

## Der deutsche Sozialstaat als Sozialversicherungsstaat und seine Auswirkungen auf das Präventionsrecht

Andrea Kießling\*

|                                                                            |     |                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Einführung: Die Public Health-Debatte .....                             | 599 | b) Kein übergreifendes Präventionsrecht .....                                                          | 610 |
| B. Der deutsche Pfad: Der Sozialstaat als Sozialversicherungsstaat .....   | 600 | III. Fazit .....                                                                                       | 612 |
| I. Sozialversicherung als das prägende Element .....                       | 601 | C. Die Rolle des Verfassungsrechts: Gründe für „lock-ins“ und fehlende Impulse für „de-lockings“ ..... | 612 |
| II. Die Entwicklung des Gesundheitssystems und des Präventionsrechts ..... | 602 | I. Gesetzgebungskompetenzen .....                                                                      | 612 |
| 1. Historische Entwicklung seit Bismarck .....                             | 602 | II. Die Stärkung von Ärzten und GKV durch das BVerfG .....                                             | 615 |
| a) Ende des 19. Jahrhunderts bis 1933 .....                                | 602 | 1. Anfangszeit der BRD: wirtschaftsliberale Einstellung .....                                          | 615 |
| b) Nationalsozialismus .....                                               | 604 | 2. Judicial self restraint: Weiterentwicklung der und Korrekturen an der Sozialversicherung .....      | 616 |
| c) Critical juncture: Nach dem 2. Weltkrieg .....                          | 604 | III. Impulse durch den Bürger: Subjektive Rechte auf Prävention .....                                  | 618 |
| aa) Übertragung von präventiven Aufgaben auf die Ärzte .....               | 605 | 1. Anspruch auf kurative Leistungen der GKV .....                                                      | 619 |
| bb) Das Scheitern von gesundheitsfürsorgenden Vorstößen .....              | 607 | 2. Kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte präventive Maßnahmen .....                       | 620 |
| cc) Die Entwicklung des Gesundheitsschutzeingriffsrechts .....             | 608 | 3. Anspruch auf ein gesundheitliches Existenzminimum? .....                                            | 621 |
| 2. Konsequenzen .....                                                      | 609 | 4. Ergebnis .....                                                                                      | 623 |
| a) Liberal-individualistische Prävention .....                             | 610 | D. Ausblick .....                                                                                      | 624 |

*Gesundheitspolitik wird in Deutschland hauptsächlich als Krankenversicherungspolitik verstanden. Wenn in deutschen Debatten von Gesundheit die Rede ist, geht es in den meisten Fällen um das Gesundheitswesen im engeren Sinne, also die niedergelassenen Ärzte und Krankenhäuser, und um die Krankenversicherung. Die Rechtswissenschaft spiegelt dieses Politikverständnis dort, wo „Gesundheitsrecht“ und „Recht auf Gesundheit“ im Sinne von „Krankenbehandlungsrecht“ und*

\* Dr. Andrea Kießling ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Stefan Huster) an der Ruhr-Universität Bochum. Der Beitrag stellt die erweiterte Fassung eines Vortrags dar, den die Verfasserin unter dem Titel „Prävention oder Kuration? Pfadabhängigkeit im Sozialstaat“ auf der Assistententagung Öffentliches Recht 2016 in Mainz gehalten hat. Der Originalvortrag wird im Tagungsband „Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle“ im Nomos-Verlag erscheinen.

„Recht auf Heilbehandlung im Krankheitsfall“ verstanden werden.<sup>1</sup> Aber diese Sichtweise herrscht nicht nur vor, wenn es um die Heilung von diagnostizierten Krankheiten – also um die Kuration – geht: Auch im Falle von Interventionen, die geeignet sind, das Auftreten einer Krankheit durch vorbeugende Strategien zu verhindern oder zu verringern,<sup>2</sup> wird der Arzt als der zentrale Akteur betrachtet, dessen Leistung von den Krankenkassen vergütet wird; auch Prävention<sup>3</sup> also wird als Aufgabe von Arzt und Krankenversicherung angesehen.

Vor diesem Hintergrund müsste man meinen, dass der Zugang zur Krankenversicherung entscheidend ist für den Gesundheitszustand des Einzelnen und in der Summe für den der Bevölkerung. Diese Annahme ist jedoch falsch, viel entscheidender sind das gesundheitsrelevante Verhalten und insbesondere soziale Faktoren (wie etwa der sozioökonomische Status, Arbeitsbedingungen bzw. Arbeitslosigkeit und Umweltbedingungen).<sup>4</sup> Angesichts dessen müsste man auch die Arbeitsmarkt-, die Bildungs- und die Umweltpolitik als Gesundheitspolitik begreifen und hier präventive und gesundheitsförderliche Maßnahmen verankern. Gesundheitspolitik nach diesem Verständnis ist somit nicht Teil der Sozialpolitik, sondern Sozialpolitik ist gleichzeitig auch immer Gesundheitspolitik. Gesundheitspolitik und „Gesundheitsrecht“ dürften sich nicht nur mit der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) beschäftigen. Es gibt aber kein übergreifendes sozialpolitisches Konzept von Prävention und dementsprechend auch kein übergreifendes Recht in diesem

- 1 Vgl. die Beiträge in S. Reimer/J. Schnitzler (Hrsg.), Gesundheitsrecht und Krankenversicherung. Freundesgabe für Robert Francke zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2012; und C. Pestalozza, Das Recht auf Gesundheit – Verfassungsrechtliche Dimension, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 1113 (1117); H. Lang, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Stand: 1.3.2015, Art. 2 Rn. 82; P. Kirchhof, Das Recht auf Gesundheit, in: V. Schumpelick/B. Vogel (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, St. Augustin 2004, S. 442; S. Meyer, Risikovorwahrung als Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit, AöR 136 (2011), S. 428 (449 f.); siehe auch den Titel des Kommentars von J. Berchtold/S. Huster/M. Rehborn (Hrsg.): Gesundheitsrecht, der sich mit dem SGB V und dem SGB XI beschäftigt. Vgl. auch die Fn. 92 und 1805. – Anders dagegen die Darstellung bei D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Aufl., Heidelberg 2013, die das Gesundheitsrecht in „Medizinische Behandlung“ und „Schutz vor besonderen Gesundheitsrisiken“ aufteilen.
- 2 So die gesundheitswissenschaftliche Definition von Prävention: K. Hurrelmann/T. Klotz/J. Haisch, Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung, in: dies. (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl., Bern 2014, S. 13 (14); K. Hurrelmann/M. Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie, 8. Aufl., Weinheim und Basel 2013, S. 150.
- 3 Diese kann man in Primär-, Sekundär- und Tertiärprävention unterteilen. Für die folgenden Ausführungen ist nur die Unterscheidung von Primär- und Sekundärprävention relevant: Die Primärprävention will bereits die Entstehung von Krankheiten verhindern, die Sekundärprävention will Krankheiten möglichst früh erkennen (z.B. durch Screeningverfahren) und dann das weitere Ausmaß der Ausbreitung und der Dauer der Krankheit eindämmen. Vgl. A. Leppin, Konzepte und Strategien der Prävention, in: K. Hurrelmann/T. Klotz/J. Haisch (Hrsg.), Lehrbuch (Fn. 2), S. 36 (36 f.); Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie (Fn. 2), S. 150.
- 4 Vgl. für einen Überblick über die nicht mehr überschaubare Literatur Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie (Fn. 2), S. 22 ff.; ausführlich M. Marmot/R. Wilkinson (Hrsg.), Social Determinants of Health, 2. Aufl. 2005; aktuelle Erkenntnisse und begrenzt auf Deutschland: Robert Koch Institut, Gesundheit in Deutschland, Berlin 2015, S. 146 ff.

*Sinne.<sup>5</sup> Die These dieses Beitrags lautet, dass es im Laufe der Zeit zu Pfadabhängigkeiten im deutschen Sozialstaat und im Recht gekommen ist, die dafür verantwortlich sind, dass im Vordergrund von Überlegungen zur Gesundheit der Bevölkerung das Krankenversicherungssystem<sup>6</sup> und nicht bevölkerungsbezogene Ansätze stehen, was gleichzeitig verhindert hat, dass es ein übergreifendes und umfassendes Präventionsrecht gibt. Für diese Pfadabhängigkeit gibt es viele verschiedene Gründe. Inwieweit das Verfassungsrecht bzw. die Rechtsprechung des BVerfG hier Impulse gesetzt haben, evtl. sogar dafür verantwortlich sind, dass keine anderen Pfade beschritten wurden, ist Gegenstand dieses Beitrags.*

### **A. Einführung: Die Public Health-Debatte**

Die Public Health-Forschung beschäftigt sich mit der Frage, wie sich die Gesundheit der Bevölkerung erhalten und verbessern lässt.<sup>7</sup> Gefordert werden z.B. bevölkerungsbezogene Präventionskonzepte, der Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zwischen den verschiedenen sozialen Schichten und die Ausweitung von Verboten bestimmter gesundheitsschädlicher Verhaltensweisen und im Bereich von Genuss- und Lebensmitteln.<sup>8</sup> Immer wieder wird darauf hingewiesen, dass die Kuration von Krankheiten grundsätzlich teurer ist als deren Prävention. So kam eine Studie kürzlich zu dem Ergebnis, dass die ungesunde Ernährung der Bevölkerung der Gesetzlichen Krankenversicherung jedes Jahr 17 Milliarden Euro an Folgekosten beschert.<sup>9</sup>

Es gibt in der Public Health-Forschung verschiedene Theorien, die sich mit der Entstehung von Krankheiten bzw. mit der Wirkung verschiedener Faktoren auf den Gesundheitszustand eines Menschen beschäftigen, und darauf aufbauend verschiedene Ansätze, die Entstehung von Krankheiten zu vermeiden. Das sogenannte Risikofaktorenmodell arbeitet mit statistisch ermittelten Wahrscheinlichkeiten von Risikofaktoren (wie z.B. Rauchen, Bewegungsmangel und ungesunde Ernährung)

5 K.-J. Bieback, Prävention als Prinzip und Anspruch im Sozialrecht, insbesondere in der Gesetzlichen Krankenversicherung, ZSR 2003, S. 403 (405).

6 Auch innerhalb des Krankenversicherungssystems gibt es Pfadabhängigkeiten: Nur so lässt sich z.B. das Nebeneinander von GKV und PKV erklären.

7 K. Hurrelmann/U. Laaser/O. Razum, Entwicklung und Perspektiven der Gesundheitswissenschaften in Deutschland, in: K. Hurrelmann/O. Razum (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 5. Aufl., Weinheim 2012, S. 15 (16).

8 Vgl. nur T. Gerlinger, Gesundheitspolitik und gesundheitliche Ungleichheit. Anmerkungen über Unterlassungen und Fehlentwicklungen gesundheitspolitischen Handelns, in: U. Bauer/U. H. Bittlingmayer/M. Richter (Hrsg.), Health Inequalities. Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2008, S. 530; T. Lampert/A. Mielck, Gesundheit und soziale Ungleichheit. Eine Herausforderung für Forschung und Politik, GGW 2008, S. 7 (13 f.); E. Schorling/K. Brzezinski/K. H. Nagels, Salz – eine gesundheits- und rechtspolitische Abhandlung, ZLR 2015, S. 178.

9 Wegen des übermäßigen Konsums von Zucker, Salz und Fett: T. Meier u.a., Healthcare Costs Associated with an Adequate Intake of Sugars, Salt and Saturated Fat in Germany: A Health Econometrical Analysis, PLoS ONE 10(9) (2015) (zuletzt abgerufen am 22.4.2016).

bezogen auf Bevölkerungsgruppen.<sup>10</sup> Ansätze der Krankheitsprävention, die hierauf aufbauen, zielen darauf ab, die jeweiligen potentiellen Krankheitsauslöser zu vermeiden. Im Kontrast dazu steht das Ressourcenmodell, das die Gesundheit erhalten bzw. fördern will, indem die individuellen Ressourcen gestärkt und die sozialökologischen Rahmenbedingungen gefördert werden.<sup>11</sup> Darüber hinaus wird diskutiert, inwieweit das Ausmaß der Spreizung der Gesellschaft eine eigene Ursache dafür ist, dass der Gesundheitszustand eines Menschen statistisch betrachtet umso schlechter ist, je niedriger sein sozialer Status ist; soziale Ungleichheiten sollen – wohl aufgrund der gefühlten Exklusion<sup>12</sup> – zu gesundheitlichen Ungleichheiten führen.<sup>13</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, hat das Recht nicht alle diese Theorien in gleicher Weise rezipiert.

## B. Der deutsche Pfad: Der Sozialstaat als Sozialversicherungsstaat

Das Konzept der Pfadabhängigkeit stammt aus den Wirtschafts- bzw. Sozialwissenschaften und beschreibt u.a. das Phänomen, dass in der Vergangenheit getroffene Entscheidungen politische Prozesse so beeinflussen, dass der Rahmen der potentiellen Handlungsalternativen eingeschränkt und letztlich der einmal eingeschlagene Pfad weiter beschritten wird, auch wenn ein anderer Pfad möglicherweise Vorteile brächte.<sup>14</sup> Um zu untersuchen, inwieweit in einem bestimmten Gebiet Pfadabhängigkeiten bestehen, ist es zunächst wichtig, aus einer entwicklungsgeschichtlichen Perspektive<sup>15</sup> den Pfad zu bestimmen. Der deutsche Sozialstaatspfad wird

- 10 J. von Troschke, Das Risikofaktorenmodell als handlungsleitendes Paradigma der Prävention in Deutschland, in: S. Stöckel/U. Walter (Hrsg.), Prävention im 20. Jahrhundert, Weinheim und München 2002, S. 190. Ausführlich C. Timmermann, Risikofaktoren: Der scheinbar unaufhaltsame Erfolg eines Ansatzes aus der amerikanischen Epidemiologie in der deutschen Nachkriegsmedizin, in: M. Lengwiler/J. Madarász (Hrsg.), Das präventive Selbst, Bielefeld 2010, S. 251.
- 11 A. Franke, Stichwort „Salutogenetische Perspektive“, in: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung (online, letzte Aktualisierung am 12.5.2015).
- 12 M. Marmot, The Status Syndrome: How Social Standing Affects Our Health and Longevity, New York 2004; Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie (Fn. 2), S. 67; R. Rosenbrock, Gesundheit und Gerechtigkeit in Deutschland, Gesundheitswesen 2007, S. 647 (649).
- 13 Siehe nur A. Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, Bern 2005; J. Siegrist/M. Marmot (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgen, Bern 2008; K. Richter/M. Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2. Aufl., Wiesbaden 2009; zum aktuellen Stand der Forschung T. Lampert u.a., Soziale Ungleichheit und Gesundheit, Bundesgesundheitsblatt 2016, S. 153.
- 14 Siehe nur J. Beyer, Pfadabhängigkeit ist nicht gleich Pfadabhängigkeit! Wider den impliziten Konservatismus eines gängigen Konzepts, Zeitschrift für Soziologie 2005, S. 5 (6).
- 15 Dazu R. Wahl, Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, S. 369.

durch die Sozialversicherung geprägt; der deutsche Sozialstaat ist im Wesentlichen<sup>16</sup> Sozialversicherungsstaat.<sup>17</sup>

## I. Sozialversicherung als das prägende Element

Seine Wurzeln hat der deutsche Sozialstaat in den Sozialreformen Bismarcks.<sup>18</sup> Er entstand, als Ende des 19. Jahrhunderts besondere Risiken bzw. Risikogruppen aus der allgemeinen Armenfürsorge ausgegliedert und in die für Arbeiter eingerichtete Sozialversicherung überführt wurden.<sup>19</sup> Der deutsche Sozialstaat wird in der Sozialstaatsforschung, die zwischen verschiedenen Sozialstaatstypen unterscheidet,<sup>20</sup> dem konservativ-korporativen Modell zugeordnet. Dieses Modell orientiert sich bei seinen Sozialleistungen insbesondere an dem Vollzeit arbeitenden Arbeitnehmer.<sup>21</sup> Die Sozialversicherung soll Vorsorge für den Fall treffen, dass diesem Idealzustand nicht entsprochen werden kann.

Die Sozialversicherung wird als die „bedeutendste institutionelle Erfindung“<sup>22</sup> und auch als das „Rückgrat“<sup>23</sup> des Sozialstaats bezeichnet; sie hat als Institution mit einer großen Beharrungskraft verschiedene Regimewechsel überdauert.<sup>24</sup> Risiken,

16 In einem bestimmten Sozialstaat lassen sich auch immer Elemente der anderen Typen finden, vgl. dazu *J. Kohl*, Der Sozialstaat: Die deutsche Vision des Wohlfahrtsstaates – Überlegung zu seiner typologischen Verortung, in: *S. Leibfried/U. Wagschal* (Hrsg.), Der deutsche Sozialstaat, Frankfurt/M. 2000, S. 115 (127).

17 Dieser Begriff wird verwendet von *L. Leisering*, Grenzen des Sozialversicherungsstaats? Sozialer Wandel als Herausforderung staatlicher Einkommenssicherung, ZSR 1995, S. 860; *C. Kuller/W. Süß*, Der entfaltete Sozialstaat und die Wiedervereinigung, in: *P. Masuch/W. Spellbrink/U. Becker/S. Leibfried* (Hrsg.), Denkschrift 60 Jahre BSG, Bd. 1, Berlin 2014, S. 161 (179); *F. Nullmeier*, Die Sozialstaatsentwicklung im vereinten Deutschland. Sozialpolitik der Jahre 1990 bis 2014, in: *Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried* (Hrsg.), Denkschrift (Fn. 17), S. 181.

18 Vgl. nur *M. Stolleis*, Einschnitte und Übergänge sozialrechtlicher Entwicklung, SDSRV 55 (2007), S. 153 (155 f.).

19 *F. Tenstedt*, Peitsche und Zuckerbrot oder ein Reich mit Zuckerbrot, ZSR 1997, S. 88 (dort auch ausführlich zu den Gründen).

20 Die am weitesten verbreitete, wenn auch nicht unkritisiert gebliebene (vgl. *J. Borchert*, Ausgetretene Pfade? Zur Statik und Dynamik wohlfahrtsstaatlicher Regime, in: *S. Lessenich/I. Ostner* (Hrsg.), Welten des Wohlfahrtskapitalismus, Frankfurt/M. 1998, S. 137) Unterscheidung geht auf *G. Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, New Jersey 1990, zurück. Hierzu *Kohl*, Sozialstaat (Fn. 16), S. 120 ff.

21 *H. Zacher*, Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert, VSSR 2000, S. 185 (191); *M. Waltherath*, Der Sozialstaat in der Krise, JZ 2004, S. 949.

22 *G. Ritter*, Der Sozialstaat: Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 2. Aufl., München 1991, S. 62. Ähnlich *S. Lessenich*, Krise des Sozialen?, APuZ 2009, S. 28 (33). Schwächer *S. Huster*, Soziale Sicherung als Zukunftsbewältigung und -gestaltung, SDSRV 55 (2007), S. 15: prägt den Sozialstaat; ähnlich *H. G. Hockerts*, Die sozialstaatlichen Grundentscheidungen in der frühen Bundesrepublik, in: *Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried* (Hrsg.), Denkschrift (Fn. 17), S. 139 (139 f.).

23 *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 157.

24 *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 140.

die zu Beginn nicht (Pflegebedürftigkeit)<sup>25</sup> oder nicht ausreichend (Alter)<sup>26</sup> abgesichert waren, wurden in das bestehende Sozialversicherungssystem integriert. Auch wenn sich die Aufgabe des deutschen Sozialstaats nicht in der Bereitstellung des Sozialversicherungssystems erschöpft, steht in vielen sozialwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Untersuchungen zu Sozialpolitik und Sozialstaat das Sozialversicherungssystem im Vordergrund.<sup>27</sup>

## II. Die Entwicklung des Gesundheitssystems und des Präventionsrechts

Das deutsche Gesundheitssystem ist im Wesentlichen durch „die Entwicklung des Krankenkassensystems geprägt“,<sup>28</sup> d.h. es folgte dem Sozialversicherungspfad.

### 1. Historische Entwicklung seit Bismarck

#### a) Ende des 19. Jahrhunderts bis 1933

Dass sich der Staat für die Gesundheit seiner Bürger verantwortlich sieht, ist nicht neu. Gewandelt haben sich dafür die Krankheiten, mit denen er es zu tun hat. Im Mittelalter und bis ins 19. Jahrhundert hinein waren dies hauptsächlich Seuchen wie die Pest, später z.B. Cholera, Masern, Tuberkulose und Geschlechtskrankheiten. Heilende Medikamente gab es nicht; Prävention war die einzige Möglichkeit, den Seuchen Herr zu werden. Das Reichsimpfgesetz aus dem Jahr 1874<sup>29</sup> regelte eine obligatorische Pockenschutzimpfung für Kinder.<sup>30</sup> Im Jahr 1900 wurde das Reichsseuchengesetz (Gesetz „betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten“) verabschiedet.<sup>31</sup> Für die Maßnahmen zuständig war die Gesundheitspolizei im Rahmen der Eingriffsverwaltung; sie konnten teils mit Zwang durchgesetzt werden.<sup>32</sup>

Parallel zu den Sozialreformen unter Bismarck und der Einrichtung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) im Jahr 1883 entwickelte sich die kommunale

25 Pflegereform 1995. Dazu *Kohl*, Sozialstaat (Fn. 16), S. 115 (133); *U. Davy*, Pfadabhängigkeit in der sozialen Sicherheit, SDSRV 55 (2007), S. 103 (137f.).

26 Rentenreform 1957. Dazu *W. Abelhauser*, Erhard oder Bismarck? Die Richtungsentscheidung der deutschen Sozialpolitik am Beispiel der Reform der Sozialversicherung in den Fünfziger Jahren, Geschichte und Gesellschaft 22 (1996), S. 376 (390 ff.).

27 Man mag sich auch einmal ansehen, womit sich in Deutschland die Lehrstühle für Sozial- und/oder Gesundheitsrecht beschäftigen: Dies ist häufig das Sozialversicherungsrecht.

28 *U. Lindner*, Chronische Gesundheitsprobleme. Das deutsche Gesundheitssystem vom Kaiserreich bis in die Bundesrepublik, APuZ B 33-34/2003, S. 21.

29 Vom 8.4.1874, RGBl 31.

30 Ausführlich zur Entstehung des Gesetzes *B.-J. Hess*, Seuchengesetzgebung in den deutschen Staaten und im Kaiserreich vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis zum Reichsseuchengesetz 1900, Diss. Heidelberg 2009, S. 228 ff.

31 Vom 30.6.1900, RGBl 306.

32 *A. Labisch/W. Woelk*, Geschichte der Gesundheitswissenschaften, in: K. Hurrelmann/O. Razum (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 5. Aufl., Weinheim 2012, S. 55 (64).

Gesundheitsfürsorge, die ein besonderer Teil der Armenfürsorge war.<sup>33</sup> Sie kümmerte sich präventiv<sup>34</sup> um gefährdete und benachteiligte Bevölkerungsgruppen, die von der GKV und deren Anknüpfung an den Lohnarbeiter nicht erfasst wurden,<sup>35</sup> also insbesondere Frauen und Kinder (besonders Säuglinge wegen der hohen Säuglingssterblichkeit).<sup>36</sup> Sie konzentrierte sich außerdem auf Menschen mit ansteckenden Krankheiten wie Tuberkulose.<sup>37</sup> Viele Gesundheitsfragen wurden mit Armutsfragen verknüpft;<sup>38</sup> ein Grund für die Entstehung von vielen Krankheiten wurde in den sozialen Verhältnissen gesehen. Neben der Beratung, Aufklärung und Gesundheitserziehung in Beratungsstellen<sup>39</sup> setzte man auf die sogenannte nachgehende Fürsorge (Hausbesuche);<sup>40</sup> Menschen mit ansteckenden Krankheiten wurden – soweit möglich – einer Behandlung zugeführt und überwacht.<sup>41</sup> Die polizeilichen Wurzeln, die die Armenfürsorge<sup>42</sup> und somit letztlich auch die Gesundheitsfürsorge wie viele andere Bereiche hatte, wurden in der Weimarer Zeit zum Teil abgestreift,<sup>43</sup> alle repressiven Maßnahmen wurden aber nicht aufgegeben,<sup>44</sup> so dass auch die Gesundheitsfürsorge Elemente von Zwang enthielt.

33 Ausführlich S. Stöckel, Gesundheitsfürsorge – von der Armenpflege zur Profession, in: dies./U. Walter (Hrsg.), Prävention (Fn. 10), S. 65.

34 Lindner, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 22. Kurativ durfte sie nicht tätig werden.

35 A. Labisch/F. Tennstedt, Prävention und Prophylaxe als Handlungsfelder der Gesundheitspolitik in der Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland (1949 – ca. 1965), in: T. Elkeles/J. Niehoff/R. Rosenbrock/F. Schneider (Hrsg.), Prävention und Prophylaxe – Theorie und Praxis eines gesundheitspolitischen Grundmotives in zwei deutschen Staaten 1949-1990, Berlin 1991, S. 7 (17). Ausführlich A. Labisch, Gesellschaftliche Bedingungen öffentlicher Gesundheitsvorsorge, Frankfurt/M. 1988, S. 31 ff.

36 Stöckel, Gesundheitsfürsorge (Fn. 33), S. 68; L. Teleky, Die Entwicklung der Gesundheitsfürsorge, Berlin 1950, S. 104 ff.; C. Sachße/F. Tennstedt, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, Band 2, Stuttgart u.a. 1988, S. 29 f.

37 Sachße/Tennstedt, Armenfürsorge (Fn. 36), S. 28.

38 A. Labisch, Der öffentliche Gesundheitsdienst (öGD) angesichts neuer öffentlicher Gesundheitsleistungen („new public health“), in: H.-U. Deppe (Hrsg.), Öffentliche Gesundheit – Public Health, Frankfurt/M. 1991, S. 84 (87).

39 Labisch/Woelk, Geschichte (Fn. 32), S. 72 f.; S. Schleiermacher, Umfassende Krankenversicherung für alle? Verfassungsanspruch und Wirklichkeit, in: Stöckel/Walter (Hrsg.), Prävention (Fn. 10), S. 52 (60).

40 Stöckel, Gesundheitsfürsorge (Fn. 33), S. 70.

41 Schleiermacher, Krankenversicherung (Fn. 39), S. 60.

42 Dazu W. Leisner, Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, Tübingen 2007, S. 38.

43 So wurden z.B. Zuständigkeiten von der Polizei auf die Gesundheitsämter verlagert, so z.B. die Kontrolle von Prostituierten: U. Lindner, Gesundheitspolitik in der Nachkriegszeit, München 2004, S. 297. Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18.2.1927, RGBI I 61.

44 Sachße/Tennstedt, Armenfürsorge (Fn. 36), S. 136. Eine Bekämpfung der Krankheiten erfolgte oft zweigleisig: durch die Fürsorge und durch polizeiliche Elemente wie Meldepflichten. Siehe für die Tuberkulosebekämpfung Teleky, Gesundheitsfürsorge (Fn. 36), S. 57 f., und für die Eindämmung von Geschlechtskrankheiten S. 85 f.

## b) Nationalsozialismus

Die Nationalsozialisten nahmen zwar organisatorische Änderungen im Sozialversicherungssystem vor,<sup>45</sup> diese Änderungen erfolgten aber innerhalb des Pfads „Sozialversicherung“. Durch die Einbeziehung neuer Berufsgruppen in die Krankenversicherung befand sich diese bereits auf dem Weg zu einer „Volksversicherung“.<sup>46</sup>

Neue Pfade wurden auf Präventionsseite eingeschlagen. Das Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens (GVG) aus dem Jahr 1934<sup>47</sup> ordnete den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGD) neu:<sup>48</sup> Zum einen wurde die kommunale Gesundheitsfürsorge mit der Gesundheitspolizei vereinigt,<sup>49</sup> d.h. Ordnungs- und Leistungsverwaltung wurden bei einer staatlichen Stelle vereint.<sup>50</sup> Die Verbindung von wirtschaftlicher und gesundheitlicher Fürsorge wie zu Weimarer Zeit wurde aufgegeben;<sup>51</sup> der Pfad, der die Gesundheitsfürsorge als Teil der Fürsorge begreift und somit auf bestimmte Notlagen ausgerichtet ist, wurde also verlassen. Zum anderen wurde den Gesundheitsämtern die nationalsozialistische „Erb- und Rassenpflege“ überantwortet;<sup>52</sup> sowohl der Präventions- als auch der Sozialstaatsgedanke wurden unter dem Leitbegriff der Volksgesundheit pervertiert.<sup>53</sup>

## c) Critical juncture: Nach dem 2. Weltkrieg

Aus der jetzigen Perspektive stellt die Zeit nach dem 2. Weltkrieg – kurz vor und nach der Gründung der Bundesrepublik – eine „critical juncture“ dar. Hierunter wird im Pfadabhängigkeitskontext allgemein eine krisenhafte Phase der Neuorientierung verstanden, in der verschiedene Szenarien denkbar sind und so die Weichen für die Zukunft gestellt werden.<sup>54</sup> Ein Ereignis löst hier möglicherweise das erste Mal positive Rückkopplungswirkungen aus und stellt so ggf. den Beginn einer Pfadausbildung dar.<sup>55</sup> Eine critical juncture war das Ende des 2. Weltkriegs für alle Politikbereiche, so auch für den Sozialstaat an sich.<sup>56</sup> Dass das alte Sozialversiche-

45 Einführung des Führerprinzips in den Versicherungen, Säuberung des Personals und der zur Kassenpraxis zugelassenen Ärzte und Einsatz der Versicherungen für gesundheits- und bevölkerungspolitische Ziele. Zu den Änderungen durch die NS-Regierung *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 23; *Ritter*, Sozialstaat (Fn. 22) S. 135 f.; *M. von Miquel*, Der „völkische“ Wohlfahrtsstaat in der NS-Zeit, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Denkschrift (Fn. 17), S. 119 (128 f.).

46 *Von Miquel*, Wohlfahrtsstaat (Fn. 45), S. 135.

47 Vom 3.7.1934, RGBI I 531.

48 *Von Miquel*, Wohlfahrtsstaat (Fn. 45), S. 121 f.

49 *W. Süß*, Gesundheitspolitik, in: H. Hockerts (Hrsg.), Drei Wege deutscher Sozialstaatlichkeit, München 1998, S. 55 (63); *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 22.

50 *Labisch*, Gesundheitsvorsorge (Fn. 35), S. 39; *ders.*, Gesundheitsdienst (Fn. 38), S. 88 f.

51 *Süß*, Gesundheitspolitik (Fn. 49), S. 63; *Stöckel*, Gesundheitsfürsorge (Fn. 33), S. 74.

52 *Labisch*, Gesundheitsvorsorge (Fn. 35), S. 38; *Sachße/Tennstedt*, Armenfürsorge (Fn. 36), S. 49.

53 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 23 f.

54 *Borchert*, Pfade (Fn. 20), S. 150.

55 *J. Schreyögg/O. Farhauer*, Die Reformfähigkeit der Sozialpolitik in Deutschland aus Sicht der ökonomischen Theorie der Pfadabhängigkeit, Sozialer Fortschritt 2004, S. 247 (249).

56 Für den Sozialstaat: *Borchert*, Pfade (Fn. 20), S. 157.

rungssystem übernommen werden würde, war damals nicht zwingend.<sup>57</sup> Die Institution Sozialversicherung zeigte hier ihre Beharrungskraft,<sup>58</sup> man blieb auf „alten Pfaden“.<sup>59</sup> Sie nahm „eine zentrale Stellung“ „im Gefüge der deutschen Sozialstaatlichkeit“ ein; sie erschien nach der Zäsur durch die NS-Zeit als „eines der wenigen Traditionselemente“, an das man relativ leicht anknüpfen konnte und wollte.<sup>60</sup>

#### aa) Übertragung von präventiven Aufgaben auf die Ärzte

Für die Organisation der Prävention gab es damals im Wesentlichen zwei Alternativen – und somit zwei mögliche Pfade: Man hätte sie über die Sozialversicherung und die niedergelassenen Kassenärzte oder in Form der Gesundheitsfürsorge durch Organisationen wie den ÖGD oder andere kommunale Konzepte<sup>61</sup> organisieren können. Der öffentliche Gesundheitsdienst war wegen der Erb- und Rassenpflege im Nationalsozialismus allerdings in Verruf geraten und die Strukturen einer humanen Präventionspolitik waren „verbrannt“.<sup>62</sup> Das so entstandene Vakuum wurde schnell durch die niedergelassene Ärzteschaft sowie die GKV gefüllt. Diese zwei Akteure haben in besonderem Maße die Pfadabhängigkeit im Gesundheitssystem bestimmt.<sup>63</sup> Je mehr die freie Ärzteschaft gestärkt und die Leistungen und der Versichertenkreis der Krankenversicherung ausgebaut wurden, desto mehr kam es zu positiven Rückkopplungen, die den eingeschlagenen Pfad verstärkten.

Die freie Ärzteschaft wurde 1955 durch das Gesetz über Kassenarztrecht<sup>64</sup> gestärkt: Das Gesetz übertrug den niedergelassenen Kassenärzten die ambulante Versorgung<sup>65</sup> und sicherte ihnen dadurch ein fast vollständiges Monopol.<sup>66</sup> Die Ärzte im Gesundheitsamt durften weiterhin keine Kranken behandeln.<sup>67</sup> Die niedergelas-

57 So gab es auch Reformpläne (u.a. im britischen Stil) statt einer Wiedereinsetzung der Krankenversicherung, die sich aber nicht durchsetzten. Dazu *H. Hockerts*, Deutsche Nachkriegssozialpolitik vor dem Hintergrund des Beveridge-Plans, in: W. Mommsen/W. Mock (Hrsg.), Die Entstehung des Wohlfahrtsstaates in Großbritannien und Deutschland 1850-1950, Stuttgart 1982, S. 325 (325 ff.); *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 24.

58 *Abelshäuser*, Erhard oder Bismarck? (Fn. 26), S. 385; *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 140.

59 *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 150.

60 *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 139 f.

61 *Labisch/Tennstedt*, Prophylaxe (Fn. 35), S. 145.

62 *N. Schmacke*, Die Individualisierung der Prävention im Schatten der Medizin, in: Stöckel/Walter (Hrsg.), Prävention (Fn. 10), S. 178 (179). Zu den Fernwirkungen des GVG *Labisch*, Gesundheitsdienst (Fn. 38), S. 89 f.

63 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 28.

64 Gesetz über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes v. 17.8.1955, BGBl I 513.

65 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 25.

66 *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 150. Zur Bedeutung auch *L. von Manger-Koenig*, Der öffentliche Gesundheitsdienst zwischen gestern und morgen, Öff. Gesundh.-Wesen 37 (1975), S. 433 (437).

67 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 25.

senen Ärzte begannen außerdem früh, eine stärkere Beteiligung an der Prävention zu fordern.<sup>68</sup> Folgende Maßnahmen stellten „historische Festpunkte der gesundheitspolitischen Entwicklung“<sup>69</sup> dar:

- 1965 wurde die Schwangerenvorsorge aufgenommen in den Leistungskatalog der GKV.<sup>70</sup>
- 1970 wurden Vorsorgeuntersuchungen für Kinder bis zum 4. Lebensjahr, für Frauen ab 30 und Männer ab 45 Jahren in den Leistungskatalog aufgenommen.<sup>71</sup>
- Seit 1989 müssen die Krankenkassen auch Leistungen der Krankheitsprävention und der Gesundheitsförderung (also nicht nur im Rahmen von Vorsorgeuntersuchungen, sondern z.B. Yoga-Kurse und Rückenschulen) bezahlen.<sup>72</sup> Diese Leistungen sollen gem. § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V „insbesondere zur Verminderung sozial bedingter Ungleichheit von Gesundheitschancen beitragen“.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber knüpft hier also an die Erkenntnis der Gesundheitswissenschaften an, dass gesundheitliche Ungleichheiten in der Gesellschaft existieren.

Die Krankheiten, die verhütet werden sollen, sind nicht wie früher die Infektionskrankheiten, sondern vielmehr chronische Erkrankungen wie Krebs, Herz-Kreislauf- oder Stoffwechselkrankheiten. Die Übertragung der Prävention vom ÖGD auf die niedergelassenen Ärzte bedeutete nicht nur eine Kompetenzverschiebung, sondern führte auch dazu, dass Prävention nun in vielen Fällen „medikalisiert“ wird:<sup>74</sup> Ein hoher Blutdruck oder Cholesterinspiegel werden als Risikofaktoren angesehen, die man – statt über eine Ernährungsumstellung – über die Einnahme von Medikamenten ausschalten kann.<sup>75</sup>

68 *Von Manger-Koenig*, Gesundheitsdienst (Fn. 66), S. 436. Ob dies geschehen sollte, war eine „gesundheitspolitische Grundsatzfrage“ in den 1950er Jahren (*Labisch*, Gesundheitsvorsorge (Fn. 35), S. 43).

69 *Labisch*, Gesundheitsvorsorge (Fn. 35), S. 43.

70 Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung v. 24.8.1965, BGBl I 912.

71 Art. 1 des Zweiten Krankenversicherungsänderungsgesetzes v. 21.12.1970, BGBl I 1770.

72 Art. 1 des Gesundheits-Reformgesetzes v. 20.12.1988, BGBl I S. 2477.

73 Vgl. die neue Fassung seit Inkrafttreten des Präventionsgesetzes im Juli 2015 (Fn. 76): Die Leistungen sollen insbesondere zur Verminderung sozial bedingter *sowie geschlechtsbezogener* Ungleichheit von Gesundheitschancen beitragen. (Hervorhebung durch die Verf.).

74 Für die Schwangerenvorsorge: *U. Lindner*, Sicherheits- und Präventionskonzepte im Umbruch: von der Gruppenvorsorge zur individualisierten medizinischen Risikoprävention für Schwangere, in: *M. Lengwiler/J. Madarász* (Hrsg.), *Selbst* (Fn. 10), S. 229 (230); *K. Lüdemann*, Sinn und Unsinn von Untersuchungen in der Schwangerenvorsorge, *Hebamme* 2015, S. 84.

75 *Schmacke*, Individualisierung (Fn. 62), S. 181; *Timmermann*, Risikofaktoren (Fn. 10), S. 256 f., 270.

Dieser Pfad – Prävention durch die niedergelassenen Ärzte – wurde nicht mehr verlassen.<sup>76</sup> Zum einem „De-Locking“, also dem Durchbrechen des eingeschlagenen Pfades,<sup>77</sup> kam es auch im Jahr 2015 nicht, als nach einigen gescheiterten Anläufen in den Jahren zuvor<sup>78</sup> das sogenannte „Präventionsgesetz“<sup>79</sup> verabschiedet wurde. Anders als der allgemeine Name es vermuten lässt, regelt das Gesetz nicht den Gesundheitsschutz umfassend. Auch jetzt wird Prävention vor allem als Aufgabe der Krankenversicherung bzw. anderer Träger im Sozial(versicherungs)recht angesehen.<sup>80</sup> Dieses „Krankenversicherungs-Präventionsgesetz“<sup>81</sup> ist also gerade ein Beispiel dafür, dass ein „Einrasten“ auf dem in der Vergangenheit betretenen Pfad stattgefunden hat, also der sogenannte „lock-in-Effekt“<sup>82</sup> eingetreten ist.

### bb) Das Scheitern von gesundheitsfürsorglichen Vorstößen

Von Pfadabhängigkeit kann man nur sprechen, wenn Änderungen überhaupt diskutiert wurden und die Politik sich dann bewusst gegen diese entschieden hat. Es muss einen „gewissen Problem- und Veränderungsdruck“ gegeben haben, dem sich die Beharrungskräfte entgegengesetzt haben.<sup>83</sup> Nur wenn diese Beharrungskraft bzw. eine Schwerfälligkeit politischen Wandels erkennbar ist, ist mit Pfadabhängigkeit nicht bloß gemeint, dass ein bestimmter Zustand von einem früheren Zustand abhängig ist.<sup>84</sup>

Das Fürsorgerecht wurde in den 1960er Jahren modernisiert. Die klassische Armutsfürsorge – die wirtschaftliche Fürsorge – wurde 1961 im Bundessozialhilfegesetz,<sup>85</sup> die Kinder- und Jugendfürsorge im Jugendwohlfahrtsgesetz<sup>86</sup> geregelt. Spä-

76 Eine critical juncture war auch die Wiedervereinigung. Man einigte sich darauf, den westdeutschen Sozialversicherungsstaat auch auf die neuen Bundesländer zu übertragen (*Kohl, Sozialstaat* (Fn. 16), S. 133). Für das Gesundheitssystem wurde zunächst überlegt, einen grundlegenden Systemwechsel vorzunehmen, man wählte dann aber doch eine „pfadstabile Lösung“ (*Kuller/Süß, Sozialstaat* (Fn. 17), S. 173); das BRD-System wurde in der ehemaligen DDR installiert. Das „Leitbild des in freier Niederlassung tätigen Kassenarztes“ (*Süß, Gesundheitspolitik* (Fn. 49), S. 93) wurde dem poliklinischen Versorgungsmodell der DDR vorgezogen.

77 *Schreyögg/Farhauer, Reformfähigkeit* (Fn. 55), S. 248.

78 Dazu *M. Banafsche, Zielsetzungen und Instrumente der Prävention im Sozialrecht*, in: J. Brockmann (Hrsg.), *Prävention an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht*, Münster 2014, S. 7 (14).

79 Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention v. 17.7.2015, BGBl I 1368.

80 Zu den Neuregelungen *E. Schneider, Das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention, SGB 2015, S. 599; F. Welti, Das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention – was bringt das Präventionsgesetz?, GuP 2015, S. 211.*

81 *Welti, Gesundheitsförderung* (Fn. 80), S. 213. Mit Einschränkungen auch *P. Axer, Finanzlast für Primärprävention – Beitragsfinanzierung und ihre Grenzen, KrV 2015, S. 221.*

82 Dazu *Beyer, Pfadabhängigkeit* (Fn. 14), S. 7.

83 *H. Deters/R. Krämer, Der steuerpolitische „Aktivismus“ des Bundesverfassungsgerichts als pfadabhängige Entwicklung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2011), S. 7 (10).*

84 *Davy, Pfadabhängigkeit* (Fn. 25), S. 106. Ähnlich *Schreyögg/Farhauer, Reformfähigkeit* (Fn. 55), S. 248.

85 Vom 30.6.1961, BGBl I 815.

86 Vom 11.8.1961, BGBl I 1206.

ter wurden beide, wiederum neu gefassten Gesetze in das SGB integriert.<sup>87</sup> Schlecht sah es hingegen für die Gesundheitsfürsorge aus: Gerade dort, wo sich Berührungspunkte zur medizinischen Versorgung der Bevölkerung ergeben hatten, wurden die Aufgaben des ÖGD beschnitten. In den 1950er und 60er Jahren hatte es einzelne Vorstöße gegeben, Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge als Aufgabe des ÖGD auf kommunaler Ebene zu verankern. Keiner wurde jedoch umgesetzt.<sup>88</sup> Zum Teil scheiterten sie an der Furcht vor einer vermeintlichen Nähe zu autoritärer „Staatsmedizin“,<sup>89</sup> fraglich war aber insbesondere, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zustand.<sup>90</sup> Der ÖGD wurde so „gesundheitspolitisch an den Rand gedrängt“.<sup>91</sup> Die Gesundheitsfürsorge gibt es heutzutage nur noch in Form der Schulgesundheitspflege.<sup>92</sup> Durch die Abkopplung von der allgemeinen Fürsorge verloren „Armut und Gesundheit“ als Begriffspaar ihre prägende Rolle für die Gesundheitspolitik.<sup>93</sup>

### cc) Die Entwicklung des Gesundheitsschutzeingriffsrechts

Die Bekämpfung von Seuchen und Geschlechtskrankheiten folgte nach dem 2. Weltkrieg weiterhin dem Gefahrenabwehrrecht; hier herrschte zum Teil eine rigore, auf Zwangsmaßnahmen, Kontrolle und Überwachung ausgerichtete Grund-

87 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts vom 26.6.1990, womit das SGB VIII in Kraft trat, BGBl I 1163; Art. 1 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch v. 27.12.2003, BGBl I 3022.

88 Zu einzelnen Entwürfen siehe *Schmacke*, Individualisierung (Fn. 62), S. 181; *von Manger-Koenig*, Gesundheitsdienst (Fn. 66), S. 435; *Labisch/Tennstedt*, Prophylaxe (Fn. 35), S. 137, 144, 146; *Hockerts*, Nachkriegssozialpolitik (Fn. 57), S. 338; *U. Lindner*, Das Scheitern des klassischen Konzepts der vorbeugenden Gesundheitsfürsorge in den 1950er Jahren, in: U. Schagen/S. Schleiermacher (Hrsg.), „Gesundheitsschutz für alle“ und die Ausgrenzung von Minderheiten: Historische Beiträge zur Aushöhlung eines gesundheitspolitischen Anspruchs, Berlin 2006, S. 97 (98 ff.).

89 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 26; *dies.*, Scheitern (Fn. 88), S. 101.

90 *von Manger-Koenig*, Gesundheitsdienst (Fn. 66), S. 438; *Labisch/Tennstedt*, Prophylaxe (Fn. 35), S. 154 f.; *Lindner*, Scheitern (Fn. 88), S. 102.

91 *Labisch*, Gesundheitsdienst (Fn. 38), S. 84.

92 *Süß*, Gesundheitspolitik (Fn. 49), S. 65. – Den Begriff „Gesundheitsfürsorge“ unzutreffend oder jedenfalls missverständlich iSv „Zugang zur Krankenversicherung“ verwendend *E. Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, Berlin und New York 2001, S. 23; *Lang*, BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 82; *M. Schuler-Harms*, Grundrechte als Rahmen verschiedener Kooperationsformen im Gesundheitswesen, in: A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 2, Tübingen 2006, S. 23 (31).

93 *Schmacke*, Individualisierung (Fn. 62), S. 184.

haltung.<sup>94</sup> Eine solche konnte man noch in den 1980er Jahren bei der Bekämpfung der damals neuen Krankheit AIDS ausmachen.<sup>95</sup>

Im Jahr 2000 löste das Infektionsschutzgesetz das Bundesseuchengesetz und Geschlechtskrankengesetz ab.<sup>96</sup> Es wird nach wie vor dem Gefahrenabwehrrecht zugeordnet, der einmal eingeschlagene Pfad wurde nicht verlassen. Neuere Rechtsgebiete wie das Umweltrecht, die auch gesundheitsschützende Ziele verfolgen, sind zumindest eng mit dem Gefahrenabwehrrecht verwandt. Auch das Lebensmittel- und Verbraucherschutzrecht hat seine Wurzeln im Polizeirecht.<sup>97</sup> Das auf dem Polizeirecht aufbauende Gesundheitsschutzrecht kann man somit – in Abgrenzung zum Sozialrecht als Leistungsrecht – Gesundheitsschutzeingriffsrecht nennen. Zuständige Behörde ist in vielen Fällen das Gesundheitsamt. Neuere Gesetze wie Nichtraucherschutzgesetze haben die Überwachung der Rauchverbote den Ordnungsbehörden übertragen.<sup>98</sup>

Auch im Gesundheitsschutzeingriffsrecht kann man jedoch einen Wandel erkennen: weg vom Zwang zur eigenverantwortlichen Prävention. So wurde z.B. die Impfpflicht gegen Pocken, die 1874 eingeführt wurde, 1983 abgeschafft;<sup>99</sup> Impfungen liegen jetzt in allen Fällen in der eigenverantwortlichen Entscheidung der Eltern. In vielen Bereichen setzt der Gesetzgeber anstelle von Zwang auf die Gesundheitsaufklärung, z.B. durch Informationen im Lebensmittel- und Verbraucherschutzrecht.<sup>100</sup>

## 2. Konsequenzen

Das Präventionsrecht teilt sich also in das Sozialversicherungsrecht und das Gesundheitsschutzeingriffsrecht auf. Zwischen beiden Rechtsgebieten sind Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede erkennbar.

94 *Lindner*, Gesundheitspolitik (Fn. 43), S. 321 ff., für die Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten. Diese erfolgte in der Regel durch die Reglementierung der Prostitution. Hierzu auch *Teleky*, Gesundheitsfürsorge (Fn. 36), S. 80 ff.

95 U.a. zum damaligen bayerischen Maßnahmekatalog: *J. Hofmann*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme der Virus-Erkrankung Aids unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Maßnahmenkatalogs, NJW 1988, 1486; *O. Seewald*, Zur Verantwortlichkeit des Bürgers nach dem Bundes-Seuchengesetz, NJW 1987, 2265; *ders.*, Zu den Voraussetzungen der Seuchenbekämpfung durch Blutuntersuchung und Zwangsinformation, NJW 1988, 2921; *W.-R. Schenke*, Nochmals: Seuchenbekämpfung durch Blutuntersuchung und Zwangsinformation, NJW 1989, 755.

96 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften (Seuchenrechtsneuordnungsgesetz) v. 20.7.2000, BGBl I 1045.

97 *T. Mettke*, in: BEHR's Kommentar zum Lebensmittelrecht, A 1, S. 8 ff.

98 Siehe z.B. in NRW § 5 IV Nichtraucherschutzgesetz.

99 Gesetz zur Aufhebung des Gesetzes über die Pockenschutzimpfung v. 24.11.1982, BGBl I 1529.

100 Vgl. dazu nur *K. J. Henning*, Lebensmittelbewertungen und Informationsverwaltungsrecht, StoffR 2006, 256; *F. Wollenschläger*, Staatliche Verbraucherinformation als neues Instrument des Verbraucherschutzes, VerwArch 2011, 20; jüngst *T. Holzner*, Rot für die Gastro-Ampel, GewArch 2016, 95.

### a) Liberal-individualistische Prävention

Neben der erwähnten Liberalisierung im Gesundheitsschutzeingriffsrecht ist es insbesondere durch die Übertragung von Primär- und Sekundärprävention auf die niedergelassenen Ärzte und die entsprechende Erweiterung des Leistungskatalogs der GKV zu einer Individualisierung der Prävention gekommen:<sup>101</sup> Die Ärzte haben nur den einzelnen Patienten im Blick, ihr Tätigwerden ist von der Initiative des Patienten abhängig.<sup>102</sup> Eine gruppenbezogene, zu- oder nachgehende Prävention sieht das SGB V nicht vor. Wenn Präventionsleistungen von der Initiative – also der Eigenverantwortung des Einzelnen – abhängig sind, kann dies zu Unterschieden in der Wahrnehmung dieser Angebote führen, z.B. was die unterschiedlichen sozialen Schichten angeht.<sup>103</sup>

Wenn 90% der Bevölkerung in der GKV versichert sind, ist die Aufnahme der Prävention in deren Leistungskatalog zunächst folgerichtig. Präventionsregelungen im Sozialrecht führen aber dazu, dass die Prävention vom Träger her gedacht wird, und damit bleibt der Ansatz notwendigerweise partikular,<sup>104</sup> denn niemand überprüft, ob und wie alle Bevölkerungsgruppen von den präventiven Maßnahmen erfasst werden.<sup>105</sup> Die Gesamtgesellschaft und die Zusammenhänge zwischen verschiedenen Faktoren, die auf den Gesundheitszustand einwirken, bleiben außerhalb der Betrachtung.<sup>106</sup> Deswegen ist es auch „abwegig“, die Krankenkassen mit dem Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zu beauftragen.<sup>107</sup>

### b) Kein übergreifendes Präventionsrecht

Ein übergreifendes „Präventionsrecht“ konnte durch diese Zweiteilung nicht entstehen. Es gibt schon innerhalb des SGB keinen übergreifenden Ansatz der Präven-

101 Siehe dazu, dass in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts der Schwerpunkt von staatlichen auf liberal-individualistische Präventionspraktiken verlagert wurde, *M. Lengwiler/J. Madarász*, in: dies. (Hrsg.), *Selbst* (Fn. 10), S. 11 (16). Ein Grund für diese „liberale Wende des Präventionsdiskurses“ (Verhaltensprävention statt Verhältnisprävention) wird in der Entwicklung und Verbreitung des Risikofaktorenmodells gesehen (S. 22 f.).

102 *Labisch/Tennstedt*, *Prophylaxe* (Fn. 35), S. 143.

103 *Süß*, *Gesundheitspolitik* (Fn. 49), S. 79: Bleibt es jeder Schwangeren und den Eltern von kleinen Kindern überlassen, die Angebote der Vorsorge wahrzunehmen, kommt es zur Perpetuierung oder sogar Vergrößerung der gesundheitlichen Unterschiede bei den verschiedenen sozialen Schichten, soweit die Angehörigen der unteren Schichten solche Angebote seltener wahrnehmen (vgl. *Lindner*, *Präventionskonzepte* (Fn. 74), S. 235, 237).

104 Allgemein *Zacher*, *Sozialstaat* (Fn. 21), S. 199 f.

105 *B. von Renthe-Fink*, *Grundprobleme der Gesundheitsfürsorge*, in: *Schriften des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge, Vier Jahre Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz, 1966*, S. 353 (356). – Auswirkungen zeigen sich insbesondere im Impfwesen, wo die Übertragung dieser Aufgabe auf die niedergelassenen Ärzte zu schlechteren Durchimpfungsraten geführt hat (*S. Klein/I. Schöneberg/G. Krause*, *Vom Zwang zur Pockenschutzimpfung zum Nationalen Impfplan*, *Bundesgesundheitsbl* 2012, S. 1512 (1520)).

106 Nach *Zacher*, *Sozialstaat* (Fn. 21), S. 203, sind der selektive Ansatz und die damit einhergehende „völlige Negation einer gesamthaften Betrachtung“ seit der Einführung der Sozialversicherung „das historische Grundmuster der Sozialpolitik“.

107 *S. Huster*, *Gesundheits- als Gesellschaftspolitik*, *GGW* 2012, S. 24 (26).

tion: Dies zeigt sich an unterschiedlich verwendeten Begriffen in den verschiedenen Büchern<sup>108</sup> und an regelmäßigen Änderungen der §§ 20 ff. SGB V,<sup>109</sup> die zwischenzeitlich dazu führten, dass den verwendeten Begriffen eine andere Bedeutung zugrunde lag als den gleichlautenden Begriffen in den Gesundheitswissenschaften, sie somit „wissenschaftlich-unlogisch“<sup>110</sup> waren. Im Sozialversicherungsrecht bleibt Prävention immer zumindest auch auf die Erhaltung der Erwerbsfähigkeit bezogen;<sup>111</sup> diesen Bezugspunkt gibt es im Gesundheitsschutzeingriffsrecht nicht.

Dass das Sozialversicherungsrecht auf der einen und das Gefahrenabwehrrecht auf der anderen Seite von unterschiedlichen Begrifflichkeiten ausgehen, zeigt sich insbesondere am Begriff der Vorsorge. Die Aufgabe der Sozialversicherung wird auch mit der „Vorsorge gegen die „Wechselfälle des Lebens““ beschrieben,<sup>112</sup> es handelt sich aber nicht um eine Vorsorge *gegen* diese Fälle, sondern um eine Vorsorge *für den Fall, dass einer dieser Fälle eintritt*. Das Gefahrenabwehrrecht hingegen verwendet den Begriff „Vorsorge“, um die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eintritt, zu beschreiben; es geht um eine Wahrscheinlichkeit, die niedriger ist als bei einer angenommenen Gefahr.<sup>113</sup> Das Ziel des Gefahrenabwehrrechts ist es dann, den Eintritt der Gefahr zu verhindern.

Durch die Begriffe der Gefahr und der Vorsorge ist das Gesundheitsschutzeingriffsrecht auf einen potentiellen Schaden bezogen; die klassischen Instrumente wie Zwang begünstigen dabei – wie auch das Schema der Sozialversicherung im Sozialversicherungsrecht<sup>114</sup> – das Risikofaktorenmodell: Durch Verbote werden bestimmte Risikofaktoren ausgeschaltet. Zwar kann man sicher nicht in allen Bereichen der Prävention auf das Eingriffsrecht (und Zwang) verzichten, ein präventiver Ansatz, der sich mit der Stärkung von Gesundheitsressourcen beschäftigt, passt

108 Dazu U. Walter, *Babylon im SGB? Eine Analyse der Begriffsvielfalt zur Prävention in den Sozialgesetzbüchern*, Sozialer Fortschritt 2003, S. 253; *dies.*, Wahrnehmung rechtlicher präventiver Regelungen und Implikationen für ein übergreifendes Präventionsgesetz, Gesundheitswesen 2004, S. 69 (71); *Banafsche*, Zielsetzungen (Fn. 78), S. 20 f.

109 Seit Inkrafttreten des PrävG enthält § 20 Abs. 1 S. 1 SGB V Legaldefinitionen von Primärprävention und Gesundheitsförderung.

110 So O. Seewald, *Expertise Präventionsregelungen*, Endbericht, 2002, S. 44, zur Fassung des § 20 Abs. 1 S. 1 und 2 idF 22.12.1999 (BGBl I 2626), die bis zum 24.7.2015 galt.

111 *Banafsche*, Zielsetzungen (Fn. 78), S. 8, 14.

112 So schon Art. 161 WRV; vgl. auch BVerfGE 115, 25 (49): „Vorsorge in Fällen [von] Erkrankung“.

113 Auch im Verwaltungsrecht wird der Begriff nicht einheitlich verwendet, hier geht es jedoch nur um Nuancen. Vgl. die Überlegungen zu der Frage, inwieweit es einen einheitlichen Begriff der Vorsorge im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutzrecht gibt, von F. *Ossenbühl*, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, NVwZ 1986, S. 161; zur Vorsorge im Umwelt- und Technikrecht R. *Schmidt*, *Der Staat der Umweltvorsorge*, DÖV 1994, S. 749 (752 ff.). Den sozialversicherungsrechtlichen und den gefahrenabwehrrechtlichen Begriff der Vorsorge vermischt E.-W. *Luthe*, *Das ökologische, gesundheitliche und soziale Existenzminimum und das Vorsorgeprinzip*, in: *ders./U. Meyerholt/R. Wolf* (Hrsg.), *Der Rechtsstaat zwischen Ökonomie und Ökologie*, Festschrift für Götz Frank, Tübingen 2014, S. 77 (97).

114 *Bieback*, *Prinzip* (Fn. 5), S. 410.

aber jedenfalls nicht zu diesen Instrumenten. Die gefahrenabwehrrechtliche Perspektive des Eingriffsrechts kann dazu führen, dass der Blick auf die Gesundheitsbezüge verstellt wird.<sup>115</sup> In dogmatischer Hinsicht ist z.B. das Infektionsschutzrecht außerdem durch die gefahrenabwehrrechtlichen Kategorien und Strukturen überfordert.<sup>116</sup>

### III. Fazit

Die Pfadabhängigkeit, die hier untersucht wird, besteht also in zweierlei Hinsicht, es gilt sozusagen zwei Pfade zu betrachten. Zum einen geht es um den deutschen Sozialstaatspfad auf einer allgemeinen Ebene: Der deutsche Sozialstaat ist – anders als andere Wohlfahrtsstaaten – im Wesentlichen Sozialversicherungsstaat. Dies hat u.a. dazu geführt, dass präventive Maßnahmen als Leistungen der Sozialversicherung angesehen und insbesondere im SGB V geregelt werden. Sie verfolgen deswegen einen individualzentrierten und keinen bevölkerungsbezogenen Ansatz. Zum anderen soll der Pfad des übrigen Gesundheitsschutzrechts untersucht werden: Dieser Pfad hat seinen Ursprung im Gefahrenabwehrrecht und gerade nicht im Sozialrecht, d.h. er ist Teil der Eingriff- und nicht der Leistungsverwaltung. Eine Gesundheitsfürsorge, die Gesundheits- mit Armutsfragen verknüpft, gibt es praktisch nicht mehr.

## C. Die Rolle des Verfassungsrechts: Gründe für „lock-ins“ und fehlende Impulse für „de-lockings“

Untersucht man die Rolle des Verfassungsrechts, stellt sich die Frage, inwieweit die Verfassung selbst oder ihre Interpretation durch insbesondere das BVerfG bereits den „Sozialversicherungsstaat“ stärkt oder auf der Ebene des Gesundheitsbereichs „lock-ins“ begünstigt. Die „ausgeprägten strukturellen Beharrungskräfte“ von GKV und freier Ärzteschaft als dominierende Akteure im Gesundheitssystem<sup>117</sup> können durch das Verfassungsrecht begünstigt worden sein.

### I. Gesetzgebungskompetenzen

Als das Grundgesetz nach dem 2. Weltkrieg verfasst wurde, entstand es nicht aus dem Nichts, sondern seine Verfasser fanden faktisch bestimmte sozialstaatliche Strukturen vor. Dieses „Traditionsgut der deutschen Sozialpolitik“<sup>118</sup> wurde indirekt zu einem großen Teil in der Verfassung festgeschrieben. Diese Festschreibung

115 Für das Infektionsschutzrecht: S. Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 67 (76 f.); A. Engels, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?, DÖV 2014, S. 464 (470).

116 Rixen, Infektionsschutzrecht (Fn. 115), S. 76; dazu auch Engels, Infektionsschutzrecht (Fn. 115), S. 468 f.

117 Lindner, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 28.

118 Zacher, Sozialstaat (Fn. 21), S. 189.

fand zunächst in der bundesstaatlichen Kompetenzzuteilung statt.<sup>119</sup> Im Katalog der Gesetzgebungskompetenzen gibt es weder für „das Soziale“ noch für „die Gesundheit“ einen einheitlichen Kompetenztitel. Sowohl die Sozial- als auch die Gesundheitspolitik müssen jeweils von vornherein auf verschiedene Normen gestützt werden. Der Bund kann von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Sozialversicherung und der Fürsorge Gebrauch machen. Bei letzteren handelt es sich um die beiden Zweige des Sozialstaats, die sich historisch zuerst herausgebildet haben. Allein die Tatsache, dass die Sozialversicherung als Institution im Katalog der Gesetzgebungskompetenzen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) genannt wird, belegt ihre besondere Bedeutung.

Der Begriff der „öffentlichen Fürsorge“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist seit der Ablösung der Fürsorge durch die Sozialhilfe im einfachen Recht überholt. Der Kompetenztitel wird aber weiterhin benötigt, um auf ihn die Maßnahmen der Sozialpolitik zu stützen, die nicht zur Sozialversicherung gehören. Die Gesundheitsfürsorge wird dabei nicht als von der „öffentlichen Fürsorge“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG erfasst angesehen. Der Parlamentarische Rat sah dies noch anders; die Materialien belegen, dass der Begriff der Fürsorge nicht in Armenfürsorge und Gesundheitsfürsorge geteilt werden sollte.<sup>120</sup> In den 1960er Jahren stritten sich jedoch Bund und Länder um die Frage, ob der Bund die geplanten Gesundheitsfürsorgegesetze auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG stützen konnte,<sup>121</sup> die Gesetzentwürfe scheiterten schließlich an der Blockadehaltung des Bundesrates.<sup>122</sup> In der Folge setzte sich die Rechtsauffassung durch, dass gesundheitspolitische Ziele nicht über Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG geregelt werden können.<sup>123</sup> Die Große Koalition unternahm daraufhin 1968 den Versuch, das Grundgesetz entsprechend zu ändern: Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG sollte um „die Verhütung und Bekämpfung von Krankheiten“<sup>124</sup> erweitert werden. Es sei „ein schwerwiegender [...] Mangel, wenn überregionale gesetzgeberische Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge und des Gesundheitsschutzes unterbleiben

119 Zacher, Sozialstaat (Fn. 21), S. 189 f.

120 W. Matz, JöR n.F. 1 (1951), S. 511 ff.: Mehrmals wurde bekräftigt, dass die „gesamte öffentliche Fürsorge“ gemeint sei, insbesondere die Mutterschafts-, Säuglings- und Kinderfürsorge.

121 Siehe von Renthe-Fink, Gesundheitsfürsorge (Fn. 105), S. 355 f.; von Manger-Koenig, Gesundheitsdienst (Fn. 66), S. 438; Lindner, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 27.

122 Der die Entwürfe aber nicht unbedingt inhaltlich ablehnte: Lindner, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 27.

123 Vgl. aus der aktuellen Kommentarliteratur: S. Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl., München 2010, Art. 74 Rn. 62. Oft wird die „Gesundheitsfürsorge“ als Begriff noch nicht einmal erwähnt, sondern nur darauf verwiesen, dass der Bund über Art. 74 Nr. 7 GG keine Kompetenz für eine umfassende Gesundheitsvorsorge oder sonstige dem Gesundheitswesen zuzurechnende Gesetze habe (R. Stettner, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 74 Rn. 44, 46). – Die Gesundheitsfürsorge als Teil der öffentlichen Fürsorge gem. Nr. 7 verstehend H. Zuck, Bundeskompetenz für einen gesetzlichen Nichtraucherschutz nach französischem Vorbild, DÖV 1993, S. 936 (941).

124 BT-Drs. 5/3515, S. 2.

müss[t]en, weil dem Bund hierfür die Gesetzgebungszuständigkeit fehl[e].“<sup>125</sup> Dieser Vorstoß scheiterte jedoch am Widerstand der Länder im Bundesrat und an der massiven Intervention einzelner Berufsorganisationen.<sup>126</sup>

Für das Gesundheitsschutzeingriffsrecht sieht Art. 74 Abs. 1 GG verschiedene Kompetenztitel vor. Diese knüpfen entweder an die Terminologie des früheren Seuchenrechts an, also an Gesetze, die bereits bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestanden<sup>127</sup> („gemeingefährliche Krankheiten“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG), oder beziehen sich auf bestimmte ggf. gesundheitsschädliche Produkte (Betäubungsmittel, Gifte, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG; Lebensmittel, Genussmittel, Bedarfsgegenstände und Futtermittel, Art. 74 Abs. 1 Nr. 20). Diese Art von Aufzählung begünstigt das Risikofaktorenmodell.

Für die Gesundheitspolitik des Bundes bedeutete dies in der Konsequenz, dass er – wenn er präventive Maßnahmen regeln wollte – dies über seine verbleibenden Gesetzgebungskompetenzen tun musste. Da hierzu eben die Sozialversicherung gehört, wurde die GKV als verantwortliche Stelle für präventive Maßnahmen in den Blick genommen.<sup>128</sup> Auch das neue Präventionsgesetz 2015 fügt sich hier ein – für ein umfassendes, viele Lebensbereiche regelndes ganzheitliches Präventionsgesetz, das sich nicht auf die Sozialleistungsträger beschränkt, hätte der Bund gar keine Gesetzgebungskompetenz. An der (vermeintlich) fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes scheiterten nicht nur zu Beginn der Bundesrepublik Gesetze: Der lange Weg zu Rauchverboten in Gaststätten, die nach langen Kontroversen<sup>129</sup> erst im letzten Jahrzehnt verabschiedet wurden – und zwar durch die Länder –, zeigt dies besonders eindrücklich.<sup>130</sup>

125 BT-Drs. 5/3515, S. 3.

126 Von Manger-Koenig, Gesundheitsdienst (Fn. 66), S. 439.

127 T. Maunz, in: ders./Dürig, GG-Kommentar, 23. Lfg, Art. 74 Rn. 210.

128 Süß, Gesundheitspolitik (Fn. 49), S. 67.

129 Für eine Kompetenz aus Art. 74 Nr. 19 GG: B. Pieroth, in: H. D. Jarass/ders., GG-Kommentar, 13. Aufl., München 2014, Art. 74 Rn. 49; H. Siekmann, Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass umfassender Rauchverbote nach In-Kraft-Treten der ersten Stufe der Föderalismusreform, NJW 2006, S. 3382 (3383 f.) (außerdem Art. 74 Abs. 1 Nr. 20, 24, 12 GG); R. Stettner, Zwischenruf – Der flächendeckende Schutz gegen Passivrauchen ist Kompetenz und Pflicht des Bundes!, ZG 2007, S. 156 (168 ff.) (außerdem Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 20); dagegen: M. Rossi/S. Lenski, Föderale Regelungsbefugnisse für öffentliche Rauchverbote, NJW 2006, S. 2657 (2658). Für eine Kompetenz aus Art. 74 Nr. 7 GG: Zuck, Bundeskompetenz (Fn. 123), S. 941; dagegen: Rossi/Lenski, Regelungsbefugnisse (Fn. 129), S. 2658; Siekmann, Rauchverbote (Fn. 129), S. 3384; Stettner, Passivrauchen (Fn. 129), S. 167; ders., in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 2. Aufl., Suppl. Tübingen 2007, Art. 74 Rn. 48. Den einschlägigen Kompetenztitel offenlassend, im Ergebnis die Länder wegen des Nichttätigwerdens des Bundes für zuständig haltend BVerfGE 121, 317 (347); für eine Kompetenz der Länder auch M. Zimmermann, Landesrechtliche Rauchverbote in Gaststätten und die Grundrechte der Betreiber von (Klein-)Gaststätten, NVwZ 2008, S. 705 (707).

130 Dazu C. Wiesel, Nichtraucherchutz in Deutschland, Baden-Baden 2014, S. 88 ff.

Auch die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung verhindert also eine abgestimmte Präventionspolitik<sup>131</sup> und ein übergreifendes Präventionsrecht. Die Länder wiederum – die im öffentlichen Gesundheitswesen eine große Gestaltungsfreiheit gehabt hätten – nutzten diesen Spielraum nur eingeschränkt aus.<sup>132</sup>

## II. Die Stärkung von Ärzten und GKV durch das BVerfG

Die Rolle des BVerfG wird dort deutlich, wo es Weichenstellungen des Gesetzgebers gebilligt und bestehende Pfade verstärkt hat. Es spricht in seinen Entscheidungen regelmäßig davon, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Festlegung und Ausgestaltung sozialpolitischer Ziele einen großen Gestaltungsspielraum einräumt<sup>133</sup> – eine Aussage, die sich so auch in der Literatur finden lässt.<sup>134</sup> Sie lässt erwarten, dass das BVerfG viele gesetzgeberische Entscheidungen in der Sozialpolitik gebilligt hat. Eigene Impulse würde das BVerfG dann regelmäßig nicht setzen; für das Entstehen der Pfadabhängigkeiten wäre es nicht verantwortlich.

Schaut man sich die Rechtsprechung des BVerfG jedoch näher an, zeigt sich, dass diese Aussage zu dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in sozialpolitischen Fragen zu pauschal ist, um eine allgemeingültige Aussage über das Verhältnis von BVerfG und Gesetzgeber auf dem Gebiet der Sozialpolitik zu treffen.

### 1. Anfangszeit der BRD: wirtschaftsliberale Einstellung

Das BVerfG hat zunächst in der Anfangszeit der Bundesrepublik, als die Weichen in der Gesundheitspolitik gestellt wurden, die Ärzteschaft gestärkt. So erklärte es 1960 die Regelung im Kassenarztrecht (die 1955 mit dem Gesetz über Kassenarztrecht eingeführt worden war), die eine Zulassung als Kassenarzt von einer Verhältniszahl an Kassenmitgliedern in einem bestimmten Gebiet abhängig machte (Bedarfszulassung nach Verhältniszahlen), wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der Ärzte<sup>135</sup> für verfassungswidrig. Jedem Arzt war nun die Niederlassung als Kassenarzt freigestellt.<sup>136</sup> In der Folge kam es zu einem

131 Ähnlich T. Kingreen, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 152 (186 Fn. 137).

132 Lindner, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 27.

133 BVerfGE 77, 308 (332); BVerfG DVBl. 2002, 400 (401).

134 Heinig, Grundgesetzliche Vorgaben für das Sozialrecht und ihre verfassungstheoretische Reflexion, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Denkschrift (Fn. 17), S. 333 (338).

135 BVerfGE 11, 30. Ebenso im Falle der vergleichbaren Regelung für Kassenzahnärzte: BVerfGE 12, 144.

136 Labisch/Temstedt, Prophylaxe (Fn. 35), S. 141.

erheblichen Anstieg der Ärztezahlen<sup>137</sup> und dadurch wiederum zu einer „Wachstumsdynamik“ der Ausgaben.<sup>138</sup>

Zwar ging das BVerfG in diesem Urteil auch allgemein von einem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus, es schränkte diesen Spielraum aber dadurch ein, dass sich die Regelung der Bedarfszulassung nach Verhältniszahlen – obwohl eigentlich nur eine Berufsausübungsregelung – wie eine objektive Zulassungsschranke auswirke.<sup>139</sup> Die vom Gesetzgeber vorgebrachten Gründe<sup>140</sup> sah das BVerfG nicht als ausreichend gewichtig an, um den Eingriff in die Berufsfreiheit der Ärzte zu rechtfertigen.

Das Urteil stellte den „Schlussstrich in der absoluten Autonomie der Ärzte in der ambulanten Versorgung“ dar.<sup>141</sup> Das „Zusammenspiel von Gesetzgebung, Verhandlungsmacht und Verfassungsinterpretation“ bewirkte „eine weitgehende Freisetzung ärztlicher Handlungsautonomie im wirtschaftlichen Bereich“.<sup>142</sup> Durch dieses Urteil trug das BVerfG also maßgeblich dazu bei, dass sich die Entscheidungen, die der Gesetzgeber in dieser Zeit für die freie Ärzteschaft und gegen den ÖGD traf, in ihrer Wirkung verfestigten und es dadurch zu einer positiven Rückkopplung kam.

## 2. Judicial self restraint: Weiterentwicklung der und Korrekturen an der Sozialversicherung

Als dann in der Folge die Kosten im Gesundheitswesen explodierten und sich der Gesetzgeber genötigt sah, im Krankenversicherungssystem Anpassungen vorzunehmen, um die finanzielle Lage in den Griff zu bekommen, stützte das BVerfG die vielen, jeweils punktuell wirkenden Regelungen. Das Gericht räumte dem Gesetzgeber hier tatsächlich einen weiten Spielraum ein. Das öffentliche Interesse, das letztlich alle Änderungen rechtfertigte, sah es in der Sicherung der Leistungsfähigkeit und der Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversiche-

137 *Lindner*, Gesundheitsprobleme (Fn. 28), S. 26; *Hockerts*, Grundentscheidungen (Fn. 22), S. 150. Das BVerfG hatte lediglich einen Anstieg von 12% prognostiziert (BVerfGE 11, 30 (46)), in Wirklichkeit stiegen die Ärztezahlen aber in den alten Bundesländern bis 1992 um 100% (*E. Herweck-Behnen*, Die Legitimation der Zulassungsbeschränkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG) für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte durch das Grundgesetz, NZS 1995, S. 211).

138 *Süß*, Gesundheitspolitik (Fn. 49), S. 92.

139 BVerfGE 11, 30 (44 f.).

140 Verhinderung eines Konkurrenzkampfes zwischen den Ärzten, die aufgrund zu weniger Patienten keine ausreichende Gesamtvergütung erhalten würden; Gewährleistung der ärztlichen Versorgung in Gegenden mit wenigen Kassenmitgliedern.

141 *Labisch/Tennstedt*, Prophylaxe (Fn. 35), S. 140. 1963 erklärte das BVerfG außerdem den grundsätzlichen Ausschluss der Chefärzte von der ambulanten Versorgung für verfassungsmäßig (BVerfGE 16, 286).

142 *Süß*, Gesundheitspolitik (Fn. 49), S. 92.

nung;<sup>143</sup> hierbei handle es sich um „legitime Gemeinwohlgründe von überragender Bedeutung“.<sup>144</sup> Das BVerfG billigte auf Grundlage dieser Rechtsprechung auch die Kehrtwende des Gesetzgebers, der Ende der 1980er Jahre wieder Zulassungssperren bei Überversorgung (vgl. § 101 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V) einführte,<sup>145</sup> sowie eine Altersgrenze für Kassenärzte.<sup>146</sup> Das BVerfG stärkte also die Ärzteschaft in der Phase, in der die Entwicklung zwischen GKV und ÖGD noch relativ offen war, und stützte später die Maßnahmen, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der GKV aufrechterhalten sollten, auch wenn diese für die niedergelassenen Ärzte wiederum Einschränkungen ihrer Berufsausübung bedeuteten.

Wichtig ist insbesondere ein Unterschied: Die Kassenzulassung nach Verhältniszahlen wurde damals nicht mit einem Schutz der GKV vor finanzieller Überanspruchung begründet. Dass Kassenarzt-Urteil fügte sich ein in eine Reihe von Urteilen zu Art. 12 GG,<sup>147</sup> die mit dem Apotheken-Urteil begonnen hatte und in denen das BVerfG seine Drei-Stufen-Theorie entwickelte. Obwohl das BVerfG immer allgemeine Ausführungen zum vermeintlich bestehenden sozialpolitischen Spielraum des Gesetzgebers machte,<sup>148</sup> nahm es dann eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Eigentlich ging es hier bei den Zielen, die der Gesetzgeber verfolgte, um den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Da aber bei der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde die Sicht des Beschwerdeführers und somit in diesen Fällen Art. 12 GG im Vordergrund standen, nahmen die wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Ärzte und Apotheker im Apotheken- und im Kassenarzturteil breiten Raum ein. Dem BVerfG wurde hier früh vorgeworfen, dass es Art. 12 GG

143 BVerfGE 114, 196 (248). – Dieses öffentliche Interesse wird zum Teil deswegen kritisiert, weil es letztlich nur darin bestehe, dass die GKV Geld benötige, und dies sei kein hinreichender Grund. Dass dieses Ziel auch mit „Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung“ beschrieben und somit als „überragend wichtiger Gemeinwohlbelang“ (BVerfGE 103, 172 (184 f.); 123, 186 (264 f.)) im Sozialstaat (BVerfGE 114, 196 (248)) klassifiziert wird, sei dann nur eine „Bemäntelung“ (*J. Lege*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 112 (123 Fn 52)). Allgemein zu diesem Ziel auch *N. Schaks*, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2007. – Zur Funktion- und Leistungsfähigkeit der anderen Zweige der Sozialversicherung siehe BVerfGE 53, 257 (293); 58, 81 (119); 74, 203 (214); 75, 78 (98); 97, 271 (286).

144 BVerfG DVBl. 2002, 400 (401).

145 BVerfG NJW 1998, 1776.

146 BVerfGE 103, 172. Vgl. dazu aber EuGH, 12.1.2010, Rs C-341/08 (Petersen), Slg. 2010, I-00047, und die Abschaffung der Altersgrenze durch Art. 1 Nr. 1i) des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 15.12.2008, BGBl I 2426.

147 BVerfGE 7, 377; 9, 39; 11, 168; 17, 269. Vgl. auch BVerfGE 25, 236.

148 Apothekenurteil: BVerfGE 7, 377 (400).

„einseitig wirtschaftspolitisch-liberal“ ausgelegt habe.<sup>149</sup> Im Kassenarzt-Urteil wurde die Gesundheit der Bevölkerung noch nicht einmal indirekt erwähnt.

Der große Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in sozialpolitischen Fragen wurde also erst später relevant.<sup>150</sup> Dies galt z.B. für die Einrichtung neuer Zweige wie der Pflegeversicherung<sup>151</sup> und für die Ausgestaltung einzelner Zweige der Sozialversicherung.<sup>152</sup> Das BVerfG hat auch insbesondere die Vergrößerung des Bevölkerungskreises, der der Sozialversicherungspflicht unterworfen wurde,<sup>153</sup> also den Ausbau der Sozialversicherung zur Volksversicherung,<sup>154</sup> mitgetragen.<sup>155</sup> Auch dies stärkte den Sozialversicherungspfad.

### III. Impulse durch den Bürger: Subjektive Rechte auf Prävention

Die Pfadabhängigkeit, die die Zweiteilung des Präventionsrechts bewirkt hat, liegt zum einen in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen und zum anderen in dem jeweiligen Spielraum begründet, den das BVerfG dem Gesetzgeber in sozialpolitischen Entscheidungen zu Beginn der Bundesrepublik einräumte und in den letzten Jahrzehnten eingeräumt hat. Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit der Bürger Einfluss auf die Gestaltung von präventiven Regelungen nehmen kann. Wenn es gelingt, „subjektive Grundrechtspositionen zu konstruieren, auf deren Verletzung sich potentielle Verfassungsbeschwerden berufen können“,<sup>156</sup> kann der Bürger möglicherweise vor dem BVerfG eine Pfadänderung erzwingen.

In Entscheidungen mit Gesundheitsbezug spricht das BVerfG regelmäßig davon, dass die Verfassung eine Schutzpflicht des Staates begründe, die es ihm gebiete, „sich schützend und fördernd“ vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen.<sup>157</sup> Die Gesundheit wird in der Verfassung zwar in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht genannt und „Gesundheit“ und „körperliche Unversehrtheit“ sind – je nach

149 H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1961), S. 53 (92). Siehe außerdem später B.-O. Bryde, Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, NJW 1984, S. 2177 (2179); J. P. Thurn, Unbefangenes Blättern? Kommentar zu Hans Michael Heinig, in: S. Boysen/A.-B. Kaiser/F. Meinel (Hrsg.), Verfassung und Verteilung, Tübingen 2015, S. 65 (66).

150 Siehe z.B. 1970: BVerfGE 29, 221 (235).

151 BVerfGE 103, 197 (221 ff.).

152 Pflegeversicherung: BVerfG NZS 2014, 414.

153 Rente: BVerfGE 29, 221.

154 BVerfGE 10, 354; 29, 221; 44, 70; 48, 227; 52, 264; 53, 313; 75, 108; 103, 197; 123, 186.

155 T. Kingreen, Rechtliche Gehalte sozialpolitischer Schlüsselbegriffe: Vom daseinsvorsorgenden zum aktivierenden Sozialstaat, SDSRV 52 (2004), S. 7 (16).

156 Deters/Krämer, Aktivismus (Fn. 83), S. 13.

157 BVerfGE 53, 30 (57); 115, 25 (45); 121, 317 (356); BVerfG NJW 1998, 2961 (2962). Erstmals verwendete es diese Formulierung in seinem Urteil zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1 (42)) in Bezug auf das Leben; siehe auch BVerfGE 115, 118 (152).

Begriffsverständnis der Gesundheit – nicht vollständig deckungsgleich. Sie weisen aber große Überschneidungen auf.<sup>158</sup>

### 1. Anspruch auf kurative Leistungen der GKV

Im Jahr 2005 verwendete das BVerfG die zitierte Formulierung des Schützens<sup>159</sup> und Förderns, als es entschied, dass den in der GKV Versicherten in Ausnahmefällen – bei lebensbedrohlichen Krankheiten – ein Anspruch auf bestimmte kurative Leistungen der GKV zusteht.<sup>160</sup> Nur von wenigen wurde begrüßt, dass sich das BVerfG hier nicht auf den Spielraum des Gesetzgebers zurückzog, sondern eine solch weitreichende Entscheidung traf.<sup>161</sup> Auf den ersten Blick steht der Beschluss in keinem Zusammenhang mit Fragen der Prävention. Für das Verhältnis von Kuration und Prävention ist er jedoch insofern von Bedeutung, als eine solche Rechtsprechung in tatsächlicher Hinsicht dazu führen kann, dass das Versorgungssystem zulasten anderer Politikbereiche, die sich um Prävention und Gesundheitsförderung kümmern könnten, „unnötig aufgebläht“ wird.<sup>162</sup> Der Beschluss besitzt somit pfadabhängigkeitsverstärkende Wirkung zugunsten der Kuration,<sup>163</sup> jedenfalls was die Verteilung von finanziellen Mitteln angeht. Er zeigt, „wie stark das Rechtssys-

158 Körperliche Unversehrtheit geht über den biomedizinischen Gesundheitsbegriff, der Gesundheit nur als Freisein von Krankheit versteht, hinaus, da Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG z.B. vor der Zufügung von Schmerzen schützt. (*D. Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl., München 2014, Art. 2 Rn. 150; *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Feb. 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 55, 57; *P. Kunig*, in: v. Münch/ders., GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012, Art. 2 Rn. 62; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen (Fn. 92), S. 14 f. Im Ergebnis auch *W. Höfling*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 (3. Teil), Rn. 130.) Unstrittig ist auch, dass die Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erheblich enger ist als die WHO-Gesundheitsdefinition, die auch das Wohlbefinden berücksichtigt. (Siehe die eben genannten und außerdem *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum GG, Juni 2012, Art. 2 Rn. 453; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 37; *Lang*, BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 62; *C. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 2 Abs. 2 Rn. 193; *Meyer*, Risikoversorge (Fn. 1), S. 448; *N. T. Zwermann-Milstein*, Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung, Baden-Baden 2015, S. 134 f., 137 ff.) Zu Überlegungen zum Gesundheitsbegriff siehe auch BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

159 In einem solchen leistungsrechtlichen Kontext ist die Heranziehung der staatlichen Schutzpflicht mindestens missverständlich. Kritisch *H.M. Heinig*, Hüter der Wohltaten?, NVwZ 2006, S. 771 (773); *S. Huster*, Verfassungsmittellbarer Leistungsanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung?, JZ 2006, S. 466 (468); *ders.*, Zukunftsbewältigung (Fn. 22), S. 23 f.; *P. Axer*, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen, in: M. Anderheiden/R. Keil/S. Kirste/J. P. Schaefer (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 335 (339). Jedenfalls „gewöhnungsbedürftig“ findet *Kingreen* (Verteilungsgerechtigkeit (Fn. 131), S. 183) die dogmatische Konstruktion. Für die Einschlägigkeit der Schutzpflicht hingegen *Luthe*, Existenzminimum (Fn. 113), S. 96 f.

160 BVerfGE 115, 25 – sogenannter „Nikolaus-Beschluss“ (*T. Kingreen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877 (880)). Ausführlich hierzu *Zwermann-Milstein*, Mindestversorgung (Fn. 158), S. 273 ff.

161 *D. Felix*, SGB 2011, 100 (101).

162 *Huster*, Zukunftsbewältigung (Fn. 22), S. 21; *ders.*, Gesellschaftspolitik (Fn. 107), S. 28.

163 So auch *Davy*, Pfadabhängigkeit (Fn. 25), S. 126 f.

tem die Position des konkreten, in gesundheitlicher Not befindlichen Individuums gewichtet“.<sup>164</sup>

## 2. Kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte präventive Maßnahmen

In Einzelfällen erkennt das BVerfG also verfassungsunmittelbare Ansprüche auf kurative Leistungen an. Bei der Prävention werden im Gegensatz dazu keine konkreten Fälle, sondern nur statistische Leben bzw. Gesundheitszustände betrachtet.<sup>165</sup> Dies steht von vornherein in einem gewissen Widerspruch zu individuellen Ansprüchen gegenüber dem Staat. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der Einzelne auch Ansprüche auf präventive Maßnahmen hat. Solche könnten sich aus den Schutzpflichten ergeben. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG umfasst laut BVerfG eine auf Gesundheitsgefährdungen bezogene Risikoversorge.<sup>166</sup> Das BVerfG fasst hierunter sowohl eine Schutzpflicht vor Eingriffen Dritter als auch vor vageren Beeinträchtigungen wie Fluglärm. Dieser Schutzpflicht ist der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des allgemeinen und besonderen Gefahrenabwehrrechts<sup>167</sup> und des Umweltrechts nachgekommen. Auch bei diesem Recht auf Schutz geht es im Ergebnis um Abwehr, denn der Gesetzgeber soll den Eingriff des Dritten oder die anderen Beeinträchtigungen abwehren.<sup>168</sup> Als „Pendant“ zum jeweiligen Abwehrrecht wird diese Schutzpflicht auch „rechtsstaatliche Schutzpflicht“ genannt.<sup>169</sup>

Aus der Schutzpflicht folgen aber keine bestimmten Handlungsvorhaben; sie ist unbestimmt. „Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.“<sup>170</sup> Dass BVerfG stellt die Verletzung einer Schutzpflicht nur fest, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“.<sup>171</sup> Es prüft, „ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum vertretbar gehandhabt hat“.<sup>172</sup>

164 S. Huster, Konkrete und statistische Leben, in: ders./T. Schramme (Hrsg.), Normative Aspekte von Public Health. Interdisziplinäre Perspektiven, Baden-Baden 2016, S. 33 (34).

165 Hierzu Huster, Leben (Fn. 164), S. 33 ff.

166 BVerfGE 56, 54 (78); 121, 317 (356); BVerfG (NB), NJW 2010, 1943.

167 *Di Fabio* (Fn. 158), Art. 2 Abs. 2 Rn. 86.

168 G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, S. 119.

169 J. Isensee, § 191, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl., München 2011, Rn. 192.

170 BVerfG NVwZ 2001, 908; BVerfGE 125, 39 (78). Ähnlich BVerfGE 121, 317 (356).

171 BVerfGE 125, 39 (78 f.). Ähnlich bereits BVerfGE 92, 26 (46); 56, 54 (80 f.); 77, 170 (215); 79, 174 (202).

172 BVerfGE 88, 203 (262 f.); BVerfG NVwZ 2009, 1494 (1495); NVwZ 2011, 991 (994).

Gesundheitsschützende Maßnahmen vor dem BVerfG einzuklagen, wird deswegen keinen Erfolg haben: Dazu müsste entweder feststehen, dass der Gesetzgeber vollständig untätig geblieben ist, was höchstwahrscheinlich nie der Fall sein wird, da es punktuelle präventive Maßnahmen natürlich durchaus gibt. Oder es müsste feststehen, dass diese punktuellen Maßnahmen nur einen lückenhaften Schutz bedeuten. Auch dies ist aber unwahrscheinlich. 1998 entschied das BVerfG z.B., dass es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden war, dass der Gesetzgeber eine Verstärkung des Nichtraucherschutzes nicht für geboten hielt. Punktuelle Regelungen (im Arbeitsschutzrecht, in öffentlichen Verkehrsmitteln) zeigten, dass der Gesetzgeber nicht untätig geblieben war.<sup>173</sup>

Das gesundheitsschützende Ziel einer staatlichen Maßnahme wird deswegen nur dann vor dem BVerfG relevant, wenn der Staat eine solche präventive Maßnahme bereits implementiert hat und sich jemand durch diese Maßnahme in seinen Grundrechten unzulässigerweise beschränkt sieht. Dann orientiert sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung am Schutz der „Volksgesundheit“, die laut BVerfG ein wichtiges oder sogar überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt.<sup>174</sup> Hier wird die „Volksgesundheit“ dann mit den betroffenen Grundrechten abgewogen; einen allgemeinen Vorrang der Gesundheit gibt es nicht.<sup>175</sup> Auch wenn das BVerfG in vielen Fällen diese präventiven Maßnahmen gebilligt hat, so zeigt doch diese Konstruktion, dass vor das BVerfG hauptsächlich Fälle gelangen, in denen der Gesetzgeber bereits tätig geworden ist.

### 3. Anspruch auf ein gesundheitliches Existenzminimum?

Fraglich ist, inwiefern den Staat auch eine verfassungsrechtliche Pflicht trifft, die Gesundheit der Bevölkerung zu *fördern*. Eine solche Pflicht kann man auch sozialstaatliche Schutzpflicht nennen,<sup>176</sup> hier geht es um soziale Rechte, also nicht um Abwehr-, sondern um Leistungsrechte.<sup>177</sup> Ein solches Leistungsrecht klingt beim BVerfG in der zitierten Formulierung „schützend und fördernd“ an; dazu, was diese Förderung über die Schutzpflicht hinaus bedeuten könnte oder sollte, machte das BVerfG aber keine näheren Ausführungen.

173 BVerfG NJW 1998, 2961. – Siehe dazu, dass es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine Verschärfung des Waffenrechts gibt: BVerfG BayVBl. 2013, 334.

174 BVerfGE 7, 377 (414); 17, 269 (276); BVerfG GewArch 2005, 243; BVerfGE 115, 276 (305); 126, 112 (140).

175 H.-G. Dederer, Die Stellung des Gutes Gesundheit im Verfassungsrecht, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 9 (2004), S. 193 (201); S. Huster, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, Baden-Baden 2015, S. 86 ff.

176 Isensee, Grundrecht (Fn. 170), Rn. 200. Die Formulierung des BVerfG „fördern“ zieht auch *Di Fabio* (Fn. 158), Art. 2 Abs. 2 Rn. 94, bei Überlegungen zu einem Recht auf Gesundheit heran.

177 Siehe zur Unterscheidung nur *Hermes*, Grundrecht (Fn. 169), S. 117 f.

Eine verfassungsrechtliche Förderungspflicht als „harten“ verfassungsrechtlichen Anspruch kann man nur in Form des Existenzminimums annehmen,<sup>178</sup> das zunächst die Basisvoraussetzungen für ein gesundes Leben – Nahrung, Wohnung, Kleidung – gewährleistet. Fraglich ist, inwiefern es über diesen harten Kern hinaus – der natürlich auch Auswirkungen auf die Gesundheit hat – einen Anspruch auf ein gesundheitliches Existenzminimum<sup>179</sup> gibt. Wenn sich die soziale Ausgrenzung negativ auf den Gesundheitsstatus auswirkt<sup>180</sup> bzw. die soziale Ungleichheit insgesamt – also die soziale Spreizung der Gesellschaft – ungesund ist, weil sie mehr Menschen in eine Position mit geringer Autonomie drängt –,<sup>181</sup> stellt sich die Frage, ob dies nicht verfassungsrechtlich berücksichtigt werden muss. Das soziokulturelle Minimum, das auch durch das Existenzminimum gewährleistet wird, soll gerade die soziale Teilhabe ermöglichen. In der verfassungsrechtlichen Diskussion wird der Zusammenhang von sozialer Teilhabe und Gesundheit im Rahmen des Existenzminimums nicht näher beleuchtet (was dazu passt, dass sich auch im einfachen Sozialrecht Armut und Gesundheit entkoppelt haben).<sup>182</sup>

Dogmatisch würde ein solcher Leistungsanspruch wahrscheinlich die Grenzen der Herleitung über Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip, wie sie das BVerfG vornimmt,<sup>183</sup> sprengen. Insoweit bleibt die Konstruktion des BVerfG zu vage. In der Literatur wird zum Teil vorgeschlagen, das Existenzminimum bereichsspezifisch zu bestimmen, d.h., auf einzelne Freiheitsrechte iVm dem Sozialstaatsprinzip zurückzugreifen, die Freiheitsrechte also sozialstaatlich „aufzuladen“. <sup>184</sup> Insofern könnte man überlegen, über Art. 2 Abs. 2 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf ein gesundheitliches Existenzminimum herzuleiten.<sup>185</sup> Offen wäre aber

178 *Starck* (Fn. 158), Art. 2 Abs. 2 Rn. 191.

179 Soweit mit diesem Begriff ein Anspruch auf eine Minimalversorgung im Krankheitsfall diskutiert wird (so *I. Ebsen*, Nachhaltigkeit sozialer Sicherheit, SDRV 56 (2007), S. 133 (147)), bestätigt dies wieder den eingangs gemachten Befund, dass mit „Gesundheit“ im Recht oft „Krankheit“ gemeint ist.

180 Siehe oben Fn. 13.

181 Dies wird umschrieben mit „Status-Syndrom“ (*Marmot*, Syndrome (Fn. 12)).

182 Vgl. aber *Lang*, BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 81; *Luthe*, Existenzminimum (Fn. 113), S. 92 ff., 102 ff., und die – nicht ausdrücklich die Teilhabe einbeziehenden – Ausführungen zu einem gesundheitlichen Existenzminimum von *Dederer*, Gesundheit (Fn. 176), S. 202 f., bei dem aber etwas unklar bleibt, ob er dieses Existenzminimum nicht doch nur auf den Zugang zur Krankenversorgung bezieht.

183 BVerfGE 125, 175.

184 *H.M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 394 ff.; *ders.*, Grundgesetzliche Vorgaben (Fn. 134), S. 345; im Ergebnis auch *M. Wallerath*, Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums, JZ 2008, 157 (164); *Lang*, BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 81; *ders.*, Mäanderndes Existenzminimum?, in: W. Höfling (Hrsg.), Kommentierte Verfassungsrechtsdogmatik, Festgabe für Karl Heinrich Friauf, Köln 2011, S. 309 (327 ff.); wohl auch *T. Groß*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 68 (2009), S. 234 f.; *Axer*, Existenzminimum (Fn. 159), S. 345. Siehe auch *Leisner*, Existenzsicherung (Fn. 42), S. 118 ff.

185 Interessanterweise wird diese Frage (soziales Minimum im Gesundheitsbereich) wieder nur iSV Krankenkassenleistungen diskutiert: vgl. *Heinig*, Sozialstaat (Fn. 185), S. 416 ff.; ähnlich auch *H. Schulze-Fielitz* (Fn. 158), Art. 2 II Rn. 96.

zunächst, worauf genau ein solches Recht gerichtet wäre.<sup>186</sup> Eine Fürsorge, die auch mit Zwang arbeitet, könnte im freiheitlichen Rechtsstaat nicht damit gemeint sein. In einem von vielen freiheitsfunktional begründeten Sozialstaat<sup>187</sup> haben Präventionsmaßnahmen, die mit Zwang verbunden sind, generell einen schweren Stand, wie man an der Diskussion einer Impfpflicht<sup>188</sup> sieht oder an der Begründung von Rauchverboten, soweit sie nicht auf den Schutz Dritter gestützt werden können.<sup>189</sup>

Selbst wenn man einen verfassungsrechtlichen Leistungsanspruch – also eine Gesundheitsförderungspflicht iSe sozialstaatlichen Schutzpflicht – annähme: Eine solche wäre wie die rechtsstaatliche Schutzpflicht zu unbestimmt, das Ausmaß bliebe unklar.<sup>190</sup> Der Spielraum des Gesetzgebers ist bei Leistungsrechten noch größer als bei Schutzpflichten.<sup>191</sup>

#### 4. Ergebnis

Gerade weil nicht klar ist, wer in welchem Umfang durch präventive Maßnahmen geschützt würde, bleibt es schwierig, den Staat auf bestimmte Maßnahmen zu verpflichten. Ansprüche auf gesundheitsschützende und -fördernde Maßnahmen, deren Wirkung hauptsächlich bevölkerungsbezogen und kaum individuell gemessen werden kann, lassen sich im auf individuelle Rechte konzentrierten Rechtssystem nur schwer konstruieren.<sup>192</sup> Anders sieht es dagegen aus, wenn es um konkrete bedrohte Leben und eine konkrete Therapie im System der auf einzelne Personen fokussierten Sozialversicherung geht: Bei lebensbedrohlichen, objektiv messbaren<sup>193</sup> Krankheiten einer bestimmten Person bejaht das BVerfG einen Anspruch selbst auf solche kurative Leistungen der GKV, deren Nutzen nicht belegt ist.

186 Überlegungen zu einem „Grundrecht auf gesundheitsfördernde staatliche Leistungen“ und den Leistungen, die der Staat bereitstellen könnte bzw. ggf. müsste, bei *O. Seewald*, *Gesundheit als Grundrecht*, Königstein 1982, S. 83 ff., der jedoch auch Maßnahmen aufführt, die unter die rechtsstaatliche Schutzpflicht fallen.

187 *Heinig*, *Sozialstaat* (Fn. 185), passim; *K.-P. Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl., München 2010, Art. 20 Rn. 108 ff.

188 Aus der verfassungsrechtlichen Literatur siehe *D. B. Trapp*, *Impfzwang – Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemaßnahmen*, DVBl. 2015, S. 11; *N. Schaks/S. Krabnert*, *Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption*, MedR 2015, S. 860.

189 *R. Gröschner*, *Vom Ersatzgesetzgeber zum Ersatzerzieher*, ZG 2008, S. 400 (410 ff.); *Huster*, *Selbstbestimmung* (Fn. 176), S. 23 f. Siehe auch aus jüngster Zeit *C. Degenhart*, *Fürsorge wider die Freiheit*, NJW-aktuell 16/2016, S. 7, zur Regulierung von Tabakwerbung.

190 *Starck* (Fn. 155), Art. 2 Abs. 2 Rn. 191; *W. Rüfner*, § 40, *Leistungsrechte*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II, Heidelberg 2006, Rn. 54.

191 *L. Münkler*, *Kosten-Nutzen-Bewertung in der gesetzlichen Krankenversicherung*, Berlin 2015, S. 273.

192 Zu diesem Verhältnis von Public Health und Recht *Huster*, *Selbstbestimmung* (Fn. 176), S. 83 ff.; *ders.*, *Leben* (Fn. 164), S. 34 f.

193 Zur Messbarkeit von Gesundheit *S. Huster/T. Schramme*, *Normative Aspekte der staatlichen Gesundheitsfürsorge*, in: dies. (Hrsg.), *Public Health* (Fn. 164), S. 37 (48 f.).

Ansprüche auf präventive Regelungen scheitern also spätestens daran, dass man sie nicht erfolgreich einklagen kann. Einen Anspruch auf Ausweitung des Sozialstaates gibt es grundsätzlich nicht. Der Bürger kommt somit nicht als Impulsgeber in Betracht, der einen Pfadwechsel erzwingen könnte.

#### **D. Ausblick**

Auch wenn das Sozialversicherungsrecht seine Popularität nicht einbüßen wird: Auch das sonstige Gesundheits(schutz)recht wird nicht stillstehen. Aus dem Europarecht kommen laufend Vorgaben, wie z.B. die EU-Tabakprodukttrichtlinie,<sup>194</sup> die kürzlich umgesetzt wurde.<sup>195</sup> Inwieweit die Europäische Union das Verhältnis von Sozialversicherungs- und Gesundheitsschutzrecht zugunsten der Prävention verschieben kann, ist eine eigene Analyse wert. Da ihre Kompetenzen im Sozialversicherungsrecht begrenzt sind, kann sie gezwungenermaßen ihr Ziel, ein „hohes Gesundheitsschutzniveau“ sicherzustellen (Art. 168 AEUV), nur auf anderem Wege verfolgen.

194 Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014.

195 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse v. 4.4.2016, BGBl I 569.