabhängig von Menschen, sicherlich nicht schon Subjektivität folgt. Meines Erachtens müsste man eine hinlänglich empirisch informierte philosophische Anthropologie betreiben, die sich gerade auf bestimmte kreatürliche Eigenschaften von Menschen bezieht und sie auf dem Niveau der gegenwärtigen Wissenschaft und ihrer Erkenntnisse spezifiziert. Das führt zu einem, wie ich finde, weiteren wichtigen Problem, nämlich der Frage, wie man von einer Fundamentalontologie den Weg in eine normative Theorie schafft. Mir ist nicht ganz klar geworden, wie eigentlich aus Subjektivität der Begriff entspringt, der uns hier interessiert, nämlich der Begriff der Freiheit. Ist diese Freiheit eine einfach gegebene Realität? Worin besteht sie? Und für mich jetzt besonders interessant: Was ist der Wert der Freiheit? Woher kommt das normative Gebot, Freiheit zu schützen – gerade in Zeiten, in denen die Feinde der Freiheit viele Erfolge feiern? Ist die Freiheit etwa von instrumentellem Wert? Hat die Frei-

heit einen intrinsischen Wert? Warum besitzt die Freiheit, wenn sie einen solchen intrinsischen Wert hat, einen solchen Eigenwert? Und wie gewinnen wir solche normativen Aussagen aus dieser phänomenologisch dekonstruktiven, fundamentalen Ontologie?

Der zweite Punkt, der mich gestört hat, war Ihre Bemerkung zur Gerechtigkeit als notwendig und in einem verdächtigen Sinne identitätstheoretisch aufgeladen. Aus meiner Sicht ist die Diskussion um die Grenzen der Freiheit, die etwa Helen Keller durchgespielt hat, eine, die versucht, den Gerechtigkeitsbegriff in der Verfassung operabel zu machen. Unsere Vorsitzende hat gestern selbstverständlich Recht mit Gerechtigkeit verbunden. War das ein falsches rhetorisches Ornament? Oder ist der Konstitutionalismus vielmehr tatsächlich intrinsisch notwendig ein Gerechtigkeitsprojekt?

Christoph Möllers: Ja, ich habe auch eine Frage zu dem schönen Referat von Ino Augsberg, dem man auf jeden Fall nicht vorwerfen kann, dass es zu theoretisch wäre, weil es natürlich der Vorstand war, der die Theorie abgespalten und als ein Thema für sich vorgegeben hat.

Meine Frage bezieht sich darauf, dass Du mit dem liberalen Verfassungsstaat begonnen hast. Dieser ist sozusagen ein Angebot, eine Lösung. Aber mit diesem gibt es zwei Komplikationen: Die eine liegt in der Abgrenzbarkeit von Selbst- und Fremdbestimmung. Die andere liegt im Verhältnis von individueller zu kollektiver Freiheit. Das sind die beiden Komplikationen. Mir stellte sich am Ende des Vortrags die Frage, wo denn die Rolle des Rechts und der Verfassung in Deiner Konstruktion sein könnte. Könnte es hinsichtlich der Architektur des Vortrags nicht umgekehrt so sein, dass das Recht gerade die Lösung für diese beiden Komplikationen liefert. Müsste man nicht sagen: Fremdbestimmung, Selbstbestimmung sind immer irgendwie verwoben. Phänomenologisch kriegen wir sie nicht aufgelöst. Wir sind immer in Deinem Modus der Mit-Bestimmung. Wir können nicht rein individuell agieren, sondern stehen immer inmitten der Komplikationen, die Du hier rekonstruiert hast. Aber die Antwort auf diese Komplikationen liegt halt gerade in der Formalisierung durch Recht, die bestimmt, dass wir uns auf diese Verwobenheit jedenfalls in bestimmten Zusammenhängen nicht einlassen können. Stattdessen tun wir so, als könnten wir sie unterscheiden. Wir formalisieren die Unterscheidungen und versehen sie mit bestimmten Sanktionen und Konsequenzen, die natürlich viele Probleme nicht lösen können und die auch die Komplexität nicht reduzieren, sondern vielleicht sogar erhöhen, aber die ein Angebot darstellen, mit Deinen Komplikationen umzugehen. Wenn man es so sieht, dann hat man auch einen Ort für das Recht und die Verfassung, den ich bei Dir ein bisschen vermisst habe. Vielen Dank.

Markus Kotzur: Meine Frage an Herrn Augsberg ist, ob diese faszinierende Konstruktion der „Auto-Heteronomie“ oder „Hetero-Autonomie“ ein konkretes Gegenbild in den grundrechtlichen Statuslehren und in den grundrechtlichen Schutzdimensionen finden könnte. Wenn wir an den status negativus denken, wäre das ja der mögliche Raum der vermeintlichen, ich sage bewusst „vermeintlichen“ Selbstbestimmung in Freiheit vom Staat. Wenn wir an den status participativus denken, wäre das der Raum zur selbstbestimmten Mitbestimmung. Und diese Mitbestimmung führt dann zu einer selbstbestimmten Unterwerfung unter Fremdbestimmung. Wenn wir an die Schutzpflichtendimension der Grundrechte denken, könnte man das so interpretieren, dass das selbstbestimmte Individuum wiederum Fremdbestimmung akzeptiert in der Erwartung, vor sich selbst geschützt zu werden. Und wenn wir an die Drittirkungslehre denken, die dogmatisch besonders schwer zu fassen ist, verschwimmen diese Selbstbestimmungs- und Fremdbestimmungsmomente miteinander. Ich hatte auch den Eindruck, dass man vielleicht aus ihrem Verwobensein, wenn man das grundrechtstheoretisch angereichert zu fassen versucht, vielleicht auch zu der ganz banalen Schlussfolgerung kommen könnte, dass das Individuum Fremdbestimmung umso leichter akzeptiert, wenn sie oder er den Eindruck hat, dass dadurch Selbstbestimmung möglich wird. Und wenn ich ganz provokativ schließen darf mit einer gewissermaßen religiösen Anspielung, ist es nicht so, dass manche Menschen, welche sich guten Willens wähnen, das „*fiat voluntas tua*“ dann doch mit einer gewissen Nonchalance übersetzen, nämlich als „*mein Wille geschehe*“? Vielen Dank!

Karl-Heinz Ladeur: Ich möchte einen ganz unkritischen Beitrag zum Vortrag von Ino Augsberg leisten. Mir scheint das nicht so ganz angekommen zu sein, die Bedeutung des Rekurses auf die Paradoxie des Selbst. Vielleicht kann man das erläutern durch einen kurzen, oberflächlichen Blick auf die Situation in der Französischen Revolution, wo sich in einer ganz offenen historischen Lage dann sehr schnell die Frage nach dem Anfang stellt. Und auf diese unmögliche Frage gibt es eine praktikable, aber letztens doch unmögliche Antwort von Sieyès, der sagt: Wir brauchen Selbsterziehung. Das hört sich nicht besonders überzeugend an, aber er sagt nicht abstrakt: Wir brauchen Selbsterziehung, sondern Selbsterziehung zum repräsentativen System. Und darin steckt eine tiefe Logik, nämlich die Einsicht, dass man Paradoxien nicht auflösen, sondern nur in Bewegung setzen kann. Also man fängt im Grunde mit einer Institution an, die schon vorgefertigt war, dem Parlament, und setzt dann einen Prozess der Erfahrung, der Wissenserzeugung in Gang, der weitere Erfahrungen und Entscheidungen ermöglicht, wobei man immer mitdenken muss, dass schon wie am Anfang immer etwas anderes ausgeschlossen wird. Das andere, das

wieder eingeführt wird, auf eine weichere Weise, sozusagen durch die Meinungsfreiheit, die zu sagen erlaubt, was vorher praktisch durch Entscheidung ausgeschlossen worden ist. Und das scheint mir auch zu erklären, wie das Verhältnis zwischen Freiheit und Gemeinschaft, wenn man so will, zu verstehen ist. Das hat, vielleicht muss ich das noch sagen, die deutschen Idealisten nicht besonders überzeugt: Humboldt hat gemeint, die Franzosen haben nicht den deutschen Sinn für Metaphysik des Anfangs im Begriff. Aber bei näherem Hinsehen findet man im Hegelschen Begriffsdenken das gleiche Verständnis für die Grenzen der Denkbarkeit eines Anfangs: Auch der Begriff ist immer nur vorstellbar im Zusammenhang mit dem Wissen, das er in Gang setzt.

Genau das ist, glaube ich, der Kern eines repräsentativen Systems, dass es mit einem Anfang operiert, der eigentlich unmöglich ist, aber dadurch, dass er immer wieder neue Möglichkeiten erzeugt, sich doch letzten Endes bewährt, wenn man bedenkt, was ausgeschlossen worden ist. Und deshalb noch eine kritische Bemerkung zu Herrn Lindner. Ich wehre mich immer dagegen, zu sagen, Freiheit ist beliebig. Freiheit ist meiner Ansicht überhaupt nicht beliebig, sondern sie steht in diesem Kontext, wie ich es formulieren würde, sozusagen der experimentierenden Gesellschaft. Das Subjekt ist ein Teil des Experiments und trägt zu dem Wissen, zu dem gemeinsamen Wissen, zu den Erfahrungen bei. Und die Gemeinschaft operiert mit diesem als gemeinschaftlich anerkannten Wissen.

Christoph Schönberger: Auch von meiner Seite vielen Dank für die Referate. Ich habe auch eine Bemerkung und eine Frage an Herrn Augsberg. Sie haben uns ja sehr sprachmächtig und nur moderat verspielt ein eindrucksvolles Theoriedesign vorgestellt. Die Frage, die mir gekommen ist, ist, ob Sie nicht eigentlich wieder eine Variante doch recht bekannter rechtsphilosophischer Grundsatzdiskussionen präsentieren, die wir im Grunde führen seit der Zeit um 1800, als die moderne Autonomie entdeckt worden ist. Die deutsche Geistesgeschichte ist seither ein ewiges Ping-Pong-Spiel zwischen Kant und Hegel. In diesem Ping-Pong-Spiel habe ich Sie eher als Hegelianer wahrgenommen, vielleicht ein liberaler Hegelianer und vielleicht ein französisch verspielter Hegelianer. Und auf diese Weise erschließt sich ja auch vieles. Können Sie mit diesem Befund aber eigentlich so viele erschrecken? Oder ist nicht der Befund relativ konsensual, dass es irgendwie Individualität gibt und dass diese Individualität gleichzeitig konstituiert, eingebunden ist und sich nicht absolut setzen kann? Damit können Sie im Grunde nur libertäre amerikanische Theoretiker wirklich erschrecken. Alle anderen werden das im Grundsatz durchaus teilen.

Ich vermute allerdings: The proof of the pudding is in the eating. Sie müssten uns schon einmal sagen, wie Sie das zum Beispiel auf die Ebene

der Grundrechte herunterbrechen. Können Sie uns vielleicht an einem Beispiel erläutern, wie Ihr Theoriedesign bei bestimmten grundrechtlichen Konstellationen funktioniert? Ich verstehe gut, was Sie auf einer anthropologisch-ontologischen Ebene versuchen, wo Sie die Verwobenheit des Individuums sehr eindrucksvoll vorführen. Aber wie Christoph Möllers eben schon gesagt hat, das Recht versucht, sicherlich zum Teil unterkomplex, die in ihrem Theoriedesign beschriebenen Probleme konkret zu bearbeiten. Mich würde interessieren, wie Sie das miteinander vermitteln. Sie haben sich dazu ein bisschen bedeckt gehalten und sind über den Wassern geblieben. Ich würde sie gern ein wenig auf die Erde locken.

Rüdiger Wolfrum: Vielen Dank. Ich sollte zunächst einmal dem Vorstand für die Auswahl dieser Themen danken, die, wie wir in dieser Diskussion sehen, reiche Früchte trägt. Ich finde alle drei Vorträge ausgesprochen anregend und möchte mich aber insbesondere an Herrn Augsberg wenden.

Herr Augsberg, Sie finden das Anschauungsmaterial für Ihren Vortrag, der von anderen ja auch schon qualifiziert worden ist, im Völkerrecht. Die Diskussion über indigene Völker oder Minderheiten wird von der selbstbestimmten Bestimmung der persönlichen Identität, (individuellen Selbstbestimmung) geprägt. Ich bin, sagen wir, Mapuche. Das war nicht immer so. Lange Zeit sind wir davon ausgegangen, dass dies eine Frage der Fremdbestimmung sei, nämlich durch einen Staat. Und bis zu einem gewissen Grade tragen wir die Eierschalen dieser Politik auch heute noch mit uns herum; vor allem hier in Europa und insbesondere auch in Deutschland. Also wer ist Sorbe? Bestimmt das der Sorbe selbst oder bestimmt das der Staat? Ich lasse dies einmal offen.

Aber es existiert eine andere Fremdbestimmung, die genauso wirkmächtig ist, nämlich die der betreffenden gesellschaftlichen Gruppe. Könnten wir sagen Du bist Mauche oder kann ich nicht sagen, ich bin Mapuche und die Mapuche sagen, oh nein, Herr Wolfrum, Sie sind es nicht. Sie sehen nicht so aus und sie kennen unsere Gebräuche nicht. Wie lösen wir diesen Konflikt auf? Sie haben ihn theoretisch angesprochen, zumindest indirekt.

Und damit komme ich zu meinem zweiten Punkt, den wir gar nicht angesprochen haben; es ist dies die Selbstbestimmung des Staates. Sie mögen sagen, dies habe hier mit dem Thema nichts zu tun. Es hat sehr viel damit zu tun. Denn die individuelle Selbstbestimmung kann sich auf die Selbstbestimmung des Staates niederschlagen. Wenn in einer Verfassung Bezug genommen wird auf pluralistische Gesellschaften, dann haben wir diesen Fall. Hier hat, glaube ich, Paul Kirchhof die Frage gestellt, was kann die Verfassung dazu sagen? Anschauungsmaterial hierzu finden Sie in der schief gegangenen Verfassung für Chile, in der Verfassung von Bolivien

und in der diskutierten Verfassung des Sudans. Hier wird immer wieder gesagt, wir sind ein pluralistischer Staat, was auch immer das heißt, genetisch, religiös, kulturell.

Über die Frage werden wir in der Zukunft diskutieren, weil sie einmal diskutiert werden muss, einschließlich der Frage, ob dies für uns in Europa relevant ist. Ja, es ist sehr relevant.

Und schließlich ist da auch eine Frage, die ich meine, hätte angesprochen werden können, nämlich, kann eine Gruppe versuchen, ihre Selbstidentifikation zu der des Staates zu machen? Wir haben Beispiele hierfür in Europa, in Deutschland, gehabt; dies wäre ein sehr gefährlicher Weg.

Uwe Volkmann: Ich habe eine Frage hauptsächlich an Herrn Augsberg, vielleicht auch an Herrn Lindner oder eine Anmerkung dazu. Zunächst zu Herrn Augsberg: Ich habe zu meiner eigenen Überraschung alles (oder fast alles) verstanden, oder ich glaube zumindest, alles verstanden zu haben (oder fast alles). Trotzdem zwei kritische Nachfragen, die erste klang schon bei Herrn Schönberger an. Sie betrifft den Neuigkeitswert. Auch ich hatte streckenweise den Eindruck, der Neuinszenierung einer schon älteren Debatte beizuwollen, die sich um das Verhältnis von Ich und dem Anderen, von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung oder eben von Individuum und Gemeinschaft dreht. Klassisch wurde diese Debatte geführt zwischen Kant und Hegel; heute könnte man etwa noch die Liberalismus-Kommunitarismus-Debatte in den Vereinigten Staaten nennen, die sich an der Konzeption eines ungebundenen Selbst in der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls entzündete. Dem fügst Du nun eine neue – psychoanalytisch, medientheoretisch, philosophisch informierte – Wendung hinzu, die dem Ganzen noch einmal eine zusätzliche Schärfe einträgt. Das Problem ist aber, wie es Herr Möllers schon angesprochen hat, dass das Recht diese Art von Theorie immer nur in sehr eingeschränkter und auch unterkomplexer Form verarbeiten kann, in Form von dem, was Cass Sunstein einmal „incompletely theorized arguments“ genannt hat. Wir erwarten eben von unserem Verfassungsgericht keine komplizierten Auseinandersetzungen mit Habermas' Diskurstheorie oder mit Žižek oder Lacan, wer soll das dort auch machen? Es sitzt ja kein Augsberg darin, der das leisten könnte, und dann kommt es eben zu uns in einer für unser Alltagsverständnis heruntergebrochenen Variante. Auch die Menschenbildformel ist eine solche vereinfachende Zusammenziehung, die aber die möglichen Gegensätze und den Versuch, sie zu versöhnen, doch schon auf eine intuitive Weise zum Ausdruck bringt. Sie ist auch nicht folgenlos, sondern sie bringt eine Grundorientierung unseres Rechtssystems zum Ausdruck, durch die es sich markant etwa von liberal-individualistischen oder überhaupt stärker individualistischen Systemen wie dem US-amerikanischen oder vielleicht auch dem

schweizerischen unterscheidet. Die Menschenbildformel macht dies aber zugleich in Gestalt einer normativen Setzung, und das führt mich zu meiner zweiten Frage: Was wird jetzt eigentlich von Deinem Ansatz aus den normativen Setzungen, mit denen wir bislang gearbeitet haben? Eine erste dieser normativen Setzungen beträfe das Demokratieprinzip selbst, das, obwohl es im Titel ausdrücklich auftaucht, in allen Referaten nicht wirklich behandelt wurde. Aber gerade da haben wir unterschiedliche Konzeptionen: Wir haben formale und individualistische Konzeptionen, die Demokratie als bloße Form und Methode der Entscheidungsfindung begreifen, die am Ende irgendwelche statistischen Mehrheiten zusammenbringen. Wir haben materiale oder vielleicht auch gemeinschaftliche Konzeptionen, die Demokratie als ein gemeinschaftliches Unternehmen von Bürgern begreifen, die ihre kollektiven Probleme kollektiv zu lösen versuchen. Mein Verdacht ist, dass sich gerade diese letzteren nicht mehr halten ließen, wenn Deine theoretische Grundposition zutrifft. Ich würde dann nur gern wissen, was an ihre Stelle tritt. Die zweite normative Setzung beträfe das Verhältnis von Individual- und Gemeinschaftsinteressen und deren nähere Austarierung. Natürlich kann man die Formeln „Gemeinwohl“ und „Gerechtigkeit“ streichen, aber man müsste dann ebenfalls überlegen, was an ihre Stelle treten soll. Wenn man das nicht kann, sind wir vielleicht am Ende doch wieder stärker bei Herrn Lindner, der sagt, eigentlich können wir auf dieses ganze theoretische Brimborium, das „Vorspiel im philosophischen Himmel“, komplett verzichten. Wir kommen ja auch so irgendwie zurecht.

Silja Vöneky: Herzlichen Dank für die interessanten Vorträge. Ich habe auch eine Frage und kritische Anmerkungen für Sie, Herr Augsberg. Ich möchte zwei Ihrer Bemerkung herausgreifen. Sie begannen Ihren Vortrag damit, dass Sie vertreten haben, die Totalität der Sprache würde zerfallen. Und Sie haben Ihren Vortrag unter anderem damit geendet, dass Sie sagen, die Integrationslehre oder die totalitäre Schließung der Integrationslehre würde unterlaufen. Ich möchte das deswegen kritisch hinterfragen, weil ich glaube, dass es richtig ist, dass es keine Totalität der Sprache gibt, wie Wittgenstein in den „Philosophischen Untersuchungen“ dargelegt hat: So können wir bestimmte Begriffe der natürlichen Sprache nicht abschließend definieren, aber das heißt nicht, dass wir nicht für bestimmte Zwecke Begriffen Grenzen ziehen können und dass wir damit die Ungewissheit der natürlichen Sprache eingrenzen können – eben für bestimmte Zwecke. Und das machen wir als Juristinnen und Juristen, und das machen wir als Gesellschaft. Das ist aber keine Totalität, und es gibt deswegen aus meiner Sicht auch keinen Zerfall.

Auch mit Blick auf die Integrationslehre sehe ich keine Totalität. Auch die Integrationslehre, jedenfalls in der Interpretation auf der Grundlage des

Grundgesetzes, bedeutet eine Interpretation auf der Grundlage der Grundrechte und damit auf der Grundlage von Freiheit. Und aus meiner Sicht geht es bei dem Thema Selbstbestimmung und Fremdbestimmung und den Überschneidungen beider darum zu bestimmen, was die Grenzen von bestimmten Begriffen sind, von bestimmten Instituten, und zwar im Diskurs, in einem Austausch: Wo enden Institute, beispielsweise das Institut der Ehe? Wie interpretieren wir Artikel 6 GG? Wann beginnt das menschliche Leben? Und in dieser Interpretation können wir bestimmte Grenzen ziehen – auch mit Blick im Übrigen auf wissenschaftliche Erkenntnisse, wenn diese denn gegeben sind. Und ich glaube, dass die Dekonstruktion eine liberalen Staatstheorie in Gefahr bringt, wenn man sie zu weit überzieht.

Christian Tomuschat: Vielen Dank für drei hervorragende Referate. Herr Augsberg hat uns für Vieles die Augen geöffnet, was bisher nicht bedacht worden war. Frau Keller hat rechtsvergleichende Aspekte eingebracht, wie sie bis dahin noch nicht präsent gewesen waren. Und Herr Lindner hat eine völlig neue Dimension eingeführt und mich damit zurückgeführt auf etwas, was Ernst Forsthoff in der Geschichte dieser Vereinigung früher gesagt hat: Der Rechtsstaat und der Sozialstaat sind unvereinbar miteinander. Ich glaube, das ist überwunden. Die Praxis der Bundesrepublik Deutschland hat gezeigt: Wir verbinden den Rechtsstaat und den Sozialstaat in sehr abgewogener Weise. Aber die Probleme sind damit natürlich nicht ausgestanden.

Die eigentliche Frage lautet: Wie werden die Akzente gesetzt? Wenn ich jetzt auf das Referat von Herrn Lindner komme, dann habe ich den Eindruck, dass seiner Meinung nach das Individuum seine Freiheit nur in einem sozial gesicherten, ständig gestützten Umfeld entfalten kann und dass man als Person selbstständig gar nicht zu agieren vermag. In seinem Bericht ist interessanterweise das Wort Selbstverantwortung gar nicht vorgekommen; erst in der Diskussion vorhin hat er es genannt, und Herr Augsberg ist auch darauf zurückgekommen. Damit wird letzten Endes, wenn wir der Konzeption von Herrn Lindner folgen, das gesamte öffentliche Leben institutionalisiert. Es gibt dann nichts mehr, was dem direkten Zugriff der Verfassung entzogen wäre. Damit geht eine ungeheure Stärkung der richterlichen Gewalt einher, der Staat wird zur Versicherungsanstalt für alle. Auch Herr Kirchhof hat das vorhin schon kurz angesprochen. Es ist ein ungeheures Zutrauen in die Macht des Staates, das sich hier manifestiert. Ich will nicht von der DDR sprechen, dort war dieser Glaube ja übermächtig. Aber auch hier ist doch weithin die Meinung vorherrschend, vor allem bei Ihnen, bei Herrn Lindner, so glaube ich, der Staat könne eigentlich alles richten. Und wo bleibt da die Politik? Die Politik hat keinerlei richtige

Entfaltungsfreiheit mehr, sondern es wird alles staatlich gestaltet. Somit erscheint dann das Individuum irgendwie nur noch als ein Funktionselement im Staat und nicht mehr als eigenständige Gewalt. Auch die Gesellschaft als solche, die ihr Vertrauen auf die eigene Gestaltungskraft setzt, fehlt mir in Ihrem Vortrag. Sie legen alles auf die Gestaltungskraft und die Ordnungsmacht des Staates. Das ist meines Erachtens eine Verschiebung, die eigentlich nicht dem Gleichgewicht unserer Verfassung entspricht.

Dietrich Murswiek: Selbstbestimmung und Freiheit werden durch die Grundrechte so gut geschützt wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke gegen staatliche Freiheitseinschränkungen wirkt. In dieser Funktion hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sich in einer Situation der weit aus umfangreichsten Freiheitseinschränkungen der Nachkriegszeit, nämlich zur Zeit der Corona-Maßnahmen, als stumpfes Schwert erwiesen. Manche werden nun sagen, das ist kein Wunder, wenn die Gefahr so außerordentlich groß sei, dann müssten sich Freiheitseinschränkungen auch als verhältnismäßig erweisen können, wenn sie sehr weit gehen. Ich meine aber, man muss die Corona-Maßnahmen differenzierter betrachten. Und hierzu hat Herr Lindner in seinem Referat etwas ganz Wichtiges gesagt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird nicht richtig angewendet, wenn man einfach abstrakt den Schutz des Lebens der eingeschränkten Freiheit gegenüberstellt. Auf der abstrakten Ebene ist es klar: Leben ist das Fundamentale, und das muss dann Vorrang vor der Freiheit haben. Aber darum geht es bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht, sondern wie Herr Lindner richtig sagte, es kommt darauf an, welchen Beitrag die konkrete Maßnahme, um die es geht, zum Schutz des Lebens leistet. Ich will das veranschaulichen am Beispiel der einrichtungsbezogenen Impfpflicht. Da kann man nicht einfach sagen, die Impfpflicht dient dem Schutz des Lebens und der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit sei demgegenüber marginal. Sonder man muss überlegen, wie schützt die einrichtungsbezogene Impfpflicht denn das Leben der vulnerablen Personen in Krankenhäusern, Arztpraxen? Der Schutz kann doch nur darin bestehen, dass die Impfung die Übertragung des Virus, die Ansteckung und die weitere Übertragung verhindert. Als man das vor einem Jahr diskutiert hat, gingen die meisten noch fälschlich davon aus, dass die Impfung Übertragungsschutz bieten und die weitere Übertragung des Virus effektiv verhindern würde. Wir wissen heute, dass das nicht der Fall ist. Man hätte bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prüfen müssen, schützt die Impfung überhaupt gegen die Übertragung und wenn ja, in welchem Umfang? Und nur dieser Gewinn an Sicherheit kann auf die Waagschale gelegt werden, nicht aber das Leben als solches. Und dann kann man eventuell zu ganz anderen Ergebnissen kommen.

Ralf Alleweldt: Vielen Dank für die ganz wundervollen Referate. Insbesondere, vielen Dank, Frau Keller, dass Sie das Thema der Impfpflicht ausgesucht haben, das für das Verhältnis von Fremdbestimmung und Selbstbestimmung heute das sich wirklich am meisten aufdrängende Thema ist. Und meine Fragen gehen auch hauptsächlich an Sie, vielleicht noch ein bisschen an Herrn Lindner.

Ich meine, dass diese Entscheidungen Fragen offengelassen haben. Und Sie können vielleicht dazu sagen, ob Sie auch dieser Auffassung sind. Ein Punkt ist das Recht auf Leben, und zwar nicht das der potenziellen Corona-Opfer, sondern das Recht auf Leben derjenigen, die geimpft werden. Es hat sich jetzt im Laufe der Zeit herausgestellt, dass es ab und zu, die genauen Zahlen sind unsicher, zu Todesfällen nach der Impfung kommt. Und das bedeutet, dass es – bei einer insgesamt sehr großen Zahl geimpfter Personen – zu Todesfällen kommt, bei denen auch eine Kausalität keinesfalls ausgeschlossen werden kann bzw. in manchen Fällen gesichert ist. Das bedeutet, wenn man jetzt das Recht auf Leben betrachtet, dass einer großen Gruppe von Personen gesagt wird: Ihr müsst Euch alle impfen lassen und einige von Euch werden dabei sterben. Das ist in den Entscheidungen, jedenfalls des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die ich kenne, nicht problematisiert worden. Bisher sind wir davon ausgegangen, wenn wir die Frage stellen, ob der Staat einige Personen töten kann, um viele zu retten, dass die Antwort bisher Nein war. Aber ich will auch gar nicht die Antwort vorgeben. Nur: Müssten dazu nicht verfassungsrechtliche Standards entwickelt werden? Das kommt in den Entscheidungen nicht vor.

Anschließend daran: Ihnen sind natürlich allen, aber Ihnen besonders, Frau Keller, die verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen beim Recht auf Leben bekannt, nämlich die Ermittlungspflichten. Wäre es eine Möglichkeit zu sagen, wir Juristen, wir wollen uns nicht in die medizinischen Fragen zu sehr einmischen, aber wir wollen, dass Todesfälle ordentlich ermittelt werden. Wenn jemand kurz nach der Impfung stirbt, müsste das im Sinne der Menschenrechtskonvention effektiv untersucht werden, das heißt zum Beispiel durch eine unabhängige Stelle. Und das bringt mich allgemein zu der Überlegung: Die medizinischen Fragen können von den Juristen nicht abschließend beantwortet werden, aber die Juristen sind gut darin, sich Schutzvorkehrungen, Strukturen zu überlegen, so dass wissenschaftliche Erkenntnisse bei der Wahrheitsfindung bestmöglich berücksichtigt werden. Und wäre das auch ein Grund, über die Unabhängigkeit der beteiligten Institutionen nachzudenken? Das Paul-Ehrlich-Institut und das Robert-Koch-Institut sind Bundesbehörden. Wie frei wäre denn das Paul-Ehrlich-Institut nach einem Jahr Impfkampagne gewesen, zu sagen, wir haben jetzt gemerkt, die Impfung ist doch nicht so sicher, wie wir am Anfang annahmen?

Und, letzte Bemerkung, wir sind alle kalt erwischt worden von dieser Pandemie, nicht nur persönlich, sondern auch juristisch. Mit anderen Gefahren haben wir gelernt umzugehen. Wir gehen mit Kriminalität um, mit Terrorismusgefahr. Und teilweise haben der Gesetzgeber, der Verfassungsgeber, teilweise die Rechtsprechung und auch die Staatsrechtswissenschaft sich Strukturen überlegt, wie wir mit großen Gefahren umgehen und den Staat dabei gleichzeitig bändigen. Ich glaube, dass das beim Infektionsschutz noch nicht recht gelungen ist, sondern dass wir vielleicht so etwas wie ein Virusverfassungsrecht oder ein Infektionsverfassungsrecht brauchen. Mich würde Ihre Meinung dazu interessieren.

Franz Mayer: Franz Mayer, Universität Bielefeld. Ich möchte eine allgemeine Bemerkung vorab machen. Es gibt einen Bereich für Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer, wo die Selbstbestimmung bei Null liegt und die Fremdbestimmung bei 100%. Das ist die Themenwahl für diese Tagungen und wohl auch der Themenzuschnitt. Verstehen Sie mich nicht falsch: Ich glaube, wir haben faszinierende Fragestellungen heute hier verhandelt. Das zeigt ja auch die anhaltende Diskussion. Aber ich will doch sagen, dass ich es etwas bedauere, dass wir die 100 Jahre Staatsrechtslehrervereinigung überhaupt nicht haben thematisieren können im Rahmen des heutigen Nachmittags. Sie kamen schlicht nicht vor. Deswegen möchte ich die Anregung geben, dass wir in 19 Jahren, also wenn dann die 100. Tagung stattfindet, die Zeitspanne dann entsprechend auch sich in den Themen spiegeln lassen.

Ich will gleichwohl für die umfassenden Referate danken und noch zum Thema Impfpflicht etwas sagen. Mir scheint, die Impfpflicht ist doch ein wirklich anschauliches Beispiel dafür, wie sich die Selbstbestimmung der einen als Fremdbestimmung für die anderen auswirkt, die dann eben höheren gesundheitlichen Risiken ausgesetzt sind, weil Einzelne auf ein Recht auf Nichtimpfung beharren. Wir verarbeiten das rechtlich mit dem Übermaßverbot einerseits, mit dem Untermoßverbot zum anderen. Das Untermoßverbot war wohl hier, bei Covid 19, nicht berührt. Es besteht also ein Korridor, in dem politisch entschieden werden kann, vielleicht auch muss. Der judicial self-restraint, den wir beobachtet haben, den halte ich auch für richtig, weil das den besagten Korridor ermöglicht hat. Und bei unsicherer Faktenlage ist mir dann doch lieber, dass Politiker und Politikerinnen entscheiden, die dann später auch zur Verantwortung gezogen werden können, und nicht Juristen und Juristinnen.

Ich will eine konkrete Frage an Frau Keller stellen: Sie haben den Vergleich als Ländervergleich angelegt. Das führt für Deutschland auf interessante Überlegungen. Der Infektionsschutz bewegt sich im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Man könnte fragen, ob die Impfpflicht nur in

einzelnen Bundesländern eingeführt werden kann, ob das rechtlich möglich wäre. Ich möchte Sie, nachdem Sie sich intensiver auf der Vergleichsebene mit dem Thema befasst haben, fragen, ob Sie aus dieser Vergleichsperspektive mit uns Beobachtungen teilen können, und zwar zu der Frage, ob sich das Austarieren zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in föderalen Ordnungen besser verarbeiten lässt und dort besser gelingt.

Kai von Lewinski: Der Zufall und die Weisheit der Sitzungsleitung hat mir jetzt die letzte Frage zugewiesen, und ich habe tatsächlich eine erdende Frage oder eine Frage zur Erdung. Es verwundert, wenn das Thema „Selbstbestimmung und Fremdbestimmung“ ist, dass in keinem der Referate ein Terminus auftaucht, der zwar nicht im Verfassungstext selbst enthalten ist, aber in Gestalt der „informationellen Selbstbestimmung“ doch aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts stammt. Warum haben die Referate und auch bisher die Diskussion diesen nicht thematisiert?

Nun kann man sagen, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung damals so ein bisschen dahingeworfen war und dogmatisch verunglückt ist usw. Aber gerade an solchen dogmatischen Unglücken, auch wenn sie ja nun auch schon lange zurückliegen und schon lange verhandelt werden, würde man doch über unser Thema Selbstbestimmung, Fremdbestimmung usw. einiges lernen können. Ich möchte diese Frage, also die Rückkopplung an das, was wir als verfassungsrechtliches Proprium schon haben, hier noch einmal in den Raum stellen und bitten, die Themen oder Thesen aus den Referaten zu diesem rechtlichen Befund in Bezug zu setzen, sodass wir diese anschlussfähig zum Verfassungsrecht besprechen können.

Frank Schorkopf: Danke. Dann kommen wir zu den Schlussworten. Wir gehen in der Reihenfolge der Referate vor, zunächst Herr Augsberg, bitte.

Ino Augsberg: Ganz herzlichen Dank. Ich glaube, ich kann die meisten Fragen zusammenfassen. Nur die Frage von Frau Vöneky würde ich voranstellen. Es ging mir nicht darum zu sagen, dass es die Totalität der Sprache gibt. Und ich würde natürlich auch sagen, dass bei Wittgenstein die Pointe gerade darin liegt, dass in der Moderne die göttliche Instanz fehlt, die früher die Verknüpfung von Sprache und Welt garantierte. Eben deswegen wird die Gebrauchstheorie der Sprache nötig, eben deswegen zerfällt die Sprache aber auch in eine Unzahl von Sprachspielen, so dass gerade keine Einheit mehr gewährleistet ist. Trotzdem kann Kommunikation funktionieren. Wir verständigen uns einigermaßen konsonant miteinander. Aber von einer Einheit oder einer Totalität kann nicht mehr die Rede sein. Für die Integration gilt Entsprechendes. In dieser Hinsicht würde ich schlicht sagen, dass das, worauf ich verweisen wollte, der Fluchtpunkt einer mögli-

chen Lektüre der Integration ist, wie sie Kelsen vorgelegt hat. Dort werden ganz klar protototalitäre Tendenzen dieser Bewegung benannt. Daran kann man anknüpfen.

Die anderen Punkte würde ich zusammenfassen unter dem Aspekt einerseits einer philosophiehistorischen, wenn Sie so wollen, Selbstverortung und andererseits des möglichen Übergangs in die Normativität. Die philosophiehistorische Verortung oder die Bestimmungen, die hier versucht worden sind, habe ich mit Interesse gehört. Manches hat mich erstaunt, etwa die Einordnung als eine Art Hegel mit französischem Akzent. Mag sein, mir erscheint das ehrlich gesagt nicht allzu plausibel. Ich würde eher sagen, dass mein Freiheitsverständnis tatsächlich das kantische ist. Und zwar gerade, weil Kant einerseits auf der Autonomie insistiert und andererseits in seiner Autonomiekonzeption zugleich darauf beharrt, dass es in der Autonomie das nomische Element gibt, dass sich also nicht das *autos* vollständig vor den *nomos* drängt. Kant übernimmt in diesem Zusammenhang eine paulinische Metapher und spricht ganz ausdrücklich von dem „Joch“ des Gesetzes, das wir nun aber nicht mehr von uns werfen sollen, sondern das wir als das Joch des Gesetzes tragen müssen – nur dass es, so Kant, weil die Vernunft selbst es uns auferlegt, ein „sanftes“ Joch ist. Genau diese Spannung, glaube ich, gilt es aufrechtzuerhalten – und also Kant wieder zu lesen. Deswegen würde ich auch keinen Vorwurf darin sehen, dass ich Ihnen nichts Neues berichtet habe. Das, was ich Ihnen vorgestellt habe, ist natürlich vor allem eine Relektüre, eine Auseinandersetzung mit einer Diskussion, die ja auch nicht mit dem heutigen Referat abgeschlossen sein wird. Das scheint mir zu dieser Perspektive zu sagen zu sein.

Damit komme ich zu der Frage nach dem Übergang zum Normativen. Wie lässt sich das Ganze konkretisieren? Ich habe in dieser Hinsicht in den beiden Fragen von Uwe Volkmann und Christoph Möllers etwas divergierende Positionen wahrgenommen. Denn ich habe bei Christoph Möllers den Akzent nicht darin gesehen, dass das Recht einfach mit unterkomplexen Konstruktionen arbeiten muss. Ich hätte seine Anmerkung eher so verstanden, und das fand ich sehr interessant und würde diese Lesart meinerseits unterstreichen wollen, dass das Recht, wenn es mit unterkomplexen Konstruktionen arbeitet, dabei zugleich im Modus des Als-ob operiert, der sich über bestimmte sonstige Befunde bewusst hinwegsetzt. Das mag dann eine Vereinfachung sein, aber keine Vereinfachung nur aus bornierter Ignoranz, sondern eine Vereinfachung, die eine spezifische Funktion erfüllt und sehr elaboriert ist oder jedenfalls sein kann. Da lag aus meiner Sicht eine kleine Differenz zwischen den Beiträgen.

Lassen Sie mich zum Abschluss noch ein konkretes Beispiel nennen, um meine Ausführungen mit der Frage zu verknüpfen, wie der Übergang

von der abstrakt-theoretischen Ebene in die konkretere Auseinandersetzung funktionieren kann. Ich möchte dafür auf jenen Begriff zurückgreifen, der dafür offenbar am wenigsten geeignet ist, weil er besonders abstrakt und vielleicht zunächst unverständlich erscheint, nämlich den ganz am Ende des Referats genannten Begriff der Hetero-Auto-Nomie. Was kann das konkret heißen, dass das Recht mit etwas anderem als Recht konfrontiert ist? Was heißt es, sich ein Recht vorzustellen, das sich selbst mit dem Nicht-Recht infiziert, offenbar ganz bewusst, um auf diese Weise die Selbst-Totalisierung zu verhindern? Das ist doch offensichtlich eine sehr abstrakte Idee. Aber ich würde sagen, Sie können diese Idee sehr gut konkretisieren in dem Moment, in dem Sie sagen: Genau das, diese Hetero-Auto-Nomie, leistet die Menschenwürde.

Die Grundrechte sind nach der Luhmann'schen Lesart Schutzmechanismen gegen Expansionstendenzen anderer gesellschaftlicher Sphären, also Schutzmechanismen etwa gegen eine Überökonomisierung, eine Übertheologisierung, allgemeiner gesprochen gegen jedwede Vereinnahmung der Gesamtgesellschaft durch einzelne partikulare Rationalitäten. Die Menschenwürde ist vor diesem Hintergrund dann möglicherweise der Mechanismus, der die vollständige Juridifizierung der Gesellschaft verhindert, und zwar genau dadurch, dass sie sich als abwägungsresistentes Gebilde darstellt und als solches dem Recht selbst Schranken setzt. Mit der Menschenwürde wird danach eine letzte Bastion anerkannt, die selbst für die rechtlichen Mechanismen und Verfahren nicht mehr zugänglich ist und nur als eine Art eingekapseltes X, dann natürlich in den juristischen Verfahren, operationalisiert werden kann. Das scheint mir eine jedenfalls aus meiner Sicht plausible Lesart der Funktion der Menschenwürde zu sein.

Und dann? Dann wäre der notwendige zweite Schritt die Beantwortung der Frage, wie man diese Menschenwürde inhaltlich näher bestimmen kann. Dieser Schritt müsste in die Richtung dessen gehen, was ich vorhin bereits auf die Frage von Herrn Rixen zu antworten versucht hatte. Die Menschenwürde dürfte dann gerade nicht länger nur auf ein mit einer etwas hemdsärmeligen Kantinterpretation verknüpftes Modell der Autonomie gestützt werden. Erst recht nicht darf sie, in einer Art narzisstischen Selbstverdoppelung dieses Modells, zur autonomen Selbstbestimmung erklärt werden. Sie müsste vielmehr wiederum in dieser Spannung zwischen Auto- und Heteronomie, verstanden werden. Das bedeutet dann erneut, die Würde nicht nur in der Autonomie als Fähigkeit, sondern ebenso in der Verletzlichkeit zu begründen. Vielen Dank.

Helen Keller: Vielen Dank. Ich möchte drei Punkte aufnehmen. Das erste ist der Impfschaden. Tatsächlich kommt der Impfschaden in den untersuchten Urteilen nur am Rande zur Sprache. Ich glaube, das liegt daran, dass

wir eine etablierte Rechtsprechung in allen Ländern haben, die sich auch mit den europäischen Standards zu Impfschäden deckt. Da, wo es eine Impfpflicht gibt, braucht es notwendigerweise auch eine gesetzliche Regelung für eine relativ einfache Deckung von Impfschäden. Das ist auch der Standard der EMRK, wie der EGMR in Vavřička und andere gegen die Tschechische Republik festgehalten hat. Zur Idee, ob man aus Artikel 2 EMRK eine Pflicht ableiten könnte zur Aufklärung von Impfschäden, kann ich Folgendes sagen: Diese prozedurale Pflicht im Falle eines tödlich endenden Impffalles gibt es. Aber, wenn Sie einen Impfstoff haben, der nach dem europäischen und nationalen Zulassungsverfahren auf den Markt gekommen ist, glaube ich nicht, dass Sie über Artikel 2 EMRK eine weitgehende Haftung für einen Impfschaden ableiten können. Der betroffene Staat könnte dann nämlich argumentieren: „Wir haben uns an die Zulassungsvoraussetzungen gehalten. Unsere nationale Gesundheitsbehörde hat den Impfstoff zugelassen, auch europäisch ist er zugelassen.“ Dann ist man da fein raus. Ein Restrisiko bleibt. Ich glaube nicht, dass in dieser Situation prozedural aus Artikel 2 etwas abzuleiten ist, das über die Deckung des Impfschadens hinausgehen würde, wenn dieser außergewöhnliche Todesfall korrekt untersucht worden ist.

Das zweite ist die Verhältnismäßigkeit und deren Prüfung – sie habe sich als stumpfes Schwert erwiesen. Zum Teil kann ich diesen Satz unterschreiben. Ich möchte aber auch betonen, dass das eine genuin deutsche Diskussion ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zwar das große Exportprodukt aus der deutschen Verfassungsdogmatik. Er ist fast in alle Länder übergeschwappt, und die Gerichte in den anderen Ländern geben sich große Mühe, die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch korrekt durchzuführen. Sie wird aber in vielen Rechtsordnungen sehr viel oberflächlicher praktiziert als in Deutschland. In Deutschland wiederum, habe ich das Gefühl, sind wir an einem Grad der Ziselierung der Verhältnismäßigkeit angelangt, die auch die dortigen Gerichte herausfordert. Bei der rechtsvergleichenden Analyse lässt sich sagen, dass die deutschen Gerichte sicher am gründlichsten sind, wenn es darum geht, die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Aber die Prüfung ist wirklich schwierig und intellektuell anspruchsvoll. Was ist das Ziel, das wir in der Pandemie verfolgen? Was ist das Instrument, das wir anwenden wollen? Was wägen wir da eigentlich ab? Das ist neben all dem wissenschaftlichen Hintergrundwissen, das die Richterinnen und Richter haben sollten, intellektuell wirklich schwierig.

Der letzte Punkt, den ich aufgreifen möchte, ist der Föderalismus in der Pandemie. Ich hatte ursprünglich einen Teil in meinem Referat zum Föderalismus, weil die Frage, welche Ebene im Bundesstaat aktiv werden soll, gerade auch aus der schweizerischen Perspektive total spannend ist zu

untersuchen. Was bringt es eigentlich, wenn wir die Pandemiemaßnahmen auf kleinere Einheiten herunterbrechen? Ich habe das am Schluss wegge lassen, weil die Impfprogramme immer landesweit Anwendung fanden. Wahrscheinlich kann man die Aufgabenteilung im föderalen Staat auf eine einfache Formel bringen – so jedenfalls auf der Grundlage der schweizerischen Erfahrung: „Da, wo die kantonalen Regierungen innovativ waren und bereit waren zu experimentieren, da hat der Föderalismus etwas gebracht.“ Zum Beispiel hat der Kanton Graubünden, weil er die Skisaison retten wollte, eine konsequente Teststrategie durchgeführt. Am Skilift, beim Einkaufen, beim Après-Ski – überall konnte man sich testen lassen und der Kanton hat die Kosten gedeckt. Diese Teststrategie bildete dann das Vorbild für die Bundesebene. Nachdem man im Bund gesehen hatte, dass diese Strategie funktioniert, war man auch bereit, die Kosten zu übernehmen. Aber wenn die kantonalen Regierungen die heiße Kartoffel einfach dem Bund zugeschoben haben, dann endete das in einem Fiasko. Dann hatten wir hier eine Regelung und da eine andere. Die Leute waren verwirrt. Gerade in kleinräumigen kantonalen Verhältnissen machte dieser Flicken teppich keinen Sinn. Basel-Stadt hatte beispielsweise eine andere Regelung als Basel-Landschaft, was die Restaurantschließungen betraf. Das hat nicht funktioniert. Ohne ein Minimum an Koordination im föderalen Staat funktioniert es nicht. Und eben der Föderalismus ist nur gut, wie die untere Ebene bereit ist, innovativ zu experimentieren.

Josef Franz Lindner: Herzlichen Dank für die Fragen und Anregungen. Die waren jetzt für mich etwas weniger. Ich möchte aber doch ein paar grundsätzliche Dinge aufgreifen, wo ich auch bei Herrn Tomuschat insbesondere ein Missverständnis dessen vermute, was ich eigentlich sagen wollte.

Zunächst, Herr Ladeur und Herr Volkmann, zu meinem Ansatz, dass man Freiheit zunächst als beliebiges Handeln denken muss. Das ist kein realer, auch kein rechtlicher Begriff, sondern ich verstehe das als analytischen Maßstabsbegriff. Erst wenn ich Freiheit als beliebige denke, kann ich überhaupt feststellen, ob in einer bestimmten staatlichen oder sonstigen Maßnahme ein Freiheitseingriff oder ein Eingriff in die Selbstbestimmung liegt. Sie haben das selber vorgeführt, Herr Ladeur, indem Sie gesagt haben, die Gesellschaft operiert mit den Menschen oder vielleicht auch der Staat operiert mit den Menschen, indem er Gesetze erlässt und dann schaut, wie damit umgegangen wird, wie sich das bewährt. Mit dieser Vorstellung sind Sie doch genau in einer Situation, dass Sie mögliche Verkürzungen von Selbstbestimmung, die in solchen Operationen liegen, gar nicht mehr aufdecken können. Das funktioniert nur, wenn Sie einen analytischen Maßstab haben, an dem Sie Freiheitsgefährdungen als solche erkennen kön-

nen. Das wäre mir schon noch mal wichtig festzuhalten. Sie hatten, Herr Volkmann, am Schluss gesagt, ich hätte auf philosophisches „Brimborium“ verzichtet. Das habe ich bewusst und eben deswegen gemacht, da ich zu einem völlig unterschiedlichen Konzept eines Vortrags komme, je nachdem, ob ich einen kantischen Begriff von Freiheit und Selbstbestimmung, einen hegelianischen Begriff, einen verantwortungsethischen Begriff, einen aristotelischen Begriff – den es auch gibt – zugrunde lege. Deswegen habe ich mich dafür entschieden: „Nein, solche Vorverständnisse möchte ich hier nicht transportieren.“ Sondern ich gehe eben von einer analytischen Ebene aus, die transzendent und auch transzental weitestgehend reduziert ist. Das möchte ich noch mal festhalten, da es um den grundsätzlichen Maßstab geht.

Herr Tomuschat hat gesagt, ich würde für einen Staat als „Sich-um-alles-Kümmerer“ plädieren. Das ist ein Missverständnis. Ich habe nur versucht, eine Entwicklung aufzuzeigen, die in Richtung Etatisierung verläuft, die bestimmte Ursachen hat, unter anderem auch das Bundesverfassungsgericht. Ich sehe diese Entscheidungen gar nicht negativ. Gleichwohl habe ich versucht, deutlich zu machen, dass es eher nicht wünschenswert wäre, wenn jetzt die Dogmatik oder das Bundesverfassungsgericht aus den neuen sozialen Grundrechten auf Bildungsstandards oder gesundes Aufwachsen konkrete Aufgaben des Staates in beliebiger Weise ableitet. Davor wollte ich warnen, aber gleichwohl aufzuzeigen, dass es diese etatistische Tendenz eben gibt. Zu Herrn Alleweldt würde ich sagen: Nein, wir brauchen kein eigenes Infektionsschutzverfassungsrecht, sondern eine saubere Aufarbeitung der Infektionsschutzmaßnahmen, mit unserem vorhandenen, dogmatischen Handwerkszeug. Daraus folgt dann eine gewisse Kritik. Ob man das dann Infektionsschutzverfassungsrecht nennt, ist genauso unerheblich wie, ob man von einem Umwelt-, Bildungs- oder sonstigen Verfassungsrecht spricht. Aber die dogmatische Aufarbeitung, die braucht man natürlich schon.

Herr von Lewinski, die „Erdung“ hatte ich eigentlich im informationellen Selbstbestimmungsrecht auch versucht einfließen zu lassen und hatte das als disruptive Entwicklung der Emanzipierungsdynamik dargestellt. Wohin das Recht auf informationelle Selbstbestimmung allerdings heute tatsächlich geführt hat mit einer im Grunde nicht mehr lesbaren und überschaubaren Anzahl von allgemeinen und speziellen und sicherheitsrechtlichen Datenschutzvorschriften – da bin ich mir nicht sicher, ob das unbedingt zu einem Mehr an Selbstbestimmung geführt hat.

Das wären meine Anmerkungen gewesen.

Frank Schorkopf: Das ist Ihr Dank. Und ich danke im Namen des Vorstands auch für die Referate, für Ihr Engagement und die Zeitdisziplin. Wir

liegen gut in der Zeit, ich schließe jetzt hier und darf Sie noch einmal, auch in Herrn Franzius' Namen, an 17:30 Uhr erinnern. 18:00 Uhr geht es los. Gehen Sie bitte in das Rathaus hinein und geben die Jacken ab, damit wir wirklich um 18:00 Uhr beginnen können. Sie stellen sich vor das Bremer Rathaus mit Blick darauf, dann werden Sie sehen, wohin Sie gehen müssen. Herzlichen Dank, bis nachher.