

Knappheit, Rationierung und Verteilungs-entscheidungen beim Existenzminimum

Das Beispiel des Gesundheitssystems

Dieser Beitrag behandelt die Herausforderungen, die sich durch die natürliche Knappheit und deshalb (sowie aus Kostengründen) nötige Rationierung existenzieller Güter stellen. Das vorliegend verfolgte rechtspolitische Beispiel bildet die Rationierung im Gesundheitswesen, doch gilt prinzipiell nichts anderes etwa für das Menschenrecht auf Nahrung und Wasser oder für den Menschenrechtsschutz gegen den anthropogen verursachten Klimawandel. Innerhalb eines gegebenen Rahmens des Abwägens kollidierender Grundrechte hat hier der Gesetzgeber die rechtspolitisch unangenehme, aber unausweichliche Aufgabe, auch letale Entscheidungen zu treffen. Ökonomische Denkfiguren wie die „Wirtschaftlichkeit“ etwa der medizinischen Versorgung (und vermeintlich absolute Grundrechtsgehalte) ersparen ihm und der demokratischen Öffentlichkeit dies nicht.

I. Problemstellung: Gesundheitssystem, Nahrung, Wasser, Klimawandel

Das BVerfG hat in seinen Entscheidungen zum LuftSiG und zum ALG II ausgesprochen, dass das unschuldige Leben und das Existenzminimum aufgrund ihres Menschenwürdebezugs einen „absoluten“, also abwägungsfreien Schutz genießen.¹ Doch in einer globalisierten Welt gibt es Grundbedürfnisse, die sich (zunehmend? immer noch?) prekären Knappheitslagen ausgesetzt sehen, die ihre „absolute“ Befriedigung erschweren, und zwar auch in westlichen Staaten. Diese Knappheit ist teilweise so ausgeprägt, dass tatsächlich nicht allen Menschen die von ihnen benötigte Menge des knappen Gutes zugeteilt werden kann (natürliche Knappheit). Häufiger ist allerdings die Situation, dass eine solche Zuteilung durchaus möglich wäre, allerdings nur mit zunehmenden Kosten (Knappheit aus Kostengründen).²

Auch ohne Rückgriff auf die von u.U. zur Lösung konkreter Rechtsfälle wenig geeignete (und zudem vielleicht gar nicht grundrechtlich verfasste³) Menschenwürde sind Rechte auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen im nationalen und transnationalen Recht letztlich bereits ganz ausdrücklich vorhanden. Die Begründung eines Rechts auf das Existenzminimum (und auf den Schutz von Leben und Gesundheit) wäre national und transnational vielleicht sogar ohne jede ausdrückliche Nennung über ein allgemeines, aber kaum hintergehbare Argument möglich: Freiheit gibt es nur, wenn auch deren elementare Voraussetzungen wie Nahrung, Wasser, ein stabiles Globalklima, Frieden oder schlicht Leben und Gesundheit garantiert sind. Also muss das Recht auf jene Belange als Recht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen garantiert sein. Zahlreiche Rechtsdokumente, neben Grundgesetz und EuGRC auch im Völkerrecht z.B. der IPwskR, verbürgen außerdem explizit entsprechende Rechte.⁴ Doch die

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Umweltrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock. Ref. jur. Swantje Meyer-Mews gehört seiner Forschungsgruppe Nachhaltigkeit und Klimapolitik an, ebenso wie früher Ref. jur. Anna Hyla. Für den so vom Erstverfasser stammenden Text waren Referate und Ausarbeitungen der Mitautorinnen zur medizinischen Rationierung und zum Recht auf Wasser eine sehr hilfreiche Grundlage.

¹ BVerfGE 115, 118 ff.; 125, 175 ff.

² Diese Scheidung wird nur bedingt gemacht bei Lege, VVDStRL 2011, i.E.

³ Näher zum Streitstand m.w.N. Ekardt/ Kornack, KritV 2006, 349 ff.; Ekardt/ Kornack, ZEuS 2010, 111 ff.

⁴ Zu nationalen und transnationalen Freiheitsvoraussetzungsrechten sowie zu den Friktionen von Rückgriffen auf die Menschenwürde (jeweils m.w.N.) Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische

Praxis behandelt jenes Recht offenbar keinesfalls als absolut, trotz der BVerfG-Judikatur.

Um welche Beispiele geht es dabei? Man denkt in Deutschland beim Existenzminimum schnell an das ALG II, doch die Fragestellung ist letztlich allgemeiner Art. Nahrung und Wasser, die Lebens-Grundgüter schlechthin, sind in vielen Gegenden knapp; sie werden noch knapper durch den Klimawandel; aber z.B. auch die Gesundheitsversorgung ist bei explodierender Weltbevölkerung und demographischem Wandel in den Industriestaaten von Knappheit bedroht. Im Bereich des Gesundheitswesens gab und gibt es zudem eine immense Kostensteigerung u.a. aufgrund des medizinischen Fortschritts und der Alterung der Gesellschaft. Dabei können vermögende Personen freilich die Rationierungsnachteile vermeiden (zur privaten Versicherungsmöglichkeit etwa §§ 6 Abs. 1 SGB V, 192 VVG); ähnliches gilt aber z.B. auch beim Schutz gegen Klimawandel oder Armut.

II. Rationierung im Gesundheitssystem

Im deutschen Gesundheitssystem, genauer: im System für die gesetzlich Krankenversicherten nach dem SGB V, ist nun eine mehrfache Abwägung enthalten. Unschuldiges Leben wird also keineswegs „absolut“ geschützt. Nach der Grundregel des Leistungsrechts aus §§ 27 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Erkrankung zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Dies ist unschwer als Ausdruck des Rechts auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum erkennbar. Das Recht ist jedoch in zweifacher Weise rationiert, wobei der zu nennende zweite Punkt allerdings so nicht für Privatpatienten gilt⁵:

(1) Der Anspruch des Versicherten erstreckt sich lediglich auf solche Leistungen, die ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind und das Maß des medizinisch Notwendigen nicht überschreiten. Über die Notwendigkeit der jeweiligen Leistung im Einzelfall haben nach dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung die jeweils behandelnden Ärzte zu entscheiden. Dies klingt zunächst unspektakulär. Im SGB V finden sich einige gesetzliche Leistungsausschlüsse, an die man bei „mangelnder Notwendigkeit“ zunächst denkt (z.B. für Lifestyle-Arzneimittel, § 34 SGB V). Doch muss de lege lata zusätzlich zur Notwendigkeit immer auch noch die „Wirtschaftlichkeit“ geprüft werden. Was aber ist „wirtschaftlich“? Eine auch nur einigermaßen klare Linie hierfür ist in der Praxis nicht erkennbar. Vor allem aber verweist „wirtschaftlich“ als Begriff der Ökonomik nicht etwa auf ein „klares Tatbestandsmerkmal“, sondern auf eine Abwägung aller Vor- und Nachteile einer Maßnahme. Denn Wirtschaftlichkeit handelt von einer Kosten-Nutzen-Analyse, bei der möglichst alle Belange in Geldwerte zu übersetzen und sodann einer quantifizierenden Abwägung zuzuführen sind. Dies verkennt die Judikatur, u.a. auch weil sie einer Definition von Wirtschaftlichkeit konsequent ausweicht.⁶ Dabei sei nur am Rande erwähnt, dass der in der „Wirtschaftlichkeit“ und generell in verschiedenen jüngeren Reformen ebenfalls enthaltene Gedanke eines „wettbewerblichen“ Gesundheitswesens diesem Sektor kaum angemessen sein dürfte – da er aus moderner ökonomischer Sicht vorhersehbar dysfunktionale Ergebnisse und Gewinnmaximierungsstrategien

Zugänge, 2011, § 4 B.-C.; Ekardt/ Hyla, ZfMR 2/ 2010, 73 ff.; Ekardt/ Kornack, ZEuS 2010, 111 ff.; Ekardt/ Kornack, KritV 2006, 349 ff.

⁵ Zur Frage, ob diese Scheidung ungerecht ist, siehe Lege, VVDStRL 2011, i.E.

⁶ Exemplarisch BSGE, 105, 170 ff. (insbesondere Rn. 21); zutreffend dagegen Höfler, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 68. Lieferung 2010, § 12 SGB V Rn. 40; generell zur Kosten-Nutzen-Analyse Ekardt, Theorie, §§ 3 D., 5 C. III.

bei vielen Akteuren auslöst.⁷

(2) Wichtiger noch ist eine weitere Form der Rationierung. Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen vereinbaren arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina; diese sind feste Vergütungsgrenzen „für die Leistungen, die durch einen Arzt oder in einer Praxis regelhaft in einem bestimmten Zeitraum zur Erfüllung des Versorgungsauftrags erbracht werden“. Die gängige Literatur erblickt darin „Transparenz und Orientierungssicherheit“ und eine Verhinderung der „übermäßigen Ausdehnung“ ärztlicher Hilfe⁸, verkennet damit aber den eigentlichen (Rationierungs-)Charakter jener Maßnahme: Gemäß dem neuen § 87b SGB V führt diese Budgetierung bei Überschreitungen beim Behandlungshonorar nämlich zu Abstufungen, beim Medikamentenhonorar gar zu Regressforderungen.⁹ Die vorhersehbare Folge ist, dass auch wichtige Behandlungen praktisch unterbleiben.

Damit wird das Existenzminimum – ohne dass dies bisher, soweit ersichtlich, zu verfassungsrechtlichen Beanstandungen geführt hätte – offenkundig einer Abwägung unterworfen, nicht etwa nur einer Schutzbereichsinterpretation, wie das BVerfG im ALG-II-Urteil präntendiert. Denn das Existenzminimum und ergo auch die Gesundheitsversorgung (wenn man die Gesundheitsversorgung nicht ohnehin eher als Ausfluss des Rechts auf Leben und Gesundheit sieht) ist in seinem Tatbestand zwar vage, aber durchaus in etwa bestimmbar, und zwar vor aller Abwägung. Insoweit handelt es sich bei der Vagheit um ein unschädliches Phänomen, welches seit der Antike als Haufen-Paradox bekannt ist. Man kann z.B. eindeutig sagen, dass ein 1,50 m großer Mann klein und dass ein 2,20 m großer Mann groß ist. Die genaue Grenze, wann ein Mann klein bzw. groß ist (bzw. wo die Grenze zwischen Haufen und Häufchen verläuft bzw. wo genau das Existenzminimum in Euro liegt), kann zwar kaum exakt benannt werden, doch wird diese Grenze dadurch nicht nutzlos, ebenso wenig wie die Unterscheidung zwischen großen und kleinen Männern. Die verbleibenden Fragen müssen im Wege der gewaltgeteilten Demokratie durch Gesetzgebung, Exekutive und Judikative beantwortet werden.

Auch spricht vieles, vor allem die praktische Anwendbarkeit, dafür, den elementaren Freiheitsvoraussetzungsschutz als etwas Generelles zu begreifen, dass nicht etwa für jedes Individuum in einer komplexen Untersuchung immer neu bestimmt werden muss. Dies geht allerdings nur auf, wenn das „Maß des Elementaren“ bei den Freiheitsvoraussetzungen anhand der Situation vergleichsweise schwächer gestellter Personen bestimmt wird. Der aktuelle rechtspolitische Streit um das ALG II und eben auch die Debatte über die Rationierung im Gesundheitssystem ist damit manchmal vielleicht Schutzbereichs-Konkretisierung, zu einem erheblichen Teil aber auch bereits eine Abwägung mit dem Grundrecht auf Abwesenheit von Steuern, wie es aus der allgemeinen Handlungsfreiheit folgt.

III. Notwendige gesetzgeberische Abwägungen – herkömmliche Grundrechtsdogmatik als untaugliches Versteck

Abwägungen sind wegen der kollidierenden Belange unvermeidbar. Die gängige völkerrechtliche Menschenrechtsdiskussion geht hieran vorbei, indem sie Menschenrechte häufig entweder für unabwägbar zu halten scheint – oder umgekehrt aus ihrer Abwägbarkeit (wie teilweise beim Recht auf Nahrung) auf die Inexistenz entsprechender Rechte zu schließen scheint.¹⁰

⁷ Vgl. dazu ausführlich Binswanger, Sinnlose Wettbewerbe, 2010.

⁸ Vgl. Schuler-Harms, in: Fehling/ Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 15 Rn. 99.

⁹ Näher dazu auch Lege, VVDStRL 2011, i.E.; vgl. auch Kingreen, VVDStRL 2011, i.E.

¹⁰ Diese Friktionen werden z.B. sichtbar bei Gibson, Saskatchewan Law Review 1990, 5 ff.; Nickel, Yale Law

Und auch das BVerfG camoufliert diesen Befund lediglich. Vorliegend soll dazu keine rechtsdogmatische Arbeit geleistet werden, es sollen lediglich die Fragen benannt werden, die sich – entweder rechtspolitisch oder teilweise auch grundrechtsinterpretativ – stellen, und zwar auf nationaler, europarechtlicher und völkerrechtlicher Ebene gleichermaßen. Freiheitsvoraussetzungsrechte auf das Existenzminimum implizieren, wenn man sie anerkennt, zunächst einmal an drei Stellen ein Umdenken gegenüber der gewohnten Grundrechtsdogmatik. Man muss erstens anerkennen, dass nicht nur die direkte staatliche Gewalt, auf die sich die Grundrechtsdebatte seit langem fokussiert, freiheitsgefährdend ist, sondern auch der fehlende staatliche Schutz gegen die Mitmenschen – und zwar ständig und nicht nur in einigen berühmten Ausnahmefällen wie dem Abtreibungskonflikt.¹¹ Zweitens drohen Schäden für die Menschenrechte oft über Grenzen oder über lange Zeiträume hinweg. Drittens ist die Grundrechtsdiskussion bisher darauf verengt, was soziale Menschenrechte für Einzelereignisse bedeuten. Die Welternährung z.B. wird aber nicht durch die konkrete einzelne Bioenergiepflanze vor Ort gefährdet, sondern durch die Masse des Anbaus weltweit.¹²

Die Idee des „Abwägens“ ist eigentlich nichts Besonderes, denn sie ist schon immer – sei es beim BVerfG, beim EuGH oder beim EGMR – in der Verhältnismäßigkeitsprüfung angelegt. Dennoch ist das Abwägen insbesondere deshalb manchmal schwer zu akzeptieren, weil sie für einzelne Beteiligte auch tödlich ausgehen kann. Deshalb wird sie in „Schutzkonstellationen“ bei „unschuldigem Leben“ wohl zuweilen gern geleugnet. Es ist dabei egal, ob man hier das Abwägen in der Rechtsetzung meint oder das Abwägen, das darin liegt, dass die Rechtsanwender einen ihnen überlassenen Spielraum im Ausgleich zwischen verschiedenen Belangen ausfüllen, etwa durch bestimmte Budgetierungen oder bestimmte Interpretationen der „Wirtschaftlichkeit“ in der Gesundheitsversorgung. Würde man die Abwägung unschuldigen Lebens stets verneinen, wäre z.B. die Industriegesellschaft per se menschenrechtswidrig (sofern man sich nicht durch Leugnung der individuell unsicheren, aber kollektiv-statistisch sicheren Todesfälle unter einer verschleiernenden Überschrift wie „bloße Vorsorgeproblematik“ zu retten versucht¹³). Drei konkrete Probleme, die sich gerade bei der Rationierung im Gesundheitswesen stellen, sollen hier noch etwas näher benannt werden:

(1) Auch wenn Abwägungen unvermeidlich sind, muss hier freilich, zumal bei einem so zentralen Grundrecht wie dem auf das Existenzminimum, gefragt werden, ob es nicht dennoch einmal konkrete Abwägungsverbote gibt. Es ist dem Recht auf Nahrung oder auch auf Gesundheitsversorgung immanent, dass die Beeinträchtigung dieser elementaren Freiheitsvoraussetzungen den betroffenen Menschen u.U. – wenn nicht gar notwendigerweise – umbringt. Allerdings zeigt dies, dass der elementare Freiheitsvoraussetzungsschutz tendenziell Vorrang genießen wird vor der wirtschaftlichen Freiheit und allenfalls vereinzelt zurückgestellt werden darf. Totale Abwägungsverbote sind dennoch auch hier schwer zu begründen. Der angesprochene übliche Hinweis auf das unschuldige Leben und die Menschenwürde¹⁴ ändert daran wenig: Die Menschenwürde hat nicht den Status einer konkrete Einzelfälle entscheidenden Norm; und auch über die Differenzierung sichere/ unsichere Menschenrechtsbeeinträchtigungen ändert man daran nichts (dazu der nächste Punkt). Zudem ist nicht ersichtlich, was mit ei-

Journal 1993, 281 (282); positiver beispielsweise Kiss, in: Kromarek (Hg.), *Environnement et droits de l'homme*, 1987, S. 13 ff.

¹¹ Vgl. dazu BVerfGE 39, 1 ff.; 88, 203 ff.

¹² Näher zur skizzierten Grundrechtsneuinterpretations- und Abwägungsthematik Ekardt, *Theorie*, §§ 4, 5 (dort in § 6 E. V. auch zur Bioenergie); Susnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, 2010.

¹³ Vgl. Ekardt, *Theorie*, § 5 C. II. 2. gegen BVerwG, NVwZ 1995, 995 ff.; Couzinet, DVBI 2008, 760 ff.

¹⁴ BVerfGE 115, 118 ff.; Menzel/ Pierlings/ Hoffmann, *Völkerrechtsprechung*, 2004, S. 511; Hong, in: Bees-termöller/ Brunkhorst (Hg.), *Rückkehr der Folter*, 2006, S. 24 und 34.

ner bloßen Camouflierung von Abwägungen als Tatbestandsinterpretation gewonnen sein sollte. Absolute Abwägungsverbote erscheinen allerdings dann denkbar, wenn hierfür eine andere Begründung zur Verfügung steht; beim Folterverbot könnte man die Absolutheit z.B. darauf stützen, dass ohne Folterverbot die Freiheitlichkeit der Ordnung als Ganzes auf dem Spiel stünde.

(2) Das deutsche und europäische Verfassungsrecht gibt aus einer Reihe von z.T. schon lange diskutierten Gründen grundsätzlich keine Gleichverteilung materieller Güter vor. Bei den elementaren Freiheitsvoraussetzungen könnte sich dies jedoch anders darstellen, weil ohne sie keine Freiheit möglich ist und die Freiheitsrechte als solche jedem gleichermaßen zustehen. In diesem Bereich, sofern die entsprechenden Güter knapp sind, ist daher prinzipiell eine Gleichverteilung der Ressourcen geboten. Diese Knappheit ist bei Fragen des Gesundheitssystems allerdings nicht in der gleichen „absoluten“ Weise gegeben. Wird durch höhere Pro-Kopf-Emissionen mehr Klima von einem einzelnen in Anspruch genommen, so schadet es den restlichen Menschen, weil sie unter verändertem Klima leben müssen, weswegen eine globale Gleichverteilung der Emissionsberechtigungen begründbar sein könnte; anderes hingegen bei der Rationierung.

(3) Nicht möglich ist bei alledem die Quantifizierung der Abwägung: Ökonomen möchten Abwägungen zwar stets gern als Kosten-Nutzen-Analysen sehen, bei denen keineswegs nur Abwägungsregeln einen Rahmen vorgeben, sondern vielmehr mathematisch exakt ein richtiges Abwägungsergebnis ausgerechnet werden kann. Jedoch haben die kollidierenden Rechte kein mathematisch angebbares Gewicht. Es ist deshalb nicht vermeidbar, dass Abwägungen am Ende über Spielräume verfügen und eine rechtspolitische Aufgabe des Gesetzgebers markieren. Damit stößt auch die Prüfung der „Wirtschaftlichkeit“ im Sinne des Sozialrechts auf praktisch unlösbare Probleme.