

## Strafrechtlich garantierte Solidarität

Michael Kubiciel, Matthias Wachter

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael, and Matthias Wachter. 2022. "Strafrechtlich garantierte Solidarität." In *Solidarität im Gesundheitswesen: Strukturprinzip, Handlungsmaxime, Motor für Zusammenhalt?*, edited by Claudia Maria Hofmann and Indra Spiecker gen. Döhmman, 201–17. Berlin: Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b19050>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Strafrechtlich garantierte Solidarität

## I Einleitung

Es sind nicht zuletzt die Werke der Staats- und Rechtsphilosophie, die das Selbstverständnis von Gesellschaften auf den Begriff bringen. Einzelnen Autoren gelingt es sogar, diese normative Selbstbeschreibung im Titel ihres Werkes aufscheinen zu lassen. Stellt man die jeweiligen Titel der Hauptwerke des amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin und des deutschen Naturrechtsphilosophen Samuel Pufendorf gegenüber, offenbart sich die gewaltige Veränderung im Selbstbild politischer Gemeinschaften – jedenfalls solchen des Globalen Westens.<sup>1</sup> Pufendorf schrieb Mitte des 17. Jahrhunderts „Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur“, vier Jahrhunderte später stellte Dworkins „Bürgerrechte ernstgenommen“ die Rechte des Einzelnen in das Zentrum seines Werkes. Rechtstheoretisch lässt sich zwar *jede* normative Ordnung sowohl von der Seite der Rechte als auch jener der Pflichten beschreiben. Indes liegt der Wahl dieser Betrachtungsweise zumeist ein spezifischer Blick auf die Stellung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft zugrunde, der nicht analytisch-neutral ist, sondern Auswirkungen auf die Verteilung der Argumentationslasten hat: Ein Staats- und Rechtsverständnis, das seine Grundlage in den Grund- und Freiheitsrechten des Einzelnen hat, verlangt nach einer Rechtfertigung für *jede* Form der Pflichtenbindung, während in einer Staatskonzeption, die „nicht nach rationaler Rechtfertigung der gegebenen Gemeinschaft [fragt], sondern unbedingte Pflichterfüllung ihrer Angehörigen ein[fordert]“<sup>2</sup>, Pflichten „aus sich heraus legitim [sind], weil und solange die Gemeinschaft existiert.“<sup>3</sup> Wer von der Gemeinschaftsbezogenheit des Einzelnen ausgeht,<sup>4</sup> dem fällt die Rechtfertigung selbst jener Pflichten leicht, an der sich Konzeptionen, die den Einzelnen und seine Freiheit in den Mittelpunkt rücken, mühsam abarbeiten.<sup>5</sup>

- 1 Zur Geschichte des Globalen Westens, zu dessen normativem Kern die – auch von Pufendorf betonte – Vorstellung „natürlicher“ (Menschen-)Rechte gehört, Winkler, Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2009, S. 17 ff. (S. 21), zur Vorgeschichte S. 25 ff.
- 2 *Depenheuer* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, § 194 Rn. 8.
- 3 *Depenheuer* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, § 194 Rn. 8.
- 4 Zu den Wesenszügen moderner kommunitaristischer Ansätze *Honneth* in: Honneth, Kommunitarismus, 1993, S. 7 ff. Zu kommunitaristischen Solidaritätskonzepten (krit.) v. *Hirsch/Schorscher* in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 77, 83 f.
- 5 Am Beispiel des Sterbehilferechts *Kubiciel*, JA 2011, 89 ff.

Unter der Geltung des Grundgesetzes besteht spätestens seit der bahnbrechenden Weichenstellung durch das „Elfes“-Urteil<sup>6</sup> kein Zweifel daran, dass jede staatliche Einschränkung der Handlungsfreiheit in den weiten Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fällt und daher rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>7</sup> Straftatbestände, deren Legitimationsgrundlage die Solidarität bildet, sind dabei einer besonderen Begründungslast ausgesetzt, da Solidarität als „wechselseitige Einstandspflicht aus spezifischer Verbundenheit“ (sozial-)psychologisch und normativ eine besondere Verbundenheit zwischen den Personen voraussetzt, die ihre Differenz und Vielfalt bereichsweise aufhebt.<sup>8</sup> Dass diese Verbundenheit heute nicht mehr ohne weiteres unterstellt werden kann, zeigt nicht zuletzt die Kriminalpolitik der letzten Jahre, deren Tendenz zur einzelfallorientierten, symbolischen Gesetzgebung die Risse einer fragmentierten Gesellschaft widerspiegelt.<sup>9</sup> Gerade in einer solchen Gesellschaft müssen auf Solidarität gegründete, strafrechtlich sanktionierte Normen Grundfragen aufwerfen. Diesen Fragen will der Beitrag nachgehen. Er wird nach einer Beleuchtung gängiger (straf-)rechtlicher Theorieangebote (B.) ein vertikales Solidaritätsverständnis entwerfen, das das Verhältnis zwischen Staat und Bürger fokussiert und für die hier in Rede stehenden strafrechtlichen Fragen aussagekräftiger ist als das verbreitete horizontale Verständnis, das primär auf das interpersonale Verhältnis zwischen den Bürgern abhebt. Das Modell macht deutlich, dass sich Solidaritätspflichten auch in einem freiheitlichen Staat und seiner Rechtsordnung begründen lassen: In einem noch näher zu bestimmenden Umfang sind auch strafrechtlich garantierte Solidaritätspflichten eine Grundvoraussetzung personaler Freiheit (C). Sodann wendet sich der Beitrag Einzelfragen des Medizinstrafrechts zu (D.). Am Beispiel des § 323c StGB wird deutlich, dass soziale Veränderungen, die das interpersonale Verhältnis der Bürger betreffen, auch für ein vertikales Solidaritätsmodell relevant sein können. Solche Veränderungen berühren zwar nicht die Legitimation, wohl aber die Interpretation des § 323c StGB, wie sich an der wechselfallen Rechtsprechung zur Suizidbegleitung zeigt (D. I.). Das Beispiel der Corona-Pandemie macht deutlich, dass der Solidaritätsgedanke – ungeachtet seiner verbreiteten Verwendung als politischer Topos – nur begrenzt als Rechtsbegriff zur Legitimation strafbewehrter Verhaltenspflichten taugt (D. II.).

- 
- 6 BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 - (*Elfes*) - BVerfGE 6, 32 ff.; historisch einordnend *Grimm* in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit der Bonner Republik, 2019, S. 154 ff.
  - 7 Zur weitreichenden Bedeutung der Entscheidung *Lepsius* in: Jestaedt/Lepsius/Möller/Schönberger, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 2019, S. 160, 182 ff.
  - 8 *Depenheuer* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, § 194 Rn. 1.
  - 9 Zum Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft *Kubiciel*, FS R. Merkel, Bd. 1, 2020, S. 550 ff.; *Kubiciel*, ZStW 131 (2019), 1115 ff.

## II Weshalb Solidarität?

Soll der Solidaritätsgedanke im Strafrecht eine tragende Rolle spielen, ist zunächst ein Aufweis seiner normativen Relevanz notwendig. An Konzepten, mit denen der Begriff der Solidarität zu erklären versucht wird, herrscht kein Mangel. Auf einen Nenner gebracht, geht es bei ihm stets darum, dass Einzelne einander Beistand leisten; kennzeichnend ist ein „Element der Verantwortung und der Sorge für andere“<sup>10</sup>. Solidarität ist jedoch kein flüchtiges, lediglich kontingent im Einzelfall auftauchendes Handlungsprogramm. Abgeleitet vom lateinischen Adjektiv „solidus“ ist mit ihr eine gewisse „Festigkeit“ und „Dichte“, eine Gemeinsamkeit bezeichnet, die zu einer gemeinschaftlichen Verbundenheit führt.<sup>11</sup> Formelhaft ausgedrückt besteht die Idee der Solidarität in einem wechselseitigen Zusammenschluss zwischen verschiedenen Personen, der von einem Element gegenseitigen Wohlwollens getragen wird.<sup>12</sup> Damit ist indes nur die deskriptive Seite des Begriffs schlagwortartig umrissen. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Solidaritätspflichten strafrechtlich abgesichert werden dürfen, ist hingegen der „normative Gehalt“ der Solidarität. Was sind normativ zureichende Gründe, um aus dem breit gefächerten Programm der Solidarität rechtliche Pflichten abzuleiten und diese soweit zu verdichten, dass Verstöße gegen sie Strafe nach sich ziehen sollen? Blickt man auf die hierzu angebotenen Legitimationskonzepte, erscheinen drei Begründungsansätze vielversprechend. Verbreitet ist die Auffassung, Solidarität lasse sich entsprechend dem allgemeinen, vorrechtlichen Verständnis als Ausprägung sozialer Verbundenheit legitimieren (I.). Wie sich zeigen wird, engt die sozial-psychologisch-emotionale Komponente in diesem Verständnis den Begriff der Solidarität zu stark ein, als dass er sich für die Legitimation strafbewehrter Pflichten eignet. Andere Ansätze bemühen sich darum, Solidarität als Ausprägung klugen Eigennutzes zu betrachten (II.) oder mit Fairness in Verbindung zu bringen (III.). Aus den spezifischen Mängeln, die diesen Konzeptionen anhaften, soll im nächsten Kapitel (C.) ein Ansatz erarbeitet werden, mit dem Solidaritätspflichten im Rahmen eines freiheitlichen Strafrechtsverständnisses einen legitimen Platz einnehmen können.

### 1 Solidarität und soziale Verbundenheit

Die Häufigkeit, mit der Solidarität im gesellschaftlichen und politischen Diskurs aufgerufen und solidarisches Verhalten eingefordert wird, steht in einem

10 Volkmann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1999, S. 6.

11 So die Herleitung von Schmelter, Solidarität, 1991, S. 8. Ähnlich Lukes, Solidarität und Bürgerrecht, in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 390, der den Begriff der „Fluidarität“ als Gegenteil von Solidarität erfindet.

12 Ähnlich Bayertz, Solidarität – Problem und Begriff, 1998, S. 11; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 60; Volkmann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1999, S. 6.

frappanten Widerspruch zu der von Bayertz beklagten „relativen Randständigkeit“<sup>13</sup> des Begriffs in der philosophischen und rechtswissenschaftlichen Forschung. Als Ursachen hierfür gelten ihm zwei miteinander verflochtene Aspekte. Zum einen basierten Theorieentwürfe der modernen praktischen Philosophie in der Regel auf *universellen* Normen. Hierbei knüpften sie entweder an das einzelne Individuum oder an die gesamte Menschheit an. Begründungsansätze, die unter dem Leitstern der „Solidarität“ eine *Gruppenbezogenheit* zum Ausgangspunkt nähmen, geraten dabei aus dem Fokus. Zum anderen gehöre es, so Bayertz, zum unhintergehbaren Bestand neuzeitlicher Ethikkonzeptionen, dass sie an dem Ideal der Selbstbestimmung festhielten. Verpflichtungen hingegen, die aus einem Verbund mehrerer Personen resultierten, seien von vornherein verdächtig: „Positive Pflichten unterliegen einem besonderen Rechtfertigungsdruck“<sup>14</sup>.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma liegt in dem Versuch, Solidarität auf der Grundlage einer universellen menschlichen Natur zu begründen.<sup>15</sup> Dieser Rechtfertigungsansatz basiert einerseits auf den Prämissen einer individualistischen Weltsicht, ermöglicht es andererseits aber auch, hieraus verbindliche gruppenspezifische Verpflichtungen zu statuieren. Maßgeblich für seine hohe Bedeutung insbesondere in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war die Fähigkeit, unterschiedliche Bedürfnislagen zu integrieren. Die gesellschaftlichen Herausforderungen, die sich aus einer einseitig biologistisch-technischen Sicht auf den Menschen und aus der Verelendung infolge der Industrialisierung ergaben, drängten zu einer Betonung eines sittlich-moralischen Charakters, zu Nächstenliebe, Zusammenhalt und Gemeinschaftsgebundenheit. Solidarität als Überbegriff dieser Faktoren war damit Anknüpfungspunkt für so wirkmächtige Strömungen wie der katholischen Soziallehre und der Arbeiterbewegung.<sup>16</sup>

Obwohl der so verstandene Solidaritätscharakter eher ein aus heteronomen Versatzstücken zusammengetragener „Auflehnungsbegriff“<sup>17</sup> gegen bestehende Ordnungsmuster ist, spielen Aspekte der sozialen Verbundenheit auch in heutigen Konzeptionen eine tragende Rolle. Dies gilt nicht nur für sozialphilosophische, sondern auch für strafrechtsdogmatische Begründungsansätze. So knüpft

13 Bayertz, Begriff und Problem der Solidarität in: Bayertz, Solidarität – Problem und Begriff, 1998, S. 13.

14 Bayertz, Begriff und Problem der Solidarität in: Bayertz, Solidarität – Problem und Begriff, 1998, S. 14.

15 Schmelter, Solidarität, 1991, S. 92. Skeptisch *Depenheuer* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, § 194 Rn. 15: „Eine menschheitsumspannende kosmopolitische Universal-solidarität – ‚Alle Menschen werden Brüder‘ – ist mit Friedrich Schiller gut gedichtet, aber praktisch nur unter angebbaren Ausnahmbedingungen zu realisieren.“

16 Hierzu ausführlich *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1999, S. 136 ff.

17 Von einem „Gegenbegriff“ spricht *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1999, S. 136 ff.

die Rechtsprechung seit Langem an die „persönliche Verbundenheit“ zur Begründung von Garantenpflichten an.<sup>18</sup> Auch die allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung in Unglücksfällen, gemeiner Gefahr oder Not gem. § 323c StGB soll nach herrschender Auffassung auf dem Gedanken einer „wechselseitigen Angewiesenheit“ und der hieraus folgenden sozialen Verbundenheit im Sinne einer „humanitären Mindestsolidarität“<sup>19</sup> beruhen. Die Pflichtenbegründung durch Solidarität erhält seine Attraktivität in diesem Zusammenhang durch eine Marginalisierung<sup>20</sup>: Indem sie lediglich in bestimmten, eng umrissenen Konstellationen herangezogen wird, erhält sie den Charakter eines lediglich für Ausnahmefälle brauchbaren Terminus: Derartige Mindestsolidaritätspflichten sind im Alltag nicht spürbar, aktualisiert werden sie nur in nicht vorhersehbaren, äußerst seltenen Situationen.

Wird Solidarität auf der sozialen Verbundenheit der Einzelnen gegründet, ist damit eine weitere Grenze des Erklärungsmodells benannt: die des Adressatenkreises. Konkret geht es um die Frage, in welcher gruppenspezifischen Hinsicht die Berufung auf „soziale Verbundenheit“ zur Etablierung von Rechtspflichten genügt und wie weit der Gedanke der Verbundenheit tatsächlich trägt. Erstaunlicherweise gehen viele gerade bei der Begründung strafrechtlicher Pflichten über dieses Problem hinweg – mit der Folge, dass der Gedanke der besonderen sozialen Verbundenheit in bedenklicher Weise (über-)dehnt wird. Wer etwa die Beistandspflicht der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) mit dem Gedanken der sozialen Verbundenheit rechtfertigt, *postuliert* diese Verbundenheit zwischen allen Personen, die im Geltungsbereich des deutschen Strafrechts leben. Ähnliches gilt, soweit der Gedanke zur Begründung des rechtfertigenden (Aggressiv-)Notstands (§ 34 StGB) herangezogen wird: Personelle Voraussetzung dafür, in einer Situation der Not einen Eingriff in die eigene Rechtssphäre durch eine notstandsberechtigte Person dulden zu müssen, ist lediglich der Aufenthalt im Geltungsbereich des § 34 StGB. Allen Personen, die sich dort bewegen, eine derart weit gezogene soziale Verbundenheit zu unterstellen, ist jedoch nichts anderes als eine – ihrerseits legitimationsbedürftige – Fiktion. Denn ein tatsächlich vorhandenes, individuelles Gefühl der Verbundenheit entsteht typischerweise nur in „sozialen Nahbereichen“<sup>21</sup>. Ein Gefühl der Zusammengehörigkeit, der Loyalität, des Miteinanders wird erfahrungsgemäß umso stärker, je enger die tatsächlich existierenden sozialen Bande

18 So bereits RG, Urt. v. 4.1.1932 – II 1389/31, RGSt. 66, 71, 74; Urt. v. 10.9.1935 – I D 626/35, RGSt 69, 321, 323.

19 Gaede in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 323c Rn. 1.

20 So auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 64.

21 Die Begrenzung des Solidaritätsgedankens auf den sozialen Nahbereich wird in unterschiedlichen Kontexten herausgestellt von Beckert/Eckert/Kholi/Streck, Transnationale Solidarität – Chancen und Grenzen, 2004, S. 10; Billmann/Held in: Billmann/Held, Solidarität in der Krise, 2013, S. 206; Kaufmann, Solidarität als Steuerungsreform, 1984, S. 164.

geknüpft sind.<sup>22</sup> Deswegen ist Solidarität klassischerweise in Familien, Nachbarschaften, Viertels- oder Dorfgemeinschaften, religiösen Gruppen oder Vereinen mit gemeinsamer Zweckrichtung beheimatet.<sup>23</sup> Der von Solidaritätspflichten erfasste soziale Bereich ist folglich von vornherein stark begrenzt. Löst man Solidaritätsforderungen von derart eng umgrenzten emotionalen Bindungen, hat das zwei Folgen. Zunächst wandelt sich die soziale Verbundenheit bzw. Solidarität von einem tatsächlich vorhandenen Phänomen zu einer normativen Fiktion, anders gewendet: zu einer politischen oder rechtlichen Forderung. Zudem verändert sich der Charakter dieser Forderungen grundlegend: „An die Stelle einer ‚natürlichen‘ Brüderlichkeit tritt unter den Bedingungen der modernen Gesellschaften eine ‚künstliche‘ Gerechtigkeit, deren praktische Realisierung sich zugleich von den Individuen auf den Staat und seine Institutionen verschiebt.“<sup>24</sup> Die Berufung auf Solidarität zur Rechtfertigung von strafrechtlichen Pflichten lässt sich dann aber nicht mehr aufrechterhalten; vielmehr wird die eingeforderte Solidarität selbst begründungsbedürftig. Der Gedanke der Solidarität ist dann lediglich eine Heuristik, die Ziele und Wirkungen einer Rechtspflicht beschreibt, diese Pflichten aber nicht selbst begründen kann.

## 2 Klugheit als Grund für solidarisches Handeln?

Einem verbreiteten, oft unausgesprochenen Postulat der neuzeitlichen Ethik entspricht es, Normen einerseits als Ausprägung individualistischen Denkens, andererseits mit dem Anspruch auf Universalität zu begründen. Diesen Anforderungen genügt die Berufung auf eine eng begrenzte „soziale Verbundenheit“ offenkundig nicht. Weder blicken derartige Begründungsansätze auf spezifische Einzelinteressen, noch tragen sie zum Wohl jener bei, die außerhalb der Partikulargemeinschaft leben. Ein Ausweg aus diesem Dilemma könnte in dem Versuch liegen, Eigennutz unmittelbar mit Allgemeininteressen in Verbindung zu bringen. Eine solche Strategie verfolgt der sog. Präferenzutilitarismus.<sup>25</sup> Diesem heute vorherrschenden konsequentialistischen Konzept liegt die Orientierung an verallgemeinerbaren menschlichen Interessen zugrunde.<sup>26</sup> Maßgeblich sind dabei diejenigen rationalen Interessen, die sowohl individuell als auch gesamtgesellschaftlich nützlich sind.

22 Bayertz, Begriff und Problem der Solidarität in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 36, 39.

23 Bayertz, Begriff und Problem der Solidarität in: Bayertz Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 36, 39; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002 S. 64; Steinvorth, Kann Solidarität erzwingbar sein? in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 63.

24 Bayertz, Begriff und Problem der Solidarität in: Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 40. Der Sache nach auch Steinvorth, Kann Solidarität erzwingbar sein? in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 64 f.

25 Hierzu Volkmann, Rechtsphilosophie, 2018, § 1 Rn. 156.

26 Vgl. Hoerster, Wie lässt sich Moral begründen?, 2014, S. 94 ff.



Das einigende Band zwischen den beiden Interessensträngen ist dasjenige des klugen Eigennutzes: Für die Vornahme von Handlungen, die anderen dienlich sind, sprechen pragmatische Erwägungen, wenn dabei auch für mich ein Nutzen abfällt.

Dieser Gesichtspunkt ist auch bereits im Rahmen der Solidaritätsbegründung herangezogen worden. Ausgangspunkt der Argumentation ist das sich inmitten der Gesellschaft befindliche Individuum, dessen Lebenswelt von gegenseitigen Bindungen, intersubjektiver Verflochtenheit und wechselseitiger Abhängigkeit gekennzeichnet ist. In dieser für moderne Gesellschaften durchaus realistischen Situation des Aufeinander-Angewiesen-Seins lassen sich die Auswirkungen individueller Handlungen nur selten von den Folgen für andere trennen: Der Nutzen des einen ist zumindest mittelbar ein Vorteil für alle anderen. Da es demnach der Gemeinschaft umso besser geht, je vorteilhafter sich die Lage des Einzelnen gestaltet, besteht ein genuines Interesse aller daran, sich des Einzelnen in einer Notlage anzunehmen. „Denn je besser es dem anderen geht, desto mehr kann er auch für die Gesellschaft insgesamt und mich tun.“<sup>27</sup> Damit ist zugleich ein pragmatisch begründetes, leicht einsichtiges Programm etabliert: Anderen zu helfen, lohnt sich.

Eine gewisse Einengung erfährt dieser ideale Nutzenmechanismus für solche Solidaritätspflichten, bei denen der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen individuellem und altruistischem Nutzen aufgelockert ist. Dies dürfte die Mehrheit der einschlägigen Konstellationen betreffen. Regelmäßig erfahre ich den eigenen Nutzen, der aus der Hilfeleistung für andere resultiert, erst später. Gerade in modernen Großgesellschaften ist es kaum mehr als eine Fiktion anzunehmen, dass sich eine Verbesserung der Umstände anderer unmittelbar merklich auf die eigene Situation auswirkt. Die Pflicht zum Hilfeleisten stellt sich damit realistischer lediglich als ein „Versprechen für die Zukunft“ dar. Wer sich jetzt solidarisch zeigt, kann in künftigen Notlagen auf den Beistand anderer vertrauen. Dieser Zusammenhang gilt dann auch umgekehrt: „Wenn ich jetzt nicht Solidarität übe, dann muß ich damit rechnen, daß auch andere mir keine Solidarität erweisen werden, wenn ich einmal in Not geraten sollte“<sup>28</sup>.

Solange sich alle Teilnehmer eines so verstandenen Solidaritätsprojekts an diese versicherungsvertragsähnlichen Grundsätze halten, ist die auf Klugheitserwägungen gründende Argumentation konsistent. Ob der Druck, bei einer Hilfsverweigerung später im Bedarfsfall selbst leer auszugehen, für jeden ein zwingendes Argument zu solidarischem Verhalten darstellt, ist jedoch zweifelhaft. Zwar ist es ohne weiteres rational, meine Solidaritätspflichten zu erfüllen, wenn andere hiervon Kenntnis erlangen. Gerade in Massengesellschaften ist es jedoch außerordentlich unwahrscheinlich, in einer eigenen späteren Notlage auf jemanden angewiesen zu sein, der meine früheren Solidaritätsverweigerungen kennt.<sup>29</sup> Denkt

27 *Steinvorth*, Kann Solidarität erzwingbar sein? in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 59.

28 *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 71.

29 *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 71.



man auf dieser Grundlage das Kosten-Nutzen-Schema, auf dem das Klugheitsargument beruht, konsequent zu Ende, wäre es für jeden Einzelnen interessengerechter, sich selbst aus der Verantwortung zu stehlen, Hilfeleistungen im Bedarfsfall aber einzufordern.<sup>30</sup> Dies gilt umso mehr für diejenigen, bei denen es aufgrund der eigenen komfortablen Situation unwahrscheinlich ist, überhaupt jemals in eine Notlage zu geraten.<sup>31</sup> So lässt sich dem pragmatischen Begründungsausgang ein ebenso pragmatisches Argument entgegenhalten: Eine Vorleistung zu erbringen, obwohl deren Erwidrerung faktisch höchst unsicher ist, lässt sich mit Klugheitsabwägungen nicht rechtfertigen.<sup>32</sup>

### 3 Fairness, Reziprozität und Solidarität

Das argumentative Kernproblem, das sich ein Konzept der „Solidarität aus Klugheitsgründen“ aufbürdet, liegt in den unterschiedlichen zeitlichen Dimensionen begründet, an denen (solidarische) Leistung und Gegenleistung anknüpfen. Es liegt daher nahe, den spezifisch solidarischen Akt nicht als Vorgriff zu künftigen (unsicheren) Gegenleistungen, sondern bereits selbst als verpflichtende Reaktion auf einen bereits zuvor erhaltenen Vorteil zu begründen.<sup>33</sup> Nicht weil ich mich auf altruistisches Verhalten anderer verlassen kann, wenn ich mich solidarisch gezeigt habe, sondern weil ich bereits solidarische Leistungen erhalten habe, bin ich nun zu einer Erwidrerung durch Erbringen einer Solidarleistung meinerseits verpflichtet. Dieser Gedanke eliminiert den Anreiz zum Trittbrettfahren, mit dem sich Solidaritätsverpflichtungen aus Klugheitsabwägungen aushebeln lassen, indem er diese Möglichkeit von vornherein abschneidet. Er lässt sich als Ausprägung von „Fairness“<sup>34</sup> oder – präziser – als Ausfluss horizontaler „Reziprozität“<sup>35</sup> bezeichnen.

Der bisherige Ansatz zu einer Solidaritätspflicht aus Fairness oder Reziprozität begnügt sich eher mit einer formalen Beschreibung denn mit einer eingängigen, materiell zwingenden Begründung. Gewiss ist es einleuchtend, Reziprozität als eine Grundnorm menschlichen Zusammenlebens zu begreifen. Von dem Berliner Rechtstheoretiker Volker Boehme-Neßler stammt in diesem Zusammenhang der treffende Begriff des „*homo reciprocus*“<sup>36</sup>, und der Nachweis, dass mit ihr nicht

30 Zu diesem Trittbrettfahrer-Problem Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429, 437 ff. (am Beispiel der Rechtstheorie von Hart).

31 Baumann, Solidarität als soziale Norm und als Norm der Verfassung in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 348 f.; Steinvorth, Kann Solidarität erzwingbar sein? in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 59; Stemmer, Handeln zugunsten anderer, 2000, S. 292.

32 So im Ergebnis auch Stemmer, Handeln zugunsten anderer, 2000, S. 97 ff.

33 Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 75 f.

34 So Baumann, Solidarität als soziale Norm und als Norm der Verfassung in: Bayertz, Solidarität – Begriff und Problem, 1998, S. 352 ff.

35 So Gouldner, Reziprozität und Autonomie, 1984, S. 118 ff.

36 Boehme-Neßler, Rechtstheorie 39 (2008), 521, 534.

nur ein neuronales Programm, sondern eine das ganze Recht prägende Regel umschrieben ist, fällt nicht schwer.<sup>37</sup> Innere Verbindlichkeit erlangt die Reziprozitätsformel jedoch nur durch einen überzeugenden Nachweis der von dem Solidaritätspflichtigen in der Vergangenheit bereits erlangten Leistung: Worin besteht der verpflichtende Umstand, der den Einzelnen zu einer Gegenleistung bewegt? Sofern der Einzelne nicht bereits tatsächlich konkrete „Vorleistungen“ erhalten hat, besteht sein einziger Vorteil, ihn in den Kreis der zur Reziprozität Verpflichteten aufgenommen zu haben. Da der Betroffene insofern überhaupt erst in den Genuss gelangt, von zukünftigen Solidaritätsleistungen anderer profitieren zu können, ist dieser Aspekt zwar nicht als gering einzuschätzen. Hieraus aber weitergehende Konsequenzen für die inhaltliche Ausgestaltung der jeweiligen Solidaritätspflichten zu ziehen, ist angesichts der Wertfreiheit dieses Beziehungsgefüges nicht möglich. Denn mit ihm wird lediglich auf die *formale* Reziprozität von Berechtigung und Verpflichtung abgestellt.<sup>38</sup> Einen zusätzlichen materiellen Gehalt, mit dem sich im Einzelfall begründen lässt, ob Solidarleistungen zu erbringen sind oder nicht, enthält dieser Gedanke nicht.

Damit einher geht eine weitere, wesentlich schwerwiegendere Konsequenz. Ist der Gedanke einer Verpflichtung aus Reziprozität darauf beschränkt, lediglich das formale Beziehungsgefüge zwischen den Individuen zu bezeichnen, leistet er letztlich nicht mehr, als die etablierte Normenordnung nachzuzeichnen. Die Begründung nach dem Schema „leiste, da Du Bestandteil des Verbundes geworden bist“, bringt weder argumentationslogisch noch materiell Kriterien mit sich, die über die allgemeine normative Gebundenheit der in einem Rechtsstaat Lebenden hinausgehen. Sie beschränkt sich auf eine Legitimation des Verpflichtungszusammenhangs, der ohnehin für jeden besteht, der Mitglied einer rechtlich verfassten Gemeinschaft ist.<sup>39</sup> Eine darüber hinausgehende Rechtfertigung, die auf spezielle Solidaritätspflichten eingeht, ihnen substantielle Konturen verleiht und sie innerhalb eines normativen Horizonts einordnet, gelingt mit dem Abstellen auf den Reziprozitätsgedanken nicht.

### III Vertikale statt horizontale Begründungslinie?

Die bisherigen Ansätze vermochten keine brauchbare Begründung anzugeben, mit der sich der Solidaritätsgedanke zu einem zwingenden normativen Konzept verdichten ließe. Sie alle nehmen ihren Ausgangspunkt beim Einzelnen und seiner

37 *Boehme-Neßler*, Rechtstheorie 39 (2008), 521, 534 ff. Siehe auch den Ansatz von v. *Hirsch/Schorscher* in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 77, 90 f., wonach wechselseitige Hilfspflichten daraus resultieren sollen, dass sich jede Person als „eine unter anderen“ begreifen müsse, was gegenseitige Hilfspflichten „generiere“.

38 *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 77.

39 *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 77 f.

Stellung gegenüber den übrigen Gesellschaftsmitgliedern. Sowohl der Gedanke einer sozialen Verbundenheit als auch die Gedanken der Klugheit und Reziprozität begreifen das Solidarverhältnis als ein horizontales: Stets behandeln sie Individuen als isolierte, lediglich im Bedarfsfall miteinander interagierende Einzelne, die sich in einem vorrechtlichen Raum begegnen oder bei denen die rechtliche Verfasstheit jedenfalls keine tragende Rolle spielt. Wie gezeigt, lässt sich Solidarität im Rahmen eines Konzepts der sozialen Verbundenheit indes nur auf enge persönliche Beziehungen gründen, denen soziale Nähe, Empathie und Loyalität wesentlich sind. Der Aspekt der Klugheit wurzelt im Bereich des pragmatischen und interessegeleiteten Handelns. Beide Ansätze beziehen ihre argumentative Kraft nicht aus normativen Erwägungen, sondern aus der beobachteten sozialen Alltagsplausibilität, die jenseits einer positivierten Normenordnung funktioniert. Indem sich der dritte, auf Fairness und Reziprozität abhebende Ansatz als Wiedergabe eines fundamentalen Rechtsprinzips erweist, eignet er sich zwar dazu, elementare Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten vorzuzeichnen. Aufgrund seiner Formalität ist er jedoch nicht dazu in der Lage, eine darüber hinausgehende Solidarkonzeption zu begründen.

Es liegt daher nahe, den Gedanken der Solidarität nicht jenseits oder im Vorfeld, sondern *innerhalb* einer normativen Ordnung zu lozieren. Solidarität wandelt sich in dieser Perspektive von einer sozialen Zustandsbeschreibung zu einem Rechtsbegriff.<sup>40</sup> Dies macht es erforderlich, eine vertikale Ebene in das intersubjektive Verhältnis mit einzubeziehen. Genuiner Anknüpfungspunkt ist damit nicht mehr die originäre Beziehung der Einzelnen zueinander, sondern das rechtlich determinierte Verhältnis des Bürgers zum Staat und seinen Institutionen. Der Begründungszusammenhang wird damit um eine Ebene erweitert. Solidarität schuldet der Einzelne nicht mehr unmittelbar dem jeweils anderen, sondern in erster Linie der im Staat organisierten Bürgerschaft. Diese Überlegung lässt sich in ein modernes Staats- und Strafverständnis plausibel einordnen. Im neuzeitlichen Legitimationsparadigma ist es die Aufgabe des Staates, dem Einzelnen ein Leben in Freiheit zu ermöglichen. Zu diesem Zweck hat er nicht nur die Freiheitsräume seiner Bürger gegeneinander abzugrenzen und normativ abzusichern. Zu den zentralen Bedingungen freiheitlicher Staatlichkeit gehört es ebenso, eine Infrastruktur bereitzustellen, um das „Individuum mit der allgemeinen Möglichkeit zu vermitteln, die zur Erreichung der individuellen Zwecke vorhanden ist.“<sup>41</sup> Dazu zählt nicht zuletzt ein funktionierendes Gesundheits- und Rettungswesen, ohne deren Existenz der Einzelne nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres jene alltäglichen oder besonderen Risiken eingehen könnte, die das Leben und Arbeiten in einer modernen Gesellschaft generiert. In Notfällen allerdings, in denen der Staat und seine Institutionen diese Aufgabe nicht rechtzeitig wahrnehmen können, greifen sie auf den einzelnen Bürger zurück, der dadurch zu einer „quasi-institutionellen“<sup>42</sup> Verpflichtung

40 Seelmann in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, *Solidarität im Strafrecht*, 2013, S. 42.

41 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4. Auflage 2017, § 236.

42 Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 123.

herangezogen wird. Dieser agiert damit gewissermaßen als „Verwaltungshelfer“<sup>43</sup>. Er „wird in ein – kleines und nur temporäres – Amt berufen“<sup>44</sup>. Auch dieses „sekundäre“ Heranziehen zur Erfüllung originärer Verwaltungsaufgaben lässt sich als Ausprägung solidarischer Pflichtenbindung begreifen.<sup>45</sup>

Dieser Gedanke einer in erster Linie dem Staat und seinen Institutionen gegenüber bestehenden Solidarbeziehung hat in der jüngeren Strafrechtswissenschaft erheblichen Zulauf erfahren.<sup>46</sup> Er ermöglicht es, Solidarität nicht als „extern formuliertes“ Programm zu begreifen, das nachträglich in das strafrechtliche Pflichtenrepertoire einzufügen ist. Die Leistungen, die der Einzelne seinen Mitbürgern gegenüber zu erbringen hat, verstehen sich schlicht als Modifikationen des allgemeinen strafrechtlichen Ziels, Freiheit zu ermöglichen. Neben die rein negativ verstandene Pflicht des *neminem laedere* tritt eine positive Freiheitskonzeption, die die Verwirklichungsbedingungen von Freiheit mit einbezieht: Der Einzelne soll nicht lediglich frei von äußeren Negativeinwirkungen existieren, sondern durch geeignete Maßnahmen in den Stand versetzt werden, Freiheitsräume auch faktisch nutzen zu können.<sup>47</sup> Hierfür werden im Bedarfsfall auch seine Mitbürger herangezogen. Demzufolge haben Bürger nicht nur die generelle negative Pflicht, ihren Organisationskreis so zu gestalten, dass daraus keine Risiken oder gar Schädigungen für andere resultieren. Bereichsweise können sie auch dazu verpflichtet werden, anderen in Notlagen beizustehen, ohne dass sie für die konkrete Notsituation verantwortlich oder dem Hilfebedürftigen in besonderem Maße (vgl. § 13 StGB) verbunden sind. Da Freiheit nur real erlebt werden kann, wenn der Handelnde darauf vertrauen darf, dass ihm in elementarer Not eine mögliche und zumutbare Hilfe nicht vorenthalten wird, fügt sich der Solidaritätsgedanke in den Kontext eines freiheitlichen Legitimationsmodells ein.

43 Pawlik, GA 1995, 365.

44 Jakobs, Rechtswissenschaft 2010, S. 283, 313.

45 So auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 123.

46 Vgl. nur Jakobs, Rechtswissenschaft 2010, S. 283, 313; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 179 ff.; Pawlik, GA 1995, 363 ff.; Seelmann in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 42 ff.; Joerden in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 50 f.; Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 260 ff. Nahestehend auch Küper, JZ 2005, 114 f.; Renzikowski in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 32 ff.

47 Küper, JZ 2005, 114. Näher zur Unterscheidung negativer und positiver Pflichten Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 173 ff.; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 175 ff.

## IV Solidarität im Medizinstrafrecht und der Gesundheitsversorgung

### 1 Hilfeleistungspflichten und gesellschaftlicher Wandel

Der gerade skizzierte Gedanke scheint in der von § 323c StGB sanktionierten Hilfeleistungspflicht besonders deutlich auf. Danach ist jedermann (und jede Frau) verpflichtet, bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not Hilfe zu leisten, wenn diese erforderlich und den Umständen nach zuzumuten ist. Wer in einer solchen Situation nicht hilft, verletzt mithin eine Solidaritätspflicht.<sup>48</sup> Diese Pflicht trägt dem Umstand Rechnung, dass der Staat seine freiheitsermöglichende Leistung nicht stets und überall selbst, d. h. durch seine Amtsträger und Institutionen erbringen kann. Daher muss er den Bürgern eine „wechselseitige Einstandspflicht gegen die Fährnisse des Lebens“ auferlegen, die der Einsicht folgt, dass Solidarität die Voraussetzung von Freiheit ist.<sup>49</sup>

Da das horizontale Solidaritätsverständnis, das auf das Verhältnis zwischen den einzelnen Bürgern abstellt, nach der hiesigen Konzeption nicht ersatzlos entfällt, sondern in ein vertikales Legitimationsmodell eingebettet ist, haben Veränderungen gesellschaftlicher Anschauungen bzw. des Selbstbildes der Einzelnen durchaus Relevanz. Sie berühren zwar nicht die Legitimation, wohl aber die Interpretation des § 323c StGB. Sichtbar geworden ist dies zuletzt im Jahr 2019, als der BGH die Frage zu beantworten hatte, ob sich Ärzte wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar machen, wenn sie einen ohnmächtig gewordenen Suizidenten nicht reanimieren, sondern dem Selbsttötungsversuch seinen Lauf lassen.<sup>50</sup> In früheren, vergleichbaren Fällen hatte der BGH diese Hilfeleistungspflicht noch (umstandslos) bejaht. 1954 berief sich der Große Senat des BGH dabei auf das (christliche) Naturrecht: Die allgemeine Hilfeleistungspflicht umfasse auch die sittliche Pflicht, bei einem „Selbstmordversuch“ einzugreifen; dabei handele es sich um ein Hauptgebot christlicher Lehre, die jede Form der Selbsttötung – auch der freiverantwortlichen – sittlich streng missbillige.<sup>51</sup> Auf dieser Argumentationsgrundlage sah der BGH in einem Selbsttötungsversuch einen „Unglücksfall“ im Sinne des § 323c StGB und hielt ein Eingreifen für sowohl erforderlich als auch zumutbar. Keines der Argumente des Großen Senats war selbstverständlich. Zum einen ist es grammatikalisch und dogmatisch kaum begründbar, in einem freiverantwortlichen Selbsttötungsversuch ein „plötzlich eintretendes Ereignis“ und damit einen Unglücksfall

48 Vgl. *Kühl* in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, *Solidarität im Strafrecht*, 2013, S. 93, 97.

49 Vgl. dazu *Depenheuer* in: Isensee/Kirchhoff, *Handbuch des Staatsrechts*, § 194 Rn. 30. Vgl. auch *Kühl* in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, *Solidarität im Strafrecht*, 2013, S. 101.

50 Siehe dazu auch *Kubiciel*, NJW 2019, 3033 ff.

51 BGH, Urt. v. 10.3.1954 – GSSt 4/35, BGHSt 6, 147, 150, 153.

zu sehen.<sup>52</sup> Zum anderen blieb der BGH eine Begründung dafür schuldig, weshalb Normen der christlichen Ethik zunächst als gültiges Naturrecht und sodann als maßgeblich für die Auslegung staatlichen Strafrechts anzusehen sind. Gleichwohl fand der BGH mit diesen voraussetzungsreichen Argumentationsschritten Anschluss an die (kurze) Phase der Naturrechtsrenaissance und den seinerzeit vorherrschenden sozialen Wertanschauungen.<sup>53</sup>

Dreißig Jahre später hatte sich die rechtswissenschaftliche Selbstverständlichkeit und gesellschaftliche Anschlussfähigkeit derartiger Begründungen verflüchtigt. Demzufolge berief sich der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1984 nicht mehr auf naturrechtliche, sondern pragmatische Gründe. Ein Selbsttötungsversuch begründe eine Hilfeleistungspflicht, weil die Motivationsfaktoren einer Selbsttötung innerhalb der kurzen Zeitspanne, die nach einem Selbsttötungsversuch bis zum Eintritt des Todes verbleibe, von Dritten kaum beurteilt werden könnten.<sup>54</sup> Nach dieser Konzeption des BGH soll die Unfreiheit der Selbsttötung vermutet und hierauf eine solidaritätsbasierte Hilfeleistungspflicht gegründet werden. Dieses Argument ist zwar für eine säkularisierte, nachmetaphysische Gesellschaft grundsätzlich plausibel, überzeugt jedoch dann nicht, wenn an der Freiverantwortlichkeit kein vernünftiger Zweifel bestehen kann. Für einen solchen Fall haben die Karlsruher Richter im Jahr 2019 die Anwendung des § 323c StGB schließlich verneint. Der 5. Strafsenat hält zwar an der umstrittenen Einordnung eines Suizidversuchs als Unglücksfall fest. Mit Blick auf die gewachsene gesellschaftliche und rechtliche Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts halten die Richterinnen und Richter aber die Hilfeleistung für „nicht zumutbar“, wenn an der Freiverantwortlichkeit der Selbsttötung kein Zweifel besteht.<sup>55</sup> Das Urteil ist – jedenfalls im Ergebnis – zu begrüßen. Der Senat hätte zwar gute Gründe gehabt, dem freiverantwortlichen Selbsttötungsversuch insgesamt den Charakter eines Unglücksfalls abzuspochen. Denn bei einem freiverantwortlichen Suizidversuch lässt sich kein Unglücksfall fingieren, der nach der Konzeption des § 323c StGB jene „solidarische“ Hilfeleistungspflicht begründet, auf die sich der BGH noch im Jahr 2019 beruft.<sup>56</sup>

52 Vgl. dazu *Sternberg-Lieben/Hecker* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 33c Rn. 5.

53 Zur Naturrechtsrenaissance im Strafrecht *Kubiciel* in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 24 Rn. 37 f. Umfassend zu dieser Epoche *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, S. 53 ff.; *H. Hofmann*, Rechtsphilosophie nach 1945, 2012, S. 10 ff.

54 BGH, Urt. v. 4.7.1994 – 3 StR 96/84, BGHSt 32, 367, 376.

55 BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, NJW 2019, 3029, 3092. Dazu *Hecker*, JuS 2020, 82 ff.; *Kudlich*, JA 2019, 867 ff.; *Kubiciel*, NJW 2019, 3033 ff.; zur landgerichtlichen Entscheidung *Hillenkamp*, MedR 2018, 379 f. Siehe ferner *Duttge*, MedR 2017, 139 ff.; *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2016, 506.

56 BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, BGHSt 64, 121 = BGH NJW 2019, 3029, 3092. Kritisch dazu *Kubiciel*, NJW 2019, 3033, 3035.



Ungeachtet dieses strafrechtsdogmatischen Streits um die Einordnung einer Selbsttötung als Unglücksfall zeigt die jüngste Entscheidung des BGH indes die Tendenz, die Auslegung des § 323c StGB und der von ihr vorausgesetzten Solidaritätsverpflichtung an die vorherrschenden gesellschaftlichen Wertüberzeugungen zurückzubinden, die inzwischen auch die Verfassungsrechtsprechung prägen: Wenn eine Selbsttötung nicht mehr per se als sittenwidrig erachtet, sondern das Recht auf selbstbestimmtes Sterben gesellschaftlich und verfassungsrechtlich anerkannt wird,<sup>57</sup> ist für die strafrechtliche Erzwingung von Solidarität zum Zwecke der Sicherung personaler Freiheit kein Raum: Der Staat kann vermittels des § 323c StGB nicht dort *private* Hilfe verlangen, wo er *selbst* das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Suizidenten zu achten hat. Allgemeiner formuliert: Die generelle Existenz strafrechtlich garantierter Solidaritätspflichten lässt sich freiheitstheoretisch gegenüber dem Verpflichteten rechtfertigen, *wenn* die konkrete Pflicht nicht zu einem aufgedrängten paternalistischen Eingriff in die Rechte einer freiverantwortlich handelnden Person führt.

## 2 Strafrechtliche Erzwingung von Solidaritätspflichten in der Gesundheitsvorsorge

Eine besondere *politische* Bedeutung hat der Begriff der Solidarität während der Sars-CoV-2-Pandemie erlangt. So betonte Bundeskanzlerin Merkel bereits im März 2020, dass es vor allem um den Schutz älterer Menschen und Menschen mit Vorerkrankungen gehe, was „unsere Solidarität“ auf eine Probe stelle.<sup>58</sup> Die dahinterstehenden Überlegungen verdeutlicht die erste Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur Pandemie, die den Begriff „Solidarität“ in ihrem Titel trägt: „Einerseits ist nach heutigem Wissensstand bei vielen (vor allem Jüngeren) nur ein relativ milder Krankheitsverlauf zu erwarten (...). Andererseits besteht für bestimmte Risikogruppen (z. B. ältere Personen, Menschen mit Begleiterkrankungen bzw. chronisch Kranke) ein deutlich erhöhtes Mortalitätsrisiko.“<sup>59</sup> Die Auflösung solcher Konflikte verspricht sich der Ethikrat von einer gelebten Solidarität, diese verstanden als „Bereitschaft zu prosozialen Handlungen auf der Grundlage relevanter Gemeinsamkeit“<sup>60</sup>. So gesehen, lässt sich die große Bereitschaft der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger, die Regeln zur Eindämmung der Pandemie freiwillig zu befolgen, gesellschaftspolitisch als „ein ermutigendes Zeichen (...) in einer von individualistischen Einstellungen geprägten Gesellschaft“ begreifen.<sup>61</sup>

57 BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 ff. = JZ 2020, 627 ff.; dazu *Hillenkamp*, JZ 2020, 618 ff.

58 Stellungnahme der Bundeskanzlerin v. 11.3.2020, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/merkel-zu-corona-1729780>.

59 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27.3.2020, S. 2.

60 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27.3.2020, S. 5.

61 *Hase*, JZ 2020, 697, 703. Ähnlich *Häberle/Kotzur*, NJW 2021, 132, 137: „Die Rücksichtnahme auf die am meisten Gefährdeten in der Covid-19-Pandemie ist signifikanter Ausdruck solcher Solidarität.“



Andere haben derartige „Solidaritätsappelle“ indes als diskursfeindlich und „kristentypische Einigkeits- und Entschlossenheitsrhetorik“ kritisiert.<sup>62</sup> Nach Ansicht von Huster habe die Solidarität Grenzen: „Die Aufopferungspflicht zugunsten Dritter endet irgendwann.“ Er fügte an: „Jedes Leben ist gleich viel wert, aber dass das Gemeinwesen (...) Entbehrungen in Kauf nehmen muss, um 95jährigen noch weitere zusätzliche Monate oder Jahre zu verschaffen (...), ist eine arge Zumutung für den gesunden Menschenverstand.“<sup>63</sup> Man kann in solchen Stellungnahmen den Hinweis sehen, dass „eine abwägungsblinde Verabsolutierung des Lebensschutzes, eine Politik der maximalen Bekämpfung des Corona-Virus um jeden Preis, grundrechtlich nicht der richtige Weg sein kann.“<sup>64</sup> Indes hat es einen solchen Abwägungsausfall ebenso wenig gegeben wie eine vollständige Suspension von Grundrechten.<sup>65</sup> So hat bereits der Deutsche Ethikrat in der erwähnten Stellungnahme auf die Notwendigkeit der „permanenten Kontrolle von Erforderlichkeit und Angemessenheit der ergriffenen Maßnahmen“ hingewiesen,<sup>66</sup> die Rechtswissenschaft hat die grundlegenden Parameter einer Verhältnismäßigkeitsprüfung frühzeitig an die Vorschriften zur Pandemiebekämpfung angelegt<sup>67</sup> und Gerichte haben diese in zahllosen Verfahren geprüft.

Auffällig ist dabei indes, dass Solidaritätsüberlegungen innerhalb der verfassungsrechtlichen Abwägungen ebenso wenig eine Rolle spielen<sup>68</sup> wie in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion. Soweit strafrechtlich sanktionierte Pflichten nicht einfach als „verwaltungsrechtliche Gehorsamspflichten“ bezeichnet werden,<sup>69</sup> werden straf- oder parastrafrechtlich sanktionierte Pflichten zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung bzw. Ausgangsbeschränkungen oder Kontaktverbote mit Verweis auf das legitime Ziel der Eindämmung des pandemischen Geschehens für grundsätzlich verhältnismäßig erachtet.<sup>70</sup> Insoweit korrespondiert die politische Bedeutung des Solidaritätstopos in der Pandemie *nicht* mit einer dementsprechenden verfassungs- oder strafrechtlichen Bedeutung. Dies überrascht insoweit, als sich die oben skizzierten Überlegungen zum Zusammenhang von Freiheit und Solidarität durchaus in einem (verfassungs-)rechtlich gehaltvollen Sinne auf die Pandemielage übertragen lassen – jedenfalls im Grundsatz. So weisen einzelne

62 Kingreen, Verfassungsblog v. 20.3.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>.

63 Huster, Verfassungsblog vom 22.3.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet/>.

64 Katzenmeier, MedR 2020, 461, 463.

65 Zutreffend Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 45, 58.

66 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27.3.2020, S. 5 f.

67 Rixen, NJW 2020, 1097, 1001.

68 Vgl. Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 45 ff.

69 So unter Bezugnahme auf die Rspr. des BVerfG *Makepeace*, JR 2020, 542.

70 Vgl. Tsambikakis/Kessler in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, § 1 Rn. 147, 157.

Stimmen der Verfassungsrechtslehre darauf hin, dass der Staat mit der von ihm bereitgestellten Infrastruktur allein nicht in der Lage ist, die Pandemie einzuhegen, sondern auf die Unterstützung durch eine „aktive Bürgergesellschaft“ bzw. „resiliente Risikogesellschaft“ angewiesen ist.<sup>71</sup> Indes binden sie diese Überlegung nicht an den Solidaritätsbegriff zurück; infolgedessen bemühen sie sich auch nicht darum, einzelne Freiheitseinschränkungen als Solidaritätspflicht auszuweisen und zu legitimieren. Dabei wäre es – wiederum im Grundsatz – möglich, strafbewehrte Verhaltenspflichten zur Pandemiebekämpfung als Solidaritätspflichten auszuweisen, da sie – ebenso wie der bereits erwähnte § 323c StGB – einer „gemeinen Not“ begegnen sollen.

Indes zeigt ein näheres Hinsehen, dass die gängigen Regeln zur Pandemieeindämmung in der Regel *keine* positiven Hilfspflichten begründen, sondern klassische negative Pflichten, d. h. Gefährdungsverbote. Die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung dient ebenso wie Kontakt- oder Ausgangsbeschränkungen dazu, andere vor potenziellen Risiken zu schützen, die in der eigenen Organisationssphäre des Normadressaten und potenziellen Virenträgers entstehen. Solche Pflichten sind Ausdruck des klassischen Grundsatzes *neminem laedere*, keine Solidaritätspflichten. Folglich mag der Appell an die Solidarität der politischen Vermittelbarkeit dienen, zu einer (verfassungs-)rechtlichen Rechtfertigung trägt der Solidaritätsbegriff *als Rechtsbegriff* hingegen nichts bei. Anders gewendet: Negative Pflichten in (strafrechtlich abgesicherten) Vorschriften zur Einhaltung von Hygienestandards oder Kontakt- bzw. Ausgangsbeschränkungen müssen jenen Anforderungen genügen, die an Gefährdungs- oder Verletzungsverbote zu stellen sind. Genügen sie diesen Anforderungen nicht, kann der diffuse Verweis auf Solidarität diese nicht über die Schwelle der Verfassungskonformität heben.

Vergleichbares gilt für die umstrittene Impfpflicht, soweit diese mit der Verhinderung einer Übertragung des SARS-CoV-2-Virus begründet werden sollte. In einem solchen Fall diene die Impfpflicht der Einhegung potenzieller Gefahren von Personen, die mangels Impfung das Virus an Dritte weitergeben könnten; die Impfpflicht wäre dann eine negative Pflicht zur Verhinderung von Schädigungen bzw. Gefährdungen anderer. Legitimierbar wären solche Pflichten nur, wenn nachweisbar feststünde, dass eine Impfung zu einer sog. sterilen Immunität führt, d. h. eine Weitergabe des Virus durch eine geimpfte Person ausschließt.<sup>72</sup> Sollte die Impfung einen solchen Schutz nicht entfalten, wäre ein Rückgriff auf eine positive Solidaritätspflicht denkbar: Die Impfung diene in diesem Konzept dem Schutz des (zwangsweise) zu Impfenden, indes nicht in dessen eigenem wohlverstandenen Interesse, sondern im Drittinteresse. Als Beitrag zur Gesundheitsvorsorge könnte

71 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 71 f., mit Verweis auf Wißmann, FAZ v. 20.3.2020, S. 9.

72 Zudem müsste die Statuierung einer zwangsbewehrten Pflicht auch erforderlich sein, d. h., es müsste an einer freiwilligen Impfbereitschaft in signifikantem Ausmaß fehlen, vgl. Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 88.

eine solche Impfpflicht als ein Mittel ausgewiesen werden, das einer Überlastung des Gesundheitswesens durch eine Vielzahl von Erkrankten entgegenwirken soll. Nicht paternalistische Erwägungen begründeten mithin eine solche Impfpflicht, sondern die Solidaritätsverpflichtung gegenüber dem (freiheitsermöglichenden) Gesundheitswesen.

## V Schluss

Der Ruf nach Solidarität ertönt häufig, sobald es um die Begründung staatsbürgerlicher Pflichten geht. Dabei dient der Begriff regelmäßig als Appellverstärker, der an ein Gefühl der Zusammengehörigkeit und des „füreinander Einstehens“ anknüpft. Mit dem normativen Gehalt des Begriffs sind diese Begründungszusammenhänge oftmals nicht zu vereinbaren. Ein recht verstandenes Solidaritätsmodell kann in modernen westlichen Gesellschaften, die von einer weitgehenden Vorrangstellung der Interessen Einzelner ausgehen, lediglich insofern als akzeptables Legitimationsmodell fungieren, als mit ihm ein Bezug zum Schutz individueller Freiheitssphären aufgewiesen wird. Dies führt zu einer wichtigen Differenzierung: Ihren legitimen Ort haben Solidaritätsforderungen dort, wo ein Beitrag zum Funktionieren freiheitsermöglichender Institutionen geleistet werden soll; „negative Pflichten“, die sich auf ein Gefährdungsverbot im Verhältnis einzelner Bürger untereinander beziehen, lassen sich hingegen nicht mit einer Anrufung von „Solidarität“ rechtfertigen. Diese Differenzierung hat nicht bloß akademischen Wert. Wie sich am Beispiel des Tatbestandes der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) zeigen lässt, hat die zutreffende legitimationstheoretische Einordnung eines strafrechtlichen Instituts entscheidenden Einfluss auf die Ausgestaltung seiner Voraussetzungen. Auf lange Sicht gesehen fördert eine Rückbesinnung auf den eigentlichen Kerngehalt der Solidarität zudem ihr argumentatives Potential: Ein zum *buzzword* verkommener Begriff, der nach politischem Belieben bemüht wird, ist nicht nur rechtstheoretisch unergiebig, er nutzt sich auch in der öffentlichen Rhetorik schnell ab.

