

3. Aussprache und Schlussworte

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

Lepsius: Wir haben zwei sehr vielfältige Referate gehört, die eine gewisse Gemeinsamkeit darin haben, dass sie die Hoffnung in verstärkte Rechtsetzung, also auf parlamentarische Willensbildung und entsprechenden Normvollzug setzen. Ich bin neugierig, wie sich diese Hoffnung mit der Tradition dieser Vereinigung verträgt, den Gesetzgeber an strenge rechtsstaatliche, insbesondere grundrechtliche Schranken zu binden. Wir freuen uns alle auf eine spannende Diskussion. Ein Bundestagsprotokoll hätte bei den Vorträgen mehrfach Heiterkeit vermeldet, ich darf das gewissermaßen nachtragen. Wir eröffnen die Diskussion mit dem Beitrag von Herrn Hufen, bitte.

Hufen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich darf mich zunächst sehr herzlich bei den Referenten bedanken. Es waren höchst anregende Referate, deren Bedeutung auch darin lag, dass sie den legitimen Anspruch unserer Vereinigung der Ermittlung gerade der Grundlagen unseres Faches zum Tragen gebracht haben. Es geht um die Grundlagen der verfassungsrechtlichen Ordnung auch und gerade in den eingekapselten, durch Verteilungskämpfe gekennzeichneten juristischen Fächern. Ich denke, wir haben in beiden Referaten zur Kenntnis genommen, dass unser Fach als den Grundlagen verpflichtete Wissenschaft hier einiges zu sagen hatte. Die vielleicht wichtigste Grundlage in diesem Sinne findet sich in These 2 von Herrn Lege: „Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut“. Das schafft eine treffliche thematische Brücke zum heutigen Vormittag. Dort hatten wir nach dem Sicherheitsauftrag des Staates für die Privatsphäre gefragt – nicht Privatsphäre im Sinne eines verräumlichenden Denkens, sondern ganz im Sinne von Autonomie, Selbstbestimmung und damit in der Frage nach den Gefahren für diese Autonomie. Das ist ein Thema, das auch und gerade im gesetzlichen Gesundheitssystem eine große Rolle spielt. Herr Lege und Herr Kingreen und wir alle wissen es: Die These vom privaten Gut Gesundheit klingt schön, aber sie stimmt in unserer Realität eigentlich nicht. Gesundheit ist kein privates Gut mehr in einem System, in dem 90 % der Gesundheitssicherung in

einem öffentlichen Pflichtsystem, der gesetzlichen Krankenversicherung, stattfinden. Wir haben in Wirklichkeit ein öffentlichrechtliches Gesundheitssystem, in dem höchst wichtige, für Selbstbestimmung, Menschenwürde, körperliche Unversehrtheit und andere Grundrechte wesentliche Entscheidungen getroffen werden, in dem es heute nicht zuletzt auch um Rationierung und Priorisierung geht, die buchstäblich über Leben und Tod entscheiden. Hinzu kommt: Trotz des hohen Versorgungsgrades haben wir einen hohen Grad an Ungerechtigkeitsempfinden in der Bevölkerung, und wir haben die Forderung, auch die letzten Reste des privaten Gesundheitssystems und der privaten Krankenversicherung unter dem harmlos klingenden Stichwort „Bürgerversicherung“ auch noch aus dem privaten Bereich auszugliedern. Gravierender noch: Der hohe Grad an Staatlichkeit in diesem Bereich führt dazu, dass sich der Staat für private Gesundheitsrisiken verantwortlich fühlt, die ohne eine solche Verstaatlichung der Eigenverantwortung des Einzelnen obliegen würden. Private Krankheit wird so zum öffentlichen Problem. Der Staat muss sich also in ganz anderer Art und Weise als früher um das höchst private Gut Gesundheit kümmern, denn er hat Risiken übernommen, für deren Minimierung er verantwortlich wird. Und hier setzt die Gefahr für die private Selbstbestimmung ein. Ich rede hier nicht über die Grundrechte der Ärzte oder der privaten Krankenversicherung. Ich rede auch nicht über das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Ich rede ganz im Sinne von heute Vormittag über den zu schützenden Bereich privater Lebensgestaltung, weil die Übernahme gesundheitlicher Risiken durch die öffentliche Krankenversicherung Gesundheitsvorsorge zur legitimen Staatsaufgabe macht. In diesem Sinne ist in maßgeblichen Nachbarwissenschaften schon gar nicht mehr von „Health“, sondern nur noch von „Public Health“ die Rede, was auch in der englischen Übersetzung auf große Einwirkungsmöglichkeiten des Staates bis hin in die private Lebensgestaltung deutet, die ich für die Selbstbestimmung letztlich gefährlich halte. Da ist auf der Ebene der EU bereits von Verboten der Kinderchokolade, Überraschungseiern oder Nutella für Kinder die Rede. Merke: Wenn's gut schmeckt, ist es gefährlich. Da führen wir – nicht nur auf EU-Ebene – eine Diskussion über Werbeverbote für alle möglichen wirklich oder angeblich gesundheitsgefährdenden Produkte – weit über Tabak und Alkohol hinaus. Da blicken wir mit wachsendem Staunen auf die ganze Albernheit von Warnmitteilungen, höchst vereinfachenden „Ampeln“ auf Lebensmitteln, Smileys und Internet-Prangern, die nicht nur die jeweiligen Anbietern sondern erwachsene Menschen in ihrer autonomen Entscheidung gefährden. Da ist bereits die Rede darüber, dass es in Hamburger-Ketten demnächst nicht nur

Ketchup und Mayo geben soll, sondern auch Cholesterinsenker, sozusagen nebenbei. Der nächste Schritt wäre dann Alkoholverbot, der übernächste Schritt wäre zwingende Bewegungsübungen nach 3 Stunden PC-Benutzung. Mit anderen Worten, wir müssen uns deutlich machen, es geht hier nicht nur um Verteilung im Gesundheitswesen, es geht auch um eine Gefährdung der Autonomie des erwachsenen Menschen, und die Rückkehr kann eigentlich nur in die Richtung der These 2 von Herrn Lege führen: Gesundheit ist ein privates Gut. Der Einzelne muss in die Möglichkeit versetzt werden, gesund zu leben. Das muss und kann im frühen Lebensstadium über die Schule und andere Erziehungsinstitutionen geschehen. In diesem Sinne ist es völlig richtig, im Gesundheitswesen von „Ermöglichungsgerechtigkeit“ zu reden, die bekanntlich viel wichtiger ist als die Verteilungsgerechtigkeit unter erwachsenen Menschen, denn Ermöglichung hat mit Autonomie zu tun, staatliche Verteilung und staatliche Belehrung machen unmündig. Vielen Dank.

Kischel: Ich danke den beiden Vortragenden zunächst für die überaus klaren Vorträge, eine Klarheit, die man als Nicht-Sozialrechtler bei einem Thema wie dem heutigen vielleicht nicht immer erwartet hätte. Herrn Kingreen kann ich nur umfassend zustimmen. Meine Fragen richten sich daher nur an Herrn Lege. Dazu möchte ich zwei Ihrer Sätze aufgreifen. Sie haben zunächst gesagt, eine Beitragsfreiheit sei unter Gleichen und Freien nicht möglich oder nicht zulässig. Der soziale Ausgleich müsse insofern über Steuern hergestellt werden. Sie wollen also die soziale Gerechtigkeit durch Steuern herstellen, vielleicht weil Sie im Steuerrecht auf das Prinzip der Leistungsfähigkeit abstellen. Insofern sehe ich zwei Probleme. Erstens fragt sich, warum nicht auch im Recht der Gesundheitsfinanzierung möglicherweise ein Leistungsfähigkeitsprinzip gilt. Insofern könnte man davon ausgehen, dass bei Familien die Leistungsfähigkeit herabgesetzt ist und dem durch Beitragsfreiheit bestimmter Familienmitglieder Rechnung getragen wird. Umgekehrt würde ich zudem davon ausgehen, dass auch die Steuer ein System unter Freien und Gleichen ist. Dann aber müssten Ihre Bedenken bezüglich der Beitragsfreiheit auch bei der Steuer gelten, diese also ebenfalls nicht das geeignete Ausgleichsinstrument darstellen. Eine zweite Kritik setzt auf einer ganz anderen Ebene an: Wenn Sie die soziale Gerechtigkeit über Steuern herstellen wollen, setzt das voraus, dass Steuern selbst sozial gerecht sind. Das scheint im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip auf den ersten Blick eine berechnete Annahme. Dennoch scheint es mir im heutigen undurchdringlichen Dickicht des Steuerrechts mit seinen zahllosen Ausnahmen und Schlupf-

löchern nicht so zu sein, dass tatsächlich die Reichen viel und die Armen wenig Steuern zahlen. Die soziale Gerechtigkeit der realen Verteilung der Steuerlasten ist also keineswegs gesichert. Meine weitere Frage bezieht sich auf ihre Feststellung, Güter seien immer knapp und damit ungerecht verteilt, sonst wären sie keine Güter. Warum sind knappe Güter immer ungerecht verteilt? Ist denn Gerechtigkeit nur dann verwirklicht, wenn jeder erhält, was er nach seiner individuellen Willkür gern erhalten möchte oder wenn jeder genau das erhält, was er bekommen würde, wenn das Gut nicht knapp (und damit kein Gut mehr) wäre? Kann ein knappes Gut nicht vielmehr u. a. dann gerecht verteilt sein, wenn alle das gleiche erhalten oder wenn jeder nach seinen Bedürfnissen etwas erhält?

Hase: Meines Erachtens ist in beiden Referaten, in diesem Sinne habe ich auch Herrn Hufens Beitrag verstanden, der grundlegenden Frage nach dem Verhältnis zwischen der Eigenverantwortung des Einzelnen und der Verantwortung des Staates im Bereich der gesundheitlichen Versorgung nicht hinreichend Rechnung getragen worden. Herr Zacher, der ja heute unter uns ist, hat in seinen Arbeiten immer wieder hervor gehoben, es gehöre zu den Prämissen des neuzeitlichen Rechts- und Gesellschaftssystems, dass der Einzelne für die Grundlagen seiner Versorgung und für die der eigenen Familie selbst verantwortlich sei, dass er damit auch mit seinen Kräften für die Vorsorge für Risiken des eigenen Lebens – wie Krankheit und Invalidität – einzustehen habe. Die gesundheitliche Absicherung des Einzelnen gehört demnach nicht zu den Aufgaben, die von vornherein dem Staat zugewiesen sind, die primäre Verantwortung fällt vielmehr in die Privatsphäre. Darauf basiert das moderne Recht, darauf basiert der moderne Staat, was mit dem Begriff der „Privatrechtsgesellschaft“ zum Ausdruck gebracht worden ist. Mit der Einführung einer öffentlich-rechtlichen Gesundheitsvorsorge sind die Prämissen dieses Rechts- und Gesellschaftskonzepts keineswegs aufgehoben, sie sind aber doch durchbrochen worden: Zunächst, mit dem Gesetz über die Krankenversicherung der Arbeiter von 1883, für einen relativ kleinen Teil der Bevölkerung, dessen Angehörige das Sicherungsniveau der Privatrechtsgesellschaft mit eigenen Kräften nicht erreichen konnten. Deshalb hat die Gesetzgebung seinerzeit das Prinzip der Freiwilligkeit in der Vorsorge durch öffentlichen Rechtszwang ersetzt, an die Stelle von Risikobewertungen aufgrund marktwirtschaftlicher Kalküle, wie sie das private Versicherungswesen prägen, sind, kurz gesagt, sozialistische Verteilungsregeln getreten: Jeder leistet, was er nach seinem Arbeitsertrag leisten kann, er erhält aber das, was er – nach seinen Bedürfnissen – benötigt.

Ein solches, zunächst für einen minoritären Bevölkerungsteil bestimmtes Versorgungskonzept ist aber, im Wesentlichen in den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg, zur Absicherungsform für alle geworden. 90 % der Bevölkerung sind unmittelbar in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen, im Übrigen ist diese zu einer Art Modell der gesundheitlichen Absicherung geworden. Damit aber wird die gesamte Gesundheitsversorgung der Bevölkerung – die sich, verglichen mit den Gegebenheiten des Kaiserreichs, mit ungeheurer Dynamik ausgeweitet und entfaltet hat – über Systeme realisiert, deren Grundlagen von den Bedingungen der Industriegesellschaft des späten 19. Jahrhunderts geprägt, auf sozial unterprivilegierte Arbeitnehmer zugeschnitten sind. Alles in allem läuft dies auf eine Vollversorgung unter weitgehender Ausschaltung des Prinzips der Freiwilligkeit, unter Ausschaltung der Grundlagen der Marktökonomie und der Steuerungsfunktion des Preises hinaus. Viele der Überlastungssymptome, die heute in der gesundheitlichen Versorgung zu beobachten sind, dürften letztlich darauf zurückzuführen sein.

Aufgrund solcher Überlastungen ist in der öffentlichen Gesundheitsversorgung eine Reaktivierung des Schutzbedürftigkeitskriteriums dringend geboten, das Herr Lege, wenn ich ihn richtig verstanden habe, für obsolet erklären will. Der Rechtszwang, auf dem die öffentlichen Systeme beruhen, muss fortlaufend vor den Freiheitsrechten der Bürger gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung kann aber nur insoweit gelingen, als sich der Staat und das öffentliche Recht auch im Bereich der gesundheitlichen Versorgung auf Aufgaben beschränken, die mit den Kräften des Einzelnen im Rahmen der Privatrechtsgesellschaft, in der Privatrechtsordnung nicht zu bewältigen sind.

Grewlich: Herrn Kingreen und Herrn Lege danke ich für ihre vorzüglichen Vorträge. Gesundheit ist ein normativer Begriff und sein Substrat ist zunächst ein privates Gut. Ein Vorredner betonte darüber hinaus den Aspekt „Volks Gesundheit als öffentliches Gut“ („public health“). Ich möchte mich dem anschließen. Meine Frage gilt dem „Schutzauftrag des Rechts“ zugunsten des Einzelnen wie auch die Solidargemeinschaft betreffend vorsorgend schützender Maßnahmen wie etwa in der Arbeitsmedizin und der Seuchenbekämpfung, nicht zuletzt zur Bekämpfung von Suchterkrankungen. Wie das Gesundheitswesen insgesamt, so impliziert auch die „Prävention“ unterschiedliche Kosten und Knappheitserscheinungen, ist aber nicht in allen Fällen von vornherein einzuordnen in die Bereiche, die Herr Lege eindrucksvoll mit „Haufen Geld“ und „Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit“ apostrophiert. Die Schaffung positiver Anreize auf der Grundlage geeigneter Rahmen-

bedingungen im „Schatten von Hierarchie“, aber ggf. auch die rechtsstaatliche Ausübung hoheitlicher Gewalt ist beispielsweise im vorsorglichen Kampf gegen durch Drogenkonsum induziertes Siechtum, das wir auf den Straßen unserer Städte beobachten, ebenso wichtig wie die Finanzierungsseite. Dazu gehören: Erstens, Information, Bildung und Förderung des Selbstwertgefühls als eine der Voraussetzungen für das Durchhalten eines gesunden Lebens. Durch transparente und berechtigte Leistungsausschlüsse könnte die persönliche Lebensdisziplin zusätzlich gefördert werden, was nicht bedeutet, dass die Schicksalshaftigkeit von Krankheit und die Hilfe der Solidargemeinschaft generell in Frage gestellt werden. Zweitens, rechtliche Regulierung und Deregulierung zur Schaffung funktionierender Märkte für wenig gesundheitsschädliche und in der Verabreichung nicht infizierende Drogensubstitute wären ein anderes Beispiel. Drittens, in welchem Umfang sind über das Ordnungsrecht hinaus imperative Instrumente der Staatsgewalt gefordert? Warum sind die in enger Verbindung mit der organisierten Kriminalität grenzüberschreitend agierenden und für enorme Gesundheitsschäden mitverantwortlichen Drogennetze offensichtlich erfolgreich, trotz des Schutzauftrags des Rechts? Besteht in diesem Bereich eine Verknappung verhältnismäßiger den Aktionsbereich der Drogenbarone auch geographisch erfassender repressiver Instrumente? Halten wir uns einige Fakten vor Augen: Der Welt-Opiate Markt liegt bei 65 Mrd. US\$. Etwa die Hälfte des globalen Heroin-Konsums und damit auch der verursachten Gesundheitsschäden entfällt auf Europa. Ein Kilogramm Heroin kostet an der afghanisch-pakistanischen Grenze rund 3500 US\$; in den Straßen von Berlin sind es dann 150 000 US\$. Dieser fast unglaubliche Wertzuwachs verdeutlicht die Macht und kriminelle Energie der Drogenorganisationen. Während unsere Seite sich im Gespräch mit Regierungsvertretern aus Ländern, in denen Drogen angebaut werden auf Gesundheitsschäden und das menschliche Leiden, die Querverbindungen von Drogenhandel und Terrorismus, die Gefahr nicht-rechtsstaatlicher failing states („Narco states“) und die „rule of law“ als Schutz gegen staatliche Willkür aber auch gegen unrechtmäßige Gewalt Dritter in den Ländern des „Angebots“ konzentriert, wird von den Gesprächspartnern regelmäßig auf die „Drogenökonomie“, die Frage der Anbausubstitute, die weit über die Ursprungsländer hinausgehende Macht gewalttätiger Drogensyndikate und sinngemäß auf den „Schutzauftrag des Rechts“ auf der Seite der „Nachfrageländer“ hingewiesen. Trotz normativer Abstufungen und dogmatischer Abgrenzungen sollten wir die als „Schutzauftrag des Rechts“ übersetzbare „responsibility to protect“, welche die Schutzverantwortung des Staates gegenüber seinen Bürgern in den Mittelpunkt souveräner Staatlichkeit

stellt, und die aus dem humanitären Völkerrecht bekannte aufkeimende Rechtspflicht der internationalen Gemeinschaft zur Schutzgewährung soweit einschlägig in unsere Erörterungen einbeziehen.

Schmidt am Busch: Ich möchte noch einmal einen Aspekt aufgreifen, der bereits mehrfach angesprochen worden ist. Das Problem der „Knapppheit“ im Gesundheitswesen kann man auch in der Weise angehen, dass man stärker bei dem Gut „Gesundheit“ ansetzt. Die Frage ist: wie können wir Gesundheit stärken? Wie können wir erreichen, dass weniger Menschen krank werden? Was bedeutet der „Schutzauftrag des Rechts“ in Bezug auf die menschliche Gesundheit? Es gibt verschiedene präventive Ansätze, die in der Vergangenheit verfolgt wurden, nämlich individualbezogene und sozialbezogene Ansätze.

Beim individualbezogenen Ansatz soll der Einzelne dazu angehalten werden, für die Erhaltung und Stärkung seiner Gesundheit zu sorgen. Die Gesetzliche Krankenversicherung arbeitet zunehmend mit Anreizen, die Eigenverantwortung des Einzelnen zu stärken, wie z.B. durch Beitragsermäßigungen bei der regelmäßigen Inanspruchnahme von Vorsorgeuntersuchungen. Diese Anreizpolitik wird ständig ausgebaut. Wie schon mehrfach erwähnt, wird immer stärker versucht, auf unsere Lebensweise Einfluss zu nehmen – z.B. ganz aktuell durch Rauchverbote, aber auch durch Einschränkungen beim Alkoholenuss oder durch eine immer stärkere Beeinflussung unseres Ernährungsverhaltens. Dieser Ansatz ist einerseits positiv zu bewerten, andererseits ist er verbunden mit immer stärkeren Eingriffen in unsere Autonomie. Ich nenne nur das Stichwort: paternalistischer Staat. Inwieweit darf der Einzelne in unserem Versorgungssystem, das schließlich auf dem Solidarprinzip beruht, zu einem gesunden Lebensstil „verpflichtet“ werden? Ich halte diesen – immer mehr an Bedeutung gewinnenden – individualbezogenen Ansatz für problematisch.

Der sozialbezogene Ansatz setzt demgegenüber bei den Verhältnissen und nicht beim individuellen Verhalten an. Ziel dieses Ansatzes ist es, gesundheitsförderliche Lebenswelten zu schaffen durch gesunde Umweltbedingungen, durch eine gesundheitsfördernde Architektur in den Städten wie z.B. den Ausbau von Sportstätten oder durch Sportunterricht in den Schulen. Dieser Ansatz wurde vor allem in den 1990er Jahren diskutiert, aber bald wieder vernachlässigt, da er mit hohen Kosten verbunden ist. Mir scheint dieser Ansatz langfristig aber sehr erfolgversprechend zu sein.

Mich würde interessieren, wie diese Ansätze, das Gut „Gesundheit“ zu stärken, von den Referenten bewertet werden.

Murswiek: Die soziale Krankenversicherung hat ja den Zweck, diejenigen Gesundheitsrisiken oder Gesundheitsgefahren abzusichern, denen jeder Mensch in gleicher Weise ausgesetzt ist. Sie sichert die finanziellen Folgen ab, die durch Krankheit entstehen, gleichgültig, ob es individuell besondere Krankheitsdispositionen gibt. Insofern sind wir alle gleich. Es gibt aber auch das Phänomen, dass einzelne Menschen bewusst und gewollt erhöhte Risiken eingehen, aus denen insbesondere Dingen Unfälle resultieren, die dann die Versichertengemeinschaft belasten. Wir können an Drachenflieger, Motorradfahrer, Skifahrer denken usw., die einfach nach dem Motto „no risk – no fun“ Risiken eingehen, für deren Kosten die Krankenversicherung entsteht. Die Frage, die sich mir in diesem Zusammenhang stellt, ist: Dient die Versichertengemeinschaft auch dazu, einen erhöhten Spaßfaktor Einzelner mitzufinanzieren, oder entspricht es nicht vielmehr der verantworteten Freiheitsausübung, dass jemand, der erhöhte Risiken für seine Gesundheit eingeht, diese Risiken aufgrund seiner Eigenverantwortung selbst absichert. Hier ist es aus meiner Sicht gar nicht notwendig, dass der Staat bestimmte Tätigkeiten, die mit hohen Risiken verbunden sind, verbietet. Aber es wäre doch denkbar, dass eine gesonderte versicherungsrechtliche Absicherung eingeführt wird. Man könnte etwa Nikotin- oder Alkoholkonsum mit einer Abgabe für einen besonderen Versicherungsbeitrag verbinden. Ähnliches könnte man sich für Skipässe vorstellen. Das Eingehen besonderer Risiken lässt sich mit einem besonderen finanziellen Beitrag zur Versicherung dieser Risiken verbinden.

Steiner: Ich habe zunächst einen Beitrag zur Empirik von Herrn Kollegen Lege. Herr Lege, Sie haben gesagt, wir haben bei den niedergelassenen Ärzten ein Mangelproblem, es sind zu wenige. Sie haben gesagt, das ist wahrscheinlich ein Problem der Gerechtigkeit. Es ist Gott sei Dank nicht nur ein Problem der Gerechtigkeit. Wir haben eine sehr interessante Entwicklung in der deutschen Medizin. Es schließen inzwischen wahrscheinlich mehr junge Frauen das Medizinstudium ab als junge Männer. Diese jungen Frauen kommen aber nicht, wie gewünscht, auch im Gesundheitssystem an. Wir müssen befürchten, sie schließen Ehen und gründen Familien. Wir haben aber auch noch eine andere Tendenz. Es ist ganz klar, dass junge Medizinerinnen aus Gründen der Kompatibilität von Beruf und Familie eher ein Angestelltenverhältnis suchen als die Niederlassung als freiberufliche Ärztin. Und deshalb haben wir in diesem Bereich ein Mangelproblem. Herr Kingreen, zu Ihrem Beitrag, der natürlich gewohnt kompetent zu einem Thema ist, zu dem Sie ja schon viel publiziert haben: Ich muss dennoch sagen, mir fehlt ein Stichwort. Ich hätte gerne etwas mehr gewusst zum Thema

Priorisierung und vor allem Rationierung in der Medizin und vor allem in der Altersmedizin. Da diskutieren wir auf einem ganz bescheidenen empirischen Niveau. Wir versuchen aus England unsere Beispiele zu beziehen, wir bekommen sie aus Deutschland kaum. Das ist vielleicht auch ein Grund, warum wir keine substantielle verfassungsrechtliche Debatte über diese Fragen führen. Vielleicht ist es aber auch so, dass wir Juristen uns zunächst mal raushalten sollten aus diesen Konflikten, und die Ärzte sollen verantwortlich im Einzelfall entscheiden. Und noch ein dritter Punkt. Er betrifft Herrn Lege und sein Erschrecken vor den Asymmetrien, Anomalien und anderen seltsamen Erscheinungen des Gesundheitssystems. Ich hatte vor einiger Zeit das sehr zweifelhafte Vergnügen, eine Kommission zu leiten mit dem Thema „Zukunft der niedergelassenen Ärzte“. An dieser Kommission waren fast alle maßgeblichen Kräfte des deutschen Gesundheitswesens beteiligt. Zu solchen Kommissionen kommt man, wenn man 12 Jahre beim Verfassungsgericht war und die Leute meinen, man verstehe etwas von Gerechtigkeit. Von diesem Irrtum zieht man Nutzen (oder Schaden). Seitdem sage ich in meinen Vorträgen über das Gesundheitswesen einen Satz, der Ihnen, Herr Lege, sehr entgegenkommen wird. Er lautet: Es gibt wahrscheinlich nur in Afghanistan mehr Warlords als im deutschen Gesundheitswesen.

Streinz: Vielen Dank. Ich habe eine Frage an Herrn Lege. Ich meine, Ihr Beitrag hat gezeigt, dass man im Gesundheitsrecht auch nicht ganz ohne Europarecht auskommt. Sie hatten hinsichtlich Europarecht und PKV Bezug genommen auf das Lotterie-Urteil, das jüngste Lotterie-Urteil, nehme ich an, des Europäischen Gerichtshofs. Mich würde interessieren, was insoweit Ihr Ansatz ist. Der Europäische Gerichtshof hat, das ist ja zum Teil etwas übertrieben dargestellt worden, das Monopol nicht für unzulässig erklärt, sondern nur gefordert, dass das ganze System kohärent ist. Davon kann angesichts der bekannten angeblichen Spielsuchtbekämpfung durch die deutschen Lotterieveranstalter ja keine Rede sein. Ferner muss das System transparent sein. Meine Frage: Was folgt daraus nach Ihrer Ansicht für die PKV, vor allem, wenn man noch berücksichtigt, dass der EuGH im Gesundheitsbereich den Mitgliedstaaten relativ große Spielräume konzidiert, was ja auch das Urteil zum deutschen Apothekerschutzrecht gezeigt hat. Vielleicht fehlt hinsichtlich der Kohärenz so etwas wie eine EU-rechtliche Vorgabe. Ein Ansatz zum Europarecht findet sich auch bei Herrn Kingreen, der auf den internationalen Standard Bezug genommen hat. Den bräuchte man nämlich auch, was das Europarecht angeht. Ich möchte dies an einem Fall deutlich machen. Eine Patientin im Vereinigten Königreich benötigte

eine Hüftoperation. Die zuständige Behörde meinte, sie könne und müsse noch ungefähr ein Jahr warten, es handle sich wie bei anderen Betroffenen um einen Routinefall. Sie ging nach Frankreich, ließ sich dort operieren und verlangte dann vom National Health Service unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit die Kostenerstattung, was natürlich ein gewisses Problem aufwirft. Der National Health Service müsste nämlich für solche Fälle dann eigentlich Mittel bereitstellen, die er, wie die Wartezeit zeigt, offensichtlich nicht hat. Abschließend ein Beispiel aus der deutschen Praxis, und da würde mich interessieren, unter welche Kategorie man den Fall vielleicht subsumieren könnte, Rationierung, Rationalisierung oder braucht man dafür einen neuen Begriff oder fehlen dafür einfach die Worte. Dies ist tatsächlich so vorgekommen. Nach einem Verkehrsunfall wurde ein Verletzter in das Krankenhaus eingeliefert, und dort hat man es offenbar für erforderlich gehalten, man macht das ja offenbar nicht aus Jux und Tollerei, ihn in den Computertomographen zu schieben. Bevor er untersucht wurde, wurde er wieder herausgezogen, weil erst geprüft werden müsse, ob die Krankenversicherung bereit ist, auch die Kosten dafür zu übernehmen. Ich halte das für rechtlich wahrscheinlich nicht tragbar, aber da würde mich Ihre Meinung interessieren. Vielen Dank.

Kämmerer: Mir haben beide Vorträge, auch wenn ich kein Sozialrechtler bin, sehr aus dem Herzen gesprochen. Ich möchte noch ein paar Anmerkungen zu den Maßstäben machen, den europarechtlichen wie auch den verfassungsrechtlichen. Bei den europarechtlichen Maßstäben kann ich mich relativ kurz fassen und an Herrn Streinz anknüpfen. Hier wäre vielleicht noch anzumerken, dass, selbst wo das Europarecht tatbestandlich voll eingreift, der Europäische Gerichtshof doch beispielsweise die finanzielle Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme als Rechtfertigungsgrund wiederholt herangezogen hat. Selbst wenn man also so weit gehen würde, die Krankenversicherungen als Unternehmen selbst im wettbewerbsrechtlichen Sinne anzusehen, würde das Europarecht in der Sache vermutlich keine durchgreifenden Änderungen bewirken. Was sodann die verfassungsrechtliche Seite betrifft, beschäftigt mich eine Frage, die auch auf das Verständnis der Grundversorgung und des verfassungsrechtlichen Minimalstandards zielt. Wenn ich Herrn Lege richtig verstanden habe, dann gebietet das Sozialstaatsprinzip „nicht mehr als die Grundversorgung“, darüber hinaus aber keine Mildtätigkeit. Unabhängig davon, ob dies so aufzufassen ist, fragt sich aber, ob dem Sozialstaatsprinzip in Ansehung der Gesundheitsfinanzierung überhaupt Maßstäbe zur Beantwortung der Frage entnommen werden können, ob eine sozialer Leistungstransfer eine soziale

Leistung unter finanziell und gesundheitlich „ungleichen Gleichen“ oder ein „Almosen“ zwischen Ungleichen ist. Für die Unmöglichkeit einer a-limine-Unterscheidung könnte man auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bestärkend anführen. In These 2 von Joachim Lege heißt es, die Gesundheit sei nicht primär ein öffentliches Gut – was zum Gegen-schluss berechtigt, dass sie jedenfalls *auch* ein solches sei; und in der Tat ist Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, kraft der objektiven Wirkung der Grundrechte auch als öffentliches Gut aufzufassen. Seine Ausgestaltung fällt in die Schutzpflicht des Gesetzgebers mit einer weiten Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative, die möglicherweise sogar den Begriff der Gesundheit selbst mit umschließt. Verletzt ist sie nur bei einem untermäßigen Grundrechtsschutz. Ein klarer Maßstab für das Zuwenig fehlt, vor allem aber fehlt ein klarer Maßstab für das Zuviel.

Tatsache allerdings ist, und darin pflichte ich Herrn Herrn Kingreen bei, dass der Gesetzgeber die Bestimmung von Maßstäben hier weitgehend aus der Hand gegeben hat. Aufgrund von Informationsasymmetrien, wie sie für den medizinischen Bereich typisch sind, bleibt ihm allerdings praktisch oft keine andere Wahl als das „Outsourcing“. Die Einbeziehung der Versicherten kann Probleme mit dem Demokratieprinzip aufwerfen, wäre aber die „grundrechtsnähere“ – wenn auch nicht unbedingt effizientere – Lösung. Ergänzend weise ich noch darauf hin, dass der Staat auch dort, wo das beschriebene „Viereck“ der Akteure nicht besteht, seinem Rechtsetzungsauftrag jedenfalls in den letzten Jahren nicht ausreichend nachgekommen ist. So ist die GOÄ seit fast zehn Jahren nicht mehr geändert worden, was zur Folge hat, dass sich die Unwuchten im dualen System zwischen gesetzlicher und privater noch vergrößert haben, hier übrigens bei einigen ärztlichen Leistungen auch einmal zu Lasten der privat Versicherten.

Heinig: Man könnte das Thema des Nachmittags vielleicht reformulieren in zwei Fragen: Wer ist wie zu versichern und wer zahlt für was und wen? Wenn dem so ist, dann sind beide Fragen zu unterscheiden. Wenn ich es recht sehe, neigen Sie, Herr Lege, dazu, sie miteinander zu vermengen.

Die erste Frage, wer ist wie zu versichern, betrifft die Frage der Versicherungspflicht. Das führt primär zu freiheitsrechtlichen Problemen. Die Frage der Zahlungspflichten führt hingegen zu Fragen der sozialen Umverteilung und damit zu Problemen der Belastungsgleichheit, also eher ein gleichheitsrechtliches Problem. Die beiden Kreise hängen zweifelsohne bei unserer Ausgestaltung des Krankenversicherungssystems zusammen, aber sind trotzdem abgeschichtet. Ich sehe freiheitsrechtlich durchaus Möglichkeiten, nach dem Schutzbedarf zu unterscheiden. Be-

amte etwa unterliegen eben einem gewissen versorgungsrechtlichen Schutz, Personen mit sehr hohem Einkommen haben einen anders akzentuierbaren Schutzbedarf, als das Personen für mit niedrigem Einkommen gilt. Also freiheitsrechtlich lässt sich durchaus die Differenzierung unseres Sozialversicherungssystems halten. Das eigentliche Gerechtigkeitsproblem, das Sie angesprochen haben, resultiert doch daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die sog. Friedensgrenze zwischen PKV und GKV sich schlicht nach dem Finanzbedarf der GKV richten darf, weil die Finanzierungsfähigkeit selbst Verfassungsrang hat und deshalb eine Ausweitung der Versicherungspflicht nach Kassenlage rechtfertigen können soll. Damit stellt sich, das haben Sie, Herr Lege, aufgegriffen, die Frage der Lastengleichheit. Hier verspricht eine steuerfinanzierte Umverteilung in der Tat Abhilfe. Allein: Dieses Modell trifft auf entschiedenen politischen Widerstand in der Bevölkerung. Schon sicher geglaubte Wahlerfolge zerplatzten in der jüngeren Vergangenheit an dieser Stelle wie Seifenblasen im Dornenbusch. Deshalb sollte wir uns als Verfassungsjuristen hier sowohl in epistemischer wie in demokratietheoretischer Bescheidenheit ergehen. Wir haben kein überlegenes Wissen, welches Modell vorzugswürdig ist. Deshalb sollte man Vorträge zu diesem Thema vielleicht auch etwas weniger gallig gestalten, so angenehm das zum Zuhören auch war.

Herr Lege, Ihre Antwort auf die Frage, was hilft, war dann die Rückbesinnung auf sozialstaatliche Solidarität. Dem traue ich, ehrlich gesagt, nicht. Man muss nicht ganz so weit gehen wie Michael Stolleis, der einen Artikel überschrieb mit „Wer von Solidarität redet, will was haben“, aber man muss sich schon überlegen, was Solidarität meint. Sie haben sich eines definitorischen Tricks bedient und gesagt, Solidarität ist reziprok, nicht einseitig. Vorgelagert zu dieser ganzen Problematik ist jedoch die Frage, warum eigentlich Solidarität geübt werden soll, und die verbindet sich mit der Beobachtung, dass Solidarität sich verbraucht, selbst ein knappes Gut ist. Solidaritätspflichten müssen deshalb die Bedingungen der Solidaritätsgenerierung im Blick behalten. Hieraus folgt meines Erachtens, dass eine freiheitstheoretische Fundierung des Sozialstaates unverzichtbar ist.

Nun hätte ich noch gern etwas gesagt zum Modell von Herrn Kingreen, dessen Antwort darauf hinauslief, mehr Demokratie, nicht mehr Solidarität zu fordern. In diesem Zusammenhang wurde dann der Versuch unternommen, den Nikolaus-Beschluss durch die Deutung zu retten, dass hier legitimatorische Defizite durch extensive Leistungsansprüche kompensiert werden können. Das scheint mir untunlich. Der Nikolaus-Beschluss weist zwei Dimensionen auf. Er behandelt die Frage der Beitragsäquivalenz und das medizinische Existenzminimum. Dass

man das Existenzminimum nicht einfach „berechnen“ kann, haben die jüngsten Debatten über die Neufassung der Regelsätze im SGB II gezeigt. Gleiches gilt aber auch für das SGB V. Der Politik, dem Gesetzgeber muss ein Gestaltungs- und Konkretisierungsspielraum bleiben. Deshalb kann das medizinische Existenzminimum allenfalls umfassen, was medizinisch evident notwendig ist und nicht alles umfassen, was knapp jenseits offensichtlicher Scharlatanerie liegt. Deshalb polemisch zugespitzt: Es gibt keinen Grundrechtsanspruch auf Gesundpendeln, auch nicht zwecks Kompensation demokratischer Legitimationsdefizite.

Neumann: Herr Lege, Sie haben viele Fragen angesprochen. Einverstanden bin ich mit dem, was ich als Quintessenz Ihres Beitrags mitnehmen möchte, nämlich mit dem Satz: Das duale System aus GKV und PKV ist verfassungsrechtlich nicht rechtfertigungsfähig. Ob es dann in Richtung Bürgerversicherung oder Kopfpauschale gehen soll, haben Sie mit vertretbaren Argumenten offen gelassen. Meine Frage lautet schlicht und einfach: Habe ich Sie richtig verstanden, sind Sie wirklich der Auffassung, dass das duale System aus GKV und PKV verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann? – Herr Kingreen, ich bin mit den allermeisten Ihrer Ausführungen einverstanden. Das gilt insbesondere für Ihre skeptisch-ironischen Anmerkungen zum Standard der Gesundheitsökonomie. In der Tat wären wir schlecht beraten, wenn wir uns von den Gesundheitsökonomien die Themen und Begriffe diktieren ließen. Und gefreut hat mich, dass Sie Ihre schneidige Kritik am Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2005 ein Stück weit entschärft haben. Wenn ich richtig informiert bin, stammt von Ihnen ja sogar die freche Bezeichnung „Nikolaus-Beschluss“. Sie stellen zu Recht darauf ab, dass der dogmatisch stimmige Ansatz die Verbindung von Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Sozialstaatsprinzip ist, während die Konstruktion der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eher mit Zurückhaltung zu betrachten ist. Und dieser Ansatz ist doch auch sehr gut nachvollziehbar: Wer viele Jahre Beiträge in eine Krankenversicherung eingezahlt hat, der hat ein Recht darauf, im Falle einer lebensbedrohlichen Krankheit nicht alleine gelassen zu werden, nur weil die medizinische Wissenschaft noch kein abschließendes Urteil über die Wirksamkeit einer Therapie abgeben kann. Wir wissen doch, dass das, was heute Stand der Wissenschaft ist, in einem halben Jahr nicht mehr richtig sein muss. Deshalb ist es wenig überzeugend, davon ein Menschenleben abhängig zu machen. – Nicht einverstanden bin ich mit ihren Ausführungen zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses, also damit, dass Sie in den Chor derer einstimmen, die den GBA delegitimieren. Wir diskutieren im Sozialrecht

über diese Frage seit fast zwei Jahrzehnten und können auf mittlerweile drei Habilitationsschriften und wohl zwei Dutzend Dissertationen verweisen. Vielleicht sollten wir uns zu dem Urteil durchringen, dass nicht die Legitimation des untergesetzlichen Sozialrechts defizitär ist, sondern die vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er und 1990er Jahren entworfene Legitimationsdogmatik Defizite hat. Die Emscher-Entscheidung hat hier ja für kräftige Korrekturen gesorgt. Um es in der von der Ampel gebotene Kürze zu sagen: Der in der gemeinsamen Selbstverwaltung durchgehend anzutreffende Ausfall der personellen demokratischen Legitimation kann auf zweifache Weise kompensiert werden: Entweder durch eine mitgliedschaftliche oder eine anstaltliche Legitimation. Die mitgliedschaftliche Legitimation erfordert eine innerverbandliche demokratische Willensbildung von unten nach oben, was beim GBA – das räume ich ein – zweifelhaft ist. Dann greift die anstaltliche Legitimation ein, die gesetzliche Vorkehrungen dafür verlangt, dass der im Parlamentsgesetz zum Ausdruck gebrachte Volkswille möglichst effektiv durchgesetzt wird. Diese Vorkehrungen sind m.E. beim GBA gegeben. Also brauchen wir uns über die demokratische Legitimation der Richtlinien nicht mehr den Kopf zerbrechen.

Pitschas: Ich kann gleich daran anschließen, lieber Herr *Kingreen*, nämlich an die Frage der sog. demokratischen Verfahrensgerechtigkeit. Es gibt mindestens zwei Ansatzpunkte, von denen aus wir noch mehr über die Legitimationsproblematik des Gemeinsamen Bundesausschusses nachdenken müssen. Das betrifft einmal Ihre Behauptung, die „wesentlichen“ Fragen im Gesundheitswesen würden nicht durch den Gesetzgeber entschieden. Ich setze dagegen, die wesentlichen Entscheidungen – wie z.B. die Diskussion in diesen Tagen und Monaten zeigt –, werden denn doch vom Gesetzgeber getroffen. Alles Weitere ist funktionale Selbstverwaltung, deren Begriff i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortgeschrieben werden muss. Wir sind nicht mehr beim (Wasser)verband, sondern wir sind nun bei den Eigentümlichkeiten des Gesundheitswesens. Die Konsequenz ist, dass wir uns fragen müssen, wie sieht denn eine solche funktionale Selbstverwaltung auf der prozeduralen Ebene aus? Das haben Sie zwar gemacht, bleiben aber in Ihrer These selbst offen, nämlich in der These 20. Sie formulieren, „eine gleichberechtigte Beteiligung von gewählten Versichertenvertretern in allen Gremien“ sei wünschenswert. Doch wie, das ist doch die entscheidende Frage für heute. „Beteiligung“ sei wünschenswert, das ist klar. Ich möchte somit zwei Punkte festhalten: Wesentliches wird entschieden vom Gesetzgeber, und die Beteiligung der Versicherten wird nach wie vor durch die Krankenkassen gewährleistet

bzw. dadurch, wie wir die Versicherten in die Verantwortung personell bringen.

Mit ebenfalls zwei Punkten möchte ich mich, lieber Herr *Lege*, an Sie wenden. Der erste Punkt ist, wir kommen zu Ungerechtigkeiten, wenn wir einen falschen Befund haben. Und ich meine, Sie haben in These 4 und 5 einen falschen Befund zur Realität der Gesundheits- und Krankenhausversorgung erhoben. In These 4 sagen Sie, es gehe um einen Kampf um die guten Risiken, und das wirke alles gelegentlich kleinkrämerisch. Ich bin da ganz anderer Meinung. Es sind existentielle Fragen einer gemischten Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz aus der Perspektive der Solidarität in der GKV und der Gewinnorientierung der PKV. Wenn wir bei der GKV an einem Schraubchen drehen, dann hat das sogleich Nachteile für die PKV zur Folge. Ich würde ferner und zweitens nicht von „blutiger Entlassung“ reden, denn es sei der Hinweis gestattet, dass wir große Anstrengungen im Gesundheitswesen unternehmen, zu einer sehr dezidierten Abschätzung des gesundheitlichen Behandlungserfordernisses im Krankenhaus zu kommen. Ich finde, den Befund auf „blutige Entlassung“ daraus zu reduzieren, ist da vielleicht etwas kurz gedacht. Gleiches gilt für die Rede vom GBA als ein „ZK“. Herr Kingreen hat ja klar gemacht, dass es sich nicht um ein solches handelt, da fehlen halt noch ein paar Gruppen. Und „Warlords“, mit Verlaub, Herr *Lege*, sind dort sowieso nicht zu finden.

Lorz: Die beiden Referate und auch einige der vorangegangenen Wortmeldungen haben für das Gesundheitswesen – jedenfalls hatte ich diesen Eindruck – die Wahrheit des alten, schönen Zitats bestätigt: Ist es auch Wahnsinn, hat es doch Methode. Ich möchte jetzt versuchen, noch ein bisschen mehr Methode in den Wahnsinn zu bringen, und habe dazu eine Frage an Herrn *Lege*, die an Ihre These 12 anknüpft. Um genau zu sein, sind es zwei Fragen, die sich auf das Verhältnis der These 12 zu zwei anderen Thesen von Ihnen beziehen. Sie sind in These 12 auf die verschiedenen Modelle eingegangen, die allgemein diskutiert werden – Bürgerversicherung, Gesundheitsprämie etc. – und haben statuiert, diese seien grundsätzlich alle mit der Verfassung vereinbar. Das leuchtet mir, ehrlich gesagt, schon deswegen auf Anhieb ein, weil ich finde, dass es sich dabei im Kern um die wichtigste gesundheitspolitische Entscheidung handelt und diese in unserem Gemeinwesen im demokratischen Prozess getroffen werden muss. Meine erste Frage ist allerdings konkret auf das Modell der Bürgerversicherung, also der zwangsweisen Einheitsversicherung für alle – das ist ja damit gemeint – bezogen: Wie passt diese Aussage in Bezug auf die Bürgerversicherung mit Ihrer These 13 zusammen, vor allem mit der Rolle

von Art. 9 Abs. 1 GG, die Sie dort gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen in Stellung bringen? Gilt das nur punktuell für das heutige System aufgrund der besonderen Struktur der Kassen? Was würde passieren, wenn man im Rahmen einer Ausweitung des heutigen Systems einfach alle Kassen zusammenfassen würde? Könnte ich dann Art. 9 Abs. 1 GG auch gegen die Bürgerversicherung in Stellung bringen, oder könnte der Staat dieses Grundrecht – in Ihrer Interpretation – aushebeln, indem er schlicht auf eine Einheitskasse übergeht? Oder muss die freie Kassenwahl gewährleistet bleiben? Aber was spielt sie noch für eine Rolle, wenn alle essentiell die gleichen Bedingungen anbieten müssen? Mich würde die genaue Reichweite von Art. 9 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang noch näher interessieren. Meine zweite Frage ist etwas grundsätzlicherer Natur. Sie bezieht sich auf die These 9 zu Verteilungsgerechtigkeit und Erwirtschaftungsgerechtigkeit, und ich habe einen Satz aus Ihrem Referat, den ich hoffentlich richtig erinnere, im Ohr, wo Sie festgestellt haben, es sei unter Solidaritätsaspekten nicht weiter entscheidend, ob man wie bei der Bürgerversicherung nach Einkommen staffelt oder eine Gesundheitsprämie festsetzt. Das hat mich, ehrlich gesagt, etwas verwundert, denn für mich ist es sehr entscheidend, ob ich eine Prämie zahle, die sich irgendwie an den von mir in Zukunft zu erwartenden Krankheitskosten orientiert, wo ich also versicherungsmathematisch quasi für mich selbst bezahle, oder ob ich einen bestimmten Prozentsatz meines Einkommens abgebe, aus dem der Staat dann allgemein das wie auch immer festzusetzende Versorgungsniveau garantiert. Man mag auch letzteres unter Solidaritätsaspekten für gerechtfertigt halten, aber es bedeutet doch auf jeden Fall eine deutliche Abkoppelung der Verteilungsgerechtigkeit auf der einen Seite, die sich nach der Notwendigkeit der medizinischen Versorgung richtet, und der Erwirtschaftungsgerechtigkeit auf der anderen Seite. Ich bin fast versucht, Sie zu paraphrasieren: Sie sagten, wenn es sich anfühlt wie Privatrecht, ist es vielleicht Privatrecht, und ich würde sagen: wenn es sich anfühlt wie eine Steuer, und das tut es, wenn ich einen bestimmten Prozentsatz meines Einkommens hergebe, damit letzten Endes ein bestimmtes Niveau der Daseinsvorsorge für alle gewährleistet wird, dann ist es vielleicht auch wie eine Steuer. Aber wenn ich nun Ihre These 9 wörtlich nehme, ist dieses Auseinanderfallen von Verteilungs- und Erwirtschaftungsgerechtigkeit Ausbeutung. Dazu würden mich noch nähere Erläuterungen von Ihrer Seite interessieren. Herzlichen Dank.

Ebsen: Zunächst möchte ich einen Punkt ansprechen, der nach Anlage der Referate und in der Tat auch nach der Wichtigkeit eher am Rande

liegt, der aber doch auch zum Thema der Knappheit gehört. Bei Herrn Lege explizit und bei Herrn Kingreen implizit war Knappheit immer eine solche an finanziellen Mitteln, aufgrund derer dann die im solidarisch finanzierten System der Sozialversicherung verfügbaren Leistungen eben ihrerseits begrenzt sind. Dies führt zu dem (sozialen) Gerechtigkeitsproblem unterschiedlichen Zugangs zu medizinischen Leistungen in Abhängigkeit von individuell verfügbaren Mitteln. Ich möchte jedenfalls darauf hinweisen, dass es auch andere – nicht durch Einsatz finanzieller Mittel überwindbare – Formen von Knappheit gibt. Im deutschen Gesundheitssystem gehört hierher etwa die Knappheit an für Transplantationen verfügbaren Organen. In einigen Situationen war man auch schon mit Medikamenten oder Impfstoffen in der Nähe solcher Knappheit. Eine Zwischenform ist die – zwar auch mit finanziellen Mitteln behebbare, aber praktisch nicht individuell überwindbare und darum kein soziales Gerechtigkeitsproblem darstellende – Knappheit an Infrastruktur wie etwa an Rettungshubschraubern, deren Vermehrung zur Rettung von Leben führen würde. Mit solchen Knappheitskonstellationen sind ganz eigene Gerechtigkeitsprobleme verbunden.

Im Mittelpunkt aktueller und wohl noch mehr künftiger Diskussionen steht sicherlich aber die auf sozialpolitischen Kosten-Nutzen-Erwägungen beruhende Beschränkung von medizinisch sinnvollen Leistungsangeboten. Soweit hier nicht punktuelle gesetzgeberische Entscheidungen getroffen sind, wird dieses Kosten-Nutzen-Thema auf wenig transparente Weise innerhalb der Systeme der Leistungserbringung (z. B. durch finanzielle Anreize an Leistungserbringer) und transparenter durch Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses abgearbeitet. Während der erste Weg inakzeptabel ungerecht ist (bevorzugt werden die durchsetzungsstärkeren Versicherten), bin ich gegenüber der Legitimation der untergesetzlichen Normsetzung zum GKV-Leistungskatalog durch gesetzgeberisch austarierte sachverständige Interessenvertreter weniger skeptisch als Herr Kingreen. Insbesondere scheinen mir solche Entscheidungen bei der Ministerialverwaltung nicht besser aufgehoben. Allerdings teile ich die Skepsis gegenüber der Austarierung selbst im gegenwärtigen Gemeinsamen Bundesausschuss. Aus verschiedenen Gründen, die mit der Zusammensetzung des Gremiums zu tun haben und mit dem Umstand, dass Entscheidungen über den Leistungskatalog häufig auch Verteilungswirkungen zwischen den Sektoren der Krankenversorgung haben, ist nicht von der Hand zu weisen, dass es in diesem System, zu welchem auch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) gehört, einen gewissen Bias gibt. Bei modellhafter Unterscheidung des Interesses des Versicherten in seiner Eigenschaft als Zahler an niedrigen Kosten und sei-

ner Eigenschaft als Patient an optimaler Therapie ist es ein Bias zugunsten des Zahlerinteresses zu Lasten des Patienteninteresses. Eine gegenüber der jetzigen stimmrechtslosen Beteiligung stärkere Stellung und vielleicht auch eine stärker legitimierende Rekrutierung von Patientenvertretern könnte hier eine Lösung sein. Ausgehend von einer Skepsis gegenüber der Austariertheit von Entscheidungen über die Einbeziehung von Therapien in die GKV-Versorgung kann man auch dem schon mehrfach zitierten „Nikolaus-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts eine über die aus ihm abzuleitende Rechtsdogmatik hinausgehende Funktion zuschreiben, nämlich die eines Damoklesschwerts, welches die Akteure einschließlich des Bundessozialgerichts daran erinnert, dass sie einer Fairness- und Vernünftigkeitkontrolle unterliegen. Für diese Funktion eines Damoklesschwerts ist sogar eine gewisse rechtsdogmatische Unberechenbarkeit funktional.

Rixen: Meine Fragen betreffen ein entscheidendes, vielleicht das entscheidende Sachproblem unseres Themas: Wie können die Perspektiven und Interessen der Patientinnen und Patienten adäquat, d. h. besser als bislang im Gesundheitssystem abgebildet werden? Wie müssen sich die bisherigen Formen demokratischer Partizipation ändern? Welche neuen Regelungsstrukturen brauchen wir? Ich frage mich, ob wirklich viel gewonnen ist, wenn wir das Steuerungsinstrument der Rechtsverordnung wiederentdecken (These 21 bei Thorsten Kingreen). Natürlich ist etwas gewonnen, wenn man sich in den herkömmlichen Gleisen der Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts bewegt, denn eine Rechtsverordnung ermöglicht im Sinne der sog. „Legitimationsketten-theorie“ zumindest klare Zurechnungen. Nur: Diese Konstruktion trägt kaum etwas dazu bei, dass Patienteninteressen verlässlich ermittelt, gebündelt und artikuliert werden. Da es um Interessen geht, die die Gesundheit – im Extremfall Leben und Tod – betreffen, erweist sich die zuweilen eher abfällig gebrauchte Vokabel „Betroffenendemokratie“ als hilfreicher Richtungsanzeiger bei der Suche nach Artikulations- und Partizipationsformen, in denen die grundgesetzliche Demokratie spezifisch existenzieller Betroffenheit angemessen Gehör verschaffen kann. Durch einen formalen „Kniff“ – verstärkter Einsatz des Steuerungsinstruments „Rechtsverordnung“ – lässt sich das Sachproblem, um das es geht, nicht lösen.

Damit verbindet sich die Frage – sie habe ich ein wenig vermisst (These 19 bei Thorsten Kingreen) – nach der effektiven Durchsetzung von Patienteninteressen im Konfliktfall. Könnte sie nicht besser als bislang gelingen, wenn wir – auch wenn das für manche verwegen klingt – die Möglichkeiten der Verbandsklage stärker nutzen? Die Verbands-

klage ist im geltenden Recht, namentlich in sozialrechtsnahen Feldern, so ungewöhnlich nicht, man denke an die Gesetze zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, aber auch an das Umwelt- oder an das Wettbewerbsrecht. Warum sollte die Verbandsklage nicht auch im Gesundheitswesen zum Einsatz kommen, um individuelle Interessen kollektiv zu bündeln, die schwer durchsetzbar sind, wenn man sie bloß als unverbunden nebeneinander stehende Einzelanliegen deutet? Für viele Menschen, die durch Krankheit und zusätzlich vielleicht noch durch die Folgen des Alterns geschwächt sind, ist der Individualrechtsschutz keine realistische Option, denn er wird meist an den faktisch bestehenden Handlungsmöglichkeiten vorbeigehen, die nötig sind, um einen Individualrechtsstreit zu führen. Die Zahl der, sagen wir, schwerkranken 80jährigen, die sich vor den Sozialgerichten dagegen wehren, dass die Krankenkasse ihnen bestimmte Therapien vorenthält (was in der Praxis leider vorkommt), hält sich in Grenzen. Abgesehen davon werden es die meisten schwerkranken Menschen und ihre Angehörigen generell als Zumutung empfinden, sich in einer dramatischen gesundheitlichen Situation auch noch in einen Rechtsstreit mit einem Gegner begeben zu müssen, der wie die Krankenkassen professionell organisiert ist und nicht zuletzt auch im Rechtsstreit professionell agiert. Das daraus resultierende strukturelle Ungleichgewicht ließe sich durch die Einführung der Verbandsklage im Gesundheitswesen kompensieren.

Schließlich ein dritter Punkt: Offenbar teilen nicht alle Anwesenden die skeptische Sicht auf den sog. Nikolaus-Beschluss vom 6. Dezember 2005 (BVerfGE 115, 25), die in Thorsten Kingreens Vortrag favorisiert worden ist. Ich möchte nachdrücklich für den Nikolaus-Beschluss und seine vielleicht etwas verborgene Weisheit werben. Soeben war in einem Diskussionsbeitrag sinngemäß vom grundrechtlichen Anspruch auf „Gesundpendeln“ die Rede. Dergleichen findet sich im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts mit keinem Wort. Der Nikolaus-Beschluss ist keine Einladung zum Obskurantismus oder zu anderen Merkwürdigkeiten. Vielmehr ist es so, dass die Nikolaus-Entscheidung das Kernproblem unseres Themas zumindest der Sache nach anspricht: Ist die Perspektive der Patientinnen und Patienten relevant, werden ihre Interessen berücksichtigt, besteht eine Chance, dass sie Anerkennung finden? Genau daran erinnert der Beschluss, indem er eine Antwort am Leitfaden der Grundrechte entwickelt. Zugleich erinnert das Bundesverfassungsgericht an das einfache Recht, wenn es sagt: Es gibt nicht nur ganz hochrangiges Wissen, z.B. randomisierte kontrollierte Studien, es gibt auch relevantes Wissen, das auf niedrigeren „Evidenzstufen“ (wie es im Fachjargon heißt) angesiedelt ist. Das können auch Selbstauskünfte von Patienten sein, die natürlich ärztlich eingeordnet,

also objektivierend bewertet werden müssen. Der Nikolaus-Beschluss ist eine in der Verbindlichkeitsform des Verfassungsrechts erfolgende Erinnerung an die Patientenautonomie, also an das Recht kranker Menschen, in erster Linie selbst darüber zu entscheiden, welche Behandlung ihnen nützt; der seit einigen Jahren immer häufiger verwandte Begriff der „Patientensouveränität“ unterstreicht dies, weil er die Rolle des Patienten als „Souverän“ seiner Gesundheit betont. Patientenautonomie darf nicht auf die Bedeutung reduziert werden, die ihr im direkten Kommunikationsverhältnis von Arzt und Patient zukommt. Sie hat auch eine gesundheitssystembezogene Bedeutung, d.h. Patientenautonomie muss auch und gerade in den Versorgungsstrukturen des Gesundheitswesens real wirksam werden. Andernfalls droht eine „halbierte“ Patientenautonomie, die für ihre strukturellen Realisierungsbedingungen blind ist und zum symbolischen Schönwetter-Rechtsbegriff für die folgenlose Nachdenklichkeit patientenfreundlicher Sonntagsreden wird.

Lepsius: Danke, Herr Rixen. Wir kommen jetzt schon zur Schlussrunde, und sie besteht aus grundsätzlicheren Fragen von den Kollegen Heun, Isensee, Häberle. Herr Zacher bat um das letzte Wort. Herr Heun, bitte.

Heun: Ich habe drei kritische Anmerkungen zu Herrn Kingreen. Zunächst noch einmal ganz kurz zum Nikolaus-Beschluss. Sie haben ja erneut die Ehrenrettung dieses Beschlusses versucht, indem Sie sozusagen die Argumentation umgestellt haben. Mich hat das allerdings nicht sonderlich überzeugt. Ich verstehe nämlich nicht, warum aus der Tatsache, dass es eine Zwangsversicherung ist und das Gesundheitssystem insgesamt eine gewisse Geschlossenheit aufweist, nun folgen soll, dass auch unnötige Maßnahmen und relativ aussichtslose Maßnahmen finanziert werden sollen. Aus meiner Sicht gibt es da keinen Unterschied, ob man das direkt ableitet aus den Grundrechten oder indirekt aus der Tatsache, dass hier ein Grundrechtseingriff schon vorliegt. Das hat m.E. auch nichts mit der Frage der Autonomie zu tun, sondern es geht hier nicht um die Selbstbestimmung der Patienten, sondern es geht darum, ob die Allgemeinheit diese Maßnahmen finanzieren muss und das ist eine andere Frage. Zweiter Punkt: Sie haben sich dafür entschieden, hier ein starkes Plädoyer für eine Verlagerung der Entscheidung zum Gesetzgeber und zum Ordnungsgeber vorzutragen. Ich fürchte, das löst kein einziges Problem. Das findet sicher erhebliche Zustimmung bei den Staatsrechtslehrern schon deswegen, weil mindestens 10 Gutachter beauftragt werden müssen, was denn jetzt wesentlich und

was nicht wesentlich ist. Aber die Sachprobleme werden dadurch doch in keiner Weise gelöst. Sicher ist es sinnvoll, eine allgemeine politische Debatte über einige Grundzüge im Parlament und in der Öffentlichkeit abzuhalten, aber die konkreten Entscheidungen, welche Medikamente und welche Behandlungsmaßnahmen nun notwendig sind oder nicht, ich glaube, damit sind die Parlamentarier überfordert, das muss ohnehin im Wesentlichen den Sachverständigen überlassen werden; auch der Verordnungsgeber ist hier nicht der geeignete Entscheider. Über was man sich sicher unterhalten kann, ist die Frage, ob die existierenden Gremien in ihrer derzeitigen Zusammensetzung optimal zusammengesetzt wird, aber die Verlagerung im Sinne der Demokratietheorie auf den parlamentarischen Gesetzgeber oder den Verordnungsgeber löst m.E. kein Problem. Ich meine drittens, dass insofern die Referenten die ganz harten Fragen etwas außer Acht gelassen haben bzw. ihnen etwas ausgewichen sind. Denn es ist doch klar, dass wir in kurzer Zeit erhebliche Rationierungsmaßnahmen und Priorisierungsentscheidungen vor uns haben und die Frage ist, welche grundsätzlichen Probleme stellen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht. Das sind vor allem Gleichheitsprobleme, da stellt sich das Problem der Altersdiskriminierung, da stellt sich das Problem, wie halten wir es mit der Intensivmedizin am Lebensende, wo die wesentlichen Kosten anfallen, wie müssen wir damit umgehen, und welche materiellen Gesichtspunkte gibt es hierfür. Und ich glaube, dass es auch verfehlt ist, hier ökonomische Überlegungen und Berechnungen von vornherein abzuweisen. Es ist zwar sicher richtig, was Sie auch betont haben, dass es sich auch um eine normative Frage handelt, aber eben auch um eine ökonomische Frage. Und wir müssen uns immer wieder die Frage stellen, setzen wir eigentlich unsere knappen Mittel richtig und ökonomisch ein, das stellt sich auch im Verhältnis zwischen Gesundheitspolitik und Gesundheitssystem einerseits und anderen Maßnahmen. Es gibt in den USA Berechnungen darüber, welche politischen Maßnahmen, die bestimmte Kosten verursachen, wieviel Leben retten und wenn wir das in Relation setzen zu bestimmten Maßnahmen im Gesundheitssystem, kann man sich auch manchmal fragen, ob es nicht vielleicht sinnvoller wäre, die Mittel anders einzusetzen und bei dieser Frage müssen wir, glaube ich, auch die Ökonomie in verstärktem Maße heranziehen und können sie nicht generell abweisen.

Isensee: Nestroy hat einmal gesagt: „die Gesundheit ist das höchste Gut. Für die Gesundheit geb’ ich gern mein Leben hin.“ Wenn ich Nestroys Maxime auf Ihr Referat, Herr Lege, übertrage, dann heißt das: „Gesundheitsgerechtigkeit ist das höchste Gut. Dafür gebe ich gern die Le-

bensfähigkeit des heutigen Gesundheitssystems hin.“ Wenn ich zusammenfasse, wie ich Ihr Referat verstanden habe, so sagen Sie: *de lege lata* herrsche Ungerechtigkeit, ergo Verfassungswidrigkeit. *De lege ferenda* erteilen Sie einen Blanko-Scheck für gegensätzliche Systeme, sei es Bürgerversicherung, sei es Kopfpauschale, falls sie nur in sich stimmig sind. Das aber, meine ich, ist so ohne weiteres nicht verfassungsrechtlich hinnehmbar.

Es ist bemerkenswert, dass das Verfassungsrecht erst ganz am Ende des Referats und dann in einer Nebensache vorkommt, bei der grundrechtlichen Platzierung der Zwangsmitgliedschaft. Sie beginnen mit dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit, die Sie, dem Thema entsprechend, als *iustitia distributiva* verstehen und der *iustitia legalis* entgegenstellen. Diese Kategorien decken aber das heutige Gesundheitswesen nicht ab. Wir haben ein mehrpoliges Gesundheitssystem. Neben dem Bereich hoheitlicher Verteilung nach Maßgabe der *iustitia distributiva* steht der privatautonome Bereich, in dem der vertragliche Leistungsaustausch der *iustitia commutativa* folgt. In die Sprache der Verfassungsdogmatik übersetzt, heißt das: es herrschen gegenläufige Prinzipien, in der Sozialversicherung das der Solidarität, in der Privatversicherung das der Äquivalenz. Dort legitimiert sich das System aus demokratischer Quelle, hier aus den Grundrechten der Beteiligten. Daraus ergeben sich unterschiedliche verfassungsrechtliche Konsequenzen, die sich nicht von vornherein überspielen lassen. Auch nicht über das Prinzip der Sozialstaatlichkeit. Denn die Verfassung steckt hier nur das Ziel. Sie lässt die Wege offen. Wegweiser aber sind die Grundrechte.

Der verfassungsrechtliche Schlüsselbegriff, den ich im Referat vermisste, ist der Sicherstellungsauftrag des Staates im Gesundheitswesen. Wie dieser erfüllt wird, im Wege der Eigeninitiative auf grundrechtlicher Basis oder aber über ein staatliches Verteilungssystem, das ist dann eine zweite Frage, die natürlich verfassungsrechtlich durchdekliniert werden muss. Wie das im Einzelnen läuft, das kann man hier natürlich nicht ausführen. Die verschiedenen Akteure im öffentlichen wie im privaten Sektor sind zu unterscheiden: Leistungsempfänger, Leistungsmittler, Leistungserbringer. Hier aktualisieren sich Grundrechte in unterschiedlicher Weise, etwa die Berufsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Allgemeine Handlungsfreiheit, die auch mögliche Wahlrechte hinsichtlich der Sicherungsformen einschließt. Die Frage der Verteilungsgerechtigkeit stellt sich unter dem Einfluss der Freiheitsrechte anders dar als unter der Dominanz des Solidarausgleichs, der dem Leitbild sozialer Gerechtigkeit folgt.

Vollends ist Differenzierung geboten beim Thema der Finanzierung. Hier stellen sich die Fragen nach der verfassungsgerechten Zuteilung

der Kosten des Gesundheitswesens, soweit sie nicht im privaten Sektor nach vertraglicher Äquivalenz getragen werden können und die Fragen nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der sozialen Umverteilung: ob und wieweit die Umverteilung innerhalb der sozialversicherungsrechtlichen Solidargemeinschaft erfolgen kann und wieweit sie der gesamtstaatlichen Solidargemeinschaft obliegt, ob und wieweit der Staat seinen steuerfinanzierten Haushalt entlasten kann dadurch, dass er soziale Kosten auf Private abwälzen, diesen eine Zwangspatenschaft für schlechte Risiken aufbürden und sich so seiner eigenen sozialen Verantwortung entledigen kann. An dieser Stelle fangen die grundrechtlichen und die finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsfragen überhaupt erst an.

Häberle: Mein Votum ist der Form und der Sache nach sowie zeitlich (zwei Minuten) ein Spontanbeitrag: es geht um die Bereicherung unserer Wissenschaft durch einen verfassungsvergleichenden Hinweis. Wieder einmal ist es die Schweiz, die uns reiche Textstufen in Bezug auf den Stellenwert des Gesundheitspflege („Schutz der Gesundheit“) auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates vermittelt und die wir in unsere komplexen Überlegungen zur Erfassung des Gesundheitswesens einbeziehen sollten. In der frühen Kantonsverfassung Aargau von 1800 (§ 51), sie stammt wesentlich aus der Feder des Schweizer Altmeisters *Kurt Eichenberger*, sowie in der Verfassung von Bern von 1831 (§ 41) und in der neuen Bundesverfassung der Schweiz von 1999 (Art. 118), finden sich Stichworte zur Subsidiarität, Solidarität, Selbstverantwortung, Trägervielfalt, Wirtschaftlichkeit, Planung etc., an denen sich das Gesundheitswesen in seinem humanen Schutzauftrag orientieren und bewähren soll.

Lepsius: Danke schön, Herr Häberle. Als letzten Redner möchte ich gerne Herrn Zacher ans Mikrofon bitten.

Zacher: Ich möchte erst eine Bemerkung machen, die scheinbar mit dem Thema von heute wenig zu tun hat. Ich werde aber noch sagen, warum ich sie mache. Wenn wir so, wie es hier geschehen ist, von dem Gesundheitsaufwand und dergleichen sprechen, fällt mir auf, in welchem Widerspruch zu diesem Befund der Entwurf zur Neuregelung der „Hartz IV“ genannten Grundsicherung für Arbeitsuchende steht. Der Entwurf will den „Hartz IV“-Empfängern vorschreiben, dass sie nicht mehr rauchen und nicht mehr Alkohol trinken sollen. Die Systeme, von denen wir heute so eifrig gesprochen haben und noch sprechen, versorgen aber jeden, der sich seine Krankheit angetrunken oder ange-

raucht hat, völlig unvermindert auf Kosten der Allgemeinheit – der Allgemeinheit der Beitragszahler und der Allgemeinheit der Steuerzahler. Dagegen wird den Menschen, die „Hartz IV“ beanspruchen und bekommen, gesagt: Für Alkohol und Tabak dürft ihr das Geld, das ihr von der Allgemeinheit bekommt, nicht nehmen; wenn ihr diesen Konsum gleichwohl wollt, müsst ihr das Geld woanders einsparen oder erbetteln. Natürlich sind unter den „Hartz IV“-Empfängern fragwürdige Leute und gerade auch solche, die ihren Konsum an Alkohol und Tabak nicht zu begrenzen wissen. Aber „Hartz IV“-Empfänger sind nicht schlechthin Asoziale. Und sind unter den Beziehern von Leistungen der sozialen Systeme der medizinischen Versorgung keine fragwürdigen Menschen? Keine, die mit Alkohol und Tabak unverantwortlich umgehen? Keine Asozialen? Dieser Widerspruch ist ein Skandal. Und ich bringe es nicht übers Herz, das zu verschweigen.

Alles, was ich sonst zu sagen habe, bewegt sich in dem Rahmen der Kritik, die Herr Isensee soeben vorgetragen hat. Ich finde es sehr schön, dass ich mich so in der Gesellschaft des Herrn Isensee befinde. Und ich hoffe, auch Herrn Isensee ist es recht, dass ich so sehr mit ihm übereinstimme. Der Punkt, an dem ich ansetzen würde, das ist vielleicht um Nuancen ein anderer als der, an dem Herr Isensee ansetzt. Ich sehe die Probleme nicht so sehr von den Grundrechten her, sondern von den Institutionen und von den Funktionalen her. Jedenfalls: Ich nehme wie Herr Isensee Anstoß an der Engführung der Erörterung. Beide Referenten haben das Gesundheitswesen mit der Krankenversicherung identifiziert. Herr Kingreen hat zwar Versuche unternommen, weiter auszugreifen, etwa Legitimationsstrukturen und Entscheidungsvorgänge zu diskutieren, die über die Gesetzliche Krankenversicherung hinausreichen, und von daher Vorschläge für eine Verbesserung zu machen. Aber auch das blieb noch eine zu enge Engführung. Was bei beiden Referenten fehlt, ist das: Das Thema muss im Gesamtzusammenhang des Gesundheitswesens gesehen werden. Die Krankenversicherung ist gewiss eine zentrale Institution seiner Steuerung. Aber die Gesetzliche Krankenversicherung schon nicht einmal die ganze soziale Sicherung für den Fall der Krankheit. Und schon gar nicht ist sie die Ganzheit dessen, was die medizinische Versorgung ausmacht. Herr Isensee hat schon nachdrücklich darauf hingewiesen, wie viel weiter dieser Gesamtzusammenhang reicht und wesentlich ist: wie viel andere Funktionen als die der Gesetzlichen Krankenversicherung in Betracht zu ziehen sind; wie viele Berufe, wie viele Leistungsstränge, wie viele Vertragsgeschehnisse, Kollektivierungsvorgänge und Nichtkollektivierbarkeiten usw.; wie das alles in dieser Riesenmaschine Gesundheitswesen durcheinander läuft und sich ergänzt; und wie unmöglich es ist,

dass die soziale Sicherung das mit reguliert. Die positive Gesundheitspflege, alles was man als öffentliche Hygiene bezeichnet; dann die Gewährleistung, dass es überhaupt und effektiv ein negatives Gesundheitswesen, ein System alles dessen gibt, was Krankheiten vorbeugt, behandelt und lindert; dass das alles vorrätig ist in diesem Lande, die Ärzte, die Kliniken, der reiche Kranz der Heilhilfs- und ergänzungsberufe usw. Das alles sind ja Dinge, die vorausliegen und die danebenliegen, und doch das Ganze ausmachen. Ich glaube, die Verantwortung liegt darin, dass wir, gerade auch wir Staatsrechtler, dazu beitragen, die Gesamtheit dieses Funktionskomplexes, ja dieses Funktionsuniversums Gesundheitswesen, richtig analysieren und gute Vorschläge für jeweils adäquate Funktionsordnungen, Entscheidungskompetenzen und –prozesse machen.

Lepsius: Wir sind am Ende unserer Aussprache angekommen. Das Schlusswort gebührt nun den Referenten. Herr Kingreen wird beginnen, und ich bewundere immer die Fähigkeit, wie man auf so viele Punkte jetzt in der verbleibenden Zeit eine stimmige Replik geben kann.

Kingreen: Liebe Kolleginnen und Kollegen: Herzlichen Dank! Ich habe einmal die Tagungsbände unserer Vereinigung durchgeschaut und festgestellt, dass es die „Knappeheit“ noch nie in den Titel eines Vortragsthemas geschafft hat, was aber bislang absolut verkraftbar erschien, weil das Wort „Knappeheit“ immer am Beginn der Schlussworte der Referenten steht, natürlich auch bei mir. Ich habe aber leider, um Sie gleich zu enttäuschen, auch nach der Befassung mit meinem Thema keine gesteigerte Kompetenz für den Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch, die vielen spannenden Fragen zu beantworten, und der dafür zur Verfügung stehenden wenigen Zeit. Da ich Sozialrechtler bin, werde ich vor allem diejenigen Fragen beantworten, die die Ausgabenseite betreffen, in der sicheren Erwartung, dass Herr Lege zwar nicht die erforderlichen Einnahmen, aber doch die Antworten auf die das Einnahmenproblem betreffenden Fragen liefern wird.

Beginnen möchte ich mit der marktliberalen Systemkritik, insbesondere von Herrn Hase und Herrn Hufen, am Rande auch von Michael Heinig. Natürlich kann man die fehlende Autonomie der Versicherten in dem System kritisieren, und das habe ich ja auch getan. Allerdings ist mir während der Vorbereitung des Referates immer klarer geworden, dass Autonomie im Gesundheitssystem eine schwierige Vokabel ist. Letztlich läuft ein Mehr an Autonomie darauf hinaus, dass sich diejenigen, die die entsprechenden finanziellen Möglichkeiten haben, aus dem System verabschieden würden. Deshalb hilft es uns auch nicht, die So-

zialversicherungspflicht auf die „wirklich Schutzbedürftigen“ zu reduzieren, denn einer muss, wie das Herr Ebsen auf unserer Jahrestagung in Jena so schön gesagt hat, in dem gemeinsamen Boot auch rudern, sprich: die Beiträge für diejenigen zahlen, die das nicht können. Das Gleiche gilt für die Leistungen, hier insbesondere für die Unterscheidung zwischen Grund- und Zusatzversorgung, die auch Herr Kämmerer angesprochen hat. Das klingt zunächst einmal ganz gut. Schaut man sich diese Diskussion allerdings einmal näher an, so stellt man fest, dass kaum konkrete Vorschläge gemacht werden, und wenn es sie ausnahmsweise doch gibt, sind sie entweder kontraproduktiv (wie der Ausschluss von Psycho- und Physiotherapie, die man durch eine vermutlich regelmäßig teurere medikamentöse Behandlung kompensieren müsste) oder sie fallen, wie die Fahrkosten, überhaupt nicht ins Gewicht. Die Standardbehandlungen will man dann doch niemandem vorenthalten, vermutlich auch deshalb, weil die ohnehin zunehmende Einkommensspreizung in der Gesellschaft nicht auch noch auf den medizinischen Bereich ausdehnt werden soll.

Aus ähnlichen Erwägungen glaube ich, Herr Murswiek, auch nicht, dass uns der Ausbau der Leistungsausschlüsse wegen Selbstverschuldens weiterführt. Bestimmte Leistungsausschlüsse sind in § 52 SGB V ja schon vorgesehen, etwa die durch das Piercing verursachten Gesundheitsschäden. Wenn man das ausdehnen würde, würde man kein Ende mehr finden: warum nur die Gleitschirmflieger und die Bungeejumper und nicht auch die vielen verrückten Autofahrer auf Deutschlands Straßen? Und wollen wir etwa krebserkrankten Menschen wirklich zunächst einmal ihren Anteil an der Erkrankung vorhalten, bevor wir über die Finanzierung ihrer Therapie entscheiden? Ich halte das für eine merkwürdige Variante symbolischer Sozialpolitik, die suggeriert, man könne das Gesundheitssystem durch Leistungsbeschränkungen zu Lasten einzelner gesellschaftlicher Gruppen sanieren, deshalb habe ich auch das Beispiel der schäbigen Behandlung der Asylbewerber genannt.

Ihre Frage nach der Prävention, Frau Schmidt am Busch, würde ich differenziert beantworten. Gezielte Prävention kann bei bestimmten gesellschaftlichen Gruppen (insbesondere am unteren Rand der Gesellschaft) etwas bringen. Dass aber die Solidargemeinschaft nun dafür aufkommen muss, dass die Menschen aufhören zu rauchen und mit Skistöcken durch den Wald walken, sehe ich nicht so ganz ein. Und wenn sie es mir erlauben: Meine privaten Präventionserfahrungen sind eher so, dass wir von einem Extrem ins andere zu rutschen scheinen. Ich habe zwar nichts gegen das berühmte „gesunde Frühstück“ mit anschließender Ernährungsaufklärung in der Grundschule. Wenn das aber dazu führt, dass meine Tochter mich vor jedem ersten Stück

Schokolade fragt, ob sie das überhaupt essen darf, finde ich mich in der etwas ungewohnten Rolle des an sich gesundheitsbewussten Vaters wieder, der seine Tochter davon überzeugen muss, Süßigkeiten zu essen.

Herr Steiner und Herr Heun haben Fragen zur Priorisierung und Rationierung gestellt, beide mit dem Tenor, dass ich den ganz harten Fragen ausgewichen sei. Ich habe in der Tat der Versuchung zu widerstehen versucht, gewissermaßen aus den Grundrechten eine verfassungsfeste Rationierungsordnung zu zaubern. Im Zusammenhang mit dem medizinischen Existenzminimum und der Kosten-Nutzen-Bewertung habe ich immerhin konkrete grundrechtliche Grenzen benannt. Und ich kann das auch noch durch die von Ihnen, Herr Heun, angesprochene Frage der Zulässigkeit von Altersrationierungen ergänzen. Man kann die darin liegenden Ungleichbehandlungen allenfalls mit der Erwägung rechtfertigen, dass ja jeder die Möglichkeit hat, diejenigen Leistungen, die man ab einem bestimmten Alter nicht mehr bekommen soll, rechtzeitig selbst zu versichern. Das kann aber erstens nicht jeder, und zweitens ist es auch schwierig, Menschen an Entscheidungen festzuhalten, die sie womöglich Jahrzehnte zuvor gefällt haben; das zeigt ja die Debatte über Patientenverfügungen. Ich meine im Übrigen, dass die Diskussion über Altersrationierungen nicht weiterführt. Wir müssen das Knappheitsproblem genereller (und das heißt vor allem: nicht bezogen auf bestimmte Bevölkerungsgruppen) betrachten und etwa fragen, was uns der Zusatznutzen von bestimmten Maßnahmen der „High-Tech-Medizin“ wert ist. Ist uns etwa, um nur ein Beispiel zu nennen, die Behandlung der pulmonalen Hypertonie mit einem Spezialpräparat tatsächlich Jahrestherapiekosten von 325 000 € wert?

Zur ebenfalls im Kontext der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln angesprochenen Kritik an meiner zurückhaltenden Einschätzung des Erkenntniswertes gesundheitsökonomischer Evaluation möchte ich ergänzen, dass es mir nicht generell darum ging, die Bedeutung wirtschaftswissenschaftlicher Analyse kleinzureden. Wogegen ich mich nur gewandt habe, sind die Scheinrationalitäten, die man mit diesen Evaluationen verknüpft.

Herr Streinz, Sie haben wichtige europarechtliche Fragen, insbesondere die Entscheidung Watts, angesprochen. Ich halte diese Entscheidung für sehr ausgewogen. Einerseits gestattet es der EuGH den Mitgliedstaaten ja, Wartelisten aufzustellen und insoweit auch den Umweg über die Leistungsbeschaffung im Ausland zu unterbinden, weil ja sonst kein Staat ein Rationierungssystem aufbauen könnte. Andererseits lässt er die grenzüberschreitende Leistungsanspruchnahme zu, wenn die Wartezeit, gemessen am sonst Üblichen, zu lang ist.

Eine Vielzahl von Fragen (Ebsen, Heinig, Heun, Neumann) betrafen den Nikolaus-Beschluss, den ich, lieber Herr Neumann, seinerzeit so genannt habe, nachdem Sie eines der aufgehobenen Urteile als „September-Urteil“ bezeichnet haben. Tatsächlich ist, Michael Heinig, das Kompensationsargument, mit dem ich versucht habe, die Entscheidung zu erklären, verfassungstheoretisch problematisch: Man kann schwache kollektive nicht durch individuelle, also grundrechtliche Legitimation kompensieren. Das Urteil lässt sich aber, so meine ich, gerichtspolitisch genau so erklären. Stephan Rixen, die Idee einer Verbandsklage zur Stärkung der Versichertenteilhabe hat ihren Charme, aber nur so lange, wie wir daran festhalten, das im Rahmen der Gemeinsamen Selbstverwaltung unmittelbar außenverbindliche Entscheidungen fallen. Wenn wir, wofür ich nach wie vor eintrete, zur Interpretation als Binnenrecht zurückkehren, bedarf es insoweit auch keines unmittelbar an diesen Entscheidungen ansetzenden Rechtsschutzes mehr, weder für Verbände noch für Individuen.

Nun noch zur Legitimationsfrage, die von Herrn Heun, Herrn Ebsen, Herrn Pitschas und Herrn Isensee angesprochen wurde. Es ist ja richtig, dass dieses System historisch gewachsen ist. Aber das gilt nicht für die Außenverbindlichkeit der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu der das Bundessozialgericht erst 1997 gefunden hat. Im Übrigen besteht ja das Problem eines jeden Legitimationsmodells gerade darin, dass es flexibel genug sein muss, um der Realität von Verwaltung gerecht zu werden, aber doch nicht zur kleinen Münze verkommen darf. Das passiert aber, wenn man versucht, für jede noch so groteske Verwaltungsmerkwürdigkeit Legitimationsstrukturen zu entwickeln. In diesem Zusammenhang auch noch ein Satz zur mehrfach angesprochenen Steuerungsfähigkeit der klassischen Rechtsetzungsformen. Es ist tatsächlich unmöglich, der Dynamik des Gesundheitswesens allein durch Gesetze und Rechtsverordnungen Herr zu werden. Wir benötigen selbstverständlich die auch institutionalisierte Einbindung von Sachverstand. Das für die parlamentarische Demokratie typische Verhältnis zwischen Sachverstand und politischer Leitung hat sich hier aber umgedreht. Das Bundessozialgericht hat nämlich entschieden, dass das Bundesministerium für Gesundheit lediglich über eine Rechtsaufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss verfüge, was zur Konsequenz hat, dass sich im Streitfall über das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer bestimmten Maßnahme letztlich der Gemeinsame Bundesausschuss gegenüber der Politik durchsetzt, d. h. der Agent wird hier letztlich zum Prinzipal.

Den Rechtsvergleich, lieber Herr Häberle, habe ich mit großem Bedauern ausgespart. Ich kann Sie auf eine dreißigseitige Ausarbeitung

zu den sehr interessanten, wenn auch ernüchternden Erfahrungen in Großbritannien und Schweden verweisen, auf die ich nicht nur aus Platzgründen verzichten musste, sondern auch wegen meines konzeptionellen Ansatzes, dass man eine Rationierungsdebatte nur vor dem Hintergrund der konkreten Regelungsstrukturen führen kann, und die sind meines Wissens insbesondere für Schweden noch nicht in englischer Sprache aufgearbeitet.

Lieber Herr Zacher, es ist tatsächlich richtig, dass wir die Rationierungsdebatte nicht auf das Gesundheitswesen verengen, sondern gerade beim medizinischen Existenzminimum auch die Grundsicherungssysteme betrachten sollten. Was die aktuelle Debatte angeht, so sprechen Sie mir aus dem Herzen. Leider wird die Sozialpolitik schon immer dazu missbraucht, den Menschen vorzuschreiben, wie sie zu leben haben.

Damit bin ich am Schluss angelangt. Ich danke dem Vorstand ganz herzlich dafür, dass er mir dieses spannende Thema überlassen hat, dessen Bearbeitung mir wirklich große wissenschaftliche Freude bereitet hat. Danken möchte ich auch meinem Mitreferenten Joachim Lege für die wunderbare Kooperation und die ermutigenden Gespräche im Vorfeld. Ich bin zwar in diesen wenigen Minuten nicht jedem Einspruch und jeder Zustimmung gerecht geworden, aber ich werde in fünf Stunden und 45 Minuten beginnen, das nachzuholen. Denn dann beginnt mein Forschungssemester. Herzlichen Dank!

Lege: Liebe Kolleginnen und Kollegen, auch von meiner Seite herzlichen Dank für die Rückmeldungen, für Kritik, Zustimmung, Anregung. – Ein Gerechtigkeitsprinzip, das vielleicht nicht genügend angesprochen wurde, ist das Prioritätsprinzip. Ich will mich deshalb jetzt danach richten und gehe der Reihe nach durch:

Herr *Hufen*, ich habe Ihren Beitrag als Zustimmung genommen und stimme im Gegenzug auch Ihnen zu: Im Recht des Gesundheitswesens muss es um eine Art Ermöglichung von Gerechtigkeit gehen. – Herr *Kischel*, das waren die härtesten Fragen aus der nächsten Umgebung. Erster Punkt: Warum sind Güter immer ungerecht verteilt? Weil wir alle unterschiedliche Präferenzen haben. Zweiter, ganz wichtiger Punkt: Ist denn das Steuersystem gerecht? Da ich ihm doch so viel zutraue für die Fürsorgekomponente des Sozialen? Nun, ich bin insoweit kein Experte, teile aber durchaus Ihre Zweifel. Letzter Punkt und vielleicht der wichtigste: beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen. Ich habe mich unter dem Gesichtspunkt des Solidaritätsprinzips dagegen gewendet, nicht unter dem Gesichtspunkt des Fürsorgeprinzips. Ich begrüße sogar Ihren Einwand, dass man die Familie stärken sollte.

Nur: Die Familie, als Einheit von zwei Eltern mit ihren Kindern, die Familie ist auch nicht mehr, was sie einmal war. Und deshalb ist es angesichts der vielfältigen Wandlungen, die Familien heutzutage mitmachen, ja mitmachen müssen – Stichwort Patchwork-Familie –, deshalb ist es vielleicht doch gerechter, die Familie als Keimzelle der Solidarität im Gesundheitswesen aufzugeben und die Sorge für ständig wechselnde Angehörige auf die größere Gemeinschaft der Steuerzahler abzuwälzen.

Zu Herrn *Hase*: Im Wesentlichen wenden Sie sich dagegen, dass die Sozialversicherung eine Vollversorgung gewähren solle. Dem stimme ich völlig zu und würde deshalb ein Modell der Grundversorgung als Sozialversicherung mit einer darauf sattelnden Privatversicherung für weitere Leistungen bevorzugen. – Herr *Grewlich* und Frau *Schmidt am Busch*, Sie haben mit den Themen „Drogenprävention“ und „Anreiz für gesundheitsbewusstes Verhalten“ den Bereich der, sagen wir einmal, harten Gesundheitsvorsorge angesprochen. In dieser Hinsicht lehne ich im Grunde jeden Paternalismus ab und plädiere, als ehemaliger Kettenraucher, für die Freiheit. – Herr *Murswiek*: Zur Frage, ob Risikogruppen höhere Prämien zahlen sollten, kann ich mich Herrn *Kingreen* anschließen. Ich halte es also im Prinzip nicht für ungerecht. Man mag das so handhaben etwa bei Risikosportarten. Aber es müssen zumindest Faktoren sein, auf die der Einzelne Einfluss hat, die also seinen freiheitlichen Umgang mit dem privaten Gut Gesundheit betreffen.

Herr *Steiner*, in der Tat, der Ärztemangel hat auch eine „Gender“-Komponente. Aber das Allgemeine, das dahintersteht, sind die Arbeitsbedingungen der Ärzte, und die sind offenbar ganz allgemein ein Gerechtigkeitsproblem. Dass sich dieses Problem in verschiedenen Gruppen unterschiedlich auswirkt, ist dann nur noch ein weiteres Gerechtigkeitsproblem. – Herr *Streinz*, zum Europarecht etwas zu sagen, fällt mir als Laien natürlich schwer. Aber Sie haben nachgefragt, inwieweit die Entscheidung des EuGH zum Glücksspiel etwas zu tun hat mit der PKV/GKV-Problematik. Nun, die Glücksspielentscheidung richtet sich gegen ein Privileg des Staates, nämlich gegen sein Monopol. Und dagegen in Stellung gebracht werden, als Maßstab, Transparenz und Kohärenz. Genau das gleiche finden wir in der Pendlerpauschalen-Entscheidung des BVerfG. Und ich denke nun, dass im Hinblick auf das Verhältnis von GKV und PKV, im Hinblick auf das Privileg der angeblich weniger Schutzwürdigen, diese Kohärenz und Konsequenz gerade nicht besteht – eben deshalb, weil in einem Kontinuum der Schutzbedürftigkeit eine willkürliche Grenze gezogen wird.

Deshalb ziehe ich Herrn *Heinig* jetzt vor. Herr *Heinig*, Sie haben in der Tat schön gezeigt, dass die „Friedensgrenze“, die gezogen wird zwi-

schen GKV und PKV (ja, man nennt es tatsächlich so: Friedensgrenze), im Grunde *nicht* nach der Schutzbedürftigkeit bestimmt wird, sondern nach dem Finanzbedarf der gesetzlichen Krankenversicherung. Damit führt sich das System doch wohl selbst ad absurdum! – Sie haben mir als ersten Punkt vorgeworfen, ich brächte die Finanzierungsseite und die Verteilungsseite durcheinander. Im ersten Bereich ginge es um Freiheit, im zweiten um Gleichheit. Nein! Es geht in beiden um Freiheit *und* Gleichheit! – Letzter Punkt zu Ihnen, Herr *Heinig*: Epistemologisch, so haben Sie gesagt, wüssten wir doch gar nicht, was politisch „richtig“ ist. Ich stimme vollkommen zu, und deshalb halte ich ja auch die vielen Möglichkeiten, die sich hinsichtlich der Umgestaltung des Gesundheitswesens ergeben können, für im Grundsatz verfassungsmäßig.

Herr *Kämmerer*, nur zur Klarstellung: Die Grundversorgung soll aus meiner Sicht kein Almosen sein. Grundversorgung ist mehr als „Grundsicherung“ im Sinn der Sozialhilfe. Grundversorgung kann und soll vielmehr – wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, und von dort stammt der Begriff ja ursprünglich – durchaus anspruchsvoll sein. Es geht also nicht um Almosen, nicht um Brocken, die vom Tisch des Reichen abfallen, sondern um eine gute Grundversorgung, die sich auf Solidarität stützt. – Herr *Neumann*, Sie fragen, ob Sie meine These zu GKV/PKV richtig verstanden haben. Ja, ich halte das Privileg der angeblich weniger Schutzwürdigen in der Tat verfassungsrechtlich für schwer zu rechtfertigen.

Herr *Pitschas*, das waren scharfe Einwände. Meine These 4, mit dem „kleinkrämerisch“ am Ende – bitte, ändern Sie dies alle in Ihrem Papier wie folgt: „Der Versuch, die guten Risiken dem anderen System fortzuschneiden, wirkt gelegentlich *würdelos*“. Würdelos, weil der Einzelne nur als ein Mittel zum Zweck der Finanzierung betrachtet wird. Sodann: Die „blutige Entlassung“ ist für mich ein Paradebeispiel dafür, dass die Ökonomisierung des Gesundheitswesens Gerechtigkeitsdefizite produziert.

Herr *Lorz*, zur Reichweite des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 1 GG. Nach meiner Meinung sollte und hätte schon immer Art. 9 Abs. 1 GG auch vor öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften schützen sollen. Wenn Ihnen dies Antwort genug ist, belasse ich es dabei. Zur Gesundheitsprämie: Ich glaube, da liegt ein terminologisches Missverständnis vor. Gesundheitsprämie ist der neue, schönere Ausdruck für Kopfpauschale; die FDP sagt Gesundheitsprämie und meint damit die Kopfpauschale. – Herr *Ebsen*, ich nehme das meiste von Ihnen als Zustimmung. Herr *Rixen* und Herr *Heun*, Sie hatten sich weitgehend an Herrn *Kingreen* gewendet und nehmen es mir hoffentlich nicht übel, wenn ich nichts hinzufüge.

Herr *Isensee*, Sie verteidigen das Gesundheitssystem. Zunächst einmal zu Ihrer knappen Zusammenfassung meines Referates: Ja, das trifft es. Sodann: Bei der Sozialversicherung betonen Sie das Solidarprinzip und bei der PKV das Äquivalenzprinzip. Ich betone bei der Sozialversicherung den Zwang und bei der PKV die Freiheit – die Freiheit, einen Vertrag mit einer Versicherung seiner Wahl abzuschließen. Und deshalb, denke ich, ist das gegenwärtige Nebeneinander unter dem Gesichtspunkt *gleicher* Freiheit nicht zu rechtfertigen. – Noch ein letzter Punkt. Sie haben den Sicherstellungsauftrag des Staates im Gesundheitswesen betont. Ja, ich denke ebenfalls, dass dies die Inanspruchnahme der Bevölkerung zu irgendeinem Gesundheitswesen mit Zwang rechtfertigt, sei es nun durch eine allgemeine PKV oder eine allgemeine GKV. Beides ist gerechtfertigt durch das Soziale. Und was ist dann das Soziale? Das Soziale ist dann wohl genau das, was über das Kommerzialisierbare hinausgeht, über das hinaus also, was schon durch echte Versicherungen möglich wäre.

Herr *Häberle*, vielen Dank für den Hinweis auf den Kanton Aargau. Ich werde sehen, dass ich mir die Vorschrift schnellstmöglich beschaffe. – Herr *Zacher*, Ihr Vorwurf, wir hätten das Gesundheitssystem mit dem sozialen Sicherungssystem gleichgesetzt. In der Tat. Wir haben aber auch betont, dass das Gesundheitssystem nur ein Teilbereich ist und dass die Knappheitsprobleme dieses Systems nur ein Teilbereich der gesamtgesellschaftlichen Knappheit sind. Wie viel Geld in das Gesundheitssystem fließt und wie viel in das, zum Beispiel, Bildungssystem, das ist eben eine politische Gesamtentscheidung.

Meine Damen und Herren, ich spare mir ein Schlusswort im eigentlichen Sinne, danke Ihnen sehr für Ihre Kritik und Ihren Zuspruch. Ich danke dem Vorstand sehr herzlich dafür, dass er mich mit diesem Thema betraut hat, und wünsche uns nun einen wohlverdienten Ausklang.