

Prof. Dr. Julien Dubarry, LL.M.

Lehrstuhl für französisches Zivilrecht

Universität des Saarlandes
Campus B4.1 – Zi.-Nr. 2.48
D-66123 Saarbrücken

Tel.: +49 (0)6 81 302-2125
Fax: +49 (0)6 81 302-4332

lehrstuhl.dubarry@uni-saarland.de
www.uni-saarland.de/lehrstuhl/dubarry.html

Datum **02.11.20**

Was die Bedeutung, die jeweils der Medizin und dem Recht in Frankreich beigemessen wird, über unsere Weltanschauung aussagt

„Ich werde alle Menschen respektieren. [...] Ich werde eintreten, um sie zu schützen, wenn sie geschwächt, verletztlich oder in ihrer Integrität oder in ihrer Würde bedroht sind.“ Dabei handelt sich um einen Teil des Eides, den die Hauptgäste in Fernformaten und Radiosendungen sowie die Mehrzahl der Mitglieder des von der Präsidentschaft eingerichteten wissenschaftlichen Rates geleistet haben. Was also lehrt Hippokrates uns? Dass die Ausübung der Medizin das menschliche Leben schützen soll, das heißt jedes Individuum. Weil die aktuelle Pandemie möglicherweise schwere Auswirkungen auf die Gesundheit hat und zahlreiche Tote verursachen kann, ist es notwendig, dass die Medizin sich dem annimmt. Aber ist es legitim, dass medizinische Einschätzungen das staatliche Handeln so weit bestimmen, dass alle anderen Parameter und insbesondere die juristischen Anforderungen, die zur Organisation eines friedlichen Zusammenlebens in der Gesellschaft vorgegeben werden, auf den Rang des Handlungers verwiesen werden?

Die Dauer dieser Pandemie und ihre sprunghafte Rückkehr sorgen an diesem Tag dafür, dass die Maßnahmen, ergriffen zugleich um ihr Voranschreiten zu hemmen und vor allem um das Gesundheitssystem zu kontrollieren, schwerwiegende Konsequenzen für viele Unternehmen, aber auch schwerwiegende Auswirkungen auf die Qualität der schulischen und universitären Ausbildung der aktuellen Schüler und Studierenden haben wird. Ob man es möchte oder nicht, ein Großteil des Geldes, das eingespritzt wird, um zu versuchen, die sehr kleinen, kleinen und mittelgroßen Unternehmen am Tropf zu halten, wird sich als verloren herausstellen, wenn diese Konkurs anmelden, und ebenso ist die Lehre aus der Ferne, wenn sie auch den Schmeichlern der Digitalisierung nicht missfällt, nicht vergleichbar mit der Präsenzlehre. Und dabei wurden noch nicht die Berufstätigen erwähnt, die durch das Netz der Hilfsmaßnahmen fallen und ohnehin schon verloren sind.

Jeder ist sich bewusst, dass diese Krise zahlreiche Opfer fordern wird, ohne die Existenz der Menschheit selbst zu bedrohen. Aber niemand möchte selbst geopfert werden oder akzeptieren, dass seine Angehörigen geopfert werden. Das gefundene Gleichgewicht besteht also darin, das menschliche Leben den abstrakteren und manchmal weiter entfernten Einheiten und Herausforderungen vorzuziehen. Aus diesem Grund hat die Medizin begrifflicherweise eine zentrale Position in der Debatte eingenommen: Die menschliche Person, jeder von uns, will überleben. Aber die im letzten Frühjahr ziemlich verbreitete Gleichgültigkeit gegenüber den erwarteten Konsequenzen der restriktiven Maßnahmen, die von der französischen Regierung verhängt wurden, hat eine beunruhigende Feststellung zu Tage gebracht.

Die Zukunft zählt nicht mehr.

In glücklichen Zeiten gehört es zum guten Ton, sich zu fragen, welche Welt wir unseren Kindern überlassen werden, welche Werte wir ihnen vermitteln werden und aus diesen Überlegungen politische Zielsetzungen zu entwickeln. Aber die Epidemie zeigt, dass im Angesicht einer Krise größeren Ausmaßes, die jeden einzelnen in seiner Existenz bedroht, das Wichtige ist, uns selbst zu retten. Denn keiner bezweifelt, dass man morgen die heute genehmigten, massiven Hilfen finanzieren muss, deren rettende Eigenschaft weit davon entfernt ist, bewiesen zu werden: Aber diese Entscheidung wird von einer anderen Regierung getroffen werden und ihr Gewicht wird von unseren Kindern getragen werden. Indem der egoistischste Überlebenswille jedes einzelnen geweckt wurde, hat das Virus die politische Entscheidung *hic et nunc* verlagert: Es wird ohne Zweifel mittelfristig sein fatalster Effekt sein, den das Schuppentier – möglicherweise der Sündenbock – nicht zu tragen hat, weil es uns mit Verstand sagen würde, dass nichts uns dazu zwingt, eine Virusgesetzgebung anzunehmen oder uns zu ihren Komplizen zu machen.

Kann man noch reagieren und vor allem, will man das?

Niemand weiß, ob dafür noch Zeit bleibt. Nur die Zukunft kann das zeigen, wenn wir uns entscheiden, eine andere Herangehensweise zu wählen. Die Art und Weise selbst drängt sich auf. Während die aktuell ergriffenen Maßnahmen darauf abzielen, das Individuum zu schützen, sorgen sie sich wenig um die Verankerung der Gruppe in der Zeit, also um die Gesellschaft. Nun ist es ein technisches Instrument, das das friedliche Zusammenleben der Individuen in einer bestimmten Zeit sichert, indem es Regeln zur gesellschaftlichen Organisation vorgibt: das Recht. Durch eine bessere Berücksichtigung der existierenden Rechtsnormen kann also die Suche nach dem „gerechten Gleichgewicht“ geschehen, das vom *Président de la République française* in seiner Rede vom 28. Oktober 2020 erwähnt wurde.

Schematisch ist die Funktionsweise der Rechtsordnung ziemlich einfach: Die Normen können eine Freiheit so weit einschränken, wie höherrangige Normen, die einen unverletzlichen Kern individueller Freiheit garantieren, nicht entgegenstehen. Wenn das so funktioniert, bedeutet das, dass die Existenz eines minimalen Grades an Freiheit die *conditio sine qua non* eines friedlichen Zusammenlebens und einer blühenden Wirtschaft ist. Aber, indem man einen Bereich individueller Freiheit außerhalb der einschränkenden staatlichen Aktivität zulässt, lässt man bewusst einen Risikobereich zu, den jeder einzelne hinnehmen muss. Solange sich kein Risiko zeigt, fällt die Bilanz Vorteil / Risiko der Achtung individueller Freiheiten in den Diensten des Lebens in der Gesellschaft ausschließlich gewinnbringend aus. Wenn sich hingegen ein existenzielles Risiko wie das der Pandemie konkretisiert, wird klar, dass wenige unter uns bereit sind, dieses auf sich zu nehmen.

Offensichtlich wird ein altruistisches Motiv herangezogen: Man muss die älteren und verletzlichen Personen schützen. Aber hat man sie nach ihrer Meinung gefragt? Ist man wirklich sicher, dass diese Personen, über die in Frage stehenden Interessen informiert, nach staatlichem Schutz verlangen würden? Das ist möglich, aber das ist nicht sicher. In jeder Hypothese ist der richtige politische Diskurs, die teuer erworbenen Freiheiten zu verleugnen, um, so hofft man, ohne sich dessen sicher sein zu können, länger die Sicherheit und den Fluss im Krankenhausdienst aufrecht zu erhalten.

Das existenzielle Risiko akzeptieren, das von der Gefährlichkeit des Virus und der vorausgegangenen Politik zur Handhabung des Gesundheitssystems verursacht wird, und versuchen zu retten, was noch gerettet werden kann, indem man gleichzeitig darauf verzichtet, die Freiheit beschneidende Maßnahmen zu ergreifen oder sie zu bekämpfen; oder dieses Risiko ablehnen zum Preis einer Gleichgültigkeit darüber, was die Welt von morgen sein wird: Das ist das Dilemma, dem wir gleichsam kollektiv und individuell gegenüberstehen.

Bringt unsere aktuelle Positionierung zu dieser Epidemie – im Hinblick darauf, dass wir nicht außer Acht lassen können, selbst dazu bestimmt zu sein, zu verschwinden - etwas anderes zu Tage als einen tief gehenden Nihilismus als philosophischen Marker unserer Gesellschaft und als Leitprinzip der öffentlichen Handlung? Man darf sich das nicht verstecken: Das Individuum vergeht aber die Gesellschaft besteht, solange ihre tragenden Säulen, die Wirtschaft, die Bildung und die Kultur, nicht bedroht sind. Sobald diese angegriffen werden, wird die Gesellschaft geschwächt und gleichsam viel verletzlicher für andere Bedrohungen von außen. Muss man nicht in solchen Momenten ihre Verankerung und ihr Überleben sichern und dies dem Überleben einzelner ihrer Mitglieder, von Natur aus

vergänglich und nicht unverzichtbar, unabhängig von ihrem Alter und Status, ihrem Funktionieren, vorziehen?

Gegebenenfalls reicht die strenge Anwendung des existierenden Rechts dazu aus, insbesondere wenn es darum geht, die Verhältnismäßigkeit der die Freiheit beschränkenden Maßnahmen zu sichern. Es gibt zwei Arten, diese Überprüfung durchzuführen: Entweder im Stadium der politischen Entscheidungsfindung oder im Stadium ihrer Überprüfung.

Im Stadium der politischen Entscheidungsfindung dürfte die Debatte im Parlament im Prinzip dafür ausreichen. Im vorliegenden Fall ist diese Überprüfung aus zwei Gründen nicht möglich: Der erste ist, dass die Exekutive die Maßnahmen öffentlich ankündigt, bevor sie im Parlament diskutiert werden, was eine merkwürdige und den Institutionen gegenüber wenig respektvolle Vorgehensweise ist. Der zweite Grund liegt darin, dass das Parlament sehr allgemein die Exekutive ermächtigt hat, verschiedene zwingende Maßnahmen direkt durch Verordnung zu verhängen, und damit darauf verzichtet, die Verhältnismäßigkeit für jede ergriffene Maßnahme zu überprüfen.

Was bleibt, ist, dass die politische Entscheidung nachträglich überprüft werden kann, wenn ein Rechtssubjekt unmittelbar von ihr betroffen ist: Ein Richter kann dann angerufen werden, meistens ein Verwaltungsrichter. Auch er muss die Überprüfung anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vornehmen. Diese Aufgabe ist in zweierlei Hinsicht schwierig. Einerseits, weil sie auf eine indirekte Überprüfung der politischen Entscheidung hindeutet, eine derartige Überprüfung verlangt vom Amtsträger echten politischen Mut. Andererseits, weil der Richter an der Spitze der Verwaltungsgerichtsbarkeit geschichtlich gleichermaßen Richter der Verwaltungstätigkeit wie Berater der Regierung ist, was, einer Trennung beider Funktionen zum Trotz, den Anschein eines verwirrenden Spiels erwecken kann.

Bis zu diesem Tag hat der Verwaltungsrichter sich kaum besorgt gezeigt, den Schutz der individuellen Freiheiten gegen den Staat zu bestärken; andere Amtsträger, verwaltungsgerichtlich oder verfassungsgerichtlich, haben sich weniger schüchtern gezeigt, etwa in Deutschland. Indem sie der Exekutive eine Einschätzungsprärogative in ihrer Beschlussfassung zuerkannt haben, bewerten sie, dass, je länger die zwingende Maßnahme andauert und je mehr ihre Auswirkungen spürbar sind, desto unzweifelhafter die Begründung ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und ihrer Verhältnismäßigkeit sein muss, wobei sie genauso eine Überprüfung des Zusammenhangs der Maßnahmen untereinander vornehmen, welche sich immer zum Nachteil der einschränkendsten Maßnahme auswirkt.

In einer politischen Konstellation, die keine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit bei der Beschlussfassung erlaubt, muss man mehr denn je die Richter an die Verantwortung erinnern, die sie haben. In der Entscheidung, durch die der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes einen Teil der Maßnahmen des Lockdowns für verfassungswidrig erklärt hat, hat der Vorsitzende Richter Rixecker erklärt: „*Wir haben den Bürgern ein bisschen von ihrer Freiheit zurückgegeben.*“

Man muss ihnen auch sagen, dass wir unser Vertrauen in sie setzen, um tatsächlich, und nicht nur zum Schein, eine wirksame Kontrolle des Ausgleichs der vorliegenden Interessen vorzunehmen.

Eine Bewegung des Protests zeichnet sich diesen Herbst ab durch das Verfassen kommunaler Verordnungen, die etwa die Öffnung nicht zum Grundbedarf gehörender Geschäfte verfügen und damit den Verordnungen nationaler Tragweite widersprechen, die ihre Schließung anordnen und die Riesen des Handelns rechtzeitig aussteigen lassen. Formell verstoßen die Akte der Stadtväter gegen die Normenhierarchie und müssten als rechtswidrig eingeordnet werden, außer wenn der Richter akzeptiert, in diesem Missverhältnis der Normen des Wettbewerbs eine Inkohärenz der Maßnahmen zu sehen, die es erlaubt, die restriktivsten von ihnen zurückzuweisen. Was es auch sei, diese Vorgehensweise kennzeichnet einen Willen, die Grenzen zu verschieben und vielleicht allmählich ein Bewusstsein dafür zu entwickeln, dass die französische Gesellschaft ihr eigenes Ende unterzeichnet, indem sie mit diesen Maßnahmen fortbesteht.

Es ist wahr, könnte man erwidern, dass, da die Natur Entsetzen vor der Leere hat, jedes Ende auch einen neuen Anfang mit sich bringt.

Ein hinterhältiger Geist könnte sogar denken, dass diese Krise der ideale Vorwand ist, um das Gesellschaftssystem zu ändern und sich für virtuelle und entmenslichte Beziehungen zu entscheiden. Führt die Medizin nicht gerade zu diesem Höhepunkt, wenn manche derer, die sie praktizieren, dazu aufrufen, Eltern oder Verwandte in spezialisierten Anstalten nicht zu besuchen für die Feierlichkeiten am Ende dieses Jahres, oder, allgemeiner, darum bitten, dass die privaten Beziehungen zwischen Personen von zwingenden Regeln bestimmt werden, die der Staat gestellt hat, um ein Maximum von Kontakten zu verhindern? In diesem Stadium muss man daran erinnern, dass die Medizin nicht blind für Erwägungen dieser Ordnung sein sollte. Erinnern wir uns an Hippokrates: „*Selbst unter Zwang werde ich meine Kenntnisse nicht gegen die Gesetze der Menschheit einsetzen.*“ Besteht das erste Gesetz der Menschheit nicht darin, das Risiko zu akzeptieren, zu sterben? Mit Menschlichkeit handeln, bedeutet das nicht, die Bescheidenheit zu haben, die Medizin nicht zu instrumentalisieren, um ihr ein politisches Ziel beizumessen? Dass es aktuell teilweise so geht, ist einfach erkennbar: Schon die *ad hoc*

Einrichtung eines wissenschaftlichen Rats, zusammengesetzt aus nach dem Willen des Princeps ernannten Mitgliedern, reicht aus, um davon zu überzeugen, die Kämpfe der Egos in den Medien sind dessen Echo und liefern keinen anderen Eindruck.

Viele Elemente kommen zusammen, in dieser Krise, um ein miserables Bild von uns abzugeben. Um dieses wiederherzustellen, würde es reichen, den Regeln zu vertrauen, die seit 1789 bis heute entwickelt wurden: Sie sind ziemlich locker, um den Ausgleich individueller und kollektiver Interessen zu sichern mit wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und gesundheitlichen Interessen. Die Medizin hätte dabei ihren Platz an der Seite der anderen Wissenschaften, ohne diesen über- oder untergeordnet zu sein. Wo man die reale Gefahr sieht, sich in Krisenzeiten vom Rechtsstaat abzuwenden, weil er die Bestimmung hat, zu vermeiden, dass eine Konzeption der Welt sich über die anderen erheben könnte aus dem einzigen Grund, dass gewisse institutionelle Hindernisse legal unterlaufen wurden, um das zu erreichen.

Die zum Funktionieren und zur Entwicklung der Gesellschaft notwendige Freiheit zurückgeben oder die Maßnahmen mit verheerenden Folgen unterstützen, ohne Garantie für ein Ergebnis, das zu erreichen würdiger ist als die geopfert Interessen selbst würdig sind, geschützt zu werden: das ist die Alternative, zu der sich jeder positionieren muss.

Ob für unsere Entscheidungen oder für unsere Passivität, jeder von uns wird vor den zukünftigen Generationen verantwortlich sein.

*