
Individualisierte Medizin.

Anmerkungen und Einordnungen aus gesundheits(verfassungs)rechtlicher Perspektive

Wolfram Höfling

I. Problemaufriss

Es ist ein undankbares Thema, das widersprüchliche Signale sendet und diffuse Assoziationen auslöst. Es hat etwas von der Ambiguität eines schillernden Kunstprodukts.

- Die sog. wunscherfüllende Medizin, in deren Rahmen der Arzt als käuflicher Körperplastiker die ausgefallenen Baumaßnahmen am Körper des Konsumenten nach dessen Vorstellungen ausführt: Wenn das nicht „Medizin nach Maß“ ist, was dann?
- Die intensive palliativmedizinische und hospizliche Begleitung eines Sterbenden: Ist das „individualisierte Medizin“?
- Die präimplantationsdiagnostische Intervention, deren Ziel es ist, denjenigen Embryo zu implantieren, der dann später einmal seinem schon geborenen kranken Bruder als Zellspender dienen soll, die aber zugleich – sagen wir: 50 andere frühembryonale Menschen „verwirft“ –, ist das „individualisierte Medizin“?
- Der Nikolaus-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts,¹ wonach es jedenfalls bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen bei der Frage der Erstattungsfähigkeit einer Behandlung entscheidend – diesseits evidenzbasierter Erkenntnisse – auf einen individuell

- wahrgenommenen Wirkungszusammenhang im konkreten Einzelfall ankommen soll: Hat diese Entscheidung etwas mit unserem Thema zu tun?
- Oder geht es um die „Entdeckung“ des Patienten als eines individuellen Rechtssubjekts im Gesundheitssystem, auf die wir einer anderslautenden Reformrhetorik zum Trotz immer noch warten?²

Liest man den TAB-Zukunftsreport „Individualisierte Medizin und Gesundheit“ vom Juni 2008,³ dann befallen einen doch Zweifel, ob die eingangs gestellten Fragen wirklich etwas mit individualisierter Medizin zu tun haben. Der TAB-Zukunftsreport versteht jedenfalls unter individualisierter Medizin eine „mögliche künftige Gesundheitsversorgung ..., die aus dem synergistischen Zusammenwirken der drei Treiber ‚Medizinischer und gesellschaftlicher Bedarf‘, ‚Wissenschaftlich-technische Entwicklungen in den Lebenswissenschaften‘ und ‚Patientenorientierung‘ entstehen können“.⁴ Typologisch werden dabei fünf verschiedene Individualisierungskonzepte identifiziert:

- Biomarkerbasierte Stratifizierung (Gruppenbildung),
- genom-basierte Informationen über gesundheitsbezogene Merkmale,
- Ermittlung individueller Erkrankungsrisiken,
- differentielle Interventionsangebote,
- therapeutische Unikate.⁵

Von der letzten Kategorie abgesehen, beruhen die verbleibenden vier Konzepte von Individualisierung vor allem auf einer über den bisherigen Status quo hinausgehenden Unterteilung der Patientenpopulation in klinisch relevante Untergruppen, z. B. in Gruppen mit erhöhtem Erkrankungsrisiko oder in Gruppen mit besonders gutem Ansprechen auf eine bestimmte Therapie. Insofern wird als besser zutreffende Begriffswahl der Terminus „stratifizierte‘ Medizin“ vorgeschlagen.⁶

Aber auch in dieser Aufbereitung erweist sich das Thema für den Gesundheitsrechtler als schwer zugänglich. Deshalb möchte ich mich der Problematik sozusagen auf Umwegen und als Verfassungsrechtler nähern, der als solcher Medizinrecht betreibt.

In drei Schritten werde ich dies tun: Ich werde dabei das Augenmerk auf zwei – in einer Systemperspektive ineinandergreifende – Aspekte lenken, die etwas mit der Grundausrichtung der Gesundheitspolitik und der Implementierung neuer bzw. verfeinerter Strategien sowie deren Gewichtung zu tun haben, letztlich aber auch implizit eine Aussage über das anthropologische Leitbild der Gesundheitspolitik treffen.

(1) Es geht einmal um den „Pflichtenstatus“ des Patienten – einbezogen sind dabei auch die sog. gesunden Kranken –, der eher subkutan etabliert werden könnte;

(2) zum anderen – aber damit zusammenhängend – sind die besonderen Probleme einer prädiktiv-probabilistischen Gesundheitspolitik und der Beschaffung der entsprechenden Daten in den Blick zu nehmen;

(3) zuvor aber möchte ich herausstellen, dass jedenfalls derzeit der grundrechtsgeprägte Sozialstaat dem Impetus eines normativen Individualismus gehorcht.

II. Der normative Individualismus als Imperativ grundrechtsgeprägter Sozialstaatlichkeit

In seinem vielbeachteten Urteil zur Grundsicherung hat das Bundesverfassungsgericht mit Nachdruck hervorgehoben, dass „der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Erfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet“ sei, für die materiellen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins Sorge zu tragen.⁷ Der korrespondierende „unmittelbar(e) verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Ge-

währleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ umfasst dabei insbesondere „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“.⁸ Hier tritt uns der „(Gesundheits-)Gewährleistungsstaat“⁹ sozusagen in voller Montur entgegen. Gerade weil gesundheitliche Beeinträchtigungen eine existentielle Dimension aufweisen, die andere soziale Defizite nicht in gleicher Weise besitzen, und Gesundheit ein konditionales (im kantischen Sinne des Wortes: transzendentes) Gut darstellt, was die Voraussetzung für viele andere Lebensvollzüge darstellt, ist es durchaus naheliegend, den Sozialstaat in ganz besonderem Maße auf die Gesundheit seiner Bürger zu verpflichten.¹⁰

Doch es geht nicht nur, wie bereits in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts betont worden ist, um das objektiv-rechtliche Sozialstaatsprinzip. In einer von den Grundrechten als subjektiv-öffentlichen Rechten dominierten Verfassungsordnung ist es nur folgerichtig, den einzelnen konkreten Menschen und seinen Rechtsstatus in den Mittelpunkt zu rücken. Deshalb wiederum war es aus meiner Sicht auch keineswegs eine große Überraschung, als das Bundesverfassungsgericht am 06.12.2005 in seinem berühmten Nikolaus-Beschluss diese subjektivierende Perspektive in einem Gesundheitssystem zur Geltung gebracht hat, in dessen neokorporatistischen Strukturen der einzelne Patient als Rechtssubjekt und Entscheidungsakteur weitgehend verloren (gegangen) ist. Das Bundesverfassungsgericht erkennt mit dieser Entscheidung an, dass ein gesetzlich Krankenversicherter aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip sowie aus Art. 2 Abs. 2 GG einen Leistungsanspruch auf eine von ihm gewählte und ärztlich angewandte, aber weder medizinisch noch von den dazu aufgerufenen Organen der GKV anerkannte Behandlungsmethode hat, wenn für seine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Be-

handlung nicht zur Verfügung steht und im konkreten Fall eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf durch die angewandte Behandlungsmethode besteht.¹¹ Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht es auch für möglich gehalten, dass ein Leistungsanspruch auf eine neue Methode selbst dann begründet sein kann, wenn bereits eine ablehnende Entscheidung des G-BA vorliegt.¹²

Die Entscheidung ist zum Teil auch von Juristen heftig kritisiert worden: So wird dem Gericht zum Vorwurf gemacht, dass ihm der Sinn für die angemessene Sicherung des grundrechtlichen Gesundheitsschutzes fehle und es die „individuelle Bedürftigkeit über alles“ stelle.¹³ Doch scheint mir dies überzogen. Man kann den Beschluss auch deuten als durchaus berechtigte, wenngleich nur begrenzte Korrektur eines Entscheidungsprozesses, dessen zentrale Akteure – vor allem der Gemeinsame Bundesausschuss – über eine lediglich zweifelhafte Legitimationsbasis verfügen (aber ich will dieses mein „*ceterum censeo*“ heute nicht erneut anstimmen). Mit dieser Entscheidung nimmt das Bundesverfassungsgericht im Übrigen – implizit – eine deutliche Vorranggewichtung zugunsten eines bestimmten Priorisierungskriteriums im – immer noch verdeckten – Prozess der Ressourcenallokation vor. Es reduziert die Anforderungen an den Nutznachweis einer Intervention¹⁴ und setzt betont auf die *rule of rescue*.¹⁵

Die Praxis der Transplantationsmedizin demonstriert uns diese Maxime im Übrigen ganz plastisch, wenn sie bei der Leberallokation das Spannungsverhältnis der durch § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG vorgegebenen Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht inzwischen weitestgehend zugunsten der Dringlichkeit auflöst. Es geht nicht um eine Kosten-Nutzen-Abwägung, sondern um individuelle Lebensrettung.¹⁶

Hier zeigt sich ganz deutlich, dass unsere Einstellung zu konkreten und zu statistischen Menschenleben in hohem Maße *asymmetrisch* ist. Es fällt eben leichter, sich in die

Lage eines Patienten hineinzusetzen, der existentiell auf eine bestimmte Therapie angewiesen ist, als rational statistische Menschenleben nach Kosten-Nutzen-Relation zu verrechnen. Bis hin in die hirnpfysiologischen Substrate solcher Präferenzprozesse soll sich nachweisen lassen, dass hier nicht hehre deontologische Prinzipien uns leiten, sondern sich eine psychologisch verständliche Emotion Bahn bricht.¹⁷

III. Konzepte individualisierter Medizin als Herausforderung und das überkommene System der Gesundheitsversorgung

Hier zeichnen sich nun auch deutlich denkbare Konfliktlinien mit den bestimmten Vorstellungen individualisierter Medizin ab.

(1) Dies gilt nicht zuletzt für den avisierten Umbau des derzeit auf die akutmedizinische Versorgung ausgerichteten Gesundheitssystems zu einem stärker auf Prävention zielenden Modell.¹⁸

(2) Damit verbunden ist ein erheblicher Bedeutungszuwachs der sog. gesundheitlichen *Eigenverantwortung*. Die (potenziellen) Patienten sollen zu „Coproduzenten“ ihrer Gesundheit werden – was zunächst aussieht wie eine Rekonstruktion des Rechtssubjektcharakters, aber tendenziell dazu führt, dass das individuelle „Recht auf Gesundheit“ zu einer kollektiven Interessen dienenden „Pflicht zur Gesundheit“ mutiert.¹⁹

(3) Die erhofften Wirkungen der Aktivierung von „Konsumentensouveränität“ und Eigenverantwortung setzen zudem voraus, dass sich möglichst viele Menschen zur Durchführung von Untersuchungen zur Ermittlung ihres (Gruppen-)Erkrankungsrisikos bereit erklären. Eine forcierte prädiktiv-probabilistische Gesundheitsinformationspolitik aber berührt einen überaus grundrechtssensiblen Be-

reich,²⁰ den das Gendiagnostikgesetz mit seiner Ausrichtung an der Vorstellung einer Exzeptionalität genetischer Daten nur zum Teil reguliert.

Diese beiden Herausforderungen bestimmter Konzepte individualisierter Medizin sollen im Folgenden etwas näher betrachtet werden.

1. Eigenverantwortung und Gesundheitsobliegenheiten

Der „Erfolg“ der individualisierten Medizin als Präventionsmedizin korrespondiert ganz wesentlich mit Ausmaß und Intensität der Aktivierung der Betroffenen im Interesse ihrer eigenen Gesundheit. Wenn und soweit gesundheitliche Eigenverantwortung mehr sein soll als ein freundlicher Appell, den man folgenlos ignorieren kann, möglicherweise auch in ein System von Gesundheitsobliegenheiten überführt werden soll, dann stellen sich ganz grundsätzliche Fragen: Liberalstaatliche Verfassungsordnungen – wie die grundgesetzliche – sind gekennzeichnet durch eine Asymmetrie.

In expliziter Abkehr von der Weimarer Verfassung,²¹ und zugleich als Reaktion auf die nationalsozialistische Diktatur ist das Grundgesetz zentriert um die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte, die die Staatsgewalt als unmittelbar geltendes Recht binden (Art. 1 Abs. 3 GG). Zwar sind diese subjektiven Rechte nicht schrankenlos gewährleistet, wie das Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehoben hat, doch stehen ihnen Pflichtenbindungen nicht auf der gleichen normativen bzw. rechtsdogmatischen Ebene gegenüber. Grundrechtsdogmatisch präsentiert sich diese Asymmetrie von Rechten und Pflichten im rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip, d. h. in dem Rangverhältnis von nicht rechtfertigungsbedürftiger Freiheitsrealisierung des Einzelnen und rechtfertigungsbedürftiger Freiheitsbeschränkung durch den Staat. Bewegt sich ein Grundrechtssubjekt mit seinem Verhalten im durchweg weit abgesteckten Raum

grundrechtlicher Freiheit, so genießt dieses Verhalten den verfassungsstaatlichen Schutz einschließlich der verfassungsprozessualen Grundrechtsabsicherung durch die Institution des Bundesverfassungsgerichts.

Für das „Gesundheitsthema“ konkret bedeutet dies: Das Grundrecht auf freie Selbstbestimmung zielt umfassend auf Respektierung des persönlichen Status. Es schützt vor Beeinträchtigungen autonomer Selbstbestimmung, Selbstdarstellung und Selbstentfaltung.²² In seiner durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Ausprägung als Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-seelische Integrität bedeutet es Freiheitsschutz. In diesem Bereich ist der Mensch – so das Bundesverfassungsgericht – in der Sicht „des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden“.²³ In dieser Perspektive umfasst das Grundrecht – selbstverständlich – auch Verhaltensweisen, deren (längerfristige) Auswirkungen der Gesundheit des Grundrechtssubjekts abträglich sind bzw. sein können (oder dafür gehalten werden):

- Bewegungsarmut ebenso wie Extremsport,
- Rauchen und Alkoholkonsum,
- jede Art von Ernährungsverhalten, auch wenn Ernährungsmediziner in gelegentlich geradezu inszenierter Adipositas-Panik noch so sehr darüber verzweifeln mögen.

Mehr noch: Auch manchen Gesellschaftsschichten völlig abseitig und absurd erscheinende Enhancement-Techniken werden von dem grundrechtlichen *prima facie*-Schutz umfasst.²⁴ Die Entwicklung der sog. wunscherfüllenden Medizin führt uns – im wahrsten Sinne des Wortes – plastisch vor Augen, wie der Siegeszug der (sog.) Patientenautonomie das Arzt-Patienten-Verhältnis auf ein individuelles Austauschverhältnis reduziert hat. Die Primärbereiche der Medizin sind als Dienstleistungssektoren konzipiert, die auf Wunsch abgefragt werden können. Die „klassisch“-normative Leitidee der ärztlichen Hilfe wird zunehmend abgelöst

durch den Leitbegriff der „präferenzorientierten Dienstleistung“. Deren Spezifikum besteht gerade darin, dass sich ihr Handeln auf die Präferenz des Nachfragenden richtet.²⁵ So wird der Arzt „käuflicher Körperplastiker“,²⁶ bei dem man beliebige „Baumaßnahmen“ in Auftrag geben kann.²⁷ Beide Seiten realisieren damit – wenn man so will – ihr Selbstbestimmungsrecht.

Nochmals: Die Existenz eines weit gefassten Selbstbestimmungsrechts ist geradezu normlogisch verknüpft mit der Nicht-Existenz einer unmittelbar korrespondierenden Pflicht. Der Inhaber eines subjektiven Rechts kann nicht zugleich Pflichtensubjekt im Blick auf das gleiche Schutzgut sein.²⁸ Bereits deshalb ist die Redeweise von einer „Pflicht zur Gesundheit“ fragwürdig. Sie kann jedenfalls keine – dem Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-seelische Integrität voll korrespondierende – Pflicht des Grundrechtsträgers gegenüber sich selbst sein. Diese Feststellung schließt nicht aus, dass das Selbstbestimmungsrecht im Interesse anderer legitimer Gemeinwohlbelange eingeschränkt werden kann. Staatlich verantwortete Beschränkung grundrechtlich gewährleisteter Selbstbestimmung bedarf indes der Rechtfertigung.

Das Grundgesetz kennt nun verschiedene Legitimationskategorien, die eine Begrenzung grundrechtlicher Freiheit grundsätzlich²⁹ rechtfertigen können. Genannt werden insbesondere

- (1) der Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates,
- (2) der Schutz der Rechte Anderer,
- (3) Erfordernisse des Gemeinwohls im Übrigen.³⁰

Die beiden erstgenannten Rechtfertigungskategorien können für den vorliegenden Problemkontext ausgeblendet werden. Damit konzentrieren sich die Überlegungen auf die Frage, ob und inwieweit normativ verfasste Eigenverantwortung, die mehr ist als ein bloßer Appell, eine „Pflicht zur Gesundheit“ als legitimes Gemeinwohlziel qualifiziert

werden kann. Insoweit ist allerdings vor einem Missverständnis zu warnen. Exekutive wie Judikative dürfen in der verfassungsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht auf der Grundlage ungeschriebener Gemeinwohlvorbehalte ohne gesetzliche Grundlage Grundrechtsbeschränkungen vornehmen. Die Regel „*salus publica suprema lex*“ mag als politische Maxime ihre Berechtigung haben, „als Rechtssatz, insbesondere als Grundrechtsschranke ist die Formel unbrauchbar“.³¹

Von besonderer Bedeutung ist nun die Frage, ob und inwieweit die grundrechtlichen Interessen gegen das jeweilige Grundrechtssubjekt und seine Handlung selbst als begrenzungslegitimierender Gemeinwohltopos ins Feld geführt werden können. Denkbar ist eine Einordnung entsprechender Überlegungen in die Kategorie mittelbarer Gemeinschaftsinteressen. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Helmpflicht mit der Rücksichtnahmeobliegenheit für andere Unfallbeteiligte und mit denkbaren Folgekosten begründet.³² Und ganz allgemein kann die Übernahme sozialstaatlicher Verantwortung für die Konsequenzen individueller Selbstschädigungen dazu führen, dass diese ihren Charakter als reine „Privatangelegenheiten“ verlieren.³³ Das ist relevant auch für das GKV-System.

Die skizzenhaften Bemerkungen zeigen, dass die rechtspraktische Implementation einer gesundheitlichen Eigenverantwortung „Pflicht zur Gesundheit“ auf Schwierigkeiten stößt. Unmittelbare Verhaltensgebote und -verbote sind nur sehr bedingt möglich. Iss gesund, bewege dich viel, unterlasse das Fußballspielen, nimm vier Vorsorgeuntersuchungen im Jahr wahr – all dies wird man nicht im Wege unmittelbaren Zwangs durchsetzen können, ohne eine – verfassungsrechtlich illegitime – präventionsstaatliche Gesundheitsdiktatur zu etablieren. Wenn und soweit von Gesundheitsobliegenheiten oder Gesundheitspflichten die Rede ist, können damit im Wesentlichen nur *mittelbare Formen* der Realisierung von Eigenverantwortung gemeint sein.

2. Freiheitswahrende Kommunikation

Nun zu einem zweiten Problemkomplex: Jemandem Verantwortung für seine Gesundheit zuzuweisen, setzt Verantwortungsfähigkeit voraus. Die Anforderungen an die „Gesundheitskompetenz“ werden erheblich wachsen. Der TAB-Zukunftsbericht formuliert fast ein Dutzend solcher Fähigkeitsvoraussetzungen, die die Betroffenen erfüllen sollten.³⁴ Deren Aktivierung wiederum stellt hohe Anforderungen an die professionelle Kommunikation. Diese resultieren nicht zuletzt aus dem Umstand, dass hier – in freiheitsgrundrechtlicher Perspektive – elementare Dimensionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt sind. Die Typisierungen, die etwa mit Screeningprogrammen verknüpft sind, konfrontieren die Betroffenen mit folgenreichen Abwägungszwängen. Im Kern geht es dabei um das Recht auf frei bestimmte Selbstwahrnehmung und Selbstentfaltung.³⁵ Dringt der Staat selbst auf die Etablierung entsprechender Programme, wird die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte aktiviert, geht es um private Angebote, rückt die Schutzfunktion der Grundrechte in den Mittelpunkt. Der Staat hat nun Sorge dafür zu tragen, dass es nicht zu „Übergriffen“ auf grundrechtliche Schutzgüter kommt.

Auf beiden Ebenen wird es entscheidend auf eine prozedurale Absicherung des Rechts auf freie Selbstwahrnehmung und Selbstentfaltung ankommen:

(1) Die Notwendigkeit eines derartigen Autonomieschutzes ergibt sich schon aus dem besonderen Charakter einer prädiktiv-probabilistischen Gesundheitspolitik, wie sie mit Teilen der sog. individualisierten Medizin verbunden ist. Sie stützt sich auf Aussagen, denen nicht lediglich eine allgemeine prognosetypische Ungenauigkeit anhaftet, sondern die durch besondere Unsicherheitsfaktoren geprägt sind. Welche weiteren Entwicklungen – im synergistischen oder antagonistischen Zusammenspiel von Kausalfaktoren – noch eintreten werden, ist unsicher.

(2) Es fehlt weitgehend auch an Möglichkeiten zeitnaher Widerlegbarkeit der Prognose einer späteren Manifestation – eben anders als bei einer Diagnose mit einem überprüfbar Systembild.

(3) Hinzu kommt das große Verunsicherungspotenzial prädiktiver Medizin, das umso größer ist, je größer die Lücke zwischen beunruhigender Befunderhebung und therapeutischer Interventionsmöglichkeit ist.

Es liegt auf der Hand, dass dies alles gravierende Auswirkungen auf Art und Umfang der Information und Aufklärung der Betroffenen hat.³⁶

Der Aufklärungsprozess erweist sich in solchen Konstellationen als überaus anspruchsvoll.

- Zunächst muss der Patient informiert werden über eine Verlaufsprognose bei Verzicht auf die geplante Maßnahme. Hieraus erst ergibt sich die Notwendigkeit und Dringlichkeit der entsprechenden Maßnahme.
- Sodann sind Ziel und Erfolgsaussicht der Behandlung zu skizzieren.
- Es schließt sich der wichtige Bereich der Diagnose und Diagnosesicherheit an. Hier ist für den Laien nachvollziehbar zu erklären, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass jemand aus der Risikogruppe des Probanden die betreffende Krankheit hat (Prävalenz), mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Test diese Krankheit (Disposition) entdeckt (Sensitivität), was ein positiver Befund und was ein negativer Befund ist (Verhältnis von falsch- und richtig-positiven/negativen Ergebnissen).
- Sodann ist über Art, Verlauf und voraussichtliche Dauer der Behandlung und etwaige Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten zu informieren.
- Auch die Tragweite und Risiken einer denkbaren Intervention wären zu erläutern (z. B. Nennung der drei am schwersten wiegenden Komplikationen und der drei häufigsten Komplikationen).

- Gegebenenfalls ist auf die wichtigsten Handlungsalternativen hinzuweisen.
- Schließlich ist auch die wirtschaftliche Aufklärung einzubeziehen. Sie beinhaltet Informationen über die Finanzierung der medizinischen Maßnahme (Kassenleistungen, IGeL sowie eine Aufklärung darüber, ob bei Verstoß gegen Gesundheitsobliegenheiten auch Leistungskürzungen zu erwarten sind).³⁷

IV. Schlussbemerkungen

Beide Aspekte führen letztlich zurück auf eine fundamentale Thematik: die soziale Gleichheit und Verteilungsgerechtigkeit im Sozialstaat.

- Je mehr an Eigenverantwortung normativ eingefordert wird, desto größer ist die Gefahr, dass genau jene Schichten zusätzlich sanktioniert werden, die statistisch ohnehin schon über eine höhere Morbiditätsquote und eine geringere Lebenserwartung verfügen.
- Und dies wird tendenziell dann verstärkt, wenn hohe „Gesundheitskompetenzen“ das Nachfrageverhalten nach *validen* Angeboten individualisierter Medizin bestimmen und diese außerhalb des GKV-Systems realisiert werden.
- Wenn dann noch die (pharmakogenetische) Forschung fokussiert wird auf bestimmte Standards von Therapieverträglichkeiten bzw. Therapierbarkeiten, könnte der Begriff der Zwei-Klassen-Medizin möglicherweise neue Aktualität erlangen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich verschärft dann die Frage, ob und inwieweit die bisherige sozialstaatliche Privilegierung des medizinischen Subsystems gegenüber anderen Politiken – etwa der Bildungspolitik, der Familienpolitik, der Umweltpolitik usw. – gerechtfertigt werden kann.³⁸

Anmerkungen

¹ BVerfGE 115, 25ff.; zur Bezeichnung siehe *Kingreen, Thorsten*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 877ff.

² Siehe nur im Überblick *Bührlen, Bernhard*: Nutzer- und Bürgerbeteiligung bei Innovationsprozessen im Gesundheitswesen, TAB-Brief Nr. 37 (2010), 16ff.

³ Siehe *Hüsing, Bärbel / Hartig, Juliane / Bührlen, Bernhard / Reiß, Thomas / Gaisser, Sibylle*: Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, Arbeitsbericht Nr. 126 des TAB, Juni 2008.

⁴ Ebd., 7.

⁵ Ebd., 9.

⁶ Ebd., 9f.

⁷ BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010. In: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2010, 314 Rn. 134.

⁸ Ebd., Rn. 135.

⁹ Dazu *Höfling, Wolfram*: Der Gesundheitsgewährleistungsstaat: Staatstheoretische und verfassungsrechtliche Überlegungen. In: *Schumpelick, Volker / Vogel, Bernhard (Hrsg.)*: *Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb*. Freiburg 2008, 110ff.

¹⁰ Siehe m. w. N. *Huster, Stefan*: Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen. In: *DVBl.* 2010, 1069 (1069f.).

¹¹ BVerfGE 115, 25ff.

¹² Siehe BVerfG. In: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2008, 365 (368); ebenso etwa Sozialgericht Stuttgart, Beschluss vom 5. Februar 2010 – S 8 KR 7849/09 ER –, Rn. 27.

¹³ Zur Kritik etwa *Huster* (wie Anm. 10), 1073f., m. w. N.; andere Bewertungen etwa bei *Becker, Ulrich*: Das Recht auf Gesundheitsleistungen. In: *Manssen, G. / Jachmann, M. / Gröpl, Ch.*: *Nach geltendem Verfassungsrecht*. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag. Stuttgart 2009, 50ff.

¹⁴ Siehe dazu auch *Rixen, Stephan*: Rationierungen im Leistungsrecht. In: *Fischer, Mattias / Meyer, Stephan (Hrsg.)*: *Gesundheit und Wirtschaftswachstum – Recht, Ökonomie und Ethik als Innovationsmotoren für die Medizin*. Berlin/Heidelberg 2010, 51ff.

¹⁵ Siehe *Huster* (wie Anm. 10), 1074.

¹⁶ Dazu eingehend *Gutmann, Thomas*: Allokationsfragen: Aporien und Zweifelsfragen des geltenden Rechts. In: *Höfling, Wolfram*

(Hrsg.): Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, Tübingen 2008, 113–135 (131ff.); Ders.: Für ein neues Transplantationsgesetz – Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin, Berlin 2005.

¹⁷ Dazu m. N. *Huster, Stefan*: „Hier finden wir zwar nichts, aber wir sehen wenigstens etwas“. Zum Verhältnis von Gesundheitsversorgung und *Public Health*. In: *Medizinethische Materialien* 178 (2008) 20ff.

¹⁸ Siehe im Überblick nur TAB-Zukunftsreport (wie Anm. 3), 20, 30.

¹⁹ Dazu eingehend *Höfling, Wolfram*: Recht auf Selbstbestimmung versus Pflicht zur Gesundheit. In: *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (ZEFQ)* 103 (2009), 286ff.; siehe auch TAB-Zukunftsreport (wie Anm. 3), 33.

²⁰ Dazu umfassend und instruktiv *Stockter, Ulrich*: Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität. Berlin 2008.

²¹ Teil I des Grundgesetzes trägt die Überschrift „Die Grundrechte“, und nicht, wie in Weimar, die Überschrift „Grundrechte und Grundpflichten“.

²² Zum Vorstehenden und zum Folgenden *Höfling, Wolfram*: Recht auf Selbstbestimmung versus Pflicht zur Gesundheit, In: *ZEFQ* 103 (2009), 286ff.

²³ BVerfGE 52, 171 (175).

²⁴ Dazu näher *Höfling, Wolfram*: *Salus aut/et voluntas ae groti suprema lex* – Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts. In: *Wienke, Albrecht / Eberbach, Wolfram / Kramer, Hans-Jürgen / Janke, Kathrin* (Hrsg.): *Die Verbesserung des Menschen – Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin*. Berlin 2009.

²⁵ Näher dazu *Maio, Giovanni*: Die Präferenzorientierung der modernen Medizin als ethisches Problem. In: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 52 (2006), 339ff.

²⁶ *Lenk, Christian*: *Therapie und Enhancement*. Münster 2002, 81.

²⁷ Siehe dazu den Untertitel von *Ach, Johann / Pollmann, Arnd* (Hrsg.): *no body is perfect. Baumaßnahmen am menschlichen Körper – Bioethische und ästhetische Aufrisse*. Bielefeld 2006.

²⁸ Siehe dazu m. w. N. *Höfling* (wie Anm. 19), 288.

²⁹ Ohne dass an dieser Stelle bereits das Übermaßverbot zu berücksichtigen wäre.

³⁰ Eingehend hierzu *Michael Sachs*: §77 Der Gewährleistungs-

gehalt der Grundrechte, §78 Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, §79 Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte, §80 Die Gesetzesvorbehalte, §81 Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen. In: *Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2. München 1994, S. 1–602 (302ff.) mit zahlr. Nachw.

³¹ So zu Recht *Bettermann, Karl August: Grenzen der Grundrechte*. Berlin 1968, 16.

³² Siehe BVerfGE 59, 275 (278f.).

³³ Siehe auch BVerfGE 90, 145 (171ff.).

³⁴ Siehe TAB-Zukunftsreport (wie Anm. 3), 243.

³⁵ Eingehend hierzu *Stockter, Ulrich: Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität*. Berlin 2008.

³⁶ Zum Vorstehenden: *Stockter, Ulrich: Präventionsmedizin und Informed Consent*. Münster 2008, 47ff., 73ff.

³⁷ Ebd., 179ff.

³⁸ Dazu auch *Huster* (wie Anm. 10), 1071.