

Priorisierung, Rationierung – Juristische Implikationen für Entscheidungsverfahren und Entscheidungsmaßstäbe

VON PROF. DR. STEFAN HUSTER, RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM



Die gesundheitsbezogenen Verpflichtungen des Sozialstaats gehen einher mit der Konsequenz, dass politisch entschieden werden muss, welche medizinischen Leistungen zur Verfügung stehen und wieviel Mittel dafür aufgewendet werden sollen. Dabei gilt es als nicht unwahrscheinlich, dass aus Knappheitsgründen in nicht allzu ferner Zukunft auch Leistungen, die als notwendig gelten, den Rahmen des Finanzierbaren sprengen werden. Bislang allerdings kennt die GKV offene Leistungsausschlüsse nur in Randbereichen der Versorgung. Die Rechtswissenschaft hat – anders als politische Philosophie und Medizinethik – erst damit begonnen, nach Maßstäben für Priorisierung und Rationierung zu fragen, die mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Allerdings wird sich aus dem Grundgesetz schwerlich ein einziges, verfassungsgemäßes Verteilungsschema ableiten lassen. Thesenartig diskutiert der Beitrag, welche Möglichkeiten und Grenzen für Leistungsbeschränkungen in der medizinischen Versorgung bestehen.

I. Die Verantwortung des Sozialstaats für die Gesundheitsversorgung und die Knappheit der Ressourcen

1. Gesundheit als existenzielles und transzendentes Gut

In seinem Urteil zur Grundsicherung hat das Bundesverfassungsgericht mit bemerkenswerter Deutlichkeit klargestellt, dass „der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet“ ist, für die materiellen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins Sorge zu tragen. Der entsprechende „unmittelbar(e) verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ umfasse dabei insbesondere „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“. Nun mag man diese Formulierung mit Blick auf die Gesundheit für missverständlich halten:

Ein „Recht auf Gesundheit“ kann es – anders als einen Anspruch auf Nahrung, Kleidung oder Hausrat – sinnvollerweise nicht geben, da Gesundheit von vielen Faktoren – etwa der genetischen Ausstattung und dem gesundheitsbezogenen Verhalten – abhängt, auf die der Staat keinen Einfluss hat oder die er nur unter Aufgabe seiner Freiheitlichkeit kontrollieren könnte.

Gemeint kann daher lediglich sein, dass der Staat seinen Bürgern – und zwar insbesondere denjenigen, die dies nicht aus eigener Kraft sicherstellen können – die zur Erhaltung und Wiederherstellung ihrer Gesundheit notwendigen, aber dafür gewiss nicht immer hinreichenden materiellen Voraussetzungen gewährleisten muss. In diesem Sinne gibt es tatsächlich überzeugende Gründe, den

Die Notwendigkeit und Zulässigkeit von Leistungsbegrenzungen

a) Die Knappheit der Mittel

- Notwendigkeit der Definition des Leistungskatalogs
- Medizin ist erfolgreich, aber auch teuer

b) Die Opportunitätskosten des Versorgungssystems

- Bedeutung anderer Güter für Volksgesundheit und soziale Gesundheitsverteilung

c) „Rationalisierung vor Rationierung“?

- gesundheitspolitisch sinnvoll, (verfassungs-) rechtlich nur von geringer Bedeutung

Quelle: Institut für Sozialrecht



Fragen der Priorisierung und Rationierung werden auf Dauer nicht zu vermeiden sein.

Sozialstaat auch und sogar vorrangig auf die Gesundheit seiner Bürger zu verpflichten. Gesundheitliche Beeinträchtigungen haben eine existenzielle Dimension, die andere soziale Defizite nicht in der gleichen Weise besitzen: So schlimm es sein mag, etwa keine Arbeit zu haben oder sein Leben mit sehr begrenztem Einkommen fristen zu müssen, so unvergleichbar intensiver ist die Erfahrung einer schweren, vielleicht sogar lebensbedrohenden Krankheit und der damit verbundenen Schmerzen, Beeinträchtigungen und psychischen Belastungen. Gesundheit ist daneben ein konditionales oder – im kantischen Sinne des Wortes – transzendentes Gut, das die Voraussetzung für viele andere Lebensvollzüge darstellt. Gegen eine Einschränkung der Lebensführung durch gesundheitliche Probleme angehen zu können, soweit dies medizinisch möglich ist, ist deshalb gerade in einer Wettbewerbs- und Leistungsgesellschaft von zentraler Bedeutung, weil dadurch eine Chancengleichheit befördert wird, die die differenzierten Ergebnisse dieses Wettbewerbsprozesses erst legitimiert.

Hinsichtlich der gesundheitsbezogenen Verpflichtungen des Sozialstaats richten sich sowohl die politische als auch die juristische Aufmerksamkeit – vielleicht etwas vorschnell – ganz überwiegend auf die medizinische Versorgung. Dementsprechend finden wir in allen Industriationen – bis vor kurzem mit der wichtigen Ausnahme der USA – öffentliche Systeme der Gesundheitsversorgung, die die gesamte oder zumindest große Teile der Bevölkerung erfassen. Auch dürfte der existentielle und transzendente Charakter der Gesundheit erklären, warum – ähnlich wie im Bereich der Bildung – gegen soziale Zugangsbarrieren zur medizinischen Versorgung massive Aversionen bestehen. Dabei legt sich das Grundgesetz nicht auf ei-

ne bestimmte Organisation des Versorgungssystems fest. Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) besitzt keinen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz. Auch mittels eines weitgehend privatisierten oder verstaatlichten Gesundheitssystems könnte der Gesetzgeber seiner sozialstaatlichen Verpflichtung nachkommen, solange er gewährleistet, dass eine funktionsfähige und allgemein zugängliche Gesundheitsversorgung vorhanden ist. Auch besteht keine rechtliche Notwendigkeit, den sozialen Ausgleich auf der Finanzierungsseite innerhalb des Versorgungssystems durchzuführen; insoweit könnten auch andere Transfersysteme dafür sorgen, dass die Absicherung des gesundheitlichen Risikos für keinen Bürger mit unzumutbaren Einschränkungen verbunden ist.

2. Die Notwendigkeit und Zulässigkeit von Leistungsbegrenzungen

a) Die Knappheit der Mittel

Diese Gewährleistungsverantwortung des Staates hat allerdings eine wichtige Konsequenz: Es muss politisch entschieden werden, welche medizinischen Leistungen zur Verfügung stehen und welche finanziellen Mittel dafür aufgewendet werden sollen. Private Konsumententscheidungen können den einzelnen Bürgern und ihrer grundrechtlich geschützten Lebensplanung überlassen werden. Sobald aber die öffentliche Gewalt auch nur einen Mindestkatalog medizinischer Leistungen definiert, zu denen jedermann Zugang haben muss, stellt sich die Frage nach Zusammensetzung und Kosten dieses Leistungskatalogs. Da die Bürger gezwungen sind, diese Leistungen auf die eine oder andere Weise zu finanzieren, steht auch die Gesundheits-

versorgung – so wichtig sie sein mag – unter dem Prinzip der Knappheit der zur Verfügung stehenden Ressourcen.

Diese grundlegende Knappheitsbedingung, aus der sich alle Probleme der Verteilungsgerechtigkeit erst ergeben, fällt nicht weiter auf, solange sich die Ausgaben für die „notwendige“ medizinische Versorgung in Grenzen halten. Dies mag lange Zeit so gewesen sein. Dabei darf man sich aber keinen Illusionen hingeben: Zusätzlicher medizinischer Nutzen wäre schon immer zu stiften gewesen. Dass wir das Land nicht mit Rettungshubschraubern überziehen und nicht jeder Bürger wie der amerikanische Präsident oder arabische Ölmagnaten, die ihren Leibarzt mit sich führen, versorgt wird, mag ein sinnvoller kulturell-politischer Konsens gewesen sein; grundsätzlich könnte aber schon heute das gesamte Volkseinkommen in eine derartige „presidential medicine“ investiert werden. Politisch brisant wird die Mittelknappheit, wenn auch medizinische Leistungen, die nach herkömmlicher Auffassung „notwendig“ (vgl. § 12 Abs. 1 SGB V) sind, einen akzeptablen Kostenrahmen sprengen.

Dass dem in nicht allzu ferner Zukunft so sein wird, ist nicht unwahrscheinlich: Mögen die aktuellen Probleme der GKV aufgrund der Arbeitslosigkeit und einer sinkenden Lohnquote noch maßgeblich auf der Finanzierungsseite liegen, mit deren Reform sich die Gesundheitspolitik gerne beschäftigt, so spricht vieles dafür, dass durch den medizinisch-technischen Fortschritt und die demographische Entwicklung die fundamentalen Schwierigkeiten auf der Leistungsseite entstehen werden.

Diese Beobachtung hat zwei Seiten. Einerseits zeigt sie erfreulicherweise, dass es – was in historischer Perspektive eine jüngere Entwicklung ist – eine leistungsfähige Medizin gibt, die nachgefragt wird, und dass die Bürger immer älter werden. Andererseits werfen diese Umstände die Frage auf, ob sich das Gemeinwesen diesen medizinischen Fortschritt noch um jeden Preis leisten will und wo ggf. Abstriche vorgenommen werden sollen. Die Überlegung, ob nicht aus Kostengründen auch medizinisch notwendige oder zumindest sinnvolle Leistungen aus dem Leistungskatalog des öffentlichen Versorgungssystems herausgenommen werden müssen („Rationierung“) bzw. welche Leistungen bei begrenztem Budget vorrangig zu gewährleisten sind („Priorisierung“), wird man daher auf die Dauer nicht vermeiden können. Dies ist nicht nur für das politische System unangenehm, sondern wirft auch schwierige Rechtsfragen auf.

b) Die Opportunitätskosten des Versorgungssystems

Dabei kann das (Verfassungs-)Recht einer Leistungsbeschränkung nicht grundsätzlich im Wege stehen, wenn es sich nicht zu einem paternalistischen Zwangsinstrument entwickeln soll, das das Gemeinwesen zwingt, alle verfügbaren Ressourcen in das Gesundheitssystem zu leiten. Wie problematisch dies wäre, wird am deutlichsten, wenn man sich nicht nur die Kosten, sondern auch die Opportunitätskosten des Versorgungssystems auch und gerade mit Blick auf die Gesundheit vor Augen hält. Empirische Untersuchungen zeigen, dass sowohl der Gesundheitszustand der Bevölkerung – traditionell formuliert: die Volksgesundheit – als auch die soziale Verteilung von Gesundheit nicht nur von der Qualität des Versorgungssystems und dessen Zugänglichkeit, sondern auch und sogar maßgeblich von anderen Faktoren (Lebensstil, Umweltbelastungen, Sozialstruktur) abhängen, die überhaupt erst dazu führen, dass Menschen krank werden. Da das Versorgungssystem trotz der Unterschiede von Beitrags- und Steuerfinanzierung letztlich mit anderen gesundheitsrelevanten Staatsaufgaben (z.B. Bildung und Umweltschutz) um die knappen Ressourcen konkurriert und auf diesen Handlungsfeldern möglicherweise sehr viel mehr für die Gesundheit getan werden könnte, spricht auch aus verfassungsrechtlichen Gründen wenig dafür, das Versorgungssystem kompromisslos zu priorisieren.

c) „Rationalisierung vor Rationierung“?

Die Diagnose, dass Leistungsbeschränkungen auf die Dauer nicht zu vermeiden sein werden, ist allerdings nicht unumstritten; maßgebliche Protagonisten der aktuellen gesundheitspolitischen Diskussion sind nach wie vor der Ansicht, dass in dem gegenwärtigen Versorgungssystem noch hinreichende Effizienzreserven versteckt sind, die zunächst gehoben werden sollten („Rationalisierung“). Dabei ist der Grundsatz „Rationalisierung vor Rationierung“ als Maxime der Gesundheitspolitik gut nachvollziehbar; tatsächlich wäre es sinnwidrig, Leistungsbeschränkungen in Erwägung zu ziehen, wenn stattdessen ohne Verringerung der Versorgungsqualität durch den Abbau von Verschwendungen und Fehlsteuerungen die Kosten reduziert werden könnten. Allerdings zeigt die Gesundheitspolitik der letzten Jahre, die sich vielfach – etwa durch den Einbau von Wettbewerbselementen – um eine Effizienzsteigerung bemüht hat, dass die Regulierung des äußerst komplexen

GKV-Systems und seine stärker wettbewerbliche Ausrichtung weder eine einfache noch eine unumstrittene Angelegenheit sind. Zudem gibt es unterschiedliche Einschätzungen, wie groß die Effizienzreserven noch sind, wo sie sich befinden und ob ihr Abbau Leistungsbeschränkungen auf die Dauer tatsächlich vermeiden kann.

II. Entscheidungsträger und -verfahren

1. Implizite und explizite Rationierung

Dass sich öffentliche Diskussionen über Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen nicht mehr vollständig vermeiden lassen, dürfte zunächst darauf zurückgehen, dass nach verbreiteter Ansicht der politisch wirkungsmächtige und in § 71 SGB V auch rechtlich verankerte Grundsatz der Beitragssatzstabilität sowie die entsprechenden Kostendämpfungsmaßnahmen bereits zu einer Mittelknappheit geführt haben, die im Versorgungsalltag bewältigt werden muss. Tatsächlich legen empirische Untersuchungen nahe, dass eine derartige heimliche oder implizite Rationierung bereits existiert. Verfahren der impliziten Rationierung mögen für die gesundheitspolitischen Entscheidungsträger vorteilhaft sein, weil sie ihnen eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem heiklen Thema der Rationierung bzw. Priorisierung ersparen; gleichzeitig werfen sie aber erhebliche normative Bedenken auf. Diese Bedenken sind bisher vor allem in medizinethischen Analysen hervorgehoben worden, lassen sich aber ebenso als juristische Probleme formulieren. Dabei ist das Grundproblem der impliziten Rationierung ihre mangelnde Transparenz. Mit rechtsstaatlichen Vorgaben entsteht insoweit ein Konflikt, als die Zuteilung medizinischer Leistungen nicht vorhersehbar ist, wenn es an ausdrücklichen Regelungen fehlt; dies nimmt dem Bürger die Möglichkeit, sich darauf – etwa durch den Abschluss einer Zusatzversicherung – einzustellen; zudem laufen in derartigen intransparenten Situationen auch die Rechtsschutzmöglichkeiten praktisch leer. Dass die Verteilungsmaßstäbe in Knappheitssituationen unklar bleiben, ist ferner unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich, weil vermutet wird, dass sich in den unregelmäßigen Verhandlungsprozessen, die dadurch entstehen, häufig die soziale und sprachliche Kompetenz von Mitgliedern der Ober- und Mittelschicht durchsetzen wird. All dies wirft schließlich auch für die demokratische Ordnung ein Problem auf: Denn entschieden wird hier über die Zuteilung wichtiger Güter letztlich von Personen

– nämlich den behandelnden Ärzten –, die dazu in keiner Weise legitimiert sind.

2. Legitimationsfragen

Die GKV kennt offene Leistungsausschlüsse bisher nur in den Randbereichen der medizinischen Versorgung (z.B. nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel und Lifestylepräparate, vgl. § 34 Abs. 1 SGB V). Sollten sich derartige Ausschlüsse in Zukunft mehren und auch Kernbereiche der Versorgung erfassen, wäre in legitimationsrechtlicher Hinsicht zuvörderst das Parlament zur Entscheidung aufgerufen. Allerdings wird man angesichts des medizinisch-technischen Fortschritts schon aus Gründen des dynamischen Grundrechtsschutzes nicht verlangen können, dass der Ein- oder Ausschluss einzelner medizinischer Maßnahmen in den Leistungskatalog der GKV in einem förmlichen Gesetz geregelt wird.

Bisher hat der Gesetzgeber die Detailsteuerung des Leistungskatalogs den Organen der (gemeinsamen) Selbstverwaltung in der GKV – insbesondere dem Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V – überlassen. Ob deren Legitimation dafür ausreicht, ist eine vielfach diskutierte Frage. Verfassungsrechtlich erträglich mag diese Situation noch sein, weil §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V vorgeben, dass die „notwendige“ Versorgung gewährleistet werden muss, und weil die Anforderung der „Wirtschaftlichkeit“ der Versorgung nur in Extremfällen einen kostenbezogenen Ausschluss von Maßnahmen mit medizinischem Zusatznutzen zulässt. Ganz anders sähe dies dagegen aus, wenn umfassend Kosten und Nutzen abwägende Versorgungsentscheidungen Eingang in das Gesundheitssystem fänden; für Arzneimittelinnovationen wird dies bereits erwogen. Man wird dann verlangen müssen, dass zumindest das Gesundheitsministerium im Wege der Rechtsverordnung die Verantwortung für derartige Leistungsausschlüsse übernimmt. Die Gremien der Selbstverwaltung könnten – ebenso wie ein von der verfassten Ärzteschaft vorgeschlagener sachverständiger „Gesundheitsrat“ – insoweit nur noch eine beratende, aber keine Entscheidungsfunktion mehr haben.

Welche Schwierigkeiten hier lauern, hat die Einführung der Kosten-Nutzen-Bewertung für neue Arzneimittel mit dem Ziel der Höchstbetragsfestsetzung (§§ 31 Abs. 2a, 35b SGB V) durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz gezeigt, mit der in ersten Ansätzen offene Leistungsbe-

grenzungen aus Kostengründen in der GKV ermöglicht werden. Während die gesetzlichen Regelungen nur das bewertende wissenschaftliche Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) mit halbwegs sachhaltigen Vorgaben versehen, hängen die eigentlichen Entscheidungsträger, der G-BA und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, insoweit in der Luft. Dies führt dazu, dass die Entscheidungsträger entweder ihre Versorgungsentscheidungen auf einer unsicheren Rechtsgrundlage treffen müssen, oder die Empfehlungen des IQWiG übernehmen, dem aber die für verbindliche (Wert-) Entscheidungen erforderliche Legitimation abgeht. Das Resultat besteht nun darin, dass zentrale Fragen der Verteilungsgerechtigkeit in wenig transparenter Weise und von einer breiteren Öffentlichkeit kaum wahrgenommen in einem gesundheitsökonomischen Expertendiskurs über die IQWiG-Methodik versteckt werden. Wie viel ein medizinischer Zusatznutzen kosten darf, ist aber letztlich keine wissenschaftliche, sondern eine normative Frage des politischen Wollens, ggf. auch des moralischen Sollens, deren Beantwortung daher auch politisch verantwortet werden muss.

III. Entscheidungsmaßstäbe

Die (Verfassungs-)Rechtswissenschaft hat erst begonnen, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Priorisierungs- bzw. Rationierungskriterien mit dem Grundgesetz vereinbar sind. In der politischen Philosophie und in der Medizinethik werden dagegen Fragen der Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen seit langem intensiv diskutiert. Daran können und sollten die juristischen Überlegungen anknüpfen.

1. Die Vielfalt der Priorisierung- und Rationierungskriterien

Es existiert eine Vielzahl von Verteilungsprinzipien, die für die Allokation medizinischer Leistungen Berücksichtigung erheischen. So wird ein Gemeinwesen den Anspruch auf medizinische Versorgung schon allein wegen der Schwierigkeiten der Operationalisierung nicht allein an dem Kriterium ausrichten, ob und inwieweit der Betroffene selbst für seinen Gesundheitszustand verantwortlich ist; gleichzeitig kann es aber in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass der

Einzelne auch hinsichtlich der Gesundheitsversorgung die Konsequenzen seiner freien Entscheidungen und seiner Lebensführung (mit)trägt. Ähnliches gilt für Altersgrenzen in der medizinischen Versorgung, die erhebliche ethische und ordnungspolitische Vorteile bieten, in der juristischen Diskussion aber weithin als „altersdiskriminierend“ schroff abgelehnt werden.

Andere Kriterien sind dagegen als solche unumstritten. So hat die Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (ZEKO) vorgeschlagen, die Verteilung medizinischer Versorgungsleistungen anhand der folgenden drei Kriterien vorzunehmen: (1) medizinische Bedürftigkeit (verstanden als Dringlichkeit der Behandlung), (2) Nutzen und (3) Kosteneffektivität der Maßnahme. Dies leuchtet unmittelbar ein: Maßnahmen gegen besonders schwere Krankheiten, die besonders wirksam und zudem nicht übertrieben teuer sind, haben Vorrang gegenüber Mitteln, die gesundheitliche Bagatellen behandeln, deren Wirksamkeit ungewiss ist und die auch noch hohe Kosten verursachen.

Das fundamentale Problem besteht allerdings darin, dass diese Kriterien in ganz unterschiedliche Richtungen weisen können und dies häufig auch tun: Gerade bei sehr schweren Erkrankungen kann der Nutzen einer Therapie sehr gering oder zweifelhaft und die Maßnahme zudem sehr teuer sein. In welchem Verhältnis stehen diese Aspekte dann zueinander?

2. Individuelle Bedürftigkeit über alles?

Lange Zeit hatte das BVerfG sehr zurückhaltend entschieden, dass sich aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen ergibt; die objektivrechtliche Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor das Rechtsgut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen, sei unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit der zuständigen staatlichen Stellen lediglich darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft, die nicht völlig ungeeignet oder unzulänglich sind.

Mit dem „Nikolaus-Beschluss“ wurde der Akzent nun deutlich anders gesetzt: Danach besitzt ein gesetzlich Krankensicherter aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip sowie aus Art. 2 Abs. 2 GG einen Leistungsanspruch auf eine von ihm gewählte und ärztlich

angewandte, aber weder medizinisch noch von den dazu aufgerufenen Organen der GKV anerkannte Behandlungsmethode, wenn für seine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht und eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf durch diese Behandlungsmethode besteht.

Dazu drängen sich zwei kritische Nachfragen auf. Zum einen dürfte diese Rechtsprechung weithin Unmögliches verlangen. Einen – in den Worten des BVerfG – „individuellen Wirkungszusammenhang“ zu überprüfen, ist bei schwankenden Krankheitsverläufen und den bekannten Placebo-Effekten häufig ein aussichtsloses Unterfangen. Angesichts der Verzweiflung lebensbedrohlich Erkrankter, denen die Schulmedizin nichts mehr zu bieten hat und die daher nach jedem Strohalm greifen, ist es nicht erstaunlich, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts eine Klagewelle mit sehr ungewissem Ausgang eingeleitet hat. Zum anderen wird in der Entscheidung alles andere als deutlich, warum dieses Ergebnis verfassungsrechtlich geboten ist. Die öffentliche Gewalt mag aus Art. 2 GG und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sein, eine angemessene Gesundheitsversorgung zur Verfügung zu stellen, und diese Verpflichtung mag in einem Versicherungssystem besonders ausgeprägt sein.

Aber lässt sich aus der Verfassung tatsächlich eine Leistungspflicht der GKV für Behandlungsmethoden mit äußerst ungewissen Erfolgsaussichten ableiten? Ist es wirklich verfassungswidrig, die Leistungspflicht auf Methoden zu begrenzen, die eine gewisse Anerkennung gefunden haben? Jedenfalls wird man feststellen können, dass das BVerfG in dem Spannungsverhältnis der Priorisierungskriterien ganz und gar auf die rule of rescue gesetzt hat: Die Erforderlichkeit eines Nutznachweises wird weitestgehend zurückgenommen; von den Kosten der fraglichen Maßnahme ist in der Entscheidung gar keine Rede. Ob der verfassungsrechtliche Rigorismus mit Blick auf den „Höchstwert Leben“ aber tatsächlich so weit geht, dass selbst medizinische Maßnahmen nicht aus dem Leistungskatalog der GKV ausgeschlossen werden können, die bei sehr hohen (Zusatz-)Kosten nur zu einer geringfügigen Lebensverlängerung bei sehr schlechter Lebensqualität führen oder deren Nutzen sehr ungewiss ist, mag durchaus zweifelhaft sein.

Entscheidungsmaßstäbe

1. Die Vielfalt der Priorisierungs- und Rationierungskriterien

Umstritten: Eigenverantwortung, Alter Unumstritten (ZEKO 2007):

- medizinische Bedürftigkeit/Dringlichkeit
- Nutzen
- Kosteneffektivität

Aber: Verhältnis dieser Kriterien zueinander?

2. Individuelle Bedürftigkeit über alles?

- a) Die „Nikolaus“-Entscheidung des BVerfG:
Anspruch auf nicht anerkannte Methode, wenn
 - lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung,
 - eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht
 - und eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht
- b) „Höchstwert Leben“:
nutzen- und kostenunabhängige Leistungsansprüche?

3. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Nutzenmaximierung

- a) Der prekäre normative Status von Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen
 - Nutzenmaximierung kann nur über ex ante-Rechtfertigungen laufen
- b) Die gleichheitsrechtlichen Anforderungen
 - Besonders strenge Anforderungen aus Art. 3 GG bei personenbezogenen Differenzierungen:
 - Behinderung (-), Alter?, Lebensende (+)
- c) GG klärt Allokationsprinzipien nicht abschließend!

Quelle: Institut für Sozialrecht



Die Logik des Verfassungsrechts betont stark den Schutz des Individuums.

3. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Nutzenmaximierung

Allerdings dürfte auch die andere Extremposition ausgeschlossen sein, nach der medizinische Leistungen ausschließlich nach Nutzen- und Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten zu priorisieren sind. Gegenüber dieser Auffassung, die mehr oder weniger entschieden in der Gesundheitsökonomie vertreten wird, bricht sich die auf den Schutz des Individuums bezogene Logik des Verfassungsrechts und insbesondere der Grundrechte Bahn, nach der neben dem Aspekt des nutzenmaximierenden Ressourceneinsatzes auch das Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit und damit – verfassungsrechtlich gewendet – die Gleichheitsgebote zu berücksichtigen sind. Unter diesem Gesichtspunkt wird man die individuelle medizinische Bedürftigkeit nicht ganz außen vor lassen können.

a) Der prekäre normative Status von Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen

Der tiefere Dimension dieser Problematik liegt darin, dass Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen einen sehr viel prekäreren Status haben, als in der Gesundheitsökonomie vielfach unterstellt wird, die schon aus Disziplin-historischen Gründen keinen rechten Sinn für Verteilungsfragen und daher erhebliche Mühe hat, diese Fragen in ihren Grundbegrifflichkeiten einzufangen. Ein rein nutzenmaximierender gesundheitsökonomischer Ansatz unterliegt der – durchgreifenden – Kritik, die auch gegen den Utilitarismus vorgebracht worden ist: Er „nimmt die Verschiedenheit der einzelnen Menschen nicht ernst“. Angesichts des normativen Individualismus unserer Rechtsordnung kann es keinen „Volkskörper“ geben, dessen Gesundheit unabhängig von oder gar vorrangig gegenüber den individuellen Gesundheitszuständen wäre. In einer Ordnung, die auf die Würde und die Rechte jedes Einzelnen gegründet ist, kann eine nutzenmaximierende Allokation von Gesundheitsgütern somit nur legitim sein, wenn und soweit sich nachweisen lässt, dass ein derartiges Verteilungsmuster im Interesse jedes Einzelnen liegt und somit verallgemeinerungsfähig ist. Nutzenmaximierung kann daher keinen fundamentalen, sondern nur einen abgeleiteten normativen Status haben.

Nun ist nicht zu übersehen, dass der je Einzelne zugeben muss, ein prima facie-Interesse an einer nutzenmaximierenden Allokation zu besitzen, sofern mit ihr auch die Wahrscheinlichkeit steigt, dass er selbst den größtmöglichen gesundheitlichen Nutzen aus den knappen Ressourcen zieht. Diese Rechtfertigung gewinnt ihre Überzeugungskraft allerdings aus der Bedingung, dass der Einzelne noch nicht weiß, in welchem gesundheitlichen Zustand er sich befindet und auf welche medizinischen Leistungen er angewiesen sein wird. Wem mit dieser Begründung eine medizinische Behandlung aus Nutzen- oder Kosten-Nutzen-Erwägungen versagt wird, wird dies nur akzeptieren, wenn nicht schon von vornherein klar war, dass er der Verlierer dieses Allokationsschemas ist. Wie weit derartige Ex ante-Rechtfertigungen reichen, kann man sich auch in einer (gesundheits-)ökonomischen Terminologie hilfreich verdeutlichen: In ihrem Unwillen gegenüber Verteilungsfragen war die Wohlfahrtsökonomie zunächst davon ausgegangen, dass die Veränderung eines Verteilungsschemas pareto-optimal sein muss, also niemanden schlechter stellt als zuvor. Derartige Veränderungen gibt es allerdings kaum. Sie ging daher zum Kaldor-Hicks-Kriterium über, nach dem

ein Verteilungsschema dann gerechtfertigt ist, wenn es zwar Einzelne schlechter stellt, diese aus den Gewinnen der Bessergestellten aber kompensiert werden können.

Damit stellt sich jedoch die Frage, wann der Hinweis auf eine derartige nur hypothetische Kompensation überzeugend ist. Dies ist sicherlich der Fall, wenn sich die Vor- und Nachteile zufällig verteilen und nicht von existentieller Bedeutung sind. Kann beides aber nicht vorausgesetzt werden – ist die Gesellschaft insoweit also kein stochastischer Prozess und sind die potentiellen Nachteile so groß, dass vernünftigerweise niemand auf Risiko spielen wird -, hat der Verweis auf die Kompensationsmöglichkeit keine rechtfertigende Kraft mehr. Wenn etwa den Menschen, die an der angeborenen Bluterkrankheit leiden, die Behandlung unter Hinweis auf das schlechte Kosten-Nutzen-Verhältnis versagt wird, wird sie das Argument kaum trösten, dass letztlich alle von einem effizienten Mitteleinsatz profitieren: Sie werden dann nämlich ihren Kompensationsgewinn gar nicht mehr erleben, und sie wissen dies auch heute schon.

b) Die gleichheitsrechtlichen Anforderungen

Diesen Vorbehalten sollte man nicht zu begegnen versuchen, indem in Fällen einer überlebensnotwendigen medizinischen Behandlung durch die Konstruktion definitiver Leistungsansprüche aus den Freiheits- als sozialen Anspruchsrechten die Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen von vornherein für unzulässig erklärt werden, wie dies die neuere Rechtsprechung des BVerfG nahelegen könnte. Es gibt nämlich eine Vielzahl von Fällen, in denen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, auch existenznotwendige Maßnahmen aus Kostengründen zu versagen: Warum sollten jeder Einzelne und das gesamte Gemeinwesen nicht zu der Auffassung gelangen, dass es etwa in Situationen am Lebensende, in die jeder Bürger geraten kann, nicht mehr sinnvoll ist, eine medizinische Maßnahme zur Verfügung zu stellen, die das Leben zwar erhält und verlängert, dies aber nur kurzzeitig und bei sehr schlechter Lebensqualität leistet und enorme Kosten verursacht? Eine derartige Leistungsbeschränkung trifft – ex ante – alle in der gleichen Weise; es ist kein Grund ersichtlich, warum das Verfassungsrecht dann einer derartigen politischen Prioritätensetzung im Wege stehen sollte.

Die relevanten Grenzen sind hier vielmehr gleichheitsrechtlicher Natur, weil Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen nicht per se problematisch sind, aber ihre

diskriminierenden Auswirkungen verhindert werden müssen. Dabei ist es nun von Bedeutung, dass der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nach allgemeiner und zutreffender Auffassung besonders strenge Anforderungen stellt, wenn verschiedene Personengruppen und nicht nur verschiedene Sachverhalte ungleich behandelt werden. Auch der andere Einwand gegen den Verweis auf eine hypothetische Kompensation lässt sich zwanglos aufnehmen: Wenn existentielle Interessen betroffen sind, verschärfen sich die gleichheitsrechtlichen Anforderungen, weil sich die Ungleichbehandlung dann auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirkt.

Die gleichheitsrechtliche Dogmatik blickt daher besonders kritisch auf die hier einschlägige Fallgruppe: Nutzen- und Kosten-Nutzen-Erwägungen sind immer dann heikel, wenn durch sie eine ex ante identifizierbare Personengruppe – etwa Menschen mit einer angeborenen Krankheit – nachteilig und intensiv betroffen wird. Trifft das durch sie angeleitete Allokationsmuster dagegen potentiell jedermann – etwa alle Menschen am Lebensende –, stoßen sie auf erheblich weniger Bedenken. Dies gilt übrigens auch für Altersgrenzen in der medizinischen Versorgung: Schließlich altern wir alle.

Rechtspraktische Bedeutung könnten diese gleichheitsrechtlichen Grenzen etwa für den Einsatz des quality adjusted life year (QALY) als Grundlage der Bewertung des Nutzens und der Kosteneffektivität medizinischer Maßnahmen gewinnen, den die gesundheitsökonomische Standardliteratur befürwortet. Ohne weitere Modifikationen, die in der gesundheitsökonomischen Axiomatik nur schwer unterzubringen sind und dort deshalb einen eigenartigen Ad hoc-Charakter behalten, führen auf QALY-Berechnungen gestützte Allokationsverfahren zu einer strukturellen Benachteiligung behinderter Menschen, da deren Versorgung angesichts ihrer geringeren Lebensqualität und nicht selten auch geringeren Lebenserwartung ein geringerer Nutzen und eine geringere Kosteneffektivität zugeschrieben werden muss. Auch wenn die unionsrechtlichen Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Behinderung (vgl. Art. 10 und 19 Abs. 1 AEUV, Art. 21 GRCh, RL 2000/78/EG) auf die mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme nicht anwendbar sind und zweifelhaft sein mag, ob Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG derartige mittelbare Benachteiligungen erfasst, ergibt sich jedenfalls aus dem – nach obigen Grundsätzen verschärfen – allgemeinen Gleichheitssatz, dass der Versorgung einer Personengruppe mit einer bestimmten

Behinderung in einem öffentlichen Versorgungssystem nicht von vornherein ein geringerer Wert zugeschrieben werden darf.

4. Faire Verteilung als Gleichheitsproblem

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die gerechte Verteilung der knappen Ressourcen im Gesundheitswesen primär nicht ein Problem der sozialstaatlich aufgeladenen Freiheits- als Leistungsrechte darstellt, sondern der Gleichheits- als derivativer Teilhaberechte: Solange nicht eine Mindestversorgung im Sinne eines überhaupt funktionsfähigen Versorgungssystems unterschritten wird, muss politisch entschieden werden können, welcher Anteil des Volkseinkommens für die Gesundheitsversorgung aufgewendet wird; die verfassungsrechtlichen Bindungen betreffen dann im Wesentlichen erst die nachfolgende Frage, wie und wo die begrenzten Ressourcen gerecht einzusetzen sind. Dies stimmt – abgesehen von dem „Nikolaus-Beschluss“ – durchaus mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG überein, die Leistungseinschränkungen in der GKV regelmäßig an Art. 3 Abs. 1 GG überprüft hat.

Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass auch diese gleichheitsrechtlichen Anforderungen nur eine Rahmenordnung darstellen können. Einzelne Allokationsmuster mögen mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen kollidieren; aus dem Grundgesetz wird sich aber schwerlich ein einziges verfassungsmäßiges Verteilungsschema ergeben. Das Gleichheitsgebot verlangt letztlich nichts anderes als die Behandlung eines jeden „als Gleicher“, also mit angemessener Berücksichtigung seiner Interessen. Was aber in diesem Sinne eine „angemessene“ Gesundheitsversorgung und eine „gleiche“ Verteilung darstellt, ist in hohem Maße komplex und konkretisierungsbedürftig und damit auch legitimer Gegenstand der politischen Auseinandersetzung. Verfassungsrechtsprechung und –wissenschaft werden im Detail zu klären haben, wo die Grenzen des gesundheitspolitischen Gestaltungsspielraums liegen.

IV. Leistungsbeschränkungen und soziale Gerechtigkeit

1. Weiche Rationierung und Differenzierungsfeindlichkeit der medizinischen Versorgung

Die politische Diskussion wird maßgeblich durch die Sorge geprägt (und behindert), dass Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Gesundheitswesen unweigerlich zu einer

sozialen Differenzierung der medizinischen Versorgung zu führen scheinen.

Tatsächlich sind diese Beschränkungen in einer freiheitlichen Gesellschaft und in einem europäischen Binnenmarkt nur als weiche Rationierung möglich; den privaten Zukauf der ausgeschlossenen Versorgungsmaßnahmen – etwa in Form von Zusatzversicherungen – wird man weder verhindern können noch – auch unter dem wirtschaftspolitischen Gesichtspunkt der Wachstumschancen der Gesundheitswirtschaft – verhindern wollen. In dem Sinne, dass dieser Zukauf nicht allen Bürgern möglich sein wird, führen Rationierung und Priorisierung tatsächlich zu einer „Zwei-Klassen-Medizin“.

Wie verträgt sich das aber damit, dass die medizinische Versorgung ein derartig fundamentales Gut betrifft, dass die Rechtsordnung sozialen Differenzierungen äußerst kritisch gegenübersteht? Während wir in anderen Lebensbereichen deutliche Unterschiede zwischen Mindest-, Normal- und gehobener Versorgung kennen, schließt die medizinische Versorgung der Sozialhilfeempfänger nahtlos an das in der GKV gewährleistete Standardniveau an (vgl. § 264 SGB V). Tatsächlich wäre es in einem Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) bedenklich, wenn ein Teil der Bevölkerung aus finanziellen Gründen von der medizinischen Normalversorgung abgekoppelt wäre – zumal eben diese sozialen Schichten auf die Gesundheitsversorgung in besonderer Weise angewiesen sind.

2. Die Systemrelativität der Versorgungsansprüche

Dies führt in ein gewisses Dilemma: Einerseits soll sich die medizinische Versorgung nicht sozial ausdifferenzieren. Andererseits darf die Möglichkeit des privaten Zukaufs aber auch nicht dazu führen, dass überhaupt keine Leistungsbegrenzungen mehr möglich sind. Hierin liegt ein weiterer Grund für die Einsicht, dass sich verfassungsrechtliche Ansprüche nicht am „absoluten“ Bedarf des Einzelnen ausrichten können: Könnte unter Berufung auf die Freiheits- als Leistungsrechte oder gar auf die Menschenwürde jeweils die bestmögliche verfügbare Medizin eingeklagt werden, könnte jede allgemeine Leistungsbeschränkung durch verfassungsunmittelbare individuelle Leistungsansprüche im Einzelfall durchlöchern und damit letztlich aufgelöst werden. Versorgungsansprüche können daher nur systemrelativ, als Rechte auf Teilhabe an einem existierenden Versorgungsstandard verstanden werden.

Leistungsbeschränkungen und soziale Gerechtigkeit

1. In freiheitlichen Gesellschaften führt jede Rationierung wegen der Möglichkeit des Zukaufs zu sozialer Differenzierung.
2. Medizinische Versorgung ist in einem Sozialstaat differenzierungsfeindlich.
3. Kostenbegrenzungen durch Leistungsausschlüsse müssen trotzdem möglich sein.
4. Verfassungsrechtliche Ansprüche können sich daher nicht am absoluten Bedarf orientieren, sondern müssen am üblichen Versorgungsniveau ausgerichtet werden.
5. Der verfassungsrechtliche Anspruch kann sich daher grundsätzlich an der Absicherungsentscheidung eines Durchschnittsbürgers orientieren.
6. Die kollektive Gesundheitsversorgung ist daher regelmäßig um diejenigen Leistungen aufzustocken, die der Durchschnittsbürger freiwillig zusätzlich versichert.

Quelle: Institut für Sozialrecht



Versorgungsansprüche können nur als Rechte auf Teilhabe an einem gegebenen Versorgungsstandard verstanden werden.

Sie sind daher auch im Verfassungsrecht – um den Begriff aus der Rechtsprechung des BSG aufzugreifen – als Rahmenrechte zu konstruieren, die durch ein System der Gesundheitsversorgung ausgefüllt werden müssen und auf eine sozial gerechte Teilhabe an diesem System bezogen sind. Jeder hat einen Anspruch auf eine angemessene medizinische Versorgung, aber die Frage, was angemessen ist, lässt sich nicht absolut (d.h. unter ausschließlicher Bezugnahme auf den Gesundheitszustand des Betroffenen und die entsprechende medizinische Erforderlichkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung) definieren, sondern nur im Verhältnis zu den Ausgaben für Gesundheit, die – in Abwägung mit anderen Gütern – allgemein für angemessen gehalten werden.

3. Soziale Inklusion als Sicherungsziel

Was insoweit allgemein für angemessen gehalten wird, ist keine feste Größe, sondern hängt von verschiedenen Faktoren ab. So wird man vermuten dürfen, dass bei steigendem Wohlstand und weitgehender Erfüllung anderer (Grund-)Bedürfnisse die Bereitschaft zunimmt, zusätzliche Ressourcen in die Gesundheitsversorgung zu investieren. Andererseits ist es auch möglich, dass bei weiteren Leistungen das Kosten-Nutzen-Verhältnis so schlecht wird, dass auf einen Zukauf verzichtet wird. Grundsätzlich könnte

man aber leicht feststellen, was allgemein für angemessen gehalten wird: Man bräuchte nur zu schauen, welchen Anteil des Einkommens ein durchschnittlicher Bürger (d.h. ein Bürger mit durchschnittlichem Einkommen und Gesundheitszustand) zusätzlich in seine Gesundheitsversorgung investiert. Ist das in dieser Vergleichsgruppe für angemessen gehaltene Versorgungsniveau ermittelt worden, ist es nicht unfair, wenn sich auch die Gesundheitsversorgung der Bürger, die über kein eigenes Einkommen verfügen und deshalb keine eigene Entscheidung über das Niveau ihrer Gesundheitsversorgung treffen können, an diesem Standard orientiert. Mindestens theoretisch könnte man sich folgenden Kontrollmechanismus vorstellen: Die in dem öffentlichen Versorgungssystem gewährleistete Grundversorgung wird regelmäßig in dem Umfang und um die Leistungen ergänzt (wobei im Gegenzug ggf. andere Leistungen ersetzt werden), wie die Gesundheitsversorgung üblicherweise über die jeweils bestehende Grundversorgung hinaus freiwillig aufgestockt wird.

Dass dieser Grundversorgungsanspruch damit system- und kulturellrelativ ist; ist in einem Sozialstaat, der keine Maximalversorgung oder materielle Gleichheit, sondern – wie wir etwa aus dem Sozialhilferecht wissen – eine gleichberechtigte, nicht ausgegrenzte Existenz in unserem Gemeinwesen, also soziale Inklusion verspricht, weder erstaunlich noch gar bedenklich. Mit diesem Gebot wäre es nicht vereinbar, den Mindeststandard der Gesundheitsversorgung auf die „Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände“ einzuschränken, wie es § 4 Abs. 1 AsylBewLG vorsieht; dies kann allenfalls dadurch gerechtfertigt werden, dass diese Regelung gerade kein gleichberechtigtes Leben in unserem Gemeinwesen auf Dauer, sondern nur – von ihrer Abschreckungsintention ganz abgesehen – eine Übergangslösung bis zur Ausreise oder Anerkennung eines Asylbewerbers gewährleisten soll. Im Übrigen hat der Sozialstaat die Möglichkeit der Teilnahme an der medizinischen Normalversorgung für alle Bürger sicherzustellen – was nichts daran ändert, dass diese sich überlegen müssen, was ihnen die medizinische Versorgung wert ist.

Kontakt: stefan.huster@rub.de

.....
PROF. DR. STEFAN HUSTER



Stefan Huster, geb. 1964. Studium der Philosophie und Rechtswissenschaft in Bielefeld und Frankfurt/IM. Nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen wiss. Mitarbeiter, Referendar und Wiss. Assistent an der Juristischen Fakultät in Heidelberg. Dort Promotion 1993 und Habilitation 2001 für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Sozialrecht und Rechtsphilosophie. Ab 2002 Lehrstuhl (C 4) an der FernUniversität in Hagen; seit 2004 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht (C 4) an der Ruhr-Universität Bochum und Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Sozialrecht. Mitglied der DFG-Forschergruppe „Priorisierung in der Medizin“ und des BMBF-Forschungsverbundes „Allokation“. Im akademischen Jahr 2010/11 Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin.

