

Festschrift für Götz Frank



Der Rechtsstaat zwischen Ökonomie und Ökologie

*Festschrift für Götz Frank
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von
Ernst-Wilhelm Luthe, Ulrich Meyerholt
und Rainer Wolf

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-152800-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Foto: Carl v. Ossietzky Universität Oldenburg, Wilfried Golletz.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg a.N. gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Stationen im Leben von Götz Frank	VII

I. Das Vorsorgeprinzip als Element des Umwelt- und Ressourcenschutzes

<i>Thomas Heinicke</i> Vom blauen Himmel über der Ruhr. 50 Jahre verfassungspolitischer Diskurs um den Umweltschutz	3
<i>Ulrich Meyerholt</i> Der Wandel des ökologischen Rechtsstaats	23
<i>Gilles Lebreton</i> La démocratie environnementale en France	41
<i>Rainer Wolf</i> Ressourcenschutz durch Vorsorge	53
<i>Ernst-Wilhelm Luthe</i> Das ökologische, gesundheitliche und soziale Existenzminimum und das Vorsorgeprinzip	77
<i>Patrice Gélard</i> Le principe de précaution	109
<i>Christine Godt</i> „Due Diligence“ – Modernes Umweltmanagement oder Regulierungs- verweigerung?	115
<i>Jürgen Taeger und Sabine Seifert</i> Lauterkeitsrechtliche Anforderungen an umweltbezogene Werbung	133

II. Nationale und europäische Staatlichkeit im Wandel

Armelle Renaut-Couteau

Gouvernance économique et légitimité démocratique de l'Union 153

*Aurelia Colombi Ciacchi*The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the Jurisprudence
of the Court of Justice of the European Union 175*Michel Bruno*L'impact du budget de l'Union européenne sur le financement
des politiques publiques 197*Dirk Ehlers und Kristin Vorbeck*

Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden 223

*Jean-Michel Jude*Les divergences des droits français et allemand de l'insolvabilité
des personnes physiques, facteurs de Forum et Law Shopping
Forum and law shopping because of the divergence between
the French and German insolvency procedures for physical persons 245*Hubertus Kramarz*Schmerzensgeld bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts
im Spiegel der Rechtsprechung 259*Christian Kramarz*Der Europäische Notar und die Bundesnotarordnung.
Der Beruf des deutschen Notars im Lichte der europäischen Dienst-
und Niederlassungsfreiheit 285*Klaus-Frédéric Johannes*Ökonomie und politisch-juristische Theorie im Konflikt anhand
eines Streitfalles unter Philipp dem Schönen 317*Walter Ordemann*

Staat und Recht am Gestade der Jade im 16. und 17. Jahrhundert 323

Bibliographie Götz Frank 347

Autorenverzeichnis 353

Das ökologische, gesundheitliche und soziale Existenzminimum und das Vorsorgeprinzip

Ernst-Wilhelm Luthe

I. Einleitung

„Kein Gesundheitsschutz ohne Umweltschutz und kein Existenzminimum ohne Gesundheitsschutz“ – so könnte die plakative Formel lauten, um den zumindest in der Sache unübersehbaren Zusammenhang zwischen einem ökologischen, gesundheitlichen und sozialen Existenzminimum des Verfassungsrechts zu verdeutlichen. In seinem mit Ekkehart Stein verfassten „Staatsrecht“ hat Götz Frank diesen Zusammenhang mit einer klaren Forderung bekräftigt: „Die Einsicht in die Notwendigkeit eines wirksamen gerichtlichen Schutzes der Gesundheit gegen Umweltgefährdungen setzt sich nur zögernd durch. Eine gesunde Umwelt ist jedoch für unsere Gesundheit unabdingbar. Daher muss aus Art. 2 II 1 auch ein Recht auf eine gesunde Umwelt hergeleitet werden.“¹ Dies wird – wie wir wissen – überwiegend anders gesehen: Die Unbestimmtheit und der (zunehmend) überindividuelle Charakter dessen, was als gesunde Umwelt bzw. umgekehrt als Umweltgefährdung anzusehen wäre, die damit nur schwer begründbaren Eingriffe in die Rechtspositionen derjenigen, die bspw. als Anlagenbetreiber, Gewerbetreibende oder schlicht als Teilnehmer des Straßenverkehrs gegenüber solchen Umweltbelangen zurücktreten müssten und die deshalb allein zum Umweltschutz legitimierte und nicht durch ein subjektives Umweltverfassungsrecht blockierte Kompetenz des Gesetzgebers sperren sich nach allgemeiner Meinung gegen ein Recht auf gesunde Umwelt im vorgenannten Sinn. Insofern wird teilweise nicht nur ein „Grundrecht auf Umweltschutz“², sondern sogar dessen Minimalvariante in Gestalt eines „ökologischen Existenzminimums“³ verworfen. Kann man sich hiermit zufrieden geben? Die Erkenntnis, dass Grundrechte nicht von absoluter Rechtsbedeutung sind, dass ihnen als Prinzipien vielmehr nur ihre „größt-

¹ *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, 278.

² Gegen ein Umweltgrundrecht z.B. *Di Fabio*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2, Stand 1/2013, Rz. 95.

³ Gegen ein ökologisches Existenzminimum: *Vofskuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 6.

mögliche“ Verwirklichung im Rahmen des faktisch und normativ Möglichen aufgegeben ist⁴, dass sie mithin der Güterabwägung zugänglich sind und dem Gesetzgeber die Aufgabe der konkret-ausgleichenden Grundrechtsgestaltung zukommen kann, die Tatsache also, dass einige Grundannahmen zu genügen scheinen, um der Ablehnung eines ökologischen Verfassungsrechts Paroli bieten zu können, gibt Anlass, dem Problem weiter nachzugehen. Die Kategorie des Existenzminimums wird hierbei im Zuge einer verfassungssystematischen Betrachtung mit Bedacht gewählt: Nicht so sehr unter dem Aspekt der vorherrschenden Verfassungsfunktionen und Grundrechtstheorien⁵, die sich bei den drei Existenzminima in Teilen zweifellos stark unterscheiden. Im Vordergrund steht vielmehr die „Systemkonvergenz“⁶ ihrer Bauteile, d.h. die Frage, ob unter der Leitkategorie des Existenzminimums gemeinsame Prinzipien und Sinnzusammenhänge zu Zwecken übergreifender Interpretation generiert werden können. Sollten auf einer solchen Vergleichsbasis trotz gleicher gemeinsamer Grundlagen gleichwohl unterschiedliche Konsequenzen gezogen werden, wäre dies ein Umstand, der sich zumindest verfassungssystematisch als unhaltbar erweisen könnte. Ohne übergreifenden Sinngehalt aber wäre das Existenzminimum nicht mehr als eine sprachliche Variante ohne jede verfassungsrechtliche Bedeutung, die zur Vermeidung von Missverständnissen zumindest in der jüngeren Wortschöpfung des „ökologischen Existenzminimums“ möglichst schnell wieder aufgegeben werden sollte. Es liegt auf der Hand, um welche Bauteile es vor allem gehen wird: Um das Vorsorge- und Schutzprinzip, die Risikoschwelle, die gewaltenteilenden Kompetenzen und um die Dichotomie von objektivem und subjektivem Recht.

II. Das ökologische Existenzminimum

1. Begriffsklärung

Es ist in unserem Zusammenhang wenig interessant, darüber zu diskutieren, ob wir ein eigenständiges Umweltgrundrecht in der Verfassung brauchen; die hierum geführten politischen Auseinandersetzungen sind abgeschlossen.⁷ Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit weist im Zusammenhang mit dem Menschenwürdeprinzip (Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 GG) im Übrigen bereits heute schon Züge eines ökologischen Grundrechts auf. Es ist jedoch nicht mehr als ein „partielles Umweltgrundrecht“⁸, eben ein „ökologisches

⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, 72 ff.

⁵ Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, 1529 ff.

⁶ Stern, in *Isensee/Kirchhoff*, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V (1992), § 109, Rz. 28.

⁷ Näher: Stein/Frank, *Staatsrecht*, 21. Aufl. 2010, 176 f.

⁸ Ebenda, 277.

Existenzminimum“⁹. Sein genauer Gehalt ist jedoch unklar. Teilweise wird es gleichgesetzt mit den geläufigen Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 2 GG¹⁰, wobei die staatliche Schutzpflicht (insofern bei Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 1 und 14 GG) gegenüber von privater Seite drohenden Gesundheitsschäden von besonderer Bedeutung ist.¹¹ Teilweise wird das ökologische Existenzminimum noch unterhalb dieses Schutzniveaus angesiedelt, verbunden mit der Feststellung, der Staat sei angesichts des vergleichsweise hohen Schutzniveaus von einer Unterschreitung des ökologischen Existenzminimums weit entfernt.¹²

Begrifflich ist beides nicht sonderlich überzeugend. Ein „ökologisches“ Existenzminimum reicht über den engeren Schutzbereich von Leben und körperlicher Unversehrtheit weit hinaus; es stellt die beiden Verfassungswerte in einen Kontext, dem sie an sich nicht zugeordnet waren. Anders gesagt: Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit enthält nur einen Teilbereich der für ein ökologisches Existenzminimum maßgeblichen Vorgaben, andere könnten sich z.B. aus der Eigentumsfreiheit ergeben.¹³ Unter diesem Blickwinkel wäre das ökologische Existenzminimum ein Verfassungsversprechen, das bei strenger Orientierung am gewohnten Schutzbereich des Grundrechts nicht gehalten werden kann. Oder aber der Schutzbereich des Grundrechts wird über Gebühr ausgeweitet. Ebenso abzulehnen ist die Version einer unter dem Schutzniveau des Art. 2 Abs. 2 GG angesiedelten Minimalgarantie. Leben und körperliche Unversehrtheit sind „Höchstwerte“ der Verfassung. Art. 2 Abs. 2 GG enthält die Verpflichtung zu einem möglichst effektiven Gesundheitsschutz, in Gestalt einer gegen den privaten „Störer“ oder allgemeine Gefahren gerichteten positiven Staatspflicht aber keine Minimalgarantie. Dasjenige was zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit getan werden muss, muss getan werden. Mit minimalen Rechten auf etwas hat dies nichts zu tun. Weder „passt“ mithin die Kombination von Ökologie und Existenzminimum, wenn man den geläufigen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG im Auge hat. Noch „passt“ die Annahme einer Minimalgarantie unterhalb der staatlichen Schutzverpflichtung. Die gleichsam vermittelnde Lösung kommt dagegen nicht, jedenfalls nicht in der erforderlichen Deutlichkeit, zur Sprache: Soll mit einem ökologischen und gerade auf Art. 2 Abs. 2 GG fußenden Existenzminimum eine eigenständige Richtung beschritten werden, so muss es sich zunächst abheben von der geläufigen, im Kern abwehrenden staatlichen Gesundheitsschutzpflicht. Damit kommt zwangsläufig das Prinzip der Vorsorge ins Spiel, welches im bipolar und quellenbezogen ausgerichteten Schutzgedanken nur unvollkommen aufgehoben ist. Gleichwohl lässt sich in der

⁹ Scholz, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 8; *Kloepfer*, DVBl. 1988, 305, 310.

¹⁰ Scholz, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 8 und 9.

¹¹ BVerfG 53, 30, 51, 57 ff. (Mülheim-Kärlich).

¹² *Di Fabio*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2, Stand 1/2013, Rz. 95.

¹³ BVerfG, NJW 1998, 3264, 3265.

Rechtsprechung bei Gefährdung hoher Rechtsgüter, wie sogleich zu zeigen sein wird, gleichsam eine Verschmelzung von Schutz- und Vorsorgeprinzip beobachten, und zwar dann, wenn wegen des starken Gewichts des Schutzgutes bei ganz entfernter oder aktuell unaufklärbarer Schadenswahrscheinlichkeit auf vorsorgende Maßnahmen nicht verzichtet werden kann. Auch hier wäre es falsch von einem ökologischen Existenz-„Minimum“ zu reden, weil es, wie gesagt, rechtlich nichts geben kann, was unterhalb einer nach vollzogener Abwägung zwischen Gesundheit und Drittinteresse verbleibenden Schutzpflicht angesiedelt ist. Als Minimalgarantie kann ein ökologisches Existenzminimum mithin nur in einem eingeschränkten Sinn in Betracht gezogen werden. Ist es nach allem keine typisch abwehrende Maßnahme, hat es vorsorgende Wirkung und einen Minimalgehalt, so kommt im Rahmen begrifflicher Analyse nur ein *staatlich garantiertes Minimum an gesundheitlicher Vorsorge durch entsprechende staatliche Umweltfördermaßnahmen* in Betracht. Der Kerngedanke ist: Von der Schutzpflicht zur Mindestförderpflicht. Wir werden im Folgenden sehen, warum es einiger Anstrengung bedarf, um diesen Gedanken zu entfalten.

2. Vom Schutzgedanken zum Vorsorgegedanken

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat seinen Schwerpunkt in der Abwehr von tatsächlich messbaren, ursächlich identifizierbaren Umweltbelastungen für einen insofern in seiner körperlichen Unversehrtheit mindestens gefährdeten Grundrechtsträger. Gegenüber den kumulativen Wirkungen multipler, nicht mehr einer bestimmten Verursachungsquelle zurechenbarer Belastungen, wie wir sie heute mit dem anthropogenen Klimawandel, dem Arten- und Habitatverlust, dem schlechten Zustand von Böden und Gewässern oder auch im Hinblick auf Lärm- und Strahlenbelastungen erleben, greift das Gesundheitsgrundrecht zu kurz. Das ihm innewohnende klassische „umweltpolizeiliche“ Reaktionsmuster mit seiner Fixierung auf die Kombination von Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit versagt dort seinen Dienst, wo die Schadenswahrscheinlichkeiten nur noch als hypothetisches Risikowissen formulierbar sind, wo die Gefahrenquelle in kumulierten Effekten sich verliert oder der Schaden zumindest vorläufig nur als systemisches Problem definiert werden kann (etwas als Schädigung des „Ökosystems“ oder des „Naturhaushalts“). Wenn die genaue Störungsquelle fehlt oder der Schaden und sein Eintritt nicht exakt spezifiziert werden kann, ist Gefahrenminimierung nur noch möglich als Vorsorge.

Vorsorge aber, so die nicht unberechtigte Befürchtung, erhöht die Willkürkomponente.¹⁴ Schon verhaltenswissenschaftlich gilt als ausgemacht, dass der

¹⁴ So generell für ökologische Risiken, weil sie „zu weit und zu unbestimmbar streuen“: *Luhmann, Ökologische Kommunikation*, 1986, 141, 133.

subjektive Faktor in der Einschätzung von Eintrittswahrscheinlichkeiten durch Fachexpertise kaum ausgeglichen werden kann, die Wahrscheinlichkeitsannahmen vielmehr vom erwarteten Nutzen der Technologie und der Verfügbarkeit der Information abhängen, von Faktoren also, die mit der Eintrittswahrscheinlichkeit selbst nichts zu tun haben.¹⁵ Ebenso wenig sind juristische Abwägungsformeln ein Ersatz für fehlende Gewissheit. Die aus dem Standardrepertoire rechtlicher Umweltargumentation bekannte „Güterabwägung“ „verweist auf die Entscheidung im Einzelfall, sie kündigt nur an, dass die Gerichte nach sorgfältiger Prüfung der Sachlage entscheiden werden.“¹⁶ Weder über den Gefahreneintritt noch – bei hinreichender Bestimmbarkeit der Wahrscheinlichkeit – die Risikoakzeptanz (das „Restrisiko“) sind Kriterien vorhanden, von denen erwartet werden kann, dass der zugrunde liegende Konflikt einer konsistenten, willkürfreien und letztlich gut begründeten Lösung zugeführt wird. Hier mit Bürgerpartizipation im Übrigen auf die heilende Wirkung konsensorientierter Verfahren zu setzen, ist im Übrigen keine befriedigende Antwort auf Erfordernisse eines wissenschaftlich-objektiven Umgangs mit Ungewissheit. Vielmehr muss damit gerechnet werden, dass man gerade in der Einschätzung von Risiken mit Wahrnehmungsverzerrungen und instrumentalisierbarer „Angstkommunikation“ rechnen muss, insoweit gewissermaßen „Preise, Presse und Propaganda“ die realen Folgen verschleiern. Da sich Nutzen und Schaden riskanter Technologie in der Gesellschaft oft ungleich verteilen, wird es nicht zuletzt zu unüberbrückbaren Interessendivergenzen kommen, so dass der Versuch auf basisdemokratischem Weg Lösungen zu finden, nicht sehr erfolgversprechend erscheint. Spricht man von der Umwelt, so spricht allein die Sprache der Politik, des Rechts, des Erziehungs- und Gesundheitswesens, der Massenmedien. Die gängigen Ersatzformeln für nicht erreichbare Umweltsicherheit (demokratischer Konsens, sozialadäquates Restrisiko, der politische Einschätzungsspielraum) markieren am Ende nur „gesellschaftsintern“ erzeugte Verständigungsprobleme. Und man muss sich fragen, was dies mit einem „außerhalb“ der Gesellschaft angesiedelten Umweltproblem zu tun hat.¹⁷

Wenn Verfassungsrechtler somit behaupten, eine allgemeine Staatspflicht zur Risikovorsorge sei mit den Grundprinzipien eines sozialen und liberalen Rechtsstaats kaum zu vereinbaren, es sei denn der Umschlag vom Risiko in die Rechts-

¹⁵ *Kabnemann*, Schnelles Denken – Langsames Denken, 16. Aufl. 2011, 173–182, 522 ff., 542 ff.

¹⁶ *Lubmann*, Ökologische Kommunikation, 1986, 138.

¹⁷ So der Tenor bei *Lubmann*, Ökologische Kommunikation, 1986, 34 f.: Eine Kommunikation zwischen Gesellschaft und Umwelt ist prinzipiell nicht möglich. Die Gesellschaft kann vielmehr nur „nach Maßgabe ihrer Informationsverarbeitungskapazität über ihre Umwelt kommunizieren. Sie reguliert dabei selbst, was für sie Information ist, kann aber durch Irritationen und Störungen, insbesondere durch Bewusstseinsprozesse von beteiligten Personen, in der Selektion und Ordnung von Kommunikation beeinflusst werden.“ Hierzu auch *Bauch*, Gesundheit als sozialer Code, 1996, 86–93.

gutgefährdung sei höchstwahrscheinlich oder sicher¹⁸, so ist dem im Grundsätzlichen zunächst nichts entgegenzusetzen. In der Rechtsprechung ist der Vorsorgegedanke gleichwohl längst angekommen: Speziell zur friedlichen Nutzung der Kernenergie hat das Bundesverfassungsgericht schon früh auf die politische Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung hingewiesen, „im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenz die von ihnen für geboten erachteten Entscheidungen zu treffen“.¹⁹ Vor allem aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folge eine besondere „Pflicht der staatlichen Organe“, „sich schützend und fördernd vor die ... genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“. „Angesichts der Art und Schwere möglicher Gefahren bei der friedlichen Nutzung der Kernenergie muß bereits eine entfernte Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts genügen, um die Schutzpflicht des Gesetzgebers konkret auszulösen.“ Dieser Pflicht sei der Gesetzgeber im Atomgesetz jedoch nachgekommen, denn dieses „bezweckt ausdrücklich ..., Leben, Gesundheit und Sachgüter vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen“. Restrisiken seien aber nicht zu vermeiden und als allgemeine Zivilisationsrisiken hinzunehmen: „Ungewißheiten jenseits der Schwelle praktischer Vernunft“ sind „unentrinnbar und insofern als sozial-adäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen“. Die Entscheidung verlässt den bis dato gewohnten, nämlich grundsätzlich vergangenheitsorientierten Umgang mit der Gefahrenabwehr. Gesundheitliche *Risiko- und damit Zukunftsvorsorge wurde erstmalig zum verfassungsrechtlichen Prinzip* erhoben und wird von den Gerichten in einer differenzierten Kasuistik seitdem kontinuierlich weiterentwickelt. Jüngstes Beispiel: Selbst gegen nur rein theoretisch denkbare Katastrophenszenarien ist Verfassungsschutz gegeben. Die Klage gegen den Teilchenbeschleuniger von CERN ist letztlich nicht am Schutzprinzip, sondern an der mangelnden Substantiierung seiner Gefährlichkeit gescheitert.²⁰

Das Vorsorgeprinzip darf in seiner Bedeutung jedoch nicht überschätzt werden. Nach wie vor steht bei der staatlichen Schutzpflicht die „konkrete“ Gefahrenquelle, der „eindeutige“ Ursachenzusammenhang, der „messbare“ Schaden im Vordergrund der juristischen Entscheidungstätigkeit. Das Vorsorgeprinzip bleibt gedanklich eng mit der Gefahrenabwehr verbunden. Nur der irreversible, flächendeckende, intensive Schaden kann die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle in den Bereich des Spekultativen rechtfertigen. Je größer die Schadenshöhe umso geringere Anforderungen gelten hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit; das ist klassische Gefahrenabwehr. So ist praktisch keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bekannt, wo eine mit Art. 2 Abs. 2 GG nicht zu vereinbarende staatliche Untätigkeit nachgewiesen worden wäre.²¹

¹⁸ Scholz, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 8 ff.

¹⁹ BVerfGE 49, 89, 140 ff.

²⁰ BVerfG, NVwZ 2010, 702.

²¹ *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 7.

Daran hat vor allem auch die seit nunmehr zwei Jahrzehnten existierende *Staatszielbestimmung Umweltschutz* in Art. 20 a GG nahezu²² nichts geändert: diese stelle, so das Bundesverwaltungsgericht, keine weitergehenden Anforderungen an die staatlichen Schutzpflichten als Art. 2 Abs. 2 GG.²³ Insbesondere gegen rein hypothetische Gesundheitsgefahren könne auch unter Einbeziehung von Art. 20 a GG staatlicher Schutz nicht beansprucht werden.²⁴ Im Übrigen wird dem Gesetzgeber in den wenigen Fällen, wo denn ein Tätigwerden von ihm überhaupt verlangt wird, bei der Frage der konkreten Umsetzung seiner Schutzpflicht regelmäßig ein weiter Gestaltungsspielraum²⁵ und bei der Wahl der Mittel ferner eine sog. *Einschätzungsprärogative* eingeräumt.²⁶ Eine Schutzverpflichtung kann deshalb letztlich nur bestehen, wenn die öffentliche Gewalt entsprechende Vorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen völlig ungeeignet oder unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen (sog. *Evidenzkontrolle*).²⁷ Grundsätzlich aber hat der Gesetzgeber nachzuweisen, dass er die relevanten Tatsachen sorgfältig ermittelt und in vertretbarer Weise ausgewertet hat; kann er dies nicht, hat er keine oder ungeeignete Maßnahmen getroffen, handelt er im Untermaß (*Untermaßverbot*).²⁸ Dann schlägt die objektive Schutzverpflichtung in ein subjektives Recht auf staatliche Gefahrenminimierung um.

Der Gesetzgeber wird also in konkreten Handlungspflichten nicht festgelegt: Wie er die Gesundheit schützt, ob durch positive Leistungen, Verfahrensvorkehrungen oder Verbote, wird durch die Schutzverpflichtung in den Grenzen des sog. Untermaßverbotes regelmäßig nicht näher bestimmt. Dies wäre anders, wenn wir dazu kämen, in Art. 2 Abs. 2 GG eine zumindest „minimale Pflicht zu“ oder ein „minimales Recht auf“ gesundheitsbezogene Umweltförderungsmaßnahmen zu erblicken. Einen wesentlichen Baustein können wir hierbei aber nach dem Gesagten als gegeben voraussetzen: Eine Vorsorgepflicht ist Art. 2 Abs. 2 GG nicht fremd.

²² Im Blick auf den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers wurde vom BVerfG in einer vereinzelt Entscheidung darauf hingewiesen, dieser sei vor dem Hintergrund des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in Art. 20 a GG gehalten, weitere Reduktionen beim Treibhausausstoß zu erreichen, – ohne dies jedoch mit konkreten Anforderungen zu verknüpfen: BVerfGE 118, 79 = NVwZ 2007, 937.

²³ BVerwG vom 9.3.2011 – 4 B 46/10 (Rz. 9).

²⁴ So auch BVerfG vom 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01 = NJW 2002, 1638, 1639.

²⁵ BVerfGE 118, 79, 111; BVerfG, NVwZ 2007, 1168.

²⁶ Als Beispiel neben vielen: BVerfGE 128, 1, 37, 39 = NVwZ 2011, 94 (Gentechnik).

²⁷ BVerfG, NVwZ 2007, 805.

²⁸ BVerfG, NVwZ 2011, 991, 994; BVerfG, NVwZ 2009, 1489, 1490; BVerfG, NVwZ 2009, 1494, 1495.

3. Das Staatsziel Umweltschutz und seine Bedeutung für die körperliche Unversehrtheit

Bereits im vorigen Kapitel wurde deutlich, dass die Staatszielbestimmung Umweltschutz in Art. 20 a GG keine weitergehenden Anforderungen an staatliche Schutzpflichten stellt als das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit. Auch hat es nicht zur Herausbildung eines hierüber hinausreichenden Umweltgrundrechts geführt.²⁹ Das Vorsorgeprinzip kann mittlerweile zwar als Teil der staatlichen Schutzverpflichtung angesehen werden. Es begründet jedoch keine allgemeine Pflicht zur Umweltrisikovorsorge. Der Grundgedanke in Art. 2 Abs. 2 GG ist die Gefahrenabwehr. Das Vorsorgeprinzip wird hierdurch präformiert, hat in dieser Hinsicht eine dienende Funktion: Ohne lokalisierbare Schadensquelle und ohne hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritt ist eine Verbindung mit dem Schutzprinzip grundsätzlich unzulässig. Der Rest ist eine Frage der abwägenden Einzelfallbewertung.³⁰

Die Prägung des Vorsorgeprinzips durch das Schutzprinzip aber ist nur äußerlich; die genaue Bedeutung von Vorsorge ist abhängig vom verfassungssystematischen Kontext. Im Kontext des Staatsziels Umweltschutz nämlich verändert es sich. Staatszielbestimmungen sind keine einklagbaren Grundrechte, sondern Handlungsaufträge an die Staatsgewalten, bei deren Umsetzung durch den hierzu in erster Linie befugten Gesetzgeber³¹ große Spielräume bestehen. Das ist bei Art. 20 a GG nicht anders als sonst auch.³² Wenn mit Rücksicht auf entgegenstehende Interessen von „Betreibern“ (etwa emittierenden Betrieben) und Teilöffentlichkeiten (etwa beim Energiebedarf) im Falle der Gefahrenabwehr auch stets ein hinreichend eingrenzbare Risiko für den „Einzelnen“ dargetan werden muss, so muss dies bei den Umweltzielen der Verfassung gerade nicht der Fall sein. Ansonsten hätte es einer solchen Zielbestimmung nicht bedurft. Vorsorge kann sich in diesem Zusammenhang auch auf das „kollektive“ und in Bezug auf Quelle und Schaden „diffuse“ Risiko beziehen. Schon der im Blick auf die künftigen Generationen zum Tragen kommende Nachhaltigkeitsgrundsatz des Art. 20 a GG verlöre angesichts einer solchen weit in die Zukunft vorgehenden Perspektive ohne die Anerkennung einer auch abstrakt gelagerten Umweltvorsorge jeden Sinn. Umgekehrt kann allein auf dieser Grundlage kein ökologisches Existenzminimum abgeleitet werden; denn dies müsste spezifiziert werden können, wenn Gesetzgeber und Regierung in die Pflicht genommen werden sollen. Und es müsste unter Geltungsaspekten ein klarer Ver-

²⁹ Ebenda, 5 f.; auch BVerwGE 54, 211 = NJW 1978, 554 – L.

³⁰ Deutlich z.B. bei BVerfG, NJW 1998, 3264 ff.

³¹ Scholz, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 41 f., insoweit insbesondere zur Ausgleichsfunktion des Gesetzgebers in Ansehung weiterer, mindestens gleichrangiger Verfassungsziele.

³² Anstatt vieler: *Jarass*, in *ders./Pieroth* (Hg.), GG-Komm., 12. Aufl. 2012, Art. 20 a Rz. 2; BVerfG, NVwZ 2010, 114; BVerwG, NVwZ 1998, 1080, 1081.

pflichtungsgehalt für die Annahme einer subjektiven Rechtsstellung vorliegen. Dies lässt sich nur im Geltungsbereich eines Grundrechts erreichen. Wir werden also später wieder zu Art. 2 Abs. 2 GG zurückkehren. Dann allerdings mittels eines über den Hebel des Art. 20 a GG rekonstruierten Vorsorgeprinzips. Worum also geht es in Art. 20 a GG?

So schreibt der Jubilar zum Inhalt des Schutzauftrages in Art. 20 a GG in der 21. Auflage von „Staatsrecht“: „Im Zentrum des Schutzauftrags steht das Vorsorgeprinzip. Im Gegensatz zur klassischen Perspektive der Gefahrenabwehr ist es auf vorbeugendes Wirken angelegt um unterhalb der Gefahrenschwelle einen bestmöglichen Umweltschutz zu suchen. Dazu gehört die Vermeidung und Minimierung von Umweltbelastungen, also die Verpflichtung bei Entscheidungen nach Lösungen mit geringstmöglicher Belastung zu suchen. Im Übrigen ist auf eine nachhaltige Nutzung der Schutzgüter zu achten: Die Belastbarkeitsschwellen für Boden, Luft und Wasser müssen so gewählt werden, dass auf Dauer die notwendige Absorption und Selbstreinigung gewährleistet sind.“³³ Dabei sei unter den „natürlichen Lebensgrundlagen“ die vom Menschen beeinflusste Natur, nicht aber die psycho-soziale Umwelt des Menschen zu verstehen.³⁴ Der Begriff wird insoweit als identisch angesehen mit dem Begriff der „natürlichen Umwelt“.³⁵ Diese wurde über den Schutz der körperlichen Unversehrtheit viele Jahrzehnte nur mittelbar geschützt, erhält aber mit der Staatszielbestimmung eine eigenständige Bedeutung. Ob man in dieser Hinsicht mit dem Jubilar so weit gehen muss, den Umweltschutzauftrag des Staates in eine ökozentrische Verfassungsperspektive einmünden zu lassen, nach der die Umwelt um ihrer selbst willen geschützt sei (und nicht nur als natürliche Lebensgrundlage des Menschen), braucht hier nicht entschieden zu werden.³⁶ Es dürfte aber nicht zu bestreiten sein, dass das Umweltschutzziel des Grundgesetzes gerade das vorbeugende Wirken unterhalb der Gefahrenschwelle umfasst, aber auch, dass es den *Kanon der Grundrechtsfunktionen erweitert*, sobald es in eine Relation zu Grundrechten gebracht wird. Zumindest müssen wir diese Konsequenz zur Kenntnis nehmen in anderen Bereichen des Existenzminimums, wo erst durch die Verbindung von Menschenwürde oder auch körperlicher Unversehrtheit mit dem sozialen Staatsziel (Art. 20 Abs. 1 GG) die Abwehrkomponente des Grundrechts mit einer Leistungskomponente angereichert wird (s.u.).

³³ Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Auflage 2010, 179.

³⁴ Ebenda, 180.

³⁵ Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 36.

³⁶ Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Auflage 2010, 176; immerhin war die Vorstellung einer göttlich beseelten Natur eher eine Vorstellung der frühen Gnostiker, im Christentum jedenfalls wohl eher eine Mindermeinung. Im Übrigen: Welche Letztbegründung soll es sonst sein, wenn in ökozentrischer Sicht nicht der Mensch als Mittelpunkt des Schutzauftrages des Art. 20 a GG in Betracht kommt?

Dies ist alles andere als ein Systemfehler oder Fremdkörper im Verfassungsgefüge.³⁷ Die subjektive Bewehrung der Freiheit erreicht vielmehr erst durch die Pflicht zu positivem und – angesichts der heutigen Herausforderungen – insbesondere auch durch die Pflicht zu leistendem Staatshandeln ihr rechtsstaatliches Optimum.³⁸ Dies unterstreicht Art. 20 a GG. Der Umweltschutzauftrag in Art. 20 a GG führt insofern zur Dynamisierung der Grundrechtsnorm³⁹ des Art. 2 Abs. 2 GG. Trotz der Gestaltungsoffenheit dieses Staatsziels werden Gesetzgeber und nachrangig auch Verwaltung und Gerichtsbarkeit nachdrücklich vor Augen geführt, dass es vom Grundsatz her nicht ausreicht, beim Schutz der Gesundheit allein auf das Gefahrenabwehrprinzip zu setzen. Wenn nach Art. 20 a GG auch abstrakter Schutz zu leisten ist und zwar gerade dann, wenn sich Umweltrisiken nur als theoretisches, hypothetisches, kausaltechnisch diffuses Kollektivrisiko für die Gesundheit zeigen, so kann ein negatorisch, punktuell und bipolar ausgerichteter Individualschutz von vornherein nicht greifen. Erst durch das Umweltstaatsziel wird deutlich, dass körperliche Unversehrtheit und Umweltschutz nicht vollständig ineinander aufgehen, *dass dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit im Licht des eigenständigen Umweltschutzziels von der Verfassung vielmehr eine erweiterte Bedeutung eingeräumt wird*, welche über bisherige Schutzverpflichtungen hinausreicht und die Schutzpflicht dort, wo sich die Gefahrenabwehrkomponente in multifaktoriellen Ursachenzusammenhängen und unsicheren Verläufen gleichsam verliert, in eine vorsorgende Förderverpflichtung überführt. Zweifelsohne gab es eine Grundrechtserweiterung zur Erreichung des Grundrechtsoptimums auch bisher schon. Art. 2 Abs. 2 GG entwickelte sich von einem reinen Abwehrrecht zu einem Recht auf positive Handlungen des Staates – aber eben in negatorisch präformierter Weise (II.2.). Staatliche Umweltschutzförderung, also ein Staathandeln mit rein leistungsrechtlicher Komponente, war bislang im Grunde genommen nicht mehr als eine von vielen dem Gesetzgeber freigestellten Reaktionsmöglichkeiten auf Umweltgefährdungen. *Damit ist es vorbei, wenn im Sinne des in Art. 20 a GG aufgehobenen Nachhaltigkeitsgrundsatzes „nachhaltiger Gesundheitsschutz“ nicht anders als durch umweltpolitische Gesundheitsvorsorge und diese nicht anders als durch umweltpolitische Gesundheitsförderung erreicht werden und*

³⁷ In diesem Sinn noch BVerfGE 1, 97, 104.

³⁸ So bspw. BVerfGE 35, 79, 115 und 116: Der Staat hat nicht nur die personellen, sondern auch die finanziellen Mittel für einen „freien Wissenschaftsbetrieb“ zur Verfügung zu stellen. „Dem einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG erwächst aus der Wertentscheidung (für die Wissenschaft, der Verf.) ein Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung erst ermöglichen.“

³⁹ Zu den verschiedenen Bedeutungsschichten eines Grundrechts, die, abhängig von den faktischen und normativen Bedingungen, teils mehr, teils weniger gefordert, im Grundrechtskern aber gleichwohl stets vorhanden sind, vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, 224–228.

nur so das Grundrecht im Wandel der Zeit zu seinem Optimum gebracht werden kann. Ist der Gesetzgeber zur Erfüllung seiner Schutzverpflichtung in den Grenzen des Untermaßverbotes frei, so ist er dies im Rahmen seiner vorsorgenden Leistungsverpflichtung nicht mehr.

Hier beginnt gewissermaßen das von der geläufigen Schutzpflicht kategorial zu unterscheidende „ökologische Existenzminimum“, wie bereits die begriffliche Analyse gezeigt hat (II. 1): *Als staatliche Verpflichtung zur Sicherstellung der Mindestvoraussetzungen für einen vorsorgenden und auf die Gesundheit abzielenden Umweltschutz.* Das „ökologische Existenzminimum“ ist, anders gesagt, die tatbestandliche Einheit von vorsorgendem Grundrechtsschutz einerseits (Art. 2 Abs. 2 GG) und dem Auftrag zum Schutz der „natürlichen Lebensgrundlagen“ andererseits (Art. 20 a GG). Es kommt gerade dort zur Geltung, wo eine konkrete Gesundheitsgefahr nicht besteht. Zweifelsohne ist staatliches Handeln gerade in diesem Bereich in hohem Maße von fachlichen Einschätzungen und normativen Wertungen abhängig. Dies spricht aber nicht gegen die Geltung eines ökologischen Existenzminimums dem Grunde nach, sondern lediglich für einen *weiten legislativen bzw. exekutiven Spielraum der Umsetzung*, der von besonderen Sorgfaltspflichten im Umgang mit umweltrelevanten Informationsgrundlagen bis hin zu kostenintensiven Maßnahmen reichen kann.

Nur sollte klar gesehen werden, dass die Grundlogik dieses Entscheidungsspielraums im Vergleich zu demjenigen staatlicher Schutzpflichten eine andere ist; denn er setzt gegenständlich dort an, wo jener nicht mehr greift. Im Kern erleben wir einen Kategoriensprung vom Abwehrrecht zum Leistungsrecht. Schon der auf ein Minimum beschränkte Verpflichtungsgehalt zeigt, dass es beim ökologischen Existenzminimum um eine eigenständige Verfassungskategorie geht. Einerseits kann es dort, wo der Staat in abstrakten Beurteilungssituationen zu präventivem Handeln verpflichtet ist, nicht wie bei der negatorisch eingerahmten Schutzpflicht um eine Vollverpflichtung gehen; dies wäre angesichts des hierdurch bewirkten Übergewichts des Umweltschutzes gegenüber anderen Staatszielen (etwa gegenüber dem Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts) mit dem Prinzip der Einheit der Verfassung nicht zu vereinbaren (auch II. 2).⁴⁰ Umgekehrt könnte die abwehrende Schutzpflicht als Minimalgarantie ihr Ziel kaum erreichen. Zwischen beiden bestehen also fundamentale Unterschiede. *Als Minimalgarantie im Geltungsbereich eines Grundrechts aber wohnt dem ökologischen Existenzminimum immerhin ein Verpflichtungsgehalt inne, der mehr ist als ein in jeder Beziehung gestaltungsoffenes Staatsziel.* So wird das Staatsziel grundrechtsaktiviert und das Grundrecht mittels Staatsziel

⁴⁰ Zutreffend Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 13 f., 41: „Der Grundsatz von der Einheit der Verfassung fordert in allen diesen oder vergleichbaren Fällen den stetigen Interessen- und Schutzgüterausgleich (Vorbehalt der praktischen Verfassungskonkordanz).“

inhaltlich erweitert. Der besondere innere Zusammenhang von Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 20 a GG aber lässt sich noch auf andere Weise verdeutlichen:

4. Die natürlichen Lebensgrundlagen und der Körper des Menschen

Der Begriff der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20 a GG wird, sieht man von der geläufigen Grundunterscheidung in psycho-soziale und natürliche Umwelt ab (II. 3.), im Verfassungsrecht an keiner Stelle auch nur ansatzweise theoretisch erfasst, sondern im Wesentlichen im Wege der Verwendung von Regelbeispielen einer durch und durch pragmatischen Behandlung zugeführt.⁴¹ Man wird dies sogleich mit dem dynamischen Charakter von Umweltproblemen, ihrer Zukunftsoffenheit, nicht zuletzt mit der Unbestimmtheit des Begriffs der natürlichen Lebensgrundlagen⁴² rechtfertigen wollen. Dies schließt aber eine eher an formalen Kriterien orientierte Analyse nicht aus. Für die „psychosoziale Umwelt“ des Menschen gibt es soziologisch und insbesondere systemtheoretisch⁴³ einen anderen Begriff: Das Gesellschaftssystem. Dieses besteht aus Kommunikation. Und ebenso gibt es eine andere Beschreibung des Menschen: Er ist unterteilt in ein physisches, ein hirnrhysiologisches und ein Bewusstseinssystem. Er besteht insofern aus Biomasse und Gedanken. Er gehört somit zur Umwelt des Gesellschaftssystems. Damit kommen wir sogleich zum Ausgangsproblem: Steht der Mensch außerhalb der Gesellschaft, so ist er nach obiger Unterscheidung nicht der „sozialen Umwelt“ zugehörig. Ist er damit bereits Teil der natürlichen Umwelt, also der „natürlichen Lebensgrundlagen“ in Art. 20 a GG? Aus dem Blickwinkel der Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 2 GG, die sowohl psychische als auch physische Gesundheitsgefahren erfassen, wäre dies plausibel. Sogar als ungeborenes Leben genießt der Mensch Verfassungsschutz. Die im Verfassungsrecht mit menschlicher Würde (Art. 1 GG) angereicherte Biomasse ist also bereits geschützt, ohne über ein voll ausdifferenziertes Bewusstsein zu verfügen. Das ist

⁴¹ Anstatt vieler *Scholz*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 a, Stand 1/2013, Rz. 36 (Naturschutz- und Landschaftspflege, Immissionsschutz, Lärmbekämpfung, Luftreinhaltung, Gewässerschutz, Strahlenschutz, Abfallvermeidung und -entsorgung, Klimaschutz, Bodenschutz, Ressourcenschutz, Kontrolle von chemischen Stoffen; *Voßkuhle*, aaO., 4 (Wasser, Luft und Pflanzen).

⁴² Zu „Natur“ als letztlich unbestimmbare paradoxe Einheit von Negentropie und Entropie: *Luhmann*, Über Natur, in *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik 4 (1995), 9 ff.

⁴³ Generell zur System-Umwelt-Differenz: *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, 35 ff., 242 ff.; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft 1997, 60 ff., 433 ff.; zur Unterscheidung der Systemebenen Gesellschaft/Psyche/Körper: *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 6. Aufl. 2011, 237 ff.; *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, 259, 355; *Luhmann*, Medizin und Gesellschaftstheorie, in: *Medizin, Mensch, Gesellschaft* 8, 1983; *ders.*, Der medizinische Code, in: *Soziologische Aufklärung* 5, 1990, 183–195; *Fuchs*, Das Unbewusste in Psychoanalyse und Systemtheorie, 1998, 115 f.; *Heinz von Foerster*, Das Gedächtnis, Wien 1948.

aber eher untypisch und eine besondere Auswirkung der Menschenwürdeformel.⁴⁴ Typischerweise kann der Mensch nur als bewusstes, zu willentlichem Handeln fähiges Wesen geschützt sein. Dies ist eine Grundvoraussetzung jedweden Grundrechtsschutzes und insofern einer durch den Grundrechtsträger (und nicht durch den Staat) definierten Freiheit. Vor allem die verfassungsrechtlich häufiger bemühte Willenskomponente des Menschen ist der Sache nach nichts anderes als das psychische System. Das psychische System ist gleichsam Sitz des Freiheitswillens. Damit können wir die soziologische Unterscheidung unter Mithilfe des Rechts noch zuspitzen. Nicht nur aus der Warte der „sozialen Umwelt“, auch aus der Warte des psychischen „Willens“ betrachtet gehört der Körper zur Umwelt, in dieser Hinsicht zur Umwelt des psychischen Systems. Denn jenseits krankhafter Störungen oder triebhafter Affekte zeigt sich der Körper dem Individuum stets nur in vermittelter Form: Als gedankliche Konstruktion mit starker symbolischer Formgebung.⁴⁵ Das Individuum als mit Identität und Freiheitswillen ausgestattetes psychisches Wesen lebt in seinem Körper in dieser Hinsicht aber nicht anders als in der sonstigen natürlichen Umwelt. Der Körper mag sich in der Vorstellungswelt des Individuums in bestimmter Weise repräsentieren. Für sich genommen ist er aber nicht mehr als reine Biomasse und damit Teil der natürlichen Lebensgrundlagen – in rechtlicher Hinsicht also körperliche Grundlage dafür, einen bestimmten Freiheitswillen zu haben, die aus der natürlichen Biomasse einen Grundrechtsträger entstehen lässt. Der menschliche Körper ist damit Schutzgut auch des Art. 20 a GG.

Der Zusammenhang zwischen Grundrechtsnorm und Staatszielbestimmung wird damit offenkundig: Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ist in dieser Relation um der Gesunderhaltung des menschlichen Körpers willen gegeben, mag die Umwelt im Übrigen auch ein Eigenrecht um ihrer selbst willen beanspruchen können. Dies können wir nach dem Gesagten mehr oder weniger radikal zum Ausdruck bringen. Die theoretisch radikale Position hätte kein Problem damit, neben Wasser, Luft, Boden usw. auch den menschlichen Körper als Inbegriff der natürlichen Lebensgrundlagen im Sinne des Art. 20 a GG anzusehen. Allein in der Differenz zur „sozialen Umwelt“ wäre an sich sogar das psychische System ein Teil der „natürlichen Umwelt“. Gleichwohl gibt der Wortlaut der „natürlichen Lebensgrundlagen“ in Art. 20 a GG für eine derart extensive Interpretation nichts her. Es ließe sich daran denken, eine Kausal- oder Wechselwirkungsbeziehung zwischen Körper und Psyche herzustellen, um die Psyche den natürlichen Lebensgrundlagen quasi über einen Umweg zuordnen zu können. Die Grenzen zulässiger Wortlautauslegung wären in diesem Fall aber wohl überschritten. Damit ist die Psyche zwar Schutzgut der

⁴⁴ *Luthe*, Optimierende Sozialgestaltung 2001, 44 f.

⁴⁵ *Brown*, *Love's Body* 1979.

abwehrenden Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 GG⁴⁶, aber kein Schutzgut des ökologischen Existenzminimums nach Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 20 a GG.

Auch die abgemilderte Variante aber kann nicht darüber hinwegsehen, den menschlichen Körper als eine Art *conditio sine qua non* der Staatszielbestimmung anzusehen. Er ist der zentrale Punkt, auf den alles zuläuft. Selbst wenn man den Menschen auf naturalistische Art mithin als ganzheitliches Gattungswesen begreift, so kann dieser letztlich nicht ohne eine gesunde Umwelt existieren. Natur und menschliche Körpernatur sind kaum zu trennen. Und dies ist bereits für sich genommen Grund genug, die „körperliche Unversehrtheit“ als legitimen Schutz betroffenen einer vorsorgenden Umweltförderverpflichtung des Staates anzuerkennen.

5. Das Vorsorgeprinzip im Europarecht

Deutlicher als im Grundgesetz ist der Umweltschutz im Europarecht verankert. So sind die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung sämtlicher Politiken der Gemeinschaft einzubeziehen (Art. 11 AEUV; auch Art. 37 GRCh). Anders als im Grundgesetz wird der *Schutz der menschlichen Gesundheit als Teil der Umweltschutzpolitik* aufgeführt (Art. 191 Abs. 1 AEUV). Innerhalb der Umweltschutzziele (Art. 191–193 AEUV) ist der Vorsorgegrundsatz ausdrücklich benannt worden (Art. 191 Abs. 2 AEUV). Auf der Basis eines „hohen Schutzniveaus“ beruht die Umweltpolitik der Union „auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.“ Für den EuGH war damit klar: „Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit *ungewiß ist*, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, daß das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind.“⁴⁷ Deutlicher noch ist das Vorsorgeprinzip dann später durch das EuG definiert worden: Der *Begriff des Risikos* bedeute, dass ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit bestehe, demzufolge die negativen Auswirkungen, die durch den Erlass der Maßnahme gerade vermieden werden sollen, eintreten können. Jener Risikograd könne nicht bei null angesetzt werden. Bevor also die öffentliche Stelle eine vorsorgende Maßnahme treffe, müsse sie daher eine Risikobewertung vornehmen, die aus einem wissenschaftlichen und einem politischen Teil bestehe. Über die wissenschaftliche Expertise könne man sich im politischen Teil nach Durchführung einer sorgfältigen Analyse und Abwägung über die wissenschaftlichen Schlussfolgerungen jedoch hinwegsetzen. Die Entscheidung, ein Produkt zu

⁴⁶ Stein/Frank, Staatsrecht, aaO., 275, 280.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-157/96, Slg. 1998, I-2211, Rz. 62 ff. (National Farmers' Union); Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rz. 98 ff. (Vereinigtes Königreich/Kommission).

verbieten, liege somit im Ergebnis nicht bei den wissenschaftlichen Experten, sondern bei der öffentlichen Stelle, der die politische Verantwortung übertragen worden sei.⁴⁸

Wie weit das Vorsorgeprinzip reicht, ist jedoch umstritten.⁴⁹ In der Literatur orientiert man sich teils am hergebrachten Prinzip der Gefahrenabwehr⁵⁰, teils aber auch an einem extensiven Verständnis⁵¹, wonach lediglich *mögliche, wissenschaftlich nicht eindeutig belegbare und daher stark im Abstrakten verbleibende* Umweltbeeinträchtigungen unterhalb der Gefahrenschwelle bereits zu einem Handeln der europäischen Organe verpflichten sollen. Dieses müsse zwar verhältnismäßig sein, umfasse aber grundsätzliche alle geeigneten Vermeidungsmaßnahmen bis hin zur Statuierung einer Beweislastumkehr zulasten des Störers. Folglich ist es dem Unionsgesetzgeber erlaubt, für potentiell gefährliche Verfahren und Produkte die Beweislast umzukehren, so dass ihre Gefährlichkeit unterstellt werden darf, solange nicht das Gegenteil nachgewiesen wird. Unmittelbare Rechte ergeben sich aus dem Vorsorgeprinzip jedoch nicht. Es ist wie Art. 20 a GG nicht mehr als eine Zielbestimmung, die jedoch die *Auslegung des* Primär- und Sekundärrechts der EU beeinflussen und für den Unionsgesetzgeber insofern von Bedeutung sein kann, als die in ihrem Geiste erlassenen umweltpolitischen Maßnahmen hierdurch besonders legitimiert werden. Zudem kann der Gesetzgeber unter *Rechtfertigungsdruck gesetzt werden kann*, wenn in einer Maßnahme vom Inhalt des Umweltschutzziels abgewichen wird.⁵² Wesentlich aber ist in unserem Zusammenhang, dass europäisches Recht die Auslegung nationalen Verfassungsrechts beeinflussen kann. Gestützt auf das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit ist der *Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung* nationalen Rechts als Ausfluss des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts anerkannt.

Indes ist das Vorsorgeprinzip selbst für das Grundgesetz nicht neu (II. 2.). Umstritten ist allein seine Reichweite. Diese Frage kann jedoch unter Rückgriff auf das EU-Recht kaum beantwortet werden, da, wie gezeigt, in dieser Hinsicht auch in der europarechtlichen Diskussion keine Einigkeit besteht. Die Aussage des EuGH, dass Schutz auch gegenüber ungewissen Gefahren beansprucht

⁴⁸ EuG, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-3305, Rz. 139 ff., 321 (Pfizer Animal Health/Rat); EuGH, Rs. C-236/01, Slg. 2003, I-1 ff. (Monsanto).

⁴⁹ Es ist also mitnichten so, dass das europäische Recht den Unterschied zwischen Gefahrenabwehr und Vorsorge nicht kennt, auch wenn es dies nicht ausdrücklich zum Ausdruck bringt. Letzteres ist in nationalen Verfassungen und insbesondere im GG im Übrigen auch nicht der Fall. So aber zu Art. 191 AEUV Reese, ZUR 2010, 342.

⁵⁰ Rengeling, Umweltvorsorge und ihre Grenzen im EWG-Recht, S. 11 ff.; Lepsius, VVD-StRL 63 (2004), 264 ff.

⁵¹ Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 153 ff. (insbes. S. 176 ff.); Schröder, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, § 9, Rn. 35; Lübbecke-Wolff, in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, S. 51 ff.

⁵² Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 191, Rz. 48.

werden kann, lässt sich sowohl restriktiv im Sinne der hergebrachten Schutzpflichtendogmatik als auch im Sinne einer extensiven Auslegung des Vorsorgeprinzips verstehen. Für den hier beschrittenen Weg eines ökologischen Existenzminimums ist das Europarecht ohnehin keine Auslegungshilfe. Das Existenzminimum als *hinreichend ausdifferenziertes Minimalrecht* ist allein eine Angelegenheit des nationalen Verfassungsrechts und als solches unmittelbar mit den Grundrechten und ihren nationalen Verständnistraditionen verbunden.

III. Das gesundheitliche Existenzminimum

1. Der Vorsorgegedanke im Bereich des gesundheitlichen Existenzminimums

Beim Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit werden verschiedene Gewährleistungsdimensionen diskutiert: Im Sinne eines Abwehrrechts, einer Schutzpflicht und eines Leistungsrechts. Abwehrrecht und Schutzverpflichtung wurden beim ökologischen Existenzminimum bereits mehrfach angesprochen (II.). Als Leistungsrecht – oder zumindest: als Schutzpflicht mit leistender Komponente – zeigt sich die körperliche Unversehrtheit vor allem bei der medizinischen Versorgung, die im Folgenden deshalb den Schwerpunkt bilden wird. Leistungsrechte sind für eine rechtsstaatliche Verfassung eher untypisch. Sie harmonisieren weder mit der der Gestaltungs- und Haushaltsverantwortung des Gesetzgebers noch mit dem grundrechtstypischen Eingriffsabwehrdenken sonderlich gut. Nach wie vor ist es in der Verfassung eine seltene, in den Anfangsjahren des Bundesverfassungsgerichts noch kategorisch zurückgewiesene Ausnahme.⁵³

Mit der Leistungskategorie wird eine besondere Dynamik entfacht, die alle Grenzen zwischen Gefahrenabwehr und Gesundheitsförderung zu verwischen droht. Ab wann ist eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit gebannt? Wenn ausgeschlossen werden kann, dass ein Morbiditätsrisiko zum Mortalitätsrisiko wird? Muss gar jedwedes Rückfallrisiko ausgeschlossen sein? Sind Gesundheitsrisiken schon im Vorfeld ihrer Entstehung zu bekämpfen? Die Anerkennung eines Leistungsrechts verliert so ihren Bezug zum klassischen Gefahrentatbestand. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit mutiert unter der Hand zu einer allgemeinen Verantwortung für die Gesundheit der Bürger. Hier ist der Entstehungsort für das Recht auf Gesundheit – Vorsorge inbegriffen. Sein Anliegen ist nicht so sehr die Indienststellung der Leistung zur Abwehr ernster Gefahren, sondern die Leistung selbst. Der Begriff der Gesundheit ist verfassungsrechtlich jedoch nicht definiert. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte zeigt im Übrigen, dass seine rechtliche Bestimmung nur im Rahmen einer dif-

⁵³ BVerfGE 1, 97, 104.

ferenzierten Kasuistik zu haben ist. Die WHO versteht hierunter den „Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens“. Dies ist grenzenlos.⁵⁴ Wenn man sich allerdings zu einem Verfassungsrecht auf Gesundheit bekennt, so ist eben dieses gesundheitliche Wohlbefinden gleichwohl der natürliche Endpunkt, weil eine erfolgreiche Behandlungsleistung nun einmal darauf angelegt ist, diesen Zustand größtmöglich zu erreichen. Soll mithin ein haltloses Abgleiten in Zustände rechtlicher Willkür vermieden werden, so wird man vor diesem Hintergrund zuzugestehen haben: Ein reines Grundrecht auf Gesundheit kann es nicht geben.⁵⁵ Wenn aber gleichwohl zugestanden wird, die Verfassung gewährleiste zum Schutz der Gesundheit immerhin die „Rettung vor dem Verhungern“, allgemeiner also ein Recht auf „Erhaltung der notwendigen Lebensbedingungen“⁵⁶, ggf. noch unter Einschluss der hierfür erforderlichen gesundheitlichen Infrastruktur⁵⁷, so zeigt dies, dass es weiterer Stützkonstruktionen im Verfassungssystem bedarf, die das Grundrecht auf Gesundheitsschutz zu einer rechtlich tragfähigen Kategorie machen.

Zur Verfügung stehen das Grundrecht auf Schutz der körperlichen Unversehrtheit und sein Bezug zu den „natürlichen Lebensgrundlagen“ in Art. 20 a GG. Hiermit bewegen wir uns auf gewohntem bzw. bereits sondiertem umweltrechtlichen Terrain. Zunächst im Blick auf den weiten Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers (II. 2.): Konkrete Maßnahmen sind grundsätzlich nicht einklagbar. Im Regelfall reichen Vorkehrungen, die nicht gänzlich ungeeignet sind. Zudem wurde auf der Basis des Auftrages zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ein Minimalrecht auf Sicherstellung der Mindestvoraussetzungen für die Gesundheit der Bürger mittels Umweltschutzvorsorge extrahiert (II. 3.). Wenn im Umweltrecht eine Verfassungsverpflichtung im Sinne eines ökologischen Existenzminimums bestehen soll, so gibt es grundrechtsdogmatisch nur diesen Weg und keinen anderen. Im vorliegenden Zusammenhang der medizinischen Versorgung verschieben sich die Gewichte von der Natur zur Körpernatur, ohne dass sich die verfassungsdogmatischen Grundlagen grundlegend ändern. Praktisch geht es um „Gesundheitsvorsorge“ und „Gesundheitsförderung“.

Voraussetzung eines präventiv ausgerichteten gesundheitlichen Existenzminimums ist wie beim ökologischen Existenzminimum der Kategoriensprung vom

⁵⁴ Näher zum Gesundheitsbegriff: *Luthe*, in ders. (Hg.), *Rehabilitationsrecht*, 2. Aufl. 2014, Teil 1 Kap. A, Rz. 9.

⁵⁵ Zutreffend *Di Fabio*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Rz. 45; zu seiner Herleitung, vgl. *Seewald*, *Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit*, 1981 sowie *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001, 106 ff.

⁵⁶ *Di Fabio*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Rz. 45.

⁵⁷ *Schulze-Fielitz*, in *Dreier*, *Grundgesetz*, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 2, Rz. 96 sowie *Steiner*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2011, Art. 2 GG, Rz. 14: „Anspruch auf aktive gesundheitsbezogene staatliche Gefahrenvorsorge und Gefahrenabwehr, auf die Gewährleistung einer hinreichenden Versorgungsstruktur sowie auf Schutz- und Hilfsmaßnahmen des Staates bei Aufwendungen des Einzelnen im Krankheitsfall.“

quellenbezogenen Abwehrrecht zum gestaltungsoffenen Leistungsrecht (II. 3.). In diesem Punkt sind wir davon ausgegangen, dass dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit im Licht des eigenständigen Umweltschutzziels in Art. 20 a GG von der Verfassung eine erweiterte Bedeutung eingeräumt wird, welche über gewohnte Schutzverpflichtungen des Art. 2 Abs. 2 GG hinausreicht. Dort, wo sich die Gefahrenabwehrkomponente in multifaktoriellen Ursachenzusammenhängen und unsicheren Verläufen gleichsam verliert (hier: in komplexen epidemiologischen Zusammenhängen) konnte die Schutzpflicht in eine vorsorgende Förderverpflichtung überführt werden. Wie das ökologische Existenzminimum erfordert also auch das gesundheitliche Existenzminimum den Bezug zur Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG, wenn und insoweit es präventiv wirken will.

Zusätzlich aber wird es in seinen leistungsrechtlichen Bezügen durch das *Sozialstaatsprinzip* (Art. 20 Abs. 1 GG) gestützt und mit den gesellschaftlichen Wirkungsbedingungen des Gesundheitsschutzes konfrontiert.⁵⁸ Das Sozialstaatsprinzip verdeutlicht, dass der Schutz der Gesundheit nicht nur von den originär bio-chemischen Grundlagen der menschlichen Existenz abhängt, sondern auch von den institutionellen Vorkehrungen, die eine Gesellschaft für den Schutz der Gesundheit trifft. Sind diese beim ökologischen Existenzminimum vor allem Mittel zum Zweck des Natur- und Umweltschutzes und nur als Folge hiervon auch der Gesundheit zugetan, so sind diese beim gesundheitlichen Existenzminimum in viel direkterer Weise mit dem Gesundheitsschutz verbunden. So sind eben auch andere Maßnahmen für den Gesundheitsschutz denkbar, ohne den Bereich des Umweltschutzes auch nur zu tangieren. In den insofern über den Naturschutz hinausweisenden Bereichen übernimmt trotz vielfältiger Überschneidungen gewissermaßen das Sozialstaatsprinzip die Führung. Zwar ist es vor allem die Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG, in der das Vorsorgeprinzip seinen eigentlichen Ausdruck und Geltungsgrund findet. Im Kontext der Gesundheit aber wird es durch das Sozialstaatsprinzip ergänzt – nicht aber verdrängt. Allein im Sozialstaatsprinzip ist der Gedanke der Gesundheitsvorsorge nicht deutlich genug aufgehoben. Erst im Zusammenwirken beider erlangt es eine handhabbare, auch im Gesundheitswesen aussagekräftige Form. Es ist letztlich der Begriff der „natürlichen Lebensgrundlagen“, der dies ermöglicht, weil er das Grundrecht aus der Umklammerung durch den Gefahrenbegriff löst (II. 3.) und dafür sorgt, dass nicht nur die nichtmenschliche, sondern auch die menschliche Biomasse vom Vorsorgeprinzip erfasst wird (II. 4.). Im präventiven Bereich *konvergieren mithin die beiden Existenzminima und werden zu einer verfassungsübergreifenden Einheit* (I.).

⁵⁸ Hierzu *Frank*, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, 1983, insb. 75 ff. sowie zum Mechanismus der Auseinandersetzung mit der „Rechtswirklichkeit“ aus rechtssoziologischer Sicht: *Luthe*, Sozialstaatliche Gerechtigkeit, ArchsozArb 1996, 179.

2. Rechtsprechungslinien zum Verfassungsanspruch auf gesundheitliche Versorgung

Ist es gerechtfertigt, bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Gesundheitsversorgung von einem Existenzminimum zu sprechen? Oder ist das Verfassungsrecht auf eine ausreichende gesundheitliche Versorgung dem Grunde nach ein Vollrecht? Ist es Abwehr- oder Leistungsrecht (II. 1.)? In welchem Kategoriensystem bewegt sich das Bundesverfassungsgericht?

Bereits häufiger verwendet das Bundesverfassungsgericht die Formulierung, Art. 2 Abs. 2 GG enthalte eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der staatlichen Organe, sich *schützend und fördernd* vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen.⁵⁹ Dies kann allgemein als „Anspruch auf vorbeugende Maßnahmen des Staates zum Schutz und zur Förderung unserer Gesundheit“ verstanden werden.⁶⁰ Für sich genommen aber lässt sich allein hieraus nicht schließen, ob das Förderelement als unselbstständige Option des Gesetzgebers im Rahmen der Schutzkomponente (II. 3.) oder ob es als eigenständiges Leistungsrecht anzusehen ist. Für die Schutzkomponente könnte der Umstand sprechen, dass das Gericht im sog. Nikolausbeschluss⁶¹ eine lebensbedrohliche Erkrankung im Visier hatte. Dies war für das Gericht der letztlich maßgebliche Grund, den Gesetzgeber zu verpflichten, sein Versorgungssystem, das als solches unbeanstandet blieb, ausnahmsweise zu durchbrechen, um eine insoweit an sich nicht vorgesehene, weil in ihrer Wirksamkeit nicht gesicherte⁶² Behandlungslleistung zu gewähren. Hierin spiegelt sich die aus der umweltrechtlichen Verfassungsdiskussion (II. 2.) bekannte objektive Pflicht zum abwehrenden Schutz schwerer Gesundheitsgefahren mit hoher Eintrittswahrscheinlichkeit, die bei evidenter staatlicher Untätigkeit auch einen Rechtsanspruch begründen kann. Die Tatsache aber, dass das Gericht den staatlichen Instanzen angesichts der ungesicherten Maßnahmewirkungen nicht wie sonst üblich eine Einschätzungsprärogative zugebilligt hat, deutet bereits unmissverständlich darauf hin, dass hier ein anderes Kapitel aufgeschlagen wurde. An anderer Stelle ist denn auch explizit von einem Leistungsrecht auf Mindestversorgung die Rede: „Übernimmt der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten, so gehört die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den genannten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geforderten Mindestversorgung.“

⁵⁹ BVerfGE 56, 54, 73; BVerfGE 77, 170, 214; BVerfGE 115, 25 ff.

⁶⁰ *Pestalozza*, Das Recht auf Gesundheit, Bundesgesundheitsblatt 2007, 1113 (auch Internet).

⁶¹ BVerfGE 115, 25 ff.

⁶² Als ausreichend erachtet hatte das BVG die „nicht ganz entfernt liegende(n)“ Möglichkeit eines individuellen Therapieerfolges.

Diese Aussage hinterlässt viele Fragezeichen. Die Art der hier in Rede stehenden Mindestversorgung ist im Ergebnis nämlich weit mehr als eine Mindestversorgung im üblichen Sinn. Es handelt sich um nichts anders als um eine Vollversorgung bzw. um ein Maximalrecht⁶³, wenn der Staat ein Gesundheitssystem vorzuhalten hat, welches für lebensbedrohende Erkrankungen in jedem Einzelfall und ohne Rücksicht auf bestehende staatliche Vorkehrungen zur Gewährung einer ebenso wirksamen wie wirtschaftlichen medizinischen Versorgung unbegrenzte Ressourcen bereithält.⁶⁴ Eine Mindestversorgung kann sich dagegen wesensmäßig nur auf Leistungen beziehen, die in evidenter Weise medizinisch erforderlich und sinnvoll sind.⁶⁵ Nur wenn diese fehlen oder ausgeschlossen sind, kann man Gesetzgeber und Verwaltung entsprechende Verpflichtungen auferlegen. Nichts anderes ist im Übrigen gemeint, wenn das Gericht in seiner Entscheidung – nicht anders als in sonstigen Fällen medizinischer Versorgung auch⁶⁶ – einleitend zunächst darauf hinweist, die gesetzlichen Krankenkassen seien von Verfassungs wegen nicht gehalten, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist. An diesem Grundsatz ändert aber auch der das Gericht zu einer Kehrtwende veranlassende Umstand einer lebensbedrohlichen Erkrankung nichts. Selbst das menschliche Leben, dies zeigen die Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch⁶⁷ oder im Fall Schleyer⁶⁸, ist nicht von absoluter Rechtsbedeutung. Auch in diesen Fällen genießt der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, so dass eine Verletzung der Schutzpflicht nur im Falle völlig unzureichender oder ungeeigneter Maßnahmen in Betracht gezogen werden kann.⁶⁹

Schwächen in begrifflich-systematischer Hinsicht kommen hinzu: Ein vorbehaltlos gewährtes Recht auf Vollversorgung, wie es hier im faktischen Ergebnis geschaffen wurde, kann systematisch nur im Rahmen der Schutzpflicht aufgehoben sein. Nur hier lässt sich begründen, dass der Staat angesichts ernster Gefahren für ein Schutzgut in bestimmter Weise handeln muss, wenn es hierzu keine Alternative gibt. Dem steht nicht entgegen, dass die konkrete Bestimmung von Schutzpflichten stets nur in der abwägenden Relation zu anderen Rechtsgütern vorgenommen werden kann. Durch eine solche Relativierung

⁶³ Vgl. zur Unterscheidung von Minimal- und Maximalrechten: *Breuer*; Grundrechte als Anspruchsnormen, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe zum 25-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, hg. von *Bachof/Heigl/Redeker*, 1979, 95.

⁶⁴ Zutreffend *Heinig*, NVwZ 2006, 771, 773.

⁶⁵ In diesem Sinn BVerfG (Kammer), NJW 1997, 3085.

⁶⁶ Zum Beispiel BVerfG, MedR 1997, 318f; BVerfG vom 11. August 1999–1 BvR 2181/98 = NJW 1999, 3399, 3340.

⁶⁷ BVerfGE 39, 1 36 f.

⁶⁸ BVerfGE 46, 89, 140.

⁶⁹ So das BVG im Falle eines Nierenfell-Karzinoms noch in einer früheren Entscheidung: BVG, MedR 1997, 318 f.

wird aber ein Vollrecht nicht zu einem Minimalrecht. Auch Vollrechte existieren grundsätzlich nur mit dem Inhalt, der nach vollzogener Abwägung von ihnen übrig bleibt. Das Vollrecht ist also nichts anderes als das nach den Umständen erreichbare relative Grundrechtsoptimum. Dies kann je nach Falllage mal mehr, mal weniger an Schutz bedeuten. Eine „Mindestversorgung“ als Leistungsrecht kann dagegen von vornherein nur auf das evident Erforderliche beschränkt sein. Wird die staatliche Leistungspflicht wie hier aber aus der Umklammerung durch das Gefahrenabwehrprinzip gelöst und als eigenständige Kategorie unter der Hand in eine vorbehaltlos gewährte Maximalversorgung überführt, so führt dies zu rechtsdogmatischen Auflösungserscheinungen. Die Leistung gerät unweigerlich in den Sog eines in seiner Unbestimmtheit verfassungsrechtlich inakzeptablen Rechts auf Gesundheit, weil unklar bleibt, wo die Grenzen der lebensrettenden Maßnahme liegen (III. 1.). Denn aus Morbiditätsrisiken werden ohne entsprechende Abhilfemaßnahmen mit einer gewissen Zwangsläufigkeit irgendwann Mortalitätsrisiken. Wann also ist der Schwellenwert für die staatliche Handlungspflicht erreicht? Bereits im Anfangsstadium der Erkrankung oder erst bei akuter Todesgefahr? Die Leistungskategorie verfügt nicht über das Instrumentarium, hierüber verlässlich zu entscheiden. Nur das Gefahrenabwehrdenken auf der Basis des Schutzprinzips ist umgekehrt in der Lage, ein Ausufern der staatlichen Handlungspflichten zu verhindern, weil es mit dem Evidenzkriterium, dem Untermaßverbot, dem Einschätzungsspielraum und der Gefahrenprognose, nicht zuletzt durch die Rücksichtnahme auf die Interessen Dritter, dem staatlichen Handeln einigermaßen verlässlich die Richtung weisen kann.

Wenn das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus die *Vorsorge* in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geforderten Mindestversorgung deklariert, so kann dies ebenfalls nicht überzeugen. Vor allem im Umweltrecht ist deutlich geworden (II. 2.): Der Vorsorgegedanke macht verfassungssystematisch nur Sinn bei unspezifischen Risiken. Gegenüber konkreten Gesundheitsgefahren wie hier wird er schlicht nicht benötigt. Hierfür steht die Schutzkategorie zur Verfügung. Vorsorge bleibt abstrakt. So wie es in umweltrechtlicher Hinsicht zum Schutz der Gesundheit die Vorsorge gegenüber diffusen Umweltrisiken gibt, gibt es in gesundheitsrechtlicher Hinsicht die Vorsorge im Sinne eines sämtlichen Phasen der Versorgung erfassenden Gesundheitssystems. In diesem Sinne ist Vorsorge in zweierlei Hinsicht zu verstehen: Als *Pflicht zur Bereitstellung der hierfür erforderlichen Infrastruktur* und als *Pflicht zur Installation vorsorgender Strukturanteile* innerhalb dieser Infrastruktur.

Hier und nur hier macht es Sinn von einem gesundheitlichen Existenzminimum bzw. in den Worten des Bundesverfassungsgerichts von einer „Mindestversorgung“ zu sprechen. Wenn es ein solches Existenzminimum in den Zonen einer quellenbezogen und bipolar ausgerichteten Schutzpflicht verfassungssys-

tematisch nicht geben kann, so kann es sich nur in den Grenzen eines Leistungsrechts zur Geltung bringen. Im Rahmen der Leistungskategorie aber muss die notwendige Distanz zur einem rechtlich nicht mehr eingrenzbaeren „Recht auf Gesundheit“ gewahrt bleiben (s.o.). Dies ist nur unter der Annahme eines Minimalrechts möglich. Dieses verfügt weder im Bereich des Gesundheitsschutzes noch im Bereich des Naturschutzes über eine gefestigte Stellung. Beim nunmehr zu behandelnden sozialen Existenzminimum aber hat es Tradition.

IV. Das soziale Existenzminimum

1. Rechtsprechungsentwicklung

Fünzig Jahre lang war das staatliche Existenzminimum – gestützt auf Art. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG – nur in der objektiv-rechtlichen Dimension einer staatlichen Mindestversorgungspflicht gegeben, wobei dem Gesetzgeber das Wesentliche seiner Verwirklichung aufgegeben war.⁷⁰ Hierbei wurde auch von einer Schutzpflicht zur Wahrung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben gesprochen.⁷¹ Es ist bis heute offen, ob das Gericht hierbei Anleihen beim abwehrenden Schutzprinzip genommen hat, zumal dieses im Entscheidungszeitpunkt noch gar nicht voll entwickelt war. Immerhin wurden Maßnahmen etwa zum Schutz des Kindes bereits im Vorfeld der Wahrnehmung des staatlichen Wächteramts (Art. 6 GG) für verfassungsrechtlich geboten gehalten und gipfelte der Schutz des ungeborenen Lebens in der Verpflichtung, der Staat möge sich „fördernd“ vor das Leben stellen.⁷² Es ist von daher gut begründbar, die sozialrechtliche Schutzpflicht als wesentliche Vorbedingung für die Wirkungsweise rechtsstaatlicher Abwehrverpflichtung zum Schutz bestehender Grundrechtspositionen anzusehen:⁷³ Denn die bei Versagen der gebotenen sozialen Sicherung hervorgebrachte Randgruppenexistenz unterliegt vergleichsweise hohen Risiken, zum wehrlosen Opfer von Übergriffen aus der gesellschaftlichen Sphäre zu werden. Dies – so kann man weiter folgern – darf einer abwehrenden Schutzverpflichtung in ihren präventiven Bezügen nicht gleichgültig sein. Da Schutzverpflichtungen auf jedwede Gefährdungslagen bezogen sind und das Vorhandensein eines privaten Störers nicht zwangsläufig voraussetzen, erscheint es nahe liegend, hinlänglich bekannte soziale Risiken wie Arbeitslosigkeit, Wohnungslosigkeit, Krankheit usw. in die Schutzkategorie einzubeziehen. Auf diese Weise wächst der staatliche Rechtfertigungszwang

⁷⁰ BVerfGE 40, 121, 133; zur Entwicklung des Existenzminimums in Literatur und vor allem Rechtsprechung, vgl. Luthe, in Hauck/Noftz, SGB XII, E 010, Rz. 1 ff.

⁷¹ BVerfGE 40, 121, 133.

⁷² BVerfGE 46, 160, 164; E 39, 1, 42; E 77, 75, 82.

⁷³ Luthe, in Hauck/Noftz, SGB XII, E 010, Rz. 7.

wie üblich bei offenkundiger Untätigkeit des Staates und ein materielles subjektives Recht auf eine bestimmte soziale Schutzmaßnahme rückt in Reichweite. Eine evidente Missachtung der Pflicht zur Existenzsicherung konnte das *Bundessozialgericht* indes im Jahre 2006 – nach Einführung von „Hartz IV“ – nicht erkennen. Es bestünden keine Zweifel, dass der Gesetzgeber dem gebotenen „Schutz“ vor Existenznot nachkomme.⁷⁴ Ganz in der Folgerungsweise des der Schutzpflichtenkategorie entstammenden Untermaßverbotes entwickelte das Gericht in einer späteren Entscheidung sodann einen differenzierten Kontrollmaßstab.⁷⁵ Je stärker der Gesetzgeber mit einer Regelung darauf abzielt, sich der Untergrenze des Existenzminimums zu nähern, desto zuverlässiger müssen seine Ermittlungsergebnisse bei der gesellschaftlichen Analyse von Bedarfsfragen sein. Bewegt sich das Leistungsniveau im Bereich der physischen Existenzsicherung, folgt die Kontrolle einem engeren Maßstab, „oberhalb“ dagegen beschränkt sie sich auf eine Evidenzkontrolle. Die Primärverantwortung des Gesetzgebers bleibt so unangetastet. Lediglich das legislative Verfahren wird gewissen Anforderungen unterstellt. Das Gericht rückt somit ab von der allgemeinen staatlichen Sichtweise, wonach der Gesetzgeber nicht mehr als das Gesetz schulde und hierfür keine weiteren Gründe anzugeben brauche.

Die früheren Anleihen beim Schutzprinzip sind jedoch in einer neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufgegeben worden.⁷⁶ Nunmehr ist ausdrücklich von einem Leistungsrecht die Rede. Seine „eigenständige Bedeutung“ als Leistungsgrundrecht⁷⁷ wird ausdrücklich hervorgehoben. Ob es sich hierbei allerdings, wie mancherorts behauptet, um ein vollständig neues Grundrecht handelt⁷⁸, ist vor dem Hintergrund grundrechtsdogmatisch ebenfalls nur schwer einzuordnenden Entscheidungen des Gerichts aus früherer Zeit fraglich und mag hier dahinstehen. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil mit dem „Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG“ im Wege der Auslegung des Grundgesetzes einen unmittelbar verfassungsrechtlichen „Leistungsanspruch“ festgestellt hat, verdeutlicht es ebenfalls, dass allein durch Auslegung des Grundgesetzes nicht mehr als dieses ungeschriebene Gewährleistungsgrundrecht dem Grunde nach ermittelt werden kann. Die konkrete Anspruchshöhe und -ausgestaltung bleibt einem Parlamentsgesetz vorbehalten und hängt von gesellschaftlichen Anschauungen über das Erforderliche und den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab. Zudem

⁷⁴ BSG v. 23.11.2006 – B 11 b AS 1/06 R.

⁷⁵ BSG v. 22.4.2008 – B 1 KR 10/07 R.

⁷⁶ Vgl. zum Folgenden BVerfG v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 – juris Rz. 135, 138, 139.

⁷⁷ Zum systematischen Stellenwert von Leistungsgrundrechten, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Auf. 1994, 405.

⁷⁸ *Rixen*, Sozialrecht aktuell 2010, 81, 82; *Burkiczak*, SGB 2012, 324, 325.

erstreckt sich dieser Leistungsanspruch „nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich“ sind. Zu diesem Minimalrecht gehören nach dem Bundesverfassungsgericht einerseits die Gewährleistung der physischen Existenz, wozu Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit rechnen (sog. physisches oder absolutes Existenzminimum), sowie andererseits die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben (sog. soziokulturelles oder relatives Existenzminimum). Dem Parlament kommt ferner die Befugnis zur Vornahme der erforderlichen Wertungen und die Entscheidung über die Leistungsform als Geld-, Sach- oder Dienstleistung zu. Bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen, der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse und den wertenden Entscheidungen zur Notwendigkeit des Bedarfs hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der im Hinblick auf das physische Existenzminimum enger und bezüglich der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben weiter ist.

Das Bundesverfassungsgericht führt im Übrigen zum Verfahren der Berechnung der Regelleistung Folgendes aus: „Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht zu bemessen (...) Das Grundgesetz schreibt ihm dafür keine bestimmte Methode vor (...) er darf sie vielmehr im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auswählen. Abweichungen von der gewählten Methode bedürfen allerdings der sachlichen Rechtfertigung.“

Auffällig ist die Art, über die das Gericht den Wechsel von der traditionell objektiv-rechtlichen Pflicht zum subjektiven Recht vorgenommen hat, nämlich rein plakativ. Nach einer differenzierten Begründung sucht man vergebens. Dies ist erstaunlich angesichts der Tatsache, dass gerade dieser Punkt stets einer der umstrittensten Verfassungsprobleme der Nachkriegszeit gewesen ist, mit dem sich Generationen von Rechtswissenschaftlern auseinandergesetzt haben.⁷⁹ Man erfährt an sich nicht mehr als das: Das Leistungsrecht sei eigenständig. Daraus kann geschlossen werden: Es entsteht nicht als Folge einer objektivrechtlich angesiedelten staatlichen Schutzpflicht, mithin nicht als Folge untermäßigten staatlichen Handelns, sondern ergibt sich direkt aus der Menschenwürde, während, so das Gericht nicht minder beiläufig, das Sozialstaatsgebot dem Gesetzgeber den Auftrag zur Existenzsicherung erteile. Damit ist das soziale Existenzminimum mit einer stärkeren Durchsetzungskraft ausgestattet als die abwehrende Gesundheitsschutzpflicht, die im Kern auf einer objektivrechtlichen Dimension basiert. Die gewohnte Ordnung von Regel (die objektive Pflicht) und Ausnahme (das subjektive Recht) wird beim sozialen Existenzminimum also auf den Kopf

⁷⁹ Vgl. die Nachweise bei *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, 465–472 sowie bei *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001, 71–82.

gestellt. Die Tatsache, dass der Verfassungsanspruch im Ergebnis nicht mehr ist als ein Anspruch auf ein existenzsicherndes Parlamentsgesetz, die legislative Gestaltungsfreiheit hierdurch gegenüber früher allem Anschein nach gestärkt wurde, darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Gericht mittels eines Leistungsrechts eine Kompetenz für sich geschaffen hat, die es vormals nicht hatte. Dies zeigt nicht zuletzt die zeitlich nur unwesentlich später ergangene Entscheidung zur Existenzsicherung von Asylbewerbern.⁸⁰ Hier war neben dem Existenzminimum zwar auch der Gleichbehandlungsgrundsatz berührt. Eine andere entscheidende Frage hätte das Gericht aber wohl nicht so ohne weiteres behandeln können, nämlich ob migrationspolitische Erwägungen des Gesetzgebers dazu führen dürfen, Leistungen an Asylbewerber nicht zuletzt vor dem Hintergrund der für die soziale Integration bestimmten Regelbedarfsanteile niedrig zu halten. Das Existenzminimum konnte im Respekt vor dem Gesetzgeber auf diese Weise bislang stets mit bedarfsfremden Zwecken verknüpft werden. Damit ist es vorbei. Schon die Zulässigkeit des Leistungszuges als Folge von Sanktionen im SGB II ist heutzutage zweifelhaft. Sie ist heute mehr denn je auf die Stützkonstruktion einer „Sozialpflichtigkeit“ des Mittelempfängers angewiesen, die sich aus der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgrundsatz ableitet und eine Hinwendung zu weitergehenden Zielen ermöglicht, solange diese einen zumindest noch indirekten Zusammenhang zum Verfassungsauftrag der Mindestbedarfssicherung ausweisen.⁸¹

Gleichwohl ist die Hinwendung zu einem Leistungsrecht nicht ganz falsch. Die Schutzkategorie in ihren abwehrrechtlichen Bezügen würde – wie bereits häufiger angesprochen – ein Vollrecht erfordern. Dem Minimalcharakter des Existenzminimums wurde in der bisherigen Rechtsprechungstradition zwar vor allem durch die objektivrechtliche Verankerung und die grundsätzliche Ablehnung eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs zum Ausdruck gebracht. Aber mit der Beschränkung auf „nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich“ sind, bleibt das Gericht dem Sinn einer Minimalgarantie grundsätzlich treu. Besser abgestimmt mit den üblichen Bausteinen des Existenzminimums als einer verfassungsübergreifenden Kategorie wäre jedoch eine lediglich objektive Minimalleistungsverpflichtung gewesen, die nur bei evidentem Staatsversagen in ein subjektives Minimalleistungsrecht umschlägt.

⁸⁰ BVerfG, NVwZ 2012, 1024 ff.

⁸¹ Dies verkennen *Neskovic/Erdem*, SGB 2012, 134, 138 ff.; zur Sozialpflichtigkeit im Kontext von Sanktionen: *Luthe*, SGB 2006, 637 (645 f.).

2. Der Vorsorgegedanke

Zum Schutzgut des sozialen Existenzminimums gehört nach Auffassung des Gerichts auch die *Gesundheit*. Damit ergibt sich eine Konkurrenzsituation zum Gesundheitsschutz des Art. 2 Abs. 2 GG, der als abwägungsbedürftiges Vollrecht auf der Basis einer „objektiv-rechtlichen Verpflichtung der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen“⁸² auf völlig anderen Grundlagen beruht (III. 2.). Das soziale Existenzminimum kann mittels Gewährung von physisch und psychisch notwendigen Bedarfsanteilen nur eine dienende Funktion für den Gesundheitsschutz haben. Die alltägliche Sicherung der sozialen Existenz ist eine Vorbedingung des Gesundheitsschutzes und wirkt nur insofern *präventiv*: Ohne ausreichende Sicherstellung der Basisbedürfnisse kein Schutz der körperlichen Unversehrtheit! Der Vorsorgegedanke des sozialen Existenzminimums zielt damit anders als beim gesundheitlichen Existenzminimum nicht auf Vorsorge mittels Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen bzw. mittels Gewährleistung einer gesundheitlichen Infrastruktur, sondern allein auf die alltäglichen materiellen Vorbedingungen der Gesunderhaltung. Er ist also nicht auf ein Ziel im Rahmen seines eigenen Geltungsbereichs, sondern einen externen Geltungsbereich gerichtet.

Die Konkurrenz der beiden Existenzminima lässt sich auch aus anderem Blickwinkel betrachten: Dort, wo die Leistung entfällt, weil und insoweit das soziale Existenzminimum nicht mehr greift, wirkt der Gesundheitsschutz auf der Basis des Art. 2 Abs. 2 GG fort und entfaltet seinen spezifischen, auf Gesunderhaltung zielenden Schutz auch jenseits einfacher materieller Versorgung mit dem Notwendigen. Gesundheitsschutz aber wird erst bei hinreichender Wahrscheinlichkeit von Gesundheitsschäden aktiviert, nicht bereits dann, wenn die Leistung etwa als Folge von Sanktionen gegenüber Leistungsempfängern entfällt. Das gesundheitliche Existenzminimum gibt in der Relation zum sozialen Existenzminimum insoweit lediglich eine Gefährdungsschwelle vor, deren Überschreiten den Staat zu gesund erhaltender Versorgung mit dem materiell Notwendigen (Nahrung, Wohnung usw.) verpflichtet und dem Einzelnen bei Ausbleiben der gebotenen Hilfe ein Recht hierauf verleiht. Die sozialhilferechtliche Krankenhilfe (§§ 47 ff. SGB XII) ist dagegen Teil des gesundheitlichen Existenzminimums und in dieser Hinsicht eine nach Art. 2 Abs. 2 GG gebotene sozialrechtliche „Vorsorge“ für Hilfebedürftige ohne Krankenversicherung. Welche Eintrittswahrscheinlichkeit und welches Schädigungsmaß im Rahmen der vorgenannten Gefährdungsschwelle zugrunde zu legen ist, beurteilt sich wiederum entscheidend im Lichte verfassungsrechtlicher Legitimation des gesetzlichen Sanktionssystems nach Maßgabe persönlicher Einbindung des Hilfebedürftigen

⁸² BVerfGE 56, 54, 73; BVerfGE 77, 170, 214; BVerfGE 115, 25 ff.

in ein besonderes leistungsstaatliches Pflichtenverhältnis (IV. 1.). Die Auffangfunktion der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Schutz der Gesundheit trägt in dieser Weise zu einem schonenden Umgang mit dem sozialen Existenzminimum im Allgemeinen und zur Entschärfung der Problematik eines Entzuges dieses Existenzminimums als Folge gesetzlicher Sanktionen bei.

Ob der Vorsorgegedanke auch eine auf den sozialen Mindestbedarfsschutz zielende „immanente“ Bedeutung hat, muss bezweifelt werden. Jedenfalls kann ausgeschlossen werden, dass ein sozialer Menschenwürdeschutz den Staat zu „gerechter“ Einkommenspolitik, zur Schaffung von Arbeit und Bildungsangeboten oder zu einem Versicherungssystem solidarischer Gruppenverantwortung zur Herstellung der faktischen Voraussetzungen für ein Leben ohne Fürsorge verpflichtet. Als Verfassungsverpflichtung wäre dies mit den demokratischen Spielregeln unserer Verfassung und den Grundrechten der leistungsfähigen Bevölkerungsanteile jedenfalls nicht zu vereinbaren. Es ist stets Sache der Politik, über den gesellschaftlichen Verteilungsmaßstab bei der Festlegung jener faktischen Voraussetzungen der Grundrechtsverwirklichung zu entscheiden.

Nur vereinzelt ist angemahnt worden, der Staat müsse gerade unter dem Leitziel des aktivierenden Sozialstaats⁸³ auch über eine angemessene Verfahrens-, Organisations- und Angebotsgestaltung bei der Versorgung Not leidender Bevölkerungskreise sorgen. Im Rahmen einer zeitangemessenen Betrachtung erlange auf hohem Versorgungsniveau weniger der sozialrechtliche Leistungsanspruch als solcher Bedeutung, sondern vielmehr die Qualität seiner Realisierung unter vorfindlichen Angebotsstrukturen sozialer Dienste und Einrichtungen. Insofern müsse sich auch die verwaltungsinterne Programmplanung an den verfassungsrechtlichen Anforderungen eines möglichst wirksamen Sozialschutzes messen lassen.⁸⁴ Kommt es zum Schwur, wird man hierin nicht mehr als ein Postulat sehen können. Denn zweifelsohne hat ein fehlendes gesundheitliches Behandlungssystem gravierendere Auswirkungen auf den Gesundheits- und Menschenwürdeschutz als ein schlecht arbeitendes Jobcenter dies für die soziale Existenzsicherung nach menschlichem Ermessen jemals haben könnte. Und nicht zuletzt ist die Verantwortung der Regierung ein Verfassungswert, den es zu respektieren gilt, so dass die Organisationsgestaltung weiterhin dem unantastbaren Kernbereich der Exekutive zuzuordnen ist.

Abgesehen hiervon aber führt allein der Gegenstand des sozialen Existenzminimums zu einem Ausschluss immanenter Vorsorgepflichten. Zwar ist die vorsorgliche Sicherstellung einer physiologischen Grundversorgung auch unter Gesundheitsschutzaspekten relevant: Ohne Nahrung und gesicherte Unterkunft keine Gesundheit! Es fällt verfassungssystematisch jedoch schwer,

⁸³ Anstatt vieler: *Luthe/Palsber*, Fürsorgerecht: Grundsicherung und Sozialhilfe, 3. Aufl. 2013, 28 f.

⁸⁴ *Luthe*, in: *Hauck/Noftz*, SGB XII, Einführung 010, Rz. 21.

einen Zusammenhang zur Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG herzustellen, wo das Vorsorgeprinzip gewissermaßen seinen Sitz hat. Zwar müssen die Leistungen so bemessen sein, dass sie den Versorgungsempfänger gesund erhalten und ihm die Teilhabe an der Gesellschaft ermöglichen. Diese Frage stellt sich mit der Menschenwürde als Leistungsgrund aber außerhalb des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit. Damit fehlt eine wesentliche Relation zwischen Grundrecht und Vorsorgeprinzip, wie sie beim ökologischen und gesundheitlichen Existenzminimum im Zusammenspiel von Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 20 a GG besteht. Das Sozialstaatsprinzip ist für Zwecke der Vorsorge zu unbestimmt, sensibilisiert nur für die „Rechtswirklichkeit“, gibt aber kaum eine Richtung vor (III. 1.). Die Anforderungen des sozialen Existenzminimums werden vom Gesetzgeber dagegen schon dann erfüllt, wenn die ausgezahlte Geldsumme (ausnahmsweise auch die Sachleistung) die Sicherung der physiologischen Versorgung und sozialen Teilhabe ermöglicht. Weitere Anstrengungen – auch vorsorgender Art – sind verfassungsrechtlich nicht gefordert. Deshalb wurde durch den Gesetzgeber im engen Rahmen des sozialen Existenzminimums bildlich bereits dann ausreichend vorgesorgt, wenn es eine Auszahlungsstelle gibt. Hierfür muss – im Gegensatz etwa zu einer gesundheitlichen Infrastruktur – nicht vorgesorgt werden. Das können zur Not auch Automaten tun.

Vieles wäre anders, hätte man den Weg über die Abwehrdimension genommen: Das Leistungsrecht auf Existenzsicherung als Komponente einer positiven staatlichen Schutzverpflichtung. Die Aussagekraft des Vorsorgegedankens wäre zwar weniger ausgeprägt als im ökologischen und gesundheitlichen Kontext. Den im Verfassungstext gebotenen „Schutz“ der Menschenwürde (Art. 1 GG) hätte man in der Variante eines „vorsorgenden Schutzes“ jener Mindestvoraussetzungen eines Lebens in Würde aber treffender zu Geltung gebracht. Zur Bekämpfung typischer Armutsrisiken (Arbeitslosigkeit, soziale Ausgrenzung, Bildungslosigkeit, Wohnungslosigkeit) hätte sich dem Staat jedenfalls ein wesentlich breiteres Interventionsinstrumentarium geboten, das neben der Leistungspflicht auch eine facettenreiche Aktivierungspflicht (Nachsorge inbegriffen) eingeschlossen hätte. Anstatt eines nach Ansicht des BVerfG „eigenständigen“, hätte man es mit einem abgeleiteten und abgewogenen Leistungsrecht zu tun. Denn Rechte auf positives Staatshandeln entstehen im Kontext der Schutzpflichten erst bei evidenter Verletzung staatlicher Pflichten, etwa wenn Gesetzgeber und Regierung bestimmte Gefahrenlagen nicht zur Kenntnis nehmen, hierauf mit ungeeigneten Mitteln reagieren oder den zugrundeliegenden Wertekonflikt (etwa zwischen Störer und Nichtstörer oder im Sozialstaat zwischen Bedürftigen, demokratischer Haushaltsverantwortung und Steuerzahler⁸⁵) nicht in der gebotenen Weise zu einem Ausgleich bringen. Das Leistungsrecht besteht nicht von vornherein, sondern wird in der Abwägung erst geschaffen.

⁸⁵ Grundlegend Luthe, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001.

Die Abwägung geht seinem Leistungsinhalt voran. Dass dies einen Abwägungsspielraum des Gesetzgebers impliziert, versteht sich demokratierechtlich nahezu von selbst. Dies wäre dann zwar kein Minimalrecht im verfassungssystematischen Sinn (denn Minimalrechte kann es im Bereich einer Schutzverantwortung prinzipiell nicht geben, vgl. II. 1 und III. 2.), aber im Blick auf den zuvorderst objektivrechtlichen Verpflichtungsgehalt und den weiten Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers ein Minimalrecht im praktischen Ergebnis.

V. Befund

Bei übergreifender Betrachtung des Existenzminimums zeigt sich, dass das *Bundesverfassungsgericht* dieses nicht in der gebotenen grundrechtsdogmatischen Stringenz unter Einhaltung des verfassungssystematischen Rahmens zur Geltung gebracht hat. Dies gilt jedenfalls für den Bereich des gesundheitlichen und sozialen Existenzminimums. Es hat dort, wo es nahegelegen hätte, die Schutzkategorie zu verwenden, ohne Not ein Leistungsrecht geschaffen. Beim gesundheitlichen Existenzminimum läuft dies im Ergebnis auf ein ausuferndes Vollrecht hinaus, noch dazu auf ein Vollrecht, das systematisch an sich nur bei der Schutzkategorie Sinn macht; ein Minimalrecht sollte es nach Auffassung des Gerichts eigentlich aber nur sein. Auch das Vorsorgeprinzip wurde hier sinnwidrig verwendet. Beim sozialen Existenzminimum ist dies zwar ein Minimalrecht, aber eines, dem der vorsorgende Menschenwürdeschutz von vornherein versagt bleibt. Dagegen hat das Gericht die Kontrollbefugnisse des Verfassungsgerichts gegenüber dem Parlament über Gebühr ausgeweitet; das wiederum verträgt sich mit dem Gedanken eines Minimalrechts nur bedingt.

Das Existenzminimum ist eine *Verfassungskategorie* von hoher verfassungssystematischer Bedeutung. Sein Minimalgehalt kommt in verschiedener Hinsicht zum Ausdruck: Im Respekt gegenüber der Gestaltungsfreiheit und Haushaltsverantwortung des Gesetzgebers, in der prinzipiell objektivrechtlichen Dimension staatlicher Handlungspflichten, in der hierdurch aber nicht ausgeschlossenen subjektivrechtlichen Bewehrung im Falle des evidenten Staatsversagens, in der Beschränkung auf Mindestleistungsinhalte und nicht zuletzt in der Anerkennung der Vorsorgeprinzips. Das Existenzminimum enthält mithin grundrechtsübergreifend Maßstäbe für die Herstellung von Verfassungseinheit.⁸⁶

Deutlich geworden ist im Wege systematischer Analyse die Bedeutung des Vorsorgeprinzips als eigenständiger Verfassungsgrundsatz. Beim *ökologischen Existenzminimum* ist es am deutlichsten sichtbar. Hier wird das Recht auf körperliche Unversehrtheit über den Hebel des Umweltstaatsziels zu einer im Aus-

⁸⁶ Vgl. *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, 39.

nahmefall auch subjektivrechtlich bewehrten staatlichen Verpflichtung zur Sicherstellung der Mindestvoraussetzungen für einen vorsorgenden und auf die Gesundheit abzielenden Umweltschutz erweitert. Das ökologische Existenzminimum ist kein Luftschloss; an praktischer Anwendung mangelt es nicht. Wenn es gegenüber Gesetzgeber und Regierung ein einklagbares Recht auf Hochwasserschutz in den insoweit üblich betroffenen Gebieten Ostdeutschlands gibt, so wird man sich auf den Pfaden des ökologischen Existenzminimums auf die Suche begeben müssen.

Dieser durch die Umweltstaatszielbestimmung ökologisch eingerahmte Vorsorgeschutz erfasst, flankiert durch das Sozialstaatsprinzip, auf nahezu gleicher grundrechtsdogmatischer Basis auch das *gesundheitliche Existenzminimum*. Das gesundheitliche Vorsorgeprinzip reicht über die natürlichen Bedingungen (Natur und Körpernatur) hinaus und beinhaltet auch die institutionellen Mindestbedingungen gesundheitlicher Infrastrukturentwicklung bis hin zu präventiven Ansätzen der Gesundheitsförderung.⁸⁷ Gerade letztere gelten als eigentliche Antworten auf heutige und vor allem künftige Herausforderungen des Gesundheitssystems durch eine chronisch kranke und älter werdende Bevölkerung.

Wenn es ein ökologisches und gesundheitliches Existenzminimum gibt, so kann dies im Sinne einer Minimalverpflichtung verfassungssystematisch nur als Vorsorgeprinzip konzipiert werden, weil alles andere bereits durch die negatorisch gelagerte Gesundheitsschutzverpflichtung aufgefangen wird. Diese ist mit der Konzeption einer Minimalverpflichtung im Übrigen unverträglich. Im präventiven Bereich laufen das ökologische und gesundheitliche Existenzminimum über weite Strecken parallel und verschmelzen so zu einer verfassungsübergreifenden Einheit. Diese Verschmelzung ist bereits auf europäischer Rechtsebene ansatzweise angelegt, wenngleich ohne Bedeutung für das Vorsorgeprinzip auf nationaler Verfassungsebene.

Vom ökologischen und gesundheitlichen Existenzminimum zu unterscheiden ist das *soziale Existenzminimum*. Dieses ist als mit einem Leistungsrecht ausgestattetes Minimalrecht für sich genommen zwar folgerichtig aufgebaut, verlässt aber das übergreifende System der Existenzminima im Wege einer untypischen Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zulasten demokratischer Entscheidungsfreiheit. Insofern hätte sich die überkommene Konstruktion einer grundsätzlich objektiven Minimalleistungspflicht angeboten, die nur bei evidentem Staatsversagen in ein subjektives Leistungsrecht umschlägt. Eine Vorsorgeverantwortung des Staates ist dem sozialen Existenzminimum jedoch fremd – sieht man einmal von der Selbstverständlichkeit ab, dass

⁸⁷ Vgl. die Beiträge in Luthe (Hg.), *Kommunale Gesundheitslandschaften*, in: Schriftenreihe „Gesundheit – Politik/Gesellschaft/Wirtschaft“, hrsg. von E.-W. Luthe und John. N. Weatherly, 2013.

die materielle Versorgung mit dem Notwendigen stets auch in eine Relation zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit gebracht werden kann, weil die Gesundheit bedürftiger Bevölkerungskreise ohne deren materielle Absicherung durch das materiell Notwendige nicht ausreichend geschützt wäre. Wesenskern des sozialen Existenzminimums ist die mittels einfachgesetzlicher Leistungsgewährung zu beseitigende aktuelle Notlage. Für präventive Ansätze der Aktivierung im Sinne eines präventiven Menschenwürdeschutzes vor dem Armutsrisiko hätte es dagegen systematisch in eine Nähe zum „Gefahrenabwehrdenken“ gebracht werden müssen. Dies lässt das soziale Existenzminimum als – in den Worten des BVG – „eigenständiges Leistungsrecht“ konzeptionell jedoch von vornherein nicht zu. Bildungsanstrengungen des Staates – der eigentliche und nachhaltige wirkende Schutz vor Armut – haben damit keine Chance, innerhalb eines vorsorgenden Minimalrechts aufgefangen und einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zugeführt zu werden. Damit hat das Bundesverfassungsgericht dem Schutz bedürftiger Personenkreise einen Bärendienst erwiesen.