

Schriften zur Gesundheitspolitik  
und zum Gesundheitsrecht  
Schriftenreihe des Instituts  
für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht  
an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt

Herausgegeben von Ingwer Ebsen,  
Thomas Gerlinger und Astrid Wallrabenstein

Band 22

Indra Spiecker genannt Döhmann /  
Astrid Wallrabenstein (Hrsg.)

## **Pflegequalität im Institutionenmix**

**Beiträge zur Tagung des Instituts für Europäische  
Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges) vom 23. Juni 2016  
an der Goethe-Universität Frankfurt am Main**

## Inhalt

<i>Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein</i> Einleitung .....	7
<i>Prof. Dr. Alexander Graser</i> Staatliche Schutzpflichten gegenüber Personen in stationärer Pflege – Eine Zwischenbilanz .....	11
<i>Madeleine Beul, Maurice Skowronek</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Prof. Dr. Alexander Graser: „Verfassungsrechtliche Gewährleistungspflichten als Qualitätsziele der Pflege“ .....	47
<i>Prof. Dr. Stefan Greß</i> Qualitätssicherung im und durch den Markt für Pflege .....	51
<i>Jubin Dejam, Paul Lorenz</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Prof. Dr. Stefan Greß: „Qualitätssicherung im und durch den Markt für Pflege“ .....	65
<i>Nadine-Michèle Szepan</i> Vertragliche Sanktionen für Qualitätsverstöße – unausgeschöpfte Potentiale? .....	69
<i>Madeleine Beul, Maurice Skowronek</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Nadine-Michèle Szepan: „Vertragliche Sanktionen für Qualitätsverstöße – unausgeschöpfte Potentiale?“ .....	71
<i>Dr. Karlheinz Börner</i> Ansätze zur Implementierung interner Qualitätsentwicklung als Aufgabe und Chance einer modernen Heimaufsicht.....	75
<i>Jonas Bördner, Florian Schuch</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Dr. Karlheinz Börner: „Ansätze zur Implementierung interner Qualitätsentwicklung als Aufgabe und Chance einer modernen Heimaufsicht“ .....	93

<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Gisela Zenz</i> Angebote und Interventionsmöglichkeiten des Sozialstaates in der häuslichen Pflege – effektiver Gewaltschutz als Qualitätsgradmesser .....	97
<i>Jubin Dejam, Paul Lornez</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Prof. Dr. Dr. h.c. Gisela Zenz „Angebote und Interventionsmöglichkeiten des Sozialstaates in der häuslichen Pflege – effektiver Gewaltschutz als Qualitätsgradmesser“ .....	109
<i>Dr. Matthias von Schwanenflügel, LL.M. (EuR)</i> Qualifikation und Weiterbildung: Welche Schlüssel zur Qualitätssicherung bietet das neue Pflegeberufsgesetz? .....	113
<i>Jonas Bördner, Florian Schuch</i> Diskussionsbericht im Anschluss an Dr. Matthias von Schwanenflügel, LL.M. (EuR), „Qualifikation und Weiterbildung: Welche Schlüssel zur Qualitätssicherung bietet das neue Pflegeberufsgesetz?“ .....	127
<i>Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmman, LL.M. (Georgetown Univ.)</i> Schlusswort: Qualitätssicherung von Pflegeleistungen im Wettbewerb .....	131
Autorenverzeichnis .....	133

Alexander Graser

## Staatliche Schutzpflichten gegenüber Personen in stationärer Pflege – Eine Zwischenbilanz<sup>1</sup>

**Abstract:** Does the German Basic Law oblige the state to protect persons in care homes against maltreatment, and if so, has this obligation been violated? Lately, here have been several constitutional complaints on this issue in Germany. This article reflects on these procedures and the related debates.

### I. Vorbemerkungen

Vor etwa drei Jahren ist zum Thema des vorliegenden Beitrags eine Dissertation publiziert worden. Es handelt sich um die Arbeit von Susanne Moritz, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen.<sup>2</sup> Deren zentrale Thesen waren, dass zunächst aus dem Grundgesetz eine Pflicht des Staates zum Schutz von Personen in stationärer Pflege vor gravierenden Beeinträchtigungen ihrer Grundrechte abzuleiten sei, dass ferner diese Pflicht durch die Zustände in deutschen Pflegeheimen aktuell mannigfach verletzt werde und dass schließlich verfassungsgerichtliche Abhilfe hiergegen möglich sei.

Das Buch ist auf ein ungewöhnlich lautes und durchaus kontroverses Echo gestoßen. Die Debatte ist in unterschiedlichen Foren ausgetragen worden: in Medien und Politik, in den einschlägigen Fachzirkeln, und nicht zuletzt auch die Judikative hatte sich damit zu beschäftigen. Auch wenn die öffentliche Aufmerksamkeit für dieses Thema abhängig von den bekannten Mustern schwankt, ist es nach wie vor aktuell. Nicht zuletzt die im vorliegenden Band dokumentierte Tagung belegt dies.

Im Folgenden soll eine Zwischenbilanz gezogen werden. Vorab sei dabei eingeräumt, dass dies keine unbefangene Reflektion sein kann. Ich war und bin in mancher Weise beteiligt an der Auseinandersetzung. Insbesondere habe ich die eingangs erwähnte Dissertation betreut und gehörte zu den Prozessvertretern in einigen der verfassungsgerichtlichen Verfahren, von denen später noch wiederholt die Rede sein wird. Ich lege dies offen, um eine Einordnung meines Blickwinkels zu ermöglichen.

<sup>1</sup> Der Beitrag basiert auf dem Vortrag „Verfassungsrechtliche Gewährleistungspflichten als Qualitätsziele der Pflege“ vom 23.06.2016.

<sup>2</sup> Erschienen 2013 bei Nomos als Band 29 der Schriften zum Sozialrecht.

Der vorliegende Beitrag gliedert sich in drei Schritte. Zunächst skizziere ich den Verlauf der bisherigen Debatte (II.), dann die inhaltlichen Positionen (III.). Danach geht es darum, wie sich der Streitstand zurzeit darstellt (IV), und zum Schluss folgt ein kurzer Ausblick auf die mögliche künftige Entwicklung (V.).

## II. Der Verlauf der Debatte

Von Plagiaten prominenter Politiker einmal abgesehen, werden juristische Dissertationen eigentlich weder zum Medienereignis noch zum Politikum. Bei der Dissertation von Susanne Moritz war das anders. Den Anfang machte eine Besprechung auf Seite 1 der Süddeutschen Zeitung,<sup>3</sup> danach Artikel in anderen großen Zeitungen, Interviews in Tagespresse und Rundfunk, ein mitunter bizarres Medieninteresse zunehmend auch an der Person der Autorin – davon waren die ersten Monate nach Erscheinen der Arbeit geprägt. Dieser „hype“ wurde begleitet von unzähligen privaten Zuschriften, teils von Menschen, die sich rechtliche Unterstützung in sozialen Notlagen erhofften, teils von solchen, die ihrerseits Unterstützung anboten (ohne dass es zu diesem Zeitpunkt freilich ein unterstützungsfähiges Vorhaben gegeben hätte). Die Fachwelt reagierte etwas zeitversetzt, aber kaum weniger intensiv: zunächst Stellungnahmen von Verbänden,<sup>4</sup> dann Anfragen für Interviews oder Aufsätze in Fachzeitschriften sowie Rezensionen, anfangs vorwiegend von Autoren mit institutioneller Anbindung in Politik oder Verbändewesen, später dann auch aus akademischen Kreisen.

Die Möglichkeit, dass es ein „Verfahren zum Buch“ geben könnte, insbesondere also Verfassungsbeschwerden, wie sie im Schlussteil der Dissertation für möglich gehalten werden, wurde Ende 2013 real: Als erster ergriff ein Münchner Anwalt die Initiative und reichte eine Beschwerde ein.<sup>5</sup> Parallel dazu kündigte der Sozialverband VdK per Presseerklärung eine Prüfung dieser Option an, was für noch mehr Aufmerksamkeit sorgte. Das Thema durchlief daraufhin eine erneute Runde

- 3 „Pflegernotstand verletzt systematisch das Grundgesetz“, Süddeutsche Zeitung vom 16. November 2013, <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsbeschwerde-moeglich-pflegernotstand-verletzt-systematisch-das-grundgesetz-1.1820256> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).
- 4 Exemplarisch sei auf das Forum zur Diskussion der Dissertation von Susanne Moritz verwiesen, das im Jahr 2014 in der vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge herausgegebenen Zeitschrift NDV eingerichtet wurde.
- 5 „Verfassungsklage für bessere Pflege“, *spiegel-online* vom 02.03.2014, <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/alexander-frey-anwalt-zieht-fuer-bessere-pflege-vor-verfassungsgericht-a-954878.html> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

in den überregionalen Medien. Viele Politiker, das zuständige Bundesministerium und selbst die Kanzlerin äußerten sich in der Folgezeit zum Vorhaben des VdK.

Tatsächlich wurden weitere Verfassungsbeschwerden eingereicht. Den Anfang machte Armin Rieger, selbst Heimleiter aus Augsburg, der schon zuvor öffentlich als Kritiker des Pflegewesens in Erscheinung getreten war und der seine Beschwerde im Sommer 2014 erhob.<sup>6</sup> Anfang November, am Tag nach Verabschiedung der ersten Stufe der Pflegereform<sup>7</sup> folgten jene weiteren sieben zusammen eingereichten Beschwerden, die mit Unterstützung des VdK ausgearbeitet worden waren. Wieder schwappte eine entsprechende Welle durch die Medien.

Danach wurde es ruhiger um das Thema „Pflegerklage“. Das Bundesverfassungsgericht tat in diesen Verfahren zunächst nichts, was die Öffentlichkeit hätte interessieren können. Auf Bundesebene wurde die Pflegereform Stufe II auf den Weg gebracht.<sup>8</sup> Unterdessen avancierte im Jahr 2015 die Migrationspolitik zum alles bestimmenden Thema. Als das Bundesverfassungsgericht Anfang 2016 beschloss, die vom VdK unterstützten Beschwerden nicht zur Entscheidung anzunehmen<sup>9</sup> (und im zeitlichen Zusammenhang damit ebenso über die anderen erwähnten Anträge befand), blieben die medialen Reaktionen vergleichsweise verhalten.

Frägt man sich in der Rückschau, wodurch das öffentliche Interesse an diesem Thema so befeuert wurde, bieten sich mehrere Erklärungen an. Zum Teil dürfte es der Dissertation selbst zuzuschreiben sein. Eine verfassungsrechtliche Perspektive auf den so genannten „Pflegernotstand“, zudem mit der pointierten These, dass Grundrechte verletzt und verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz verfügbar seien – das ist schon dazu angetan, Aufmerksamkeit zu erregen. Aber eine hinreichende Erklärung ist dies kaum. Entscheidend dürfte gewesen sein, dass einzelne Akteure

- 6 „Es wird systematisch weggeschaut“, Süddeutsche Zeitung vom 19. August 2014, <http://www.sueddeutsche.de/bayern/verfassungsbeschwerde-von-heimbetreiber-es-wird-systematisch-weggeschaut-1.2093891> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).
- 7 Gesetz abrufbar unter: [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl114s2222.pdf#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl114s2222.pdf%27%5D\\_\\_1479127328200](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl114s2222.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl114s2222.pdf%27%5D__1479127328200) (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).
- 8 Gesetz abrufbar unter: [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl115s2424.pdf#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl115s2424.pdf%27%5D\\_\\_1479127637888](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl115s2424.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl115s2424.pdf%27%5D__1479127637888) (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).
- 9 Beschluss vom 11. Januar 2016, 1 BvR 2980/14, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/01/rk20160111\\_1bvr298014.html;jsessionid=94FAF77D41812DD479768537B2780786.2\\_cid370](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/01/rk20160111_1bvr298014.html;jsessionid=94FAF77D41812DD479768537B2780786.2_cid370) (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

das Thema zu einem passenden Zeitpunkt aufgegriffen und so das weitere Medieninteresse mit seinen zum Teil selbstreferentiellen Eigendynamiken ausgelöst haben.

### III. Die Positionen in der Debatte

Inhaltlich waren die Reaktionen von Anfang an divergent. Nahezu durchweg positiv waren allein die persönlichen Zuschriften. Aber auch im Medienecho überwogen wohl die zustimmenden Stellungnahmen. Der Befund, dass sich die Zustände in der stationären Pflege bessern müssten, wurde weitestgehend geteilt. Auch dagegen, dies aus dem Grundgesetz abzuleiten, richteten sich kaum Einwände. Soweit Kritik geäußert wurde, zielte diese regelmäßig darauf, dass insofern der Gesetzgeber gefragt und ein verfassungsgerichtliches Verfahren kein angemessener Weg sei.<sup>10</sup> Genauere verfassungsprozessuale Erwägungen wurden dabei freilich kaum angestellt.

Diese Diskussion wurde zwar engagiert geführt, aber doch in gemäßigttem Ton. Soweit die Beiträge auch im Internet verfügbar waren, lösten sie regelmäßig umfangreiche Reaktionen in den Diskussionsforen aus. Oft stammten sie von „Betroffenen“, also etwa von pflegenden Angehörigen oder in der Pflege tätigen Personen. Wie bei den Zuschriften dominierten auch hier die befürwortenden Stellungnahmen deutlich.

Bemerkenswerter Weise schlugen die Wogen in der akademischen Debatte höher als in den Medien. Dabei sei vorweggeschickt, dass insbesondere die vom VdK unterstützten Verfassungsbeschwerden einer inhaltlichen Reflektion durch die Fachöffentlichkeit bislang weitgehend entzogen gewesen sind, weil die Schrift mit Rücksicht auf das laufende Verfahren und die Interessen der Beschwerdeführer damals nicht öffentlich zugänglich gemacht wurde. Dementsprechend hat sich die akademische Diskussion bislang im Wesentlichen auf die Dissertation beschränkt und ist – wie gesagt – höchst kontrovers verlaufen.

Zwar wurde die Dissertation mehrfach prämiert<sup>11</sup> und es gab auch durchaus positive Literaturstimmen.<sup>12</sup> In der Summe jedoch überwog die Ablehnung, die

10 So beispielsweise im Kommentar von Driescher, *Wen jucken schon Geschwüre?*, Die Zeit vom 13. April 2014, <http://www.zeit.de/2014/19/sozialverband-klage-pflegealtersheime> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

11 Die Dissertation wurde mit dem 18. Wissenschaftspreis der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen e.V. (GRPG) sowie dem Wolfgang-Fichtner-Preis ausgezeichnet. Hinzu kam eine Nominierung für die Endausscheidung um den Studienpreis der Körber-Stiftung.

12 Schulte, *Soziales Recht* 2014, S. 37 (47); Klie, *KJ* 2014, S. 350 (351 f.).

mitunter überdies mit befremdlicher Schärfe vorgetragen wurde.<sup>13</sup> Was die Emotionalisierung gerade der akademischen Stellungnahmen provoziert hat, ist schwer zu ergründen. Teils mag es der Pointiertheit der Dissertation zuzuschreiben sein, auch wenn man dem Buch und seiner Autorin eine Skandalisierung nicht im Ton, sondern allenfalls in der Sache vorhalten könnte. In dieser Hinsicht hat vielleicht eher das Medienecho die Kritiker provoziert als die Arbeit selbst. Man kann sich allerdings auch des Eindrucks nicht erwehren, dass manche der akademischen Beobachter des Pflegewesens sich durch eine so fundamentale Systemkritik auch persönlich getroffen fühlten. Warum genau, darüber kann man nur spekulieren: Vielleicht reicht bei manchen die Identifikation mit ihrem Forschungsgegenstand derart weit; vielleicht kann man auch die Behauptung solch fundamentaler Missstände, wie Moritz sie beschreibt, schon deswegen nicht zulassen, weil man als Systemkenner dann ebenfalls längst mit entsprechender Klarheit darauf hätte hingewiesen haben müssen.

In der Sache waren die Linien der Kritik nicht überraschend: Empirisch sei die Arbeit nicht auf neustem Stand und überhaupt unzureichend fundiert, eine Schutzverpflichtung des Staates materiell nicht ausgelöst oder doch jedenfalls deren Einfordern auf verfassungsprozessualen Wege verwehrt. Aber auch wenn jeder dieser Aspekte durchaus diskutabel und der Vertiefung wert wäre, fiel doch das relativ niedrige Präzisionsniveau der Kritik auf. Soweit ersichtlich, hat keiner der Beiträge die einschlägige Schutzpflichtendogmatik auch nur erörtert; Stellungnahmen zur Funktion des Bundesverfassungsgerichts erschöpften sich in pauschalen Bezugnahmen auf das Prinzip der Gewaltenteilung, ohne dessen Verhältnis zu den Erfordernissen eines adäquaten verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes überhaupt zu erwähnen;<sup>14</sup> die einschlägige Judikatur zur verfassungsprozessualen Argumentation wurde ebenso wenig angesprochen;<sup>15</sup> und selbst die empirischen Einwände beschränkten sich darauf, die verwendeten Datengrundlagen und deren Interpretation zu kritisieren, ohne aber selbst den Versuch zu unternehmen, die Unbedenklichkeit der Lage zu belegen.<sup>16</sup>

13 Udsching, *GesR* 2014, S. 319 (320); Wingenfeld, *Ist die Qualität der Heimversorgung wirklich so schlecht?*, *NDV* 5/2014, S. 200 (200 ff.).

14 So im Beitrag von Rasch, *Zuviel des Guten: Zur Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten im politischen Diskurs*, *NDV* 4/2014, S. 1 (2).

15 So im Beitrag von Udsching, *GesR* 2014, S. 319; eine Ausnahme bildet die – freilich zustimmende – Erörterung im *Verfassungsprozessrechtslehrbuch* von Hillgruber/Goos, Rn. 194, 4. Auflage, Heidelberg 2015.

16 So im Beitrag von Wingenfeld, *Ist die Qualität der Heimversorgung wirklich so schlecht?*, *NDV* 5/2014, S. 200.

Eine ausführliche Erörterung dieser einzelnen Aspekte sowie der dazu vertretenen Positionen enthält die Begründung der vom VdK unterstützten Verfassungsbeschwerden. Dass sie zunächst aus den genannten Erwägungen unveröffentlicht blieb, mag insofern der Diskussion hinderlich gewesen sein. Dies wird gegenwärtig nachgeholt, und zwar in einem demnächst erscheinenden Band, der das gesamte Verfahren reflektiert.<sup>17</sup> Vielleicht trägt dies dazu bei, eine spezifischere Auseinandersetzung in Gang zu bringen.

Die politische Diskussion verlief anders als die akademische. Sie wurde spürbar angekurbelt, als die Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Verfahren real wurde, und konzentrierte sich fortan darauf. Auch hier war das Echo gemischt, aber soweit Ablehnung geäußert wurde, geschah dies deutlich verhaltener. Zwar wurden die geplanten Verfassungsbeschwerden von Politikern kaum einmal begrüßt, zumal nicht von solchen in Regierungsverantwortung. Verbesserungsbedarf in der stationären Pflege wurde aber fast durchweg eingeräumt. Nur sollte man es die Politik lieber selber richten lassen, als das Bundesverfassungsgericht einzuschalten.<sup>18</sup> Das passte zum einen zu den zeitgleich laufenden Reformbestrebungen. Zum anderen dürfte diese Reaktion ein Reflex des in dieser Hinsicht ebenfalls zustimmenden Medienechos gewesen sein. Warum also sollte man sich gegen ein offenbar populäres Anliegen stellen, wenn man sich auch damit solidarisieren konnte? Dass die geplanten Reformen den formulierten Anforderungen auch nicht annähernd würden genügen können, brauchte ja nicht thematisiert zu werden.

In der Verbandslandschaft war das Echo ähnlich wie in der Politik. Während die – allerdings nicht besonders stark organisierten – Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen ohnehin geradezu geborene Befürworter eines solchen Unterfangens sind, ist dies bei den Berufs- und Heimträgerverbänden weniger klar. Dem Vernehmen nach überwog intern oft Skepsis. Mancher sah sich offenbar potenziell auf der „Anklagebank“, auch wenn keinerlei derartige Verantwortungszuweisung

17 Christian Helmrich (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand – Dokumentation und interdisziplinäre Analysen, Nomos, Baden-Baden 2017; dort auch einzelne Nachweise zu den hier referierten Stimmen zur Dissertation von Susanne Moritz.

18 Vgl. dazu insbesondere die Rede von Bundeskanzlerin Merkel anlässlich des 17. Ordentlichen Bundesverbandstags des Sozialverbands VdK Deutschland am 15. Mai 2014: „Ich würde sagen: Machen Sie doch erst einmal noch ein bisschen Druck auf uns, bevor Sie zum Verfassungsgericht gehen; denn zum Schluss muss eine Reform ja ohnehin von uns umgesetzt werden.“ Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2014/05/2014-05-15-vdk.html> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

geäußert worden ist, weder gegenüber Heimträgern noch gar den Pflegenden. Allerdings sind diese Vorbehalte selten nach außen gedungen (abgesehen von den erwähnten wissenschaftlichen Beiträgen von Interessenvertretern). Sofern man sich öffentlich in der politischen Diskussion äußerte, zeigte man sich zumeist unterstützend, mitunter verbunden mit der Forderung an den Gesetzgeber, mehr Geld für die Pflege vorzusehen. Dem Anliegen diese spezielle Richtung zu geben, war aus Perspektive dieser Akteure wohl naheliegend.

Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Verfahren ist es, weil die Beschwerden nicht zur Entscheidung angenommen wurden, auch nicht zu einer breiteren Auseinandersetzung in der Sache gekommen. Inhaltlich begründet wurde die Nichtannahme, soweit ersichtlich, überhaupt nur im Fall der vom VdK unterstützten Beschwerden. Die Presseerklärung<sup>19</sup> und der Beschluss<sup>20</sup> wurden im Internet zugänglich gemacht. Die Ausführungen des Gerichts sind allerdings auch in diesem Fall dem Entscheidungstypus entsprechend knapp ausgefallen. Die Beschwerden seien unzulässig, weil sie insgesamt nicht den Begründungsanforderungen entsprächen. Für diese Einschätzung wiederum wurden sowohl prozess- als auch materiell-rechtliche Gründe angedeutet. Eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Gerichts folgt im nächsten Abschnitt.

Blickt man resümierend auf die Debatte, so fällt einerseits auf, dass erstaunlich viel diskutiert wurde. Wie gesehen waren der eher dürren Absage durch das Bundesverfassungsgericht ein immenses, überwiegend zustimmendes Echo in Medien und „Bevölkerung“ vorausgegangen, ungewöhnlich heftige und divergente Reaktionen in der Fachöffentlichkeit sowie eine Vielzahl wohl primär strategisch motivierter Positionierungen in Politik und Verbänden. Andererseits ist die Diskussion aber bisher auch bemerkenswert flach geblieben.

Dabei gäbe es in der Sache einiges zu erörtern, juristische ebenso wie empirische Fragen. Gelegenheit zu einer substantiellen Auseinandersetzung hätte ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht im Falle einer Annahme zur Entscheidung gewiss geboten, unabhängig davon, welchen Ausgang ein solches Verfahren letztlich genommen hätte. Dazu ist es leider nicht gekommen. Aber vielleicht ist auch der Umstand, dass sich mit der Nichtannahme die politischen Wogen erst einmal geglättet haben, einer Sachdiskussion zuträglich.

19 Pressemitteilung Nr. 12/2016 vom 19. Februar 2016, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-012.html> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

20 Siehe Fn 8.

#### IV. Der Streitstand

In diesem Abschnitt möchte ich einige Linien der bislang weitgehend unterbliebenen, meines Erachtens aber dringend gebotenen Sachdiskussion andeuten. Als Ausgangspunkt mag die Begründung des Nichtannahmebeschlusses durch das Bundesverfassungsgericht dienen (1). Im Anschluss daran werde ich auf drei Aspekte eingehen, die es zu vertiefen gilt. Da ist zunächst die empirische Frage, inwieweit der – zugegeben plakative – Begriff des „Pflegernotstands“ die Situation der stationären Pflege in Deutschland angemessen beschreibt (2). Meine Einschätzung ist, dass die Datenlage zwar unbefriedigend ist und präzise Aussagen nur punktuell erlaubt, aber doch hinreichend konkreten Anlass zur Befürchtung gibt, dass die betroffenen Menschen gegenwärtig in einer Vielzahl von Fällen schweres und vermeidbares Leid erfahren. Danach wende ich mich der Frage zu, inwieweit staatliche Schutzpflichten bestehen, insbesondere gegenüber Menschen in stationärer Pflege (3). Zumal das Konzept der Schutzpflicht auch in der deutschen Verfassungsdogmatik noch vergleichsweise wenig konturiert ist,<sup>21</sup> bedarf es zu diesem Punkt etwas breiterer Ausführungen. Letztlich münden sie in die These, dass die genaue Reichweite solcher Schutzpflichten zwar unklar, ihre Verletzung angesichts des empirischen Befunds im Fall der stationären Pflege aber sehr wahrscheinlich und der Staat deswegen dringend zum Handeln aufgerufen ist. Im letzten Schritt schließlich geht es um die Frage, wie die Schutzpflicht umgesetzt werden kann, also welche Verfahren dafür gegeben und welche Akteure dazu aufgerufen sind (4). Meine Befürchtung ist, dass es insoweit ohne die Judikative, und zwar insbesondere ohne das Bundesverfassungsgericht, auf absehbare Zeit nicht zu einer wesentlichen Veränderung kommen wird.

##### 1. Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Nach etwas mehr als einem Jahr Bedenkzeit hat das Bundesverfassungsgericht, wie gesagt, entschieden, die Verfassungsbeschwerden „gegen den Pflegernotstand“ nicht zur Entscheidung anzunehmen. Es kam daher zu keiner eingehenden Auseinandersetzung mit den über 100-seitigen, freilich dennoch für unzureichend substantiiert befundenen, Ausführungen der Beschwerdeführer.

Dennoch bietet die Begründung des Nichtannahmebeschlusses immerhin Anhaltspunkte für eine inhaltliche Diskussion. Die Argumente des Gerichts

21 Für einen Überblick vgl. die breite monographische Behandlung durch Peter Szczekala, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischem Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, in: Schriften zum europäischem Recht, Band 87, Berlin 2002.

sollen deswegen vorab kurz skizziert werden, um sie dann in den folgenden Abschnitten jeweils im Zusammenhang mit den dort erörterten Aspekten aufzugreifen. Im Einzelnen stützte das Gericht seinen Beschluss auf zwei separate Begründungsstränge:

Prozessrechtlich fehle es an einer qualifizierten Betroffenheit der Beschwerdeführer.<sup>22</sup> Zum einen bestehe keine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass sie einmal der stationären Pflege bedürfen würden. Zum anderen könnten Pflegebedürftige zwischen den für die Versorgung zugelassenen Pflegeheimen wählen. Gemeint dürfte damit sein, dass die Pflegebedürftigen auf diesem Wege Heime, in denen ihnen Grundrechtsverletzungen drohen, meiden könnten. Gegen grundrechtswidrige Pflegemaßnahmen sei Rechtschutz ferner vor den Fachgerichten zu suchen – und also nicht vor dem Bundesverfassungsgericht, wie man ergänzen kann.

Was das materielle Recht betrifft, so betonte das Gericht zunächst die hohen Anforderungen, die es an die Annahme konkreter Handlungspflichten für den Gesetzgeber stelle.<sup>23</sup> Eingreifen könne es zudem nur, wenn der Gesetzgeber seine Pflichten evident verletzt habe.<sup>24</sup> Dass dies bei den bestehenden landes- und bundesrechtlichen Regelungen zur Qualitätssicherung in der stationären Pflege der Fall sei, hätten die Verfassungsbeschwerden nicht dargelegt.<sup>25</sup> Ebenso wenig sei ausgeführt worden, „inwieweit sich eventuelle Defizite in der Versorgung von Pflegebedürftigen in Pflegeheimen durch staatliche normative Maßnahmen effektiv verbessern ließen“.<sup>26</sup>

##### 2. Die Empirie des „Pflegernotstands“

Zunächst und vor allem, so könnte man meinen, geht es bei dem, was hier verhandelt wird, um die Empirie – um die Frage also, was „dran ist“ an der Rede vom Pflegernotstand. Wären die Zustände tatsächlich so alarmierend wie der Begriff,

22 Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 21 ff.

23 Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 19.

24 Für den Fall der unterlassenen Nachbesserung eines bestehenden Gesetzes formuliert es sogar noch weiterreichend, dass es einen Verstoß erst dann feststellen könne, „wenn evident ist, dass eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, und wenn der Gesetzgeber gleichwohl weiterhin untätig geblieben ist oder offensichtlich fehlsame Nachbesserungsmaßnahmen getroffen hat.“, vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 19), Rn. 19.

25 Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 20.

26 Ebd.



dann, so könnte man denken, müsste sich alles Weitere von allein ergeben. Und andernfalls wäre die Sache wohl schnell wieder von der Tagesordnung.

Allerdings trifft beides nicht zu. Der Pflegenotstand ist ein Dauerbrenner, empirisch befeuert durch immer neue Enthüllungsberichte, aber systematisch offenbar doch zu wenig durchdrungen, als dass auch die zuständigen Akteure hinreichend alarmiert wären, um tiefgreifende Veränderungen zu veranlassen. So ist das System von einer befremdlichen Konstanz gekennzeichnet – stets besorgt, dauerhaft im Reformmodus, und doch im Ergebnis weitgehend stabil.

#### *Die Empirie im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*

Bemerkenswerter Weise hat sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung mit empirischen Fragen gar nicht auseinandergesetzt. Hypothetisch erwähnt es „eventuelle Defizite in der Versorgung von Pflegebedürftigen in Pflegeheimen“,<sup>27</sup> ohne aber deren mögliche Realität weiter zu erörtern. Ansonsten finden sich bloß implizite Annahmen über die tatsächliche Situation pflegebedürftiger Personen.

So heißt es an einer der oben wiedergegebenen Stellen, man könne als Pflegebedürftiger zwischen den für die Versorgung zugelassenen Heimen wählen.<sup>28</sup> Hier hätte man gern Expliziteres gelesen, insbesondere auf welcher Informationsgrundlage diese Wahl getroffen werden soll. Die zeitgleich geführte Diskussion um die weitestgehend aussagegelassenen Pflegenoten dürfte auch dem Gericht nicht unbekannt gewesen sein. Außerdem unterliegt die Entscheidung darüber, in welches Pflegeheim man geht – oder realistischer wohl: gebracht wird –, einer Vielzahl praktischer Einschränkungen: Oft herrscht Zeitdruck, zentral ist die kurzfristige Verfügbarkeit eines Platzes, meist sucht man die räumliche Nähe zu Familie und Bekannten zu erhalten. Das sind nicht die Bedingungen, unter denen sich ein Rückgriff aufdrängen würde auf das liberale Paradigma des unter vielen Anbietern wählenden, seine Interessen auf diese Weise wahren und mithin eigenverantwortlich handelnden Nachfragers einer am Markt angebotenen Dienstleistung.

Direkt im Anschluss hieran folgt in dem Beschluss der Hinweis, dass bei Grundrechtsverletzungen die Fachgerichte anzurufen seien.<sup>29</sup> Offenbar setzt das Gericht voraus, dass diese de iure bestehende Möglichkeit auch praktisch realisiert werden könne. Wieder hätte man sich eine explizite Auseinandersetzung gewünscht, umso mehr, als in der Beschwerdeschrift eingehend dargelegt worden war, dass es in der Praxis zu solchen Verfahren tatsächlich nicht kommt – vermutlich weil

27 Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 20.

28 Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 25.

29 Ebd.

die Menschen in großer Abhängigkeit, schlechter Verfassung und meist auch nur noch sehr kurz leben. Soweit ersichtlich, werden fachgerichtliche Rechtsstreite über Pflegemängel – wenn überhaupt, dann – posthum von den Hinterbliebenen geführt. Grundrechtsverletzungen werden so aber offensichtlich nicht mehr verhindert, sondern allenfalls noch aufgearbeitet unter den hierfür eher unpassenden Vorzeichen eines Schadensersatzprozesses.

So lässt das Fehlen jeglicher empirischer Einlassung seitens des Gerichts vor allem Irritation zurück. Zwar kann man nachvollziehen, warum das Gericht dies vermieden hat. Jedenfalls im Rahmen der summarischen Behandlung im Annahmeverfahren wären diese Aspekte gar nicht mit der erforderlichen Detailschärfe zu bearbeiten gewesen. Aber unbefriedigend ist es dennoch. Wie angedeutet, gilt dies bereits für die Nebenschauplätze der Heimwahl oder des fachgerichtlichen Schutzes. Vor allem aber wäre es ein wesentlicher Fortschritt gewesen, wenn die Frage nach der Realität des Pflegenotstandes in diesem – vom Widerstreit der politischen Interessen immerhin partiell abgeschirmten – Forum eingehend eruiert worden wäre.

#### *Belege für den Pflegenotstand*

Tatsächlich ist die Datenlage, wie vorausgeschickt, defizitär. Das gilt selbstverständlich nicht für alle Dimensionen der stationären Pflege. Man kennt die Anzahl von Pflegeheimen und deren Größe, ebenso die Zahl der Pflegebedürftigen und den Anteil derer, die im Heim sind. Auch wie lange sie dort noch leben, weiß man. Nur über die Umstände dieses Lebens und den Zustand der Gepflegten sind verlässliche Daten rar.

Seit Jahren ist der so genannte Pflegenotstand mit steter Regelmäßigkeit Gegenstand von medialen Enthüllungsberichten, zutage gefördert von investigativen Journalisten,<sup>30</sup> Fernsehteams mit versteckten Kameras,<sup>31</sup> auch Whistleblower<sup>32</sup>

30 So beispielsweise im Fall der Beiträge „Altenheim – Tag für Tag ein Skandal“, Die Zeit 43/2014 vom 16. Oktober 2014; und „Quälereien im Pflegeheim“, Süddeutsche Zeitung vom 18. September 2014, <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/skandal-nach-tv-bericht-quaelereien-im-pflegeheim-1.2134133> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

31 Exemplarisch sei auf die im Mai 2014 ausgestrahlte Sendung des „Team Wallraff“ mit verdeckten Recherchen aus Pflegeheimen verwiesen. Ein Kurzbericht über die Sendung ist abrufbar unter <http://www.n-tv.de/mediathek/videos/panorama/Team-Wallraff-enthuellt-wuerdelose-Zustaende-article12772181.html> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

32 Exemplarisch sei hier auf den Fall Heinisch verwiesen, der – aus dem Bereich der stationären Pflege stammend – zum Auslöser des Whistleblower-Judikats des EGMR vom 21.07.2011 – 28247/08 = NJW 2011, 3501 wurde.

sind gelegentlich beteiligt. Immer wieder wird das Ganze auch in Buchform zusammengefasst,<sup>33</sup> Betroffene kommen zu Wort, Experten, Insider und Personen, die als „Pflegekritiker“<sup>34</sup> bekannt geworden sind. Allein dieses letztgenannte Phänomen zeugt schon von der exzeptionellen Dauerhaftigkeit, mit der sich das Thema in der öffentlichen Diskussion hält.

Aber was sagt das über das System als Ganzes? Naturgemäß handelt es sich bei den Gegenständen solcher Enthüllungen zunächst um Einzelfälle – anecdotic evidence, no more. Jedes von Menschen betriebene System ist fehlbar. Wie könnte gerade die stationäre Pflege eine Ausnahme sein? Hohe Anforderungen auf der einen Seite, besondere Fragilität auf der anderen, und überdies eine sehr hohe Fallzahl – da muss auch einmal etwas schiefgehen.

Trotzdem besteht der Verdacht, dass es mehr ist als eine Reihe unzusammenhängender und mithin auch künftig kaum abzustellender Einzelfälle. Dafür sprechen die Kontinuität und Anzahl entsprechender Enthüllungen. Die erwähnten Analysen und Einschätzungen von Insidern erhärten diesen Verdacht weiter. Aber um ihn nachhaltig zu substantiieren, bedarf es systematisch erhobener Daten. Auch die gibt es, wenn auch leider nicht in dem Maße, wie man es sich angesichts der Bedeutung der Frage zumal für die Betroffenen wünschen würde.

Dabei besteht kein Zweifel, dass eine solche Datenbeschaffung anspruchsvoll ist. Die Herausforderungen liegen auf der Hand. Festzustellen, ob und wie vielen Heimbewohnern es schlecht geht, genügt ja nicht. Selbst unter idealen Bedingungen gehören Gebrechlichkeit, Krankheit und auch der Tod zum Alltag eines Pflegeheims. Vielmehr muss es darum gehen, Situationen vermeidbaren Leids aufzuspüren. Dafür muss man deutlich genauer hinschauen.

Verlässlich sind Daten über die Situation in den Heimen ferner nur, wenn sie mit externer Beteiligung erhoben werden. Denn die Heime könnten ein Interesse haben, eventuelle Defizite zu verschleiern. Aber es ist schwierig, externe Kontrollierbarkeit herzustellen. Standards müssen entwickelt werden, was in der Pflegewissenschaft zwar geschieht, aber der Prozess dauert noch an. Innerhalb der Heime muss dokumentiert werden, wodurch die notorisch knappen Pflegekapazitäten weiter reduziert werden. Ein Ausbau der Dokumentationsanforderungen

33 Fussek/Schober, Es ist genug! Auch alte Menschen haben Rechte, München 2013; Dowideit, Endstation Altenheim: Alltag und Missstände in der deutschen Pflege, München 2012; Schmidt, Die Pflegelüge: Der Generationenvertrag am Tropf, Weinheim 2010; Fussek/Schober, Im Netz der Pflegemafia, München 2009.

34 Mit diesem Attribut am engsten verbunden ist wohl der Name Claus Fussek. Man braucht nur den Begriff „Pflegekritiker“ zu googlen, um sich davon zu überzeugen.

ist deswegen stets zwiespältig. Schließlich erfordern auch die externen Kontrollinstanzen erhebliche Ressourcen – Zeit, kompetentes Personal und eine mit Blick auf die Kontrollen unabhängige, effektive Organisation.

Hinzu kommt schließlich, dass das System nahezu permanenten Reformen unterworfen ist. Das zugrundeliegende Bemühen des Gesetzgebers mag man begrüßen. Aber für die empirische Forschung ist es kaum möglich, Schritt zu halten. Datenerhebung und -auswertung brauchen Zeit. Selbst wenn sie kontinuierlich stattfinden, geben sie regelmäßig nur Auskunft über den Zustand am Vorabend der jüngsten Reform. Um es zuzuspitzen: Theoretisch könnte jedem Missstand, bis es gelungen ist, ihn systematisch zu belegen, just mit der letzten seither umgesetzten Reform endlich abgeholfen worden sein, und bis dann auch diese Möglichkeit wiederum ausgeschlossen werden kann, steht schon die nächste Reform vor der Tür.

Ob diese Herausforderungen je vollends zu bewältigen sind, mag dahinstehen. Die Praxis der Pflegedatenerhebung in Deutschland jedenfalls ist noch ein gehöriges Stück entfernt davon. Immerhin jedoch ist eine allmähliche Entwicklung hin zu aussagekräftigeren Informationen zu verzeichnen. Und auch wenn noch kein umfassendes aktuelles Bild von der Pflegesituation vorliegt, so erlaubt die Datenlage es inzwischen doch durchaus, wenigstens punktuell zu überprüfen, inwiefern Anlass zur Besorgnis besteht.

Besonders ergiebig sind in dieser Hinsicht die Pflegequalitätsberichte (im Folgenden PQB, ggf. mit Erscheinungsjahr), welche der Medizinische Dienst der Krankenkassen regelmäßig erstellt. Auch in diesen Berichten entstammt ein Großteil der Informationen der Dokumentation durch das Heim, gibt also nur mittelbar Auskunft über die Situation der Gepflegten selbst. Aber auch das kann Aufschlüsse bieten, und vor allem werden zu einigen Aspekten zusätzlich zur Aktenlage auch unmittelbare Informationen über den Zustand der Gepflegten erhoben.

Daraus lassen sich Aussagen über konkrete Missstände ableiten, die den Verdacht, wie ihn die Einzelfallberichte kontinuierlich nähren, anhand systematisch fundierten Materials belegen. Zur Begründung der vom VdK unterstützten Verfassungsbeschwerden war eine solche Auswertung der Daten und insbesondere des damals aktuellen PQB 2012 unternommen worden. Wesentliche Veränderungen weist das neuere Datenmaterial nicht aus. Insofern kann noch immer auf diese Auswertung verwiesen werden. Sie behandelt eine Vielzahl einzelner Aspekte – von Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung über Schmerztherapien und Sturzprophylaxe bis hin zu Kontrakturen und Druckgeschwüren. Die Befunde an dieser Stelle umfassend wiederzugeben, würde den Rahmen sprengen. Zur Illustration

mag aber der nachfolgende Auszug daraus dienen. Speziell zum Problem der Druckgeschwüre („Dekubiti“) heißt es dort:

„... noch schlechter ist die Lage hinsichtlich der Dekubitusvermeidung (PQB 2012, S. 15, 49 f.). Bei über 40 Prozent derer, für die prophylaktische Maßnahmen erforderlich waren, wurden sie ausweislich der Akten nicht durchgeführt. Und dass sie auch tatsächlich nicht durchgeführt wurden, zeigt sich daran, dass Dekubiti bei jenen, für die eine Prophylaxe dokumentiert wurde, deutlich seltener vorkamen (4,4 Prozent) als bei jenen, für die keine Prophylaxe dokumentiert wurde (7,4 Prozent). Diese Differenz wirkt selbst dann schon bedrückend, wenn man bloß diese relativen Werte betrachtet. Die absoluten Zahlen sind noch schockierender. Umgerechnet sind das rund 22.500 Menschen mit Druckgeschwüren, die vermeidbar gewesen wären, wenn diese Menschen fachgerecht versorgt worden wären. Wohlgermerkt handelt es sich hierbei nicht um Fallzahlen, die über einen langen Zeitraum aufgelaufen sind. Der PQB 2012 hat je einmalige Prüfungen aus einem Zeitraum von 18 Monaten ausgewertet (PQB 2012, S. 14), und die hier angestellte Überschlagsrechnung bezieht sich auf die Anzahl gegenwärtiger Heimbewohner.“<sup>35</sup>

Um es zusammenzufassen: Man weiß zu wenig über die Situation der pflegebedürftigen Menschen in deutschen Pflegeheimen. Unser Bild von der Lage ist weder umfassend noch auf dem allerletzten Stand. Mehr – und genauere – Empirie wäre ohne Frage wünschenswert. Aber schon jetzt wissen wir genug, um alarmiert zu sein. Zu den unzähligen Einzelfallberichten in den Medien treten systematisch erhobene Daten, die von erheblichen Missständen zeugen und nach Abhilfe verlangen. Umgehende, tiefgreifende Veränderungen wären dringend geboten. In Sicht sind sie nicht.

### 3. Die Reichweite staatlicher Schutzpflichten

Wenn in der Politik nicht das getan wird, was dringend nötig wäre, liegt es nahe, nach verfassungsrechtlichen Vorgaben zu suchen. Im Fall des Pflegenotstands konzentriert sich diese Suche auf die Frage nach Bestehen und Reichweite staatlicher Schutzpflichten. Auch wenn solche Schutzpflichten im Grundsatz anerkannt sind, gibt es hierzu noch viele offene Fragen, zum Teil auch grundlegender Natur. Im Folgenden sollen deswegen zunächst einige allgemeine Erwägungen zum Konzept der Schutzpflichten angestellt werden (a), um diese sodann auf die Konstellation der Menschen in stationärer Pflege und die Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu beziehen (b).

<sup>35</sup> Graser/Lindner, Die Pflegeverfassungsbeschwerden, S. 37 in: Helmrich (Hrsg.), (oben Fn 16).

#### a) Allgemeine Erwägungen zum Konzept der Schutzpflichten

Daran, dass sich aus dem Grundgesetz staatliche Schutzpflichten ergeben, kann auf dem Boden der aktuellen verfassungsrechtlichen Dogmatik kein Zweifel bestehen. Zwar nicht schon seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, aber doch schon seit Jahrzehnten ist anerkannt, dass die Grundrechte nicht nur – wie es ihren Wurzeln im liberalen Verfassungsstaat entspricht – Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat verbiefen, sondern den Staat unter Umständen auch zu einem positiven Tun zum Schutze des Grundrechtsträgers verpflichten.

Einen prominenten textlichen Anhalt dafür im Grundgesetz bietet Art. 1 Abs. 1 Satz 2. Zwar ist dort nur davon die Rede, dass die Menschenwürde zu schützen sei. Da man aber die anderen Grundrechte als Ausprägungen der Menschenwürdegarantie begreift, erstreckt sich die Schutzverpflichtung jedenfalls insoweit auch auf diese Grundrechte, als es um deren Würdegehalt geht.

Danach kann, wer nach dem Grundgesetz Träger von Grundrechten ist, auch Begünstigter staatlicher Schutzpflichten sein. Damit ist freilich noch nicht geklärt, wann genau solche Schutzpflichten ausgelöst werden und was sie beinhalten. Auch die Frage ihrer Durchsetzung wird noch der Erörterung bedürfen.

#### Mögliche Ursprünge der Grundrechtsbeeinträchtigung

Zunächst fragt sich, woher die Beeinträchtigungen rühren können, gegen welche die Grundrechte Schutz verheißen. Im Rahmen der abwehrrechtlichen Konzeption der Grundrechte ist dies meist unproblematisch, weil in diesem Kontext in der Regel ein aktives Tun seitens eines Trägers öffentlicher Gewalt identifizierbar ist, das Grundrechte beschränkt und deswegen, sollte es nicht gerechtfertigt sein, untersagt ist. Geht es dagegen um eine Schutzpflicht, ist typischer Weise kein solches Tun auf Seiten der öffentlichen Gewalt auszumachen. Die Grundrechtsbeeinträchtigung rührt von etwas anderem her, wobei sie ganz unterschiedlichen Ursprungs sein kann.

Betrachten wir beispielsweise das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Staatliche Eingriffe, gegen die das Grundrecht in seiner abwehrrechtlichen Funktion wirken kann, wären etwa der tödliche Schusswaffengebrauch durch die Polizei oder Misshandlungen bei einem Verhör. Weil das Grundrecht entsprechend weit verstanden wird, sind nicht allein vollendete Verletzungen von Leben oder Gesundheit durch den Staat erfasst, sondern auch bereits bloße Gefährdungen. Andernfalls käme der Schutz oft zu spät.

Aber wie steht es nun bei diesem Recht mit möglichen Schutzpflichtverletzungen? Ist, wer ohne eigenes Zutun in eine Schlägerei gerät und dabei verletzt oder gar getötet wird, dadurch in seinem Grundrecht verletzt worden? Was gilt,

wenn nicht eine Schlägerei, sondern ein Erdbeben Ursache der Beeinträchtigung ist? Und wie wäre die Lage bei einem Suizid(versuch)?

Die Beispiele illustrieren zunächst die Notwendigkeit einer Begrenzung. Nicht jede Verletzung, jeder Krankheits- oder Todesfall kann als Grundrechtsproblem begriffen und dem Staat eine entsprechende Verantwortung zugeschrieben werden? Das gilt umso mehr, als es bei der Frage nach möglichen Schutzpflichten ja nicht nur um Lebens- oder Gesundheitsschutz, sondern um eine Vielzahl weiterer grundrechtlich geschützter Lebensbereiche geht – das Äußern von Meinungen, das Praktizieren von Religion, die Wahl eines Berufes etc. Ein Charakteristikum speziell der deutschen Grundrechteordnung ist überdies, dass sie über den Begriff der allgemeinen Handlungsfreiheit selbst noch so geringfügige Beschränkungen der individuellen Freiheit erfasst. Angesichts des Spektrums dieser primär an der Abwehrfunktion orientierten Grundrechteordnung scheint es praktisch kaum vorstellbar, sie vollumfänglich in die Schutzpflichtdimension zu übertragen.

#### *Gewicht der Rechtsverletzung*

Wenn Schutzpflichten demnach grundsätzlich anerkannt sind, eine Begrenzung aber offensichtlich Not tut, so stellt sich die Frage, wo genau die Grenzen verlaufen. Nahe liegt es zunächst, das Gewicht des beeinträchtigten Rechtsguts sowie den Grad seiner Beeinträchtigung oder Gefährdung zu berücksichtigen. Gewiss trifft den Staat nicht die Pflicht, jede Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit abzuwenden. Geht es dagegen aber, wie in den Beispielen, um das Leben oder die körperliche Unversehrtheit, ist die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht eher angezeigt.

Dasselbe gilt für die Intensität einer Beeinträchtigung oder den Grad einer Gefährdung. Offensichtlich können Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit unterschiedlich intensiv ausfallen, und während der Staat nicht jede kleine Beeinträchtigung zu verhindern hat, kann eine dahingehende Verpflichtung umso eher angenommen werden, je größer das mit der Beeinträchtigung verbundene Leid ist. Ähnliches lässt sich über Gefährdungen sagen. Ohne Frage muss auch die Wahrscheinlichkeit des Gefahrentritts – zusammen mit der Intensität des drohenden Schadens – berücksichtigt werden, wenn es darum geht, ob eine Schutzpflicht angenommen werden soll.

#### *Erfüllbarkeit der Schutzpflicht*

Einer Begrenzung bedarf das Konzept der Schutzpflichten aber selbst noch bei Rechtsgütern höchsten Gewichts. Auch insoweit sind die genannten Beispiele instruktiv. Unsinnig wäre es immer dann, dem Staat eine Verantwortung

zuzuschreiben, wenn eine Schutzpflicht ohnehin nicht zu erfüllen wäre. Erdbeben zu verbieten, hätte wenig Sinn. Gewalttaten kann man zwar verbieten, aber dadurch auch nicht immer verhindern. Noch schwieriger dürften wirksame Interventionen bei Suiziden sein. Die Schutzpflichtendogmatik reflektiert diesen Gedanken, indem sie zur Voraussetzung der Annahme einer Schutzpflicht deren Erfüllbarkeit macht.<sup>36</sup>

Eine allzu hohe Hürde stellt diese Voraussetzung jedoch nicht dar. Selbst in den genannten Beispielen wäre der Staat ja nicht völlig machtlos. Auch wenn sich eine Naturkatastrophe selbst zumeist nicht verhindern lässt, so kann man sie womöglich vorhersehen und rechtzeitig warnen, und man kann Vorsorge treffen, um im Katastrophenfall über ausreichende Rettungskapazitäten zu verfügen.<sup>37</sup> Ähnlich bei Gewalttaten: Verbote mögen nicht ausreichen, aber dürften doch helfen, sie zu verhindern. Außerdem kann man Prävention betreiben, etwa mithilfe von Sicherheitsbeamten. Und selbst beim Suizid scheinen Präventionsmaßnahmen nicht von vornherein fruchtlos.

Kurz: Dass jedwede staatliche Schutzmaßnahme ausscheidet, wird selten der Fall sein. Um den Umfang staatlicher Schutzpflichten realistisch zu begrenzen, wird man mehr brauchen als das Erfordernis, dass Abhilfe überhaupt möglich ist. Der Staat kann nicht verpflichtet sein, allen denkbaren Gefahren vorzubeugen, koste es, was es wolle.

#### *Notwendigkeit einer Abwägung*

Auch wenn Schutzmaßnahmen möglich sind, müssen der dafür erforderliche Aufwand und die Erfolgsaussichten Berücksichtigung finden. Insbesondere dürfen diese nicht außer Verhältnis zum Zweck der Schutzmaßnahmen stehen. Die dafür erforderliche Abwägung entspricht dem, was im Rahmen der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorsieht.

Soweit leuchtet dies unmittelbar ein und dürfte auch unstrittig sein. Zweifelhafte ist allein die dogmatische Einordnung.<sup>38</sup> Wie bei der abwehrrechtlichen Dimension vorzugehen und diese Gesichtspunkte als mögliche Rechtfertigungen zu thematisieren, läge zwar nahe und würde eine entsprechend differenzierte Behandlung auch von Schutzpflichtfragen erlauben. Aber das passt nur schwer zu

<sup>36</sup> Isensee, HStR IX, § 191 Rn. 206 ff., 274.

<sup>37</sup> Der Frage, was Recht zur Katastrophenvorsorge tun kann, widmet sich insbesondere Michael Kloepfer seit Jahren; vgl. dazu etwa einen seiner Vorträge hierzu unter [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_30510-544-1-30.pdf?120316141609](http://www.kas.de/wf/doc/kas_30510-544-1-30.pdf?120316141609) (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

<sup>38</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, § 6 Rn. 370.

den Schritten, in denen mögliche Schutzpflichtverletzungen ansonsten geprüft werden. Alternativ können die Erwägungen auch im Rahmen der primären Bestimmung der Schutzpflicht und ihrer Reichweite angestellt werden. Im Ergebnis sollte das keinen Unterschied machen.

#### *Verantwortlichkeit Dritter*

Auf der Suche nach möglichen Grenzen staatlicher Schutzverpflichtung werfen die Beispiele noch eine weitere Frage auf: Spielt es eine Rolle, ob die Beeinträchtigung von einem Naturereignis herrührt, wie im Fall des Erdbebens, oder, wie in den anderen beiden Fällen, von einem menschlichen Akteur. Ein Unterschied könnte insoweit bestehen, als solche Akteure selbst gemeinhin als Adressaten von Verantwortungszuschreibungen gelten.

Die Frage ist also, ob eine staatliche Verantwortung nur bestehen soll, wenn keine solche individuelle Verantwortungszuschreibung eingreift, oder ob sie auch zusätzlich daneben treten kann. Praktisch spricht dagegen nichts. Wo ein Beitrag zum Schutz denkbar ist, da ist auch eine entsprechende Verantwortungszuschreibung möglich. So kann, wie gesehen, der Staat durchaus darauf hinwirken, Gewaltverbrechen zu verhindern. Ihm eine Pflicht zuzuschreiben, dies zu tun, ist insofern durchaus nicht sinnlos – ungeachtet einer fortbestehenden Verantwortung auch des Einzelnen, Gewaltverbrechen zu unterlassen. Ob und inwieweit man dies tut, ist eine wertend zu treffende Entscheidung.

Dass man das Hinzutreten einer verantwortlichen Handlung eines anderen zur Grundlage nimmt, die aus den Grundrechten abgeleitete Schutzverantwortung des Staates zu reduzieren oder gar auszuschließen, mag auf den ersten Blick fernliegend erscheinen. Denn jedenfalls aus Sicht des Einzelnen, dessen Verhältnis zum Staat die Grundrechte ja regeln, ist es unerheblich, ob eine Gefahr von einem Naturereignis oder einem außenstehenden Dritten herrührt. Auf der anderen Seite sollte man sich verdeutlichen, dass es, jedenfalls im Recht, der Staat ist, der Verantwortungen zuweist, und dass solche Zuweisungen an bestimmte Individuen durchaus ein gängiges Steuerungsinstrument sind. Bereits indem der Staat also beispielsweise Gewaltanwendungen verbietet, verfolgt und unter Strafe stellt, kommt er seiner Schutzverantwortung nach. Ob er ihr dadurch vollends gerecht wird, ist eine andere Frage. Denkbar ist auch, dass die Schutzverantwortung noch mehr erfordert. Jedenfalls aber zeigt diese Erwägung, warum die rechtliche Verantwortlichkeit anderer Akteure von Bedeutung zwar nicht für das primäre Entstehen, wohl aber für die konkrete Reichweite einer staatlichen Schutzpflicht sein kann.

#### *Verantwortlichkeit des Grundrechtsberechtigten selbst*

Grundsätzlich gilt auch im Fall der Selbstschädigung zunächst dasselbe wie zuvor. Eine Verantwortungszuschreibung an den Staat kann auch hier parallel zur (in diesem Fall: Eigen-)Verantwortung des Individuums bestehen, sofern der Staat tatsächlich einen Beitrag leisten kann. Wie gesagt, kann man sich solche Beiträge selbst im Suizidbeispiel vorstellen.

Allerdings ergeben sich in diesem Beispielfall andere Einwände. So kann, je nach Konstellation, einerseits zweifelhaft sein, ob der Einzelne sich nicht in einem pathologischen Zustand befindet, der eine eigene Verantwortlichkeit (nach deren gängigen Konstruktionen) ausschließt, sodass ohnehin kein Nebeneinander von Verantwortungen bestünde. Wenn hingegen eine solche Eigenverantwortlichkeit nicht bezweifelt wird, wäre andererseits zu fragen, ob nicht der Wille des Einzelnen zu respektieren ist, sodass der Staat nicht einmal das Recht, erst recht also nicht die Pflicht hätte, die Selbstschädigung zu verhindern.

Insofern könnte die Eigenverantwortlichkeit hier einer Verantwortungszuschreibung an den Staat im Wege stehen. Zu beachten ist dabei aber, dass die Begründung, also der Respekt vor dem Willen des Einzelnen, allenfalls für gezielte Selbstschädigungen gelten kann. In anderen Fällen – etwa bei fahrlässigen Selbstschädigungen oder -gefährdungen wie Rauchen oder Risikosportarten – greift sie nicht.

Trotzdem kann man auch in solchen Konstellationen im Verursachungsbeitrag des Einzelnen einen Grund dafür sehen, ihm die primäre oder auch alleinige Verantwortung zuzuschreiben, und eine staatliche Verantwortung entsprechend reduzieren oder ablehnen. Eine explizite rechtliche Missbilligung des selbstschädigenden Verhaltens durch den Staat wie im zuvor erörterten Fall der hinzutretenden Verantwortung eines Dritten scheint dafür nicht erforderlich. Vielmehr kommt als plausible Grundlage auch schlicht eine entsprechende Vorstellung über die Aufteilung von Verantwortungssphären zwischen Individuum und Staat in Frage: Wer sich selbst schädigt oder in Gefahr bringt, darf dies zwar tun, kann aber auf staatliche Hilfe nicht rechnen.

#### *Schutzbedürftigkeit*

Der zuletzt angesprochene Gedanke einer potentiell vorrangigen Eigenverantwortlichkeit lässt sich auch über die angesprochenen Beispiele hinaus fruchtbar machen für eine Begrenzung staatlicher Schutzpflichten. Soweit man bereit ist, eine grundsätzliche Verantwortung des Einzelnen anzunehmen, für sich selbst zu sorgen und Beeinträchtigungen seiner eigenen Rechtsgüter abzuwenden, kann dies auch dazu dienen, die staatliche Schutzverantwortung entsprechend zu begrenzen. Umgekehrt ergeben sich aus diesem Blickwinkel aber auch Kriterien

dafür, wann, positiv gewendet, die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht besonders angezeigt ist. Denn Eigenverantwortlichkeit lässt sich nur dann postulieren, soweit der Einzelne auch tatsächlich in der Lage wäre, danach zu handeln.

Offenkundig ist dies nicht immer gleichermaßen der Fall. Es gibt Lebenssituationen, in denen Menschen ihre Geschicke nicht oder nur sehr eingeschränkt beeinflussen können: Kleine Kinder, Menschen mit Behinderung, auch Strafgefangene und in mancher Hinsicht Flüchtlinge wird man hierzu zählen können. Diese und ähnliche Gruppen bedürfen in besonderer Weise des Schutzes. Die Annahme einer entsprechenden staatlichen Verantwortung liegt in diesen Fällen näher als sonst.

#### *Exkurs I: Zuschreibungen von Verantwortung im Recht*

Als zuvor Abwehr- und Schutzdimension der Grundrechte gegenübergestellt wurden, geschah dies unter Bezugnahme auf die Unterscheidung von Tun und Unterlassen. In ihrer klassischen Funktion wehren Grundrechte aktives staatliches Tun ab und fordern dessen Unterlassung. Die Schutzpflichten dagegen reklamieren eine Verletzung durch Unterlassen und begehren ein aktives Eingreifen seitens des Staates.

Herangezogen wurde diese Unterscheidung zuvor im Zusammenhang mit der Notwendigkeit, die Reichweite staatlicher Schutzpflichten einzugrenzen. Schutzpflichten, so die dort nicht weiter begründete Annahme, verlangen aus praktischen Gründen eher nach einer Begrenzung. Näher betrachtet, lässt sich dies aus den Bedingungen ableiten, unter denen die Zuschreibung von Verantwortung im Recht erfolgt.

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass sich für jedes Ereignis unzählige Ursachen ausmachen lassen. Man ist gewohnt dies auszublenden und vergegenwärtigt es sich nur ausnahmsweise einmal. Beispiele für solche Momente sind etwa die Dankesreden, in denen Oscargewinner die Beiträge anderer zu ihrem Erfolg würdigen wollen, oder auch die mitunter mehrseitigen Danksagungen in Büchern. Und selbst dabei wird ja nur ein kleiner Ausschnitt derer erwähnt, die unbestreitbar kausal für den Erfolg waren. So ist bei diesen Gelegenheiten oft von den Eltern die Rede, von weiteren Ahnen dagegen kaum einmal. Man muss selektiv sein, selbst in solchen Momenten des Überschwangs. Umso mehr gilt dies, wenn es um weniger erfreuliche Ereignisse geht. Fragt man nach der Verantwortung für einen rechtlich missbilligten Erfolg, eine Straftat etwa oder ein Delikt im zivilrechtlichen Sinne, verläuft die Zurechnung noch deutlich restriktiver.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Zur Zurechnung im Zivilrecht siehe Wagner, in: MüKo BGB, § 823 Rn. 366 ff; zur Zurechnung im Strafrecht siehe Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, Vorb. §§ 13 StGB Rn. 91 ff.

Eltern haften da kaum einmal für ihre Kinder, und auch die „Täter“ selbst bekanntlich nur unter einer Reihe weiterer Voraussetzungen. Allzu mittelbar darf der Beitrag nicht gewesen sein, wobei die zentrale Rolle meist spielt, ob die Folge mindestens vorhersehbar war. Oft wird überdies eine entsprechende Willensrichtung gefordert.

Ohnehin greift man also, wenn es um Verantwortungszuschreibungen geht, aus der schier endlosen Kette in die Vergangenheit reichender Verursachungsbeiträge nur ganz wenige heraus. Und das gilt bereits dann, wenn man sich, wie in den soeben verwendeten Beispielen, auf aktive Verhaltensweisen beschränkt. Kaum jemand würde in die erwähnten Danksagungen etwa auch jene miteinschließen, die es unterlassen haben, ihn am Erreichen ihres Ziels zu hindern. Ein Grund hierfür leuchtet unmittelbar ein: Es wären noch ungleich mehr kausale Bedingungen zu bedenken. Auf die wenigen Dinge, die man zu einem Zeitpunkt tun kann, kommen unzählige, die man sonst hätte machen können. Zwar wären, auf ein bestimmtes Ereignis bezogen, gewiss nicht alle dieser hypothetisch gebliebenen Taten relevant – manche aber doch, und wie viele es sind, ist letztlich wohl nur eine Frage der Fantasie. Vor dem Hintergrund ist klar, dass die Zuschreibung von Verantwortung für ein Unterlassen schon allein aus praktischen Gründen eine (große) Ausnahme bleiben muss. Als Voraussetzung tritt in diesem Zusammenhang die Annahme einer speziellen, eigens zu begründenden Handlungspflicht hinzu.<sup>40</sup>

Um es zusammenzufassen: Zwischen der Verursachung eines Ereignisses und der Verantwortungszuschreibung hierfür bedarf es starker Filter. Generell sind dies dessen Vorhersehbarkeit und ggf. Gewolltsein, im Fall von Unterlassungen zusätzlich das Erfordernis einer besonderen Handlungspflicht. Auch die zuvor erörterte Möglichkeit einer Auswahl einzelner aus einer Mehrzahl möglicher Verantwortlicher erfüllt eine solche Filterfunktion.

Die genaue Ausgestaltung dieser Filter bestimmt demnach die Zuschreibung von Verantwortung im Recht. Dabei spielen moralische Erwägungen ohne Frage eine Rolle, Vorstellungen eines retrospektiven Etwas-Dafür-Könnens. „Verantwortung“ ist schließlich kein Begriff, den das Recht allein besetzen würde. Daneben freilich können auch pragmatische Erwägungen die Ausgestaltung der Filter beeinflussen, Vorstellungen prospektiv zweckmäßiger Steuerung. Beides

<sup>40</sup> Im Strafrecht beispielsweise kann sich solch eine Handlungspflicht aus einer Garantstellung ergeben. Diese lässt sich einteilen in Beschützer- und Abwehrgarant, siehe hierzu Stree/Bosch, in: MüKo StGB § 13 Rn. 17 ff; im Zivilrecht wird zur Begründung von Handlungspflichten die Annahme von Verkehrssicherungspflichten herangezogen, siehe hierzu Wagner, in: MüKo BGB, § 823 Rn. 297 ff., 327 ff.

kann durchaus kongruent sein. Denn es gibt vielfältige Interdependenzen zwischen Moral und Steuerung. Trotzdem lohnt sich die Unterscheidung, zumal im gegebenen Kontext. Denn gerade wenn es um staatliche Schutzpflichten geht, gewinnen Steuerungserwägungen besonderes Gewicht. Nicht das Etwas-Dafür-Können im Sinne vorwerfbarer Verantwortlichkeit für ein bereits eingetretenes missbilligenswertes Ereignis steht im Vordergrund. Das sind die stark moralisch aufgeladenen Kategorien individueller Verantwortungszuschreibungen, die bezogen auf ein unzählige Personen umfassendes juristisches Artefakt wie den Staat nur schwer übertragen werden können. Vielmehr ist die entscheidende Frage, ob die entsprechende Zuweisung einer Schutzverantwortung an den Staat geboten erscheint, um den Eintritt solcher missbilligten Ereignisse künftig besser verhindern zu können. Dem Staat eine Schutzverantwortung zuzuschreiben, würde demnach nicht bedeuten, ihm aus moralischer Perspektive retrospektiv Versagen vorzuwerfen, sondern ihn in pragmatischer Perspektive für die Zukunft in die Pflicht zu nehmen.

#### *Exkurs II: Naturkatastrophen und Zivilisationsrisiken*

Unter den eingangs eingeführten Beispielen sollte das Erdbeben einen typischen Fall reiner Naturgewalt repräsentieren. Dies diene zur Abgrenzung gegenüber eben jenen anderen Fällen, in denen die Beeinträchtigung auf menschliche Verursachungsbeiträge rückführbar ist und insofern andere „Verantwortliche“ in Frage kommen. Das Beispiel hat sich bereits insofern als zweifelhaft erwiesen, als neben das Wirken der unbeeinflussbaren Naturgewalt andere – menschliche – Verursachungsbeiträge treten können, welche die resultierende Beeinträchtigung mit bedingt haben: das Versäumnis der Vorwarnung etwa, oder unzureichende Katastrophenschutzvorkehrungen. Immerhin aber mag das Beispiel seine Funktion insofern erfüllt haben, als Erdbeben selbst wohl nicht als „menschengemacht“ gelten.

Für viele andere „Natur“-Katastrophen ist das weniger eindeutig. Stürme und Unwetter haben womöglich mit dem Klimawandel zu tun, der seinerseits auf menschliches Verhalten zurückgehen könnte. Überschwemmungen können auf menschliche Einwirkungen auf den Lauf eines über die Ufer tretenden Flusses und seine Umgebung zurückzuführen sein, Erdbeben und Lawinen ihrerseits auf entsprechende menschliche Eingriffe in die Landschaft. Die Liste von Beispielen lässt sich fortsetzen – und der Grad der „Menschengemachtheit“ der Risiken schrittweise anheben, sodass man statt von Naturkatastrophen allmählich eher von Zivilisationsrisiken sprechen würde. Überschwemmungsoffer würden wohl meist noch der Natur zugeschrieben, während Todesfälle aufgrund akuter Smog- oder

Ozonbelastung eher schon auf dem Konto der Zivilisation verbucht würden. Aber die Grenzen sind fließend.

Angesichts dessen fragt sich, ob der Grad solcher „Menschengemachtheit“ einer Beeinträchtigung von Relevanz ist für die Frage nach einer Schutzverpflichtung des Staates. Denkbar wäre dies in doppelter Hinsicht. Zunächst könnte es eine Rolle spielen für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Denn der Verweis auf frühere Verursachungsbeiträge verändert insofern die Perspektive. Lautete die Frage zunächst nur, ob der Staat verpflichtet ist, etwas zur Beherrschung einer Gefahr oder zur Abmilderung ihrer Folgen zu tun, und ob seine Untätigkeit also pflichtwidrig sein könnte, so wäre nun zusätzlich zu eruieren, ob nicht noch ein weiteres pflichtwidriges Verhalten des Staates gegeben ist, nämlich ein weiter in der Vergangenheit liegender Beitrag zur Entstehung der Gefahr. Konkret könnte man bei den genannten Beispielen anknüpfen an die Genehmigung entsprechender Eingriffe in die Landschaft, das Festsetzen zu niedriger Grenzwerte etc. Hierbei wird es sich regelmäßig um ein aktives Tun gehandelt haben – mit der Folge, dass die Verantwortungszuschreibung grundsätzlich anderen Regeln folgen würde. Ferner können – und werden – diese Verursachungsbeiträge aber nicht allein solche des Staates sein. Also wären wieder andere, ihrerseits potentiell verantwortliche Akteure mit beteiligt. Damit stellt sich die Frage, ob nicht auch sie verantwortlich sind und ob nicht vielleicht hinter ihre Verantwortlichkeit die des ansonsten potentiell schutzverpflichteten Staates zurücktritt.

Denkbar wäre es demnach, Zivilisationsrisiken im gegebenen Kontext anders zu behandeln als Naturkatastrophen. Zugleich ist jedoch deutlich geworden, dass sich diese Kategorien nicht eindeutig voneinander trennen lassen. Zudem kommen auch hier wieder die Vielfalt und Verwobenheit von Ursachenzusammenhängen zum Vorschein. Mögen in den Beispielen zivilisationsbedingter Beeinträchtigungen die menschlichen Verursachungsbeiträge auch noch so offensichtlich gewesen sein, so erscheinen sie doch als derart mittelbar, entfernt innerhalb des Ursachengeflechts und deswegen insgesamt so diffus, dass eine an sie knüpfende Zuschreibung rechtlicher Verantwortung wenig wahrscheinlich ist und wohl auch nur schwer praktikabel wäre. Damit jedoch rücken Naturkatastrophen und Zivilisationsrisiken näher aneinander und verliert der Unterschied der „Menschengemachtheit“ für die Zuschreibung rechtlicher Verantwortung an Relevanz. Unabhängig von diesem Faktor wäre demnach in beiden Konstellationen nach den allgemeinen Prinzipien zu bestimmen, ob und was der Staat zu tun in der Lage und verpflichtet ist, um Grundrechtsbeeinträchtigungen zu verhindern.

### Exkurs III: Zivilisationsrisiken und „Systemunrecht“

Die zuvor verwendeten Beispiele zivilisationsbedingter Beeinträchtigungsursachen waren so gestaltet, dass menschliche Beiträge zwar offensichtlich waren, individuelle Verantwortlichkeit aber schwer zu konstruieren. Solche Diffusität ist aber nicht notwendigerweise ein Kennzeichen aller Zivilisationsrisiken. Man denke an einen Reaktorunfall. Hier ist es durchaus möglich, dass individuelles Fehlverhalten als unmittelbare Ursache identifizierbar ist. Oder an tödliche Unfälle im Straßenverkehr. Auch hier findet sich nicht selten ein unmittelbarer Verursacher, dem das Recht die Verantwortung zuschreiben kann.

So betrachtet, ist die Verantwortung in diesen Fällen nicht diffus. Doch verbergen sich hinter dem unmittelbaren individuellen Verursachungsbeitrag auch hier noch weitere Beiträge, und insoweit ähneln die Beispiele den zuvor erörterten diffusen Umweltgefahren. Bei einem Reaktorunfall könnte man insoweit aus dem (in diesem Fall nicht minder komplexen) Ursachengeflecht etwa das Unterlassen weiterer Sicherungsmaßnahmen oder auch die grundlegende Entscheidung für diese Form der Energiegewinnung herausgreifen. Ähnlich ist die Lage bei den Verkehrstoten. Als Anknüpfungspunkt böte sich jedenfalls (eine potenziell unzureichende) Verkehrsregulierung an.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Annahme einer Schutzpflicht des Staates gegenüber solchen (Zivilisations-)Risiken dann ausscheiden soll, wenn die Beeinträchtigung typischer Weise durch ein als verantwortlich qualifiziertes individuelles Verhalten realisiert wird. In der Zusammenschau mit den anderen Zivilisationsrisiken scheint dieser Unterschied zunächst kaum maßgeblich. Warum sollten bei ansonsten vergleichbaren Umständen die späteren Verursachungsbeiträge einzelner Akteure die staatliche Verantwortung berühren?

Andererseits fällt die Nähe zur weiter oben bereits angesprochenen Konstellation ins Auge, in der es um die Relevanz einer hinzutretenden Verantwortlichkeit Dritter ging. Dort wurde immerhin für möglich gehalten, dies heranzuziehen, um die Verantwortlichkeit des Staates zu reduzieren. Allerdings unterschied sich die oben behandelte Konstellation von der hier erörterten zunächst darin, dass dort auch keine Verursachungsbeiträge seitens des Staates identifiziert wurden, auch keine weiter zurückliegenden. Die staatliche Schutzpflicht hinter unmittelbare Verursachungsbeiträge Dritter zurücktreten zu lassen, liegt dann von vornherein näher. Zudem stützte sich die dahingehende Argumentation oben insbesondere darauf, dass der Staat gerade durch die Zuschreibung einer Verantwortung an diese Dritten seiner Schutzpflicht nachkomme (auch wenn er ihr dadurch vielleicht nicht voll gerecht werde). Dem lag der Gedanke zugrunde, dass durch diese Verantwortungszuweisung der Eintritt der Beeinträchtigung unwahrscheinlicher

gemacht werde. Allerdings unterschied sich der dort zugrunde gelegte Beispielfall – es ging um die staatliche Schutzpflicht vor Gewaltverbrechen – von den hier behandelten Fällen auch insoweit, als es sich dort um vorsätzliches Verhalten seitens der hinzutretenden Dritten handelte, von dem – implizit, ohne weitere Erörterung – angenommen wurde, dass es solcher staatlicher Steuerung auch tatsächlich zugänglich sei. Ob diese Annahme berechtigt war, mag dahinstehen. Bei den hier behandelten Beispielfällen dagegen wäre sie jedenfalls fernliegend. Bei Reaktor- wie Verkehrsunfällen wird es ohnehin auch im eigenen Interesse der unmittelbar Handelnden liegen, diese zu vermeiden. Dementsprechend dürften sie regelmäßig auch allenfalls fahrlässig herbeigeführt werden. Die Steuerungswirkung einer staatlichen Verantwortungszuschreibung an diese Personen dürfte insofern eher gering, das Argument also tatsächlich kaum übertragbar und die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht nicht weniger indiziert sein als bei den Fällen ohne unmittelbaren Verursacher.

Fälle mangelnder Steuerungszugänglichkeit kann man sich ferner auch dann vorstellen, wenn es um vorsätzliche Taten geht. Ein prominentes Beispiel liefert die in den USA geführte Diskussion um die Verantwortlichkeit für Vorkommnisse im Militärgefängnis von Abu Ghraib. Man hat die Medienbilder vermutlich noch vor Augen. Sie zeigten Gefangene, die von ihren Wärtern in übler Form misshandelt werden.<sup>41</sup> Bei der Zurechnung rechtlicher Verantwortlichkeit hierfür standen – natürlich – die unmittelbaren Täter im Vordergrund.

Aber im Rahmen der strafrechtlichen Verfahren wurde auch die Frage aufgeworfen, ob die Täter nicht in ein „System“ eingebunden waren, das solche Verhaltensweisen nahezu unweigerlich generiert.<sup>42</sup> Die Bedingungen in Abu Ghraib erinnerten stark an jene, die in einem Anfang der 70er für eine psychologische Studie, das so genannte Stanford Prison Experiment,<sup>43</sup> simuliert worden waren:

41 Eine retrospektive Auseinandersetzung mit einigen der verbreitetsten Bilder findet sich auf der Website von Radio Open Source unter <http://radioopensource.org/error-morris-feel-bad-masterpiece/> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

42 Vgl. dazu das von Claudia Dreifus mit Philip Zimbardo geführte Interview, *Finding Hope in Knowing the Universal Capacity for Evil*, New York Times vom 3.4.2007, <http://www.nytimes.com/2007/04/03/science/03conv.html> (zuletzt aufgerufen am 21.11.2016).

43 Für eine Auseinandersetzung mit der Studie aus neuerer Zeit und durch ihren Leiter selbst vgl. Philip Zimbardo, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, New York 2007; Zur Rezeption in Deutschland, vgl. Michael Walter, *Über Machtstrukturen, aus denen Kriminalität entsteht. Folgerungen aus dem Stanford-Prison-Experiment für Kriminologie und Kriminalpolitik*, S. 93 ff., in: Neubacher/



Isolation, Hierarchie, Druck, Entmenschlichung der Opfer, Ideologisierung der Täter – unter solchen Voraussetzungen seien Aggression und Gewalt vorhersehbar, und es greife zu kurz, die Verantwortung allein den unmittelbar Handelnden zuzuschreiben. Effektiv zu verhindern wären solche Vorkommnisse demnach nicht, indem man die Täter unter Strafe stelle, sondern indem man das System ändere.

Das – durchaus kontroverse – Experiment und die Analogie zur Situation en detail zu erörtern, würde an dieser Stelle zu weit führen. Immerhin mag dieses Beispiel aber illustrieren, dass die Konzentration auf individuelle Verantwortungszuschreibungen verfehlt sein kann. Selbst wenn sich verantwortliche Täter geradezu aufdrängen, kann es in einer prospektiven Steuerungsperspektive zweckmäßig sein, daneben weitere, kollektive „System“-Verantwortlichkeiten zu schaffen, wie es die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht tut.

#### *b) Schutzpflichten, Pflegenotstand und Bundesverfassungsgericht*

Die vorangegangenen allgemeinen Ausführungen über staatliche Schutzpflichten haben einen Eindruck davon vermittelt, dass es sich um ein weites Feld handelt, und überdies eines mit vielen offenen Fragen. Zugleich sind die zentralen Linien angedeutet worden, entlang derer über Bestehen und Reichweite einer Schutzpflicht zu entscheiden ist. Die spezielle Konstellation der stationären Pflege kam dabei kaum vor – zumindest nicht explizit. Mittelbar mögen die Bezüge durchaus erkennbar gewesen sein. Im Folgenden nun rückt der Pflegenotstand auch wieder explizit ins Zentrum. Zunächst geht es darum, die allgemeinen Ausführungen über Schutzpflichten konkret auf den Fall stationär gepflegter Menschen zu beziehen. Danach wird die Argumentationslinie der vom VdK unterstützten Verfassungsbeschwerden skizziert, um vor diesem Hintergrund die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts zu erörtern.

#### *Grundrechtsbeschränkungen in der stationären Pflege*

Wer sich in stationärer Pflege befindet, kann in vielen grundrechtlich geschützten Lebensbereichen beschränkt sein. Der räumliche Aktionsradius wird kleiner, die Teilnahme am sozialen, kulturellen und politischen Leben erschwert. Man muss sich dem Rhythmus des Heimalltags anpassen, büßt Rückzugsmöglichkeiten und

Walter (Hrsg.): Sozialpsychologische Experimente in der Kriminologie: Milgram, Zimbardo und Rosenhan kriminologisch gedeutet, mit einem Seitenblick auf Dürrenmatt, Münster 2002.

Privatsphäre ein. Der physische Zustand ist typischerweise nicht gut, dessen fortschreitende Verschlechterung die Regel, der Tod meist nicht mehr fern.

Vieles davon mag unvermeidlich sein. Manche Einschränkung könnte einem womöglich erspart bleiben, aber man hat sie sich selbst zuzuschreiben, wieder anderes vielleicht einfach hinzunehmen, weil Abhilfe zu aufwändig wäre. Nicht alles Leid, das in einem Pflegeheim an der Tagesordnung ist, kann vermieden werden, und schon gar nicht mithilfe der Schutzpflichtendogmatik.

Das heißt nicht, dass das Grundgesetz für weite Bereiche des Pflegealltags bedeutungslos wäre. Auch dort, wo es keine verbindlichen Vorgaben macht, kann das Grundgesetz eine Wertorientierung bieten und die Ziel- und Prioritätensetzung guter Pflege anleiten. Aber es wäre überzogen, wollte man hier durchgängig mit verbindlichen Schutzpflichten operieren. Dieses Konzept – das ist zuvor deutlich geworden – ist nicht für den Alltag gedacht. Es zielt auf exzeptionelle Umstände. Nicht umsonst bildete der so genannte Pflege-„Notstand“ den empirischen Ausgangspunkt unserer Erwägungen.

Ob sich genau bestimmen lässt, wo die Schutzpflichten einsetzen, ist vor dem Hintergrund der Ausführungen im vorigen Abschnitt zweifelhaft. Aber immerhin näherungsweise sollte es gehen. Denn es gibt doch eine Reihe von Parametern, die dabei helfen können.

Dazu zählen zunächst das Gewicht des Rechtsguts und die Intensität seiner Verletzung oder Gefährdung. Die Realität bietet das volle Spektrum – von kleineren Freiheitseinbußen, wie sie die Unterwerfung unter den Lebensrhythmus im Heim erfordert, zu größeren, etwa im Fall der Fixierung im Bett, von kleineren Beeinträchtigungen des Wohlbefindens, wie sie etwa durch Wartezeiten vor dem Toilettengang entstehen, über größere, etwa im Fall eines Druckgeschwürs, bis hin zu tödlichen Gefahren, etwa bei unzureichender Flüssigkeitsversorgung. Grundrechtsrelevant ist das alles. Wie weit eine Schutzpflicht reichen sollte, ist eine Frage, die man unterschiedlich beurteilen mag – und die noch von einer Reihe weiterer Faktoren abhängt.

Einer dieser Faktoren ist die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen. Im Fall stationär Gepflegter Personen scheint diese maximal zu sein. Oft werden sie weder physisch noch mental in der Lage sein, sich selbst zu helfen. Die Unterbringung im Heim steigert ihre Abhängigkeit weiter.

Auch wenn man in die Vergangenheit blickt und fragt, ob sie individuelle Vorkehrungen hätten treffen können, die ihnen diese Situation erspart hätten, wird man meist zu einer negativen Antwort gelangen. Typischer Weise haben die Menschen vorgesorgt, um die stationäre Pflege zu finanzieren, und alle alternativen – insbesondere familiäre – Pflegearrangements ausgeschöpft, bevor sie ins Heim gehen. Ihnen selbst die Verantwortung für ihre Lage zuzuschreiben,

liegt deswegen eher fern – jedenfalls wenn man daraus folgern wollte, dass eine staatliche Verantwortung ausschiede.

Auch ansonsten spricht im Fall der stationären Pflege nichts gegen eine grundsätzliche Verantwortungszuschreibung an den Staat. Gewiss – Pflege wird von Menschen geleistet, sodass es auch für unzureichende Pflege stets individuelle Verantwortungsadressaten gäbe. Aber nicht nur dürfte es sich bei defizitärer Versorgung meist um Fälle vergleichsweise geringer Vorwerfbarkeit handeln. Meist wird man Überforderung konstatieren können. Auch und vor allem bestimmt der Staat durch eine entsprechende Gestaltung und Ausstattung dieses Sektors wesentlich die Bedingungen, unter denen Pflege stattfindet.

Ebenso wenig steht einer Verantwortungszuschreibung an den Staat entgegen, dass Gebrechlichkeit, Leiden und Tod zur menschlichen Existenz gehören, ähnlich den Naturereignissen, von denen zuvor die Rede war. Aber wie dort schließt auch hier die natürliche Ursache – etwa das Altern – keineswegs aus, dass deren Auswirkungen – hier: die Gebrechen, die zur Pflegebedürftigkeit führen – gelindert werden. Und genau darauf erstreckt sich im Fall der Pflegebedürftigkeit die staatliche Schutzpflicht.

Voraussetzung einer solchen Schutzpflicht ist ferner ganz generell, dass Abhilfe möglich wäre. Im Detail mag man auch darüber unterschiedlicher Meinung sein. Nicht jeder Fall unzureichender Versorgung ist für den Staat vermeidbar. Im Prinzip aber kann kein Zweifel daran bestehen, dass es Wege der Abhilfe gäbe. Je nach Problemdeutung kämen zwei grobe Linien in Frage: Wer die Defizite einer unzureichenden Finanzierung zuschreibt, müsste eben mehr Geld für diesen Sektor aufbringen. Wer dagegen meint, dass die Mittel ausreichen und bloß ineffizient eingesetzt oder falschen Zwecken zugeführt werden, der müsste für effektivere Kontrollmechanismen sorgen oder – grundlegender – an der Anreizstruktur ansetzen, wie sie in einem privatwirtschaftlichen System wohl unweigerlich generiert wird. Natürlich wären diese Linien in Einzelfall bezogen auf bestimmte Missstände zu konkretisieren. Aber an dieser Stelle mag es bei der allgemeinen Aussage bewenden. Die Annahme einer Schutzpflicht setzt schließlich nur voraus, dass Abhilfe möglich wäre, nicht dass aus mehreren Abhilfewegen der zweckmäßigste identifiziert wird. Das bleibt Aufgabe der legislativen Umsetzung.

Bei der Bestimmung der konkreten Reichweite der staatlichen Schutzpflicht kommen schließlich noch zahlreiche weitere Aspekte ins Spiel: Es stellt sich die Frage, ob das, was zur Erreichung des Schutzziels eingesetzt werden müsste, außer Verhältnis zu dem steht, was damit bewirkt werden kann. Stets ist dabei die Budgetrestriktion zu berücksichtigen. Auch des Staates Mittel sind endlich, und das jeweils betrachtete Schutzziel ist nicht das einzige, dessen Verfolgung dem Staat geboten ist.

Konkret konkurrieren Pflegebedürftige in Heimen mit jenen, die zuhause gepflegt werden, beide Gruppen ferner mit anderen Adressaten fürsorgender Sozialpolitik, Flüchtlingen zum Beispiel, und die Sozialpolitik insgesamt mit anderen Feldern staatlicher Ausgaben – Infrastruktur, Verteidigung etc.

Angesichts solcher Komplexität und der wertenden Natur der zu treffenden Allokationsentscheidungen spricht in einer institutionellen, an Grundsätzen der Gewaltenteilung orientierten Perspektive viel dafür, dass die Judikative bei der Aktualisierung grundrechtlicher Schutzpflichten dem Gesetzgeber Spielräume gewährt. Nur dort, wo elementare verfassungsrechtliche Verbürgungen beeinträchtigt sind, oder wo Rechte willkürlich beschränkt werden, und zumal in Fällen, in denen Abhilfe durch die anderen Gewalten nicht absehbar ist, nur dort sollte die Verfassungsgerichtsbarkeit einschreiten. Freilich ist sie dann auch gefordert, dies zu tun. Denn zu viel Zurückhaltung hieße, ihr Mandat des Grundrechtsschutzes zu vernachlässigen.

#### *Die Argumentationslinie der Pflegeverfassungsbeschwerden*

Vor dem Hintergrund bereits dieser groben Skizze zur Geltung und Reichweite von Schutzpflichten in der stationären Pflege erschließt sich die Argumentationslinie der vom VdK unterstützten Verfassungsbeschwerden. Es ging nicht darum, Grenzen auszuloten, sondern Mindeststandards einzufordern. Dementsprechend konzentrierte sich die Begründung auf besonders gravierende Beeinträchtigungen wie etwa Druckgeschwüre, unzureichende Flüssigkeitsversorgung etc., die – sofern vermeidbar – auch bei zurückhaltender Beurteilung durch das Gericht mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Annahme einer Schutzpflichtverletzung führen würden, weil die anderen Gesichtspunkte – eventuelle Mitverursacher, Vermeidungsaufwand, Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers – in solchen Konstellationen zurücktreten. Dies zumindest die Erwartung.

Zugleich wurde der Themenkomplex missbräuchlicher, gewaltsamer Pflege bewusst ausgeklammert. Zwar wäre es selbst in solchen Konstellationen kaum überzeugend, wenn man die staatliche Verantwortung mit Verweis auf das dazwischen tretende – womöglich vorwerfbare – individuelle Verhalten einzelner Pfleger ablehnen wollte. Trotzdem hätte ein Einbezug dieses – in der Öffentlichkeit viel diskutierten – Problemsegments die Aufmerksamkeit von der eigentlichen Frage systemischer Defizite und der staatlichen Abhilfiverantwortung ablenken können.

Auch im Prozessualen verfolgte die Begründung dieselbe vorsichtige Linie. In ihrer Dissertation hatte Moritz argumentiert, dass, weil jeder von heute auf morgen der stationären Pflege bedürftig werden und sich dann gegen mögliche Verletzung

gen nicht mehr effektiv wehren könne, auch jeder antragsbefugt sein müsse. Sie hat dies in der neueren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts abgestützt und hierfür in der einschlägigen Literatur auch Zustimmung gefunden.<sup>44</sup> Dennoch haben sich für die vom VdK unterstützten Beschwerden Personen zusammengefunden, deren aktuelle Lebenssituation diese Eventualität deutlich wahrscheinlicher erscheinen ließ: gesundheitlich vorbelastete, oft ältere und zum Teil bereits pflegebedürftige Menschen ohne stabile Aussicht auf eine fortgesetzte Versorgung zuhause.

Ferner übte sich die Begründung auch in pflegepolitischer Zurückhaltung, nämlich insofern, als sie unter denkbaren Richtungen einer gebotenen Reform keine spezielle benannt hat. Stattdessen hat sie sich darauf beschränkt, die Möglichkeit von Abhilfe, wie sie für die Annahme einer Schutzpflicht vorausgesetzt ist, nur allgemein aufzuzeigen. Aus Erwägungen der Gewaltenteilung wäre es im Übrigen auch für das Gericht naheliegend gewesen, nur das Ziel der Vermeidung von Grundrechtsverletzungen, nicht aber den Weg dorthin konkret vorzugeben.

Dementsprechend hat die Beschwerdebeurteilung auch darauf verzichtet, einzelne normative Versäumnisse zu identifizieren. Zumal es unterschiedliche Wege gibt, die in der Beschwerdeschrift ausführlich beschriebenen Missstände in der stationären Pflege zu beheben, sollte es dem Gesetzgeber überlassen bleiben, diese zu konkretisieren. Nicht bestimmte einzelne Normen, Entscheidungen oder Handlungen sollten angemahnt werden, sondern (egal welche Maßnahmen, um) bessere Ergebnisse (zu erreichen).

Das entspricht im Übrigen dem Vorgehen, welches das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner für die Schutzpflichtendogmatik wegweisenden ersten Abtreibungs-Entscheidung<sup>45</sup> verfolgt hat: Aus der Vielzahl möglicher Maßnahmen, die von Verfassungen wegen zum besseren Schutz des ungeborenen Lebens geboten sind, hat es auch dort dem Gesetzgeber nicht einen speziellen Weg vor-, sondern ihm nur allgemein aufgegeben, über derartige Maßnahmen einen adäquaten Schutz zu bewirken. So kann Grundrechtsschutz verwirklicht werden, ohne die gewaltenteilige Ordnung über Gebühr zu strapazieren.

Abzusehen war im Fall der Pflegeverfassungsbeschwerden schließlich, dass je nach Verlauf der erhofften Verhandlung ein Mangel an verlässlicher Empirie fortbestehen und einer abschließenden Beurteilung durch das Gericht im Wege stehen könnte. Die Beschwerden verfolgten insofern als Rückfallposition das Ziel, dass den zuständigen Stellen zumindest aufgegeben würde, eine eventuell für nicht

<sup>44</sup> Vgl. dazu Moritz, oben Fn. 1, S. 208 ff.; zustimmend Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 194.

<sup>45</sup> BVerfGE 39, 1 (44 ff.).

hinreichend befundene Faktenlage alsbald und so verlässlich aufzuklären, dass verantwortliche politische Steuerung auf dieser Grundlage möglich werde. Wo der konkrete Verdacht massenhafter schwerer Grundrechtsverletzungen im Raum steht, so der Gedanke, kann sich der Staat nicht auf ein *non liquet* zurückziehen.

Auch für diese Position finden sich Grundlagen in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, namentlich der Hartz-IV-Entscheidung,<sup>46</sup> in der dem Staat eine realitätsgerechte, kontinuierliche und transparente Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen für die Bemessung der Regelsätze aufgegeben wurde. Auch bei dieser Herangehensweise handelte es sich wieder um einen Weg, den Grundrechtsschutz, wie er der Verfassungsgerichtsbarkeit aufgegeben ist, in einer die gewaltenteilige Ordnung respektierenden Weise umzusetzen. Genau dies, so die Hoffnung, hätte das Bundesverfassungsgericht auch im Fall der Pflegeverfassungsbeschwerden tun können.

#### *Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts*

Trotz aller Vorsicht in der Argumentation – das Gericht hat sich nicht darauf eingelassen. Warum, darüber geben die Entscheidungsgründe nur unbefriedigend Auskunft, und womöglich auch nicht vollständig. Aber man hat ja nicht mehr Anhaltspunkte, als die Entscheidung gibt. Insofern beschränkt sich auch die nachfolgende Erörterung auf die eher dürren Worte des Gerichts.

Was die Zulässigkeit der Beschwerden angeht, so bleibt leider offen, warum das Gericht nicht bereit ist, von einer hinreichend wahrscheinlichen Betroffenheit der Beschwerdeführer auszugehen.<sup>47</sup> Dass sie in absehbarer Zeit auf stationäre Pflege angewiesen sein würden, schien bei ihnen allen sehr naheliegend – und jedenfalls viel wahrscheinlicher als in anderen Fällen, in denen das Gericht dies bejaht hatte.<sup>48</sup> Nun mag es Gründe geben, die Möglichkeit zur Abwehr auch bloß künftiger Beeinträchtigungen kritisch zu beurteilen – allen voran die Gefahr einer Überlastung des Gerichts. Aber dass das Gericht diese Möglichkeit, wenn es sie denn schon eröffnet hat, in diesem Fall nicht gewährt, noch dazu ohne jede Auseinandersetzung mit seiner vorhergehenden Rechtsprechung, das ist schon irritierend. Gleiches gilt – wie schon oben ausgeführt – für die ebenfalls allzu knapp ausgefallenen Äußerungen zur Verfügbarkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes

<sup>46</sup> BVerfGE 125, 175 (224 f.).

<sup>47</sup> Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 25.

<sup>48</sup> Vgl. dazu BVerfGE 109, 279 (307) – Großer Lauschangriff; BVerfGE 133, 277 (312 f.) – Antiterrordatei.

und zur Möglichkeit, Grundrechtsverletzungen durch eine entsprechende Wahl des Heimes zu vermeiden.

Nicht viel besser sieht es aus hinsichtlich der Begründetheit der Beschwerden. Es sei nicht ausgeführt worden, „unter welchen Gesichtspunkten die bestehenden landes- und bundesrechtlichen Regelungen zur Qualitätssicherung evident unzureichend sein sollten.“<sup>49</sup> Dieser Hinweis ist insofern zutreffend, als die Beschwerdeschrift nicht über Hinweise auf einzelne defizitäre Normen des Pflegerechts begründet wurde. Er verkennt freilich, dass die Beschwerden, selbst wenn sie diesen Weg verfolgt hätten, nicht notwendig auf die Regelungen zur Qualitätssicherung hätten rekurrieren müssen. Denn es gäbe – wie hier angedeutet und in den Beschwerden ausgeführt<sup>50</sup> – durchaus unterschiedliche Wege, den Missständen abzuweichen. Mehr Qualitätssicherung wäre vielleicht einer davon, eine bessere Finanzausstattung ein anderer, und auch Kombinationen oder noch andere Ansätze sind denkbar.

Gerade diese Vielfalt von Abhilfemöglichkeiten jedoch wirft die Frage auf, ob das Gericht hier nicht die falsche Erwartung angelegt hat. Muss, wenn ein Unterlassen beanstandet werden soll, zur Substantiierung wirklich jede potenziell zielführende Handlungsmöglichkeit erörtert werden? Je nach Komplexität der Materie können dies unüberschaubar viele sein.

Dies zu fordern, würde daher den Rechtsschutz in diesen Fällen ungeheuer erschweren und oft praktisch ausschließen. Es stünde auch nicht in Einklang mit der in der Rechtsprechung des Gerichts entwickelten Schutzpflichtdogmatik. Ebenso wenig, wie das Gericht dem Gesetzgeber im Fall einer festgestellten Schutzpflichtverletzung konkrete Handlungsanweisungen geben muss, noch dies mit Rücksicht auf die Gewaltenteilung sollte, kann dies vom Beschwerdeführer verlangt sein. Dass Maßnahmen evident unzureichend sind, kann man vielleicht mit Blick auf einzelne Maßnahmen, viel plausibler jedoch unter Rekurs auf deren Wirkung substantiieren.

Denn jede Politik, einschließlich der sie umsetzenden (oder vielleicht auch konstituierenden) Instrumente, muss sich daran messen lassen, ob sie bewirkt, was sie bezweckt. Konkret im Fall der Pflege heißt dies, dass sich die Gesamtheit staatlicher Maßnahmen in diesem Sektor daran messen lassen muss, ob sie ihr Ziel erreichen, und was immer diese Ziele im Einzelnen sein mögen, die Gewährleistung grundrechtskonformer Zustände gehört von Verfassungen wegen dazu.

<sup>49</sup> Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 20.

<sup>50</sup> Vgl. oben S. 29 f.; sowie Graser/Lindner, Die Pflegeverfassungsbeschwerden, S. 62 f., in: Helmrich (Hrsg.), (oben Fn. 16).

Es sollte deswegen den Substantiierungsanforderungen des Gerichts grundsätzlich genügen, wenn, wie die Beschwerdebegründungen es versucht haben, eine Vielzahl von Fällen vermeidbaren schweren Leidens belegt wird – auch wenn dies bedeuten mag, dass sich das Gericht nicht darauf zurückziehen kann, Normen unterschiedlichen Rangs abzugleichen, sondern sich mit der Empirie beschäftigen muss.

Auch wenn demnach eine Auseinandersetzung mit einzelnen Abhilfemaßnahmen nicht gefordert werden sollte, so bleibt es freilich beim allgemein anerkannten Erfordernis, dass Abhilfe überhaupt möglich, die Schutzpflicht also grundsätzlich erfüllbar sein muss. Auch wenn die Beschwerdebegündung diesen Aspekt ausdrücklich adressiert hat, beanstandet das Gericht, dass nicht aufgezeigt werde, „inwieweit sich eventuelle Defizite in der Versorgung von Pflegebedürftigen in Pflegeheimen durch staatliche normative Maßnahmen effektiv verbessern ließen.“<sup>51</sup> Auch das wirft Fragen auf. Zunächst: Warum normative Maßnahmen? Wieder käme auch Finanzierung in Betracht. Ferner: Muss wirklich gezeigt werden, „inwieweit“ dies der Fall ist, oder müsste es nicht heißen „ob“. Vor allem aber: Will das Gericht wirklich in Zweifel ziehen, dass in der stationären Pflege bessere Bedingungen als die in der Beschwerdeschrift geschilderten überhaupt zu erzielen wären?

Wohlgemerkt geht es an dieser Stelle der Begründung um die Möglichkeit einer Erfüllung der Schutzpflicht, nicht etwa darum, ob deren bessere Umsetzung angesichts der tatsächlichen Lage unter Abwägung aller widerstreitenden Belange und unter Berücksichtigung der Spielräume des Gesetzgebers vom Gericht angeordnet werden sollte. Über die zuletzt genannten Aspekte kann man allesamt diskutieren – und hätte dies meines Erachtens dringend im Rahmen dieses Verfahrens tun sollen. Vielleicht hätte am Ende ja das Resultat gestanden, dass mehr – jedenfalls gerichtlich – nicht eingefordert werden können sollte. Aber zu insinuieren, dass bessere als die in der Beschwerdeschrift geschilderten Zustände nicht einmal erreichbar sein könnten und hierauf die Nichtannahme der Beschwerden zu stützen, das wäre nun wirklich befremdlich. Hat das Gericht die „eventuellen Defizite“, wie sie der empirische Vortrag zum Pflegenotstand substantiieren sollte, denn gar nicht ernst genommen?

#### 4. Die Umsetzung der Schutzpflicht

Zur Umsetzung einer Schutzpflicht sind von Verfassungen wegen alle staatlichen Akteure (im Rahmen ihrer Zuständigkeiten) verpflichtet. So bedauerlich man es

<sup>51</sup> Vgl. Nichtannahmebeschluss (s. Fn. 8), Rn. 20.

finden mag, dass sich das Bundesverfassungsgericht der entsprechenden Verfassungsbeschwerden nicht angenommen hat – vor diesem Hintergrund relativiert sich die Tragweite der entsprechenden Entscheidungen. Es ist schließlich nicht entschieden worden, dass keine Schutzverpflichtung bestehe. Auch wenn das Gericht diese Verpflichtung in den konkreten Verfahren nicht aktualisiert und konkretisiert hat, so sind doch nach wie vor alle mit der Gewährleistung stationärer Pflege befassten Träger öffentlicher Gewalt gehalten, der grundgesetzlichen Schutzverpflichtung zur Umsetzung zu verhelfen. Das gilt für die Gesetzgebung auf Bundes- wie Landesebene ebenso wie für die vielfältigen Akteure der Exekutive, die gestaltende Aufgaben in diesem Bereich erfüllen. Und es gilt weiterhin auch für die Judikative, nicht nur die Verfassungs-, sondern natürlich auch die Fachgerichtsbarkeit, obgleich man im Auge behalten muss, dass gerichtlicher Schutz für die Betroffenen aus praktischen Gründen kaum zu erreichen ist. Sonst wäre das Verfassungsgericht tatsächlich nicht gefordert – und das Problem wahrscheinlich deutlich weniger akut.

Die Betonung einer umfassenden Verpflichtung staatlicher Akteure bedeutet freilich keine Absage gegenüber der These, dass Pflege, wenn sie gelingen soll, auch eine gesellschaftliche Aufgabe ist.<sup>52</sup> Viel spricht dafür, dass die Aufgabe guter Pflege für die staatlichen Institutionen allein nicht zu bewältigen wäre – wobei auch unklar ist, wie man sich das vorzustellen hätte: einen Staat, der allein, also ohne Gesellschaft handelt, gerade in einem Bereich, in dem es um direkte zwischenmenschliche Interaktion geht. Schon jetzt findet Pflege überwiegend innerhalb enger persönlicher Beziehungen, meist wohl in der Familie statt, und mithin auch dezentral dort, wo die Bedürftigen leben. Angesichts der demographischen Entwicklung werden solche Situationen häufiger und zunehmend in die alltägliche Wahrnehmung rücken. Damit werden die Anforderungen mindestens an die Toleranz aller steigen und das persönliche Engagement vieler gefragt sein. Immer mehr Menschen werden ihr Leben anpassen, viele von ihnen auch selbst zur Pflege beitragen müssen.

Nicht zu vergessen sind ferner – quasi zwischen „Staat“ und privat Involvierten – die vielen professionellen Akteure des Pflegesektors: Pflegenden, Heimverwaltungen, Verbände, Lehre und Wissenschaft. Es ist dieser Sektor, der die Pflegeleistungen für den Markt „produziert“ und damit deren Verfügbarkeit und Qualität wesentlich bestimmt. Aber wenn es darum geht, bessere Pflege für immer mehr pflegebedürftige Menschen zu erreichen, werden auch diese Akteure gefordert

52 Vgl. zu dieser These statt vieler Klie, *Wen kümmern die Alten? Auf dem Weg in eine sorgende Gesellschaft*, München 2014 sowie ders. (oben Fn. 11).

sein – mit und neben dem Staat, auch wenn sie selbst nicht Adressaten einer grundgesetzlichen Schutzpflicht sind.

## V. Ausblick

Eine Aufgabe, eine Verpflichtung mit so vielen Adressaten – das könnte am Ende eines eher skeptischen Beitrags vielleicht doch etwas hoffnungsvoller stimmen. Falsch wäre das gewiss nicht. Gerade wenn es um große Herausforderungen geht, kann Optimismus förderlich sein, und auch ich selbst teile diese Haltung jedenfalls insoweit, als ich die Gewährleistung besserer, vielleicht sogar „guter“ stationärer Pflege nicht nur für theoretisch denkbar halte, sondern auch für praktisch erreichbar.

Trotzdem kann ich die Skepsis auch in diesem Ausblick nicht vollends unterdrücken: Ich sehe nicht, dass der politische Prozess eine Bewältigung der Herausforderung aus sich heraus verspräche. Zu lange schon leben wir mit einer unverändert besorgniserregenden Empirie, zu viele vermeintlich grundlegende Reformen hat das System schon erfahren, ohne dass man sich dem Ziel dadurch näher wüsste.

Dabei ist es schwer, Geduld aufzubringen. Zwischen Einreichung der Pflegeverfassungsbeschwerden und deren Nichtannahme ist gut ein Jahr vergangen. In diesem Zeitraum war die damals aktuelle „Kohorte“ von Menschen in stationärer Pflege größtenteils längst verstorben, und zwischen Nichtannahme der Beschwerden und dem Erscheinen dieser Zeilen gleich die nächste.<sup>53</sup> Ob die Überlebensdauer der Betroffenen hätte verlängert werden können, mag dahinstehen. Aber wenn man den – wie gesagt: fragmentarischen – Daten glaubt, haben viele von ihnen unterdessen schweres und vermeidbares Leid erfahren. Das ist in keinem denkbaren Sinne mehr „gutzumachen“. Wenigstens für die Zukunft aber geböte es rasche, wirksame Abhilfe, wie sie in der Pflegepolitik heute ebenso wenig absehbar ist wie in den Jahren zuvor.

Man kann nur spekulieren, woran das liegt. Dass man sich, einmal im Pflegeheim angekommen, kaum mehr selber helfen kann, ist offenkundig. In dieser letzten Lebensphase spielt man als Wähler wohl kaum mehr eine Rolle und als Kläger erst recht nicht. Man wäre insofern auf die Hilfe anderer angewiesen, derer, die sich noch einsetzen können, aus Mitgefühl mit den aktuell Betroffenen,

53 Zur Überlebensdauer von Menschen in stationärer Pflege vgl. Schöneberg/de Vries, *Mortalität und Verweildauer in der stationären Altenpflege, Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit* 5/2011, S. 370 (371); Techtmann, *Mortalität und Verweildauer in der stationären Altenpflege, Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit* 5/2010, S. 346 (348).

aber durchaus auch im eigenen Interesse. Denn kaum jemand kann für sich ausschließen, selbst einmal in eine ähnliche Situation zu kommen. Im Gegenteil, die Wahrscheinlichkeit, das Lebensende in stationärer Pflege zu verbringen, ist schon heute hoch und die Tendenz wohl noch steigend.

Warum es trotz so vieler potenziell einmal selbst Betroffener seit Jahrzehnten in diesem Politikbereich kaum voran geht, ist das eigentliche Rätsel. Vielleicht ist die Vielzahl von Verpflichtungsadressaten gar kein Grund zur Hoffnung, sondern umgekehrt sogar eher ein Teil des Problems, weil Verantwortung dadurch diffus wird. Und wahrscheinlich hat es auch damit zu tun, dass man Alter, Gebrechlichkeit und Tod aus der individuellen wie kollektiven Wahrnehmung verbannt. Solange es geht, vermeidet man die Konfrontation mit der eigenen Endlichkeit. Bei den Angehörigen kann man der entsprechenden Erfahrung zwar nicht immer entgehen. Doch offenbar haben insofern – kurzfristig – Überforderung und – langfristig – Verdrängung einen ähnlichen Effekt.

Aber wie gesagt: Das sind Spekulationen. Konstatieren lässt sich, dass effektive Abhilfe im politischen Prozess bislang nicht gelungen ist und sich auch nicht abzeichnet. Genau das ist der Grund, warum das Bundesverfassungsgericht gefragt wäre, und es ist auch genau die Konstellation, in der dessen Einschreiten im liberalen Verfassungsstaat auch gegenüber dem Gesetzgeber nicht nur legitim, sondern sogar geboten wäre: zum Schutz gerade jener marginalisierten, besonders hilfsbedürftigen Gruppen, deren elementare Rechte ansonsten nicht beachtet würden.<sup>54</sup> Aber vielleicht kann man auf einen solchen Impuls aus Karlsruhe, dessen die Pflegepolitik so dringend bedürfte, weiterhin hoffen. Die Verfassungsbeschwerden, die Anlass des vorliegenden Beitrags waren, müssen ja nicht die letzten Verfahren gewesen sein.<sup>55</sup>

---

54 Allgemein zu diesem besonders in der US-amerikanischen Verfassungstheorie verbreiteten Legitimationsmuster vgl. John H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge 2002.

55 Vgl. dazu Goos, *Die Perspektive des Verfassungsprozessrechts*, S. 158 in: Helmrich (Hrsg.), (oben Fn 16).