
Ein Recht auf Gesundheit?

Paul Kirchhof

1. Recht des Einzelnen und Lebensbedingungen der Allgemeinheit

a. Anspruch auf Behandlung nach Gegenwartsstandards

„Hauptsache gesund“ – so lautet eine allgemeine Lebenserwartung, die aus der Erfahrung erwächst, dass Wohlbefinden, Leistungsfähigkeit, auch Anerkennung in Wirtschaft und Gesellschaft von der persönlichen Gesundheit abhängen. Doch wenn der Bürger seine Beiträge zur Krankenversicherung deswegen verdoppeln oder sich ständig staatlichen Gesundheitskontrollen unterwerfen sollte, entdeckt er schnell, dass seine Gesundheit eines von vielen Gütern ist, die sein Leben bestimmen. Mancher gefährdet seine Gesundheit, um höheres Einkommen zu erwerben. Er riskiert Leib und Leben für seinen Sport. Er beansprucht die Freiheit auch zu einem gesundheitsgefährdenden Genuss, etwa an einem Abend voll Heiterkeit und Trinkfreude.

Das Grundgesetz regelt Freiheit und Gesundheit in demselben Artikel. Nach dem Recht von jedermann auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit bestimmt Art. 2 in Abs. 2 Satz 1: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“ Mit diesem Satz garantiert die Verfassung selbstverständlich nicht, dass die Bürger nicht sterben müssten oder nicht krank werden könnten. Das „Recht“ auf Leben und Unversehrtheit gewährleistet nur das, was eine verbindliche Regel bewirken kann: Sie sichert zunächst eine Freiheit vom Staat, ein Abwehrrecht

gegen die Staatsgewalt¹, das den Staatsorganen die Todesstrafe², die Folter³, die Körperverletzung⁴ verbietet. Daneben gibt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit dem einzelnen Menschen einen Anspruch, an den in Deutschland gegenwärtig erreichten Regelstandards der Krankenbehandlung, der Gesundheitsvorsorge, der Hygiene, der sozialen und kulturellen Existenzbedingungen teilzuhaben (Teilhabeanspruch)⁵. Der einzelne Mensch kann also nicht von Verfassung wegen ein Einzelzimmer in einem Krankenhaus, die Anschaffung des modernsten Behandlungsgerätes oder die Untersuchung durch den Chefarzt verlangen, wohl aber fordern, dass seine Krankheit „nach allen Regeln ärztlicher Kunst“⁶ behandelt wird.

Dieser Behandlungsanspruch ist kulturgebunden. Er sichert im Krieg die Nothilfe der Sanitäter, im Frieden Operation und Rehabilitation. Er verspricht nach den heutigen Kenntnissen der Medizin eine Herzkatheterbehandlung, die die mittlere Lebenserwartung der Menschen erkennbar verlängert. Er bietet nach dem heutigen Stand der Arzneimittelforschung Medikamente, die bei Organtransplantationen das Abstoßen des fremden Organs verhindern und damit die Verpflanzung von Herz, Niere, Bauchspeicheldrüse erst ermöglichen.

b. Verantwortlichkeit des Arztes und des Patienten

Eine freiheitliche Ordnung, die jeden Menschen seines eigenen Glückes Schmied sein lässt, muss dem Einzelnen Verantwortlichkeiten zuweisen, die er persönlich überschauen und beeinflussen kann. Deswegen braucht der Sportverein nicht die gesamtwirtschaftlichen Verluste aus den von ihm veranlassten Sportrisiken zu verantworten, das in Insolvenz geratene Unternehmen nicht für die dadurch entstandenen Versorgungslücken einzustehen, der Scheidungsrichter nicht für das Unglück zu haften, das er

mit der Scheidung den Scheidungskindern zugefügt hat. Rechtliche Verantwortung muss auf den freiheitlich beherrschten Lebensbereich begrenzt sein, wenn sie Freiheit nicht entmutigen, Initiative und Gestaltungswille nicht übermäßig lähmen soll.

Der Arzt ist tief enttäuscht, wenn er seinen Patienten durch Gespräche, Medikamente, auch Klinikaufenthalte für eine Mäßigung, für stetige Bewegung und Rauchverzicht gewonnen hat, dann aber erlebt, dass dieser nach Rückkehr in seinen Alltag in seine früheren Gewohnheiten von Drogenkonsum, Rauchen, Alkoholexzess und Bewegungsarmut zurückfällt. Mancher Arzt neigt dann zu drastischen Maßnahmen und will durch einen chirurgischen Eingriff den Magen verengen, den Patienten in eine gänzlich andere Umgebung verpflanzen, die Sucht mit Geldsanktionen oder auch Freiheitsentzug bekämpfen, Bewegung und Sportlichkeit erzwingen. Dieser Rigorismus ist nach den Erfahrungen mit Selbstschädigung und Selbstzerstörung verständlich, hat aber einen hohen, meist einen zu hohen Preis: den Verlust der Freiheit. Selbstbestimmung setzt Selbstbeherrschung voraus, Fremdherrschaft mindert die Lebenskraft und verursacht Krankheit. Der Arzt ist für seinen Rat verantwortlich, muss dann aber den Patienten in Freiheit entlassen.

Der Anspruch auf persönliche Behandlung nach den derzeitigen Angeboten von Heilung, Schmerzlinderung und Mäßigung der Altersgebrechen verflüchtigt sich jenseits der erbetenen ärztlichen Leistungen in allgemeinen Lebensbedingungen, deren Rahmen der demokratische Gesetzgeber setzt, und endet bei der Freiheit, die der Einzelne in seiner Herrschaft über seinen Lebensbereich beansprucht. Deswegen ist die Vorsorge gegen Gesundheitsgefahren und Krankheiten je nach der Lebenslage des Einzelnen sehr unterschiedlich. Die Empfehlung des Arztes, der Mensch möge maßvoll leben, sich bewegen, nicht rau-

chen und ein sinnbestimmtes Leben führen, trifft in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht immer auf die Essgewohnheiten, Lebensstile und Milieus, Risiko- und Wagnisdisziplin, Arbeits- und Wohnortbedingungen, die ärztlichen Rat und gesundheitliche Empfehlung stützen. Familie, Schule und Ausbildung geben dem Leben Sinn und Freude, stärken damit die Gesundheit, können aber auch krank machen. Berufsaufgabe und Arbeitserfolg können einen wohltuenden Antrieb (Eustress), berufliche Überforderung und Enttäuschung eine gesundheitsgefährdende Belastung (Disstress) zur Folge haben. Der Grad der Bildung, Selbstdisziplin und Schmerzresistenz bestimmen die Bereitschaft und Fähigkeit, sein Leben gesundheitsbewusst einzurichten, aus der Gesundheitsaufklärung und der Empfehlung des Arztes eigenverantwortliche persönliche Folgen zu ziehen.

c. Individuelles Recht und allgemeine Gewährleistung

Das Recht kann damit dem einzelnen Menschen keinen persönlichen Anspruch gewähren, mit dem er gute Bedingungen für seine Gesundheit vor allen anderen erkämpfen könnte. Im Ergebnis gibt es damit kein Recht auf Gesundheit. Ein solcher Leistungsanspruch wäre unerfüllbar. Das Recht sichert dem Berechtigten nur, was die Rechtsordnung mit ihren Verbindlichkeiten erreichen kann. Der Einzelne gewinnt persönliche Ansprüche und Berechtigungen, wenn seine Krankheit geheilt und sein Leben gerettet werden kann. Je mehr er aber als Teil der Gesellschaft betroffen ist, desto weniger kann er diese Allgemeinentwicklung durch eigene Rechte steuern; hier ist er auf seine Bürgerrechte der demokratischen Wahl und der Abstimmung verwiesen. Erlässt der Gesetzgeber zur Sicherung von sauberer Luft und sauberem Wasser Umweltschutzgesetze, trifft er Vorsorge gegen allgemeine Risiken, ohne dass eine indivi-

duelle Belastung und Schädigung schon erkennbar wäre. Hier geht es um gute Politik, nicht um individuelle Rechte. Droht dann aber eine für eine Stadt konkret greifbare Umweltgefahr, etwa durch Überschreitung der Immissionsgrenze für Feinstaub,⁷ wehrt der Staat zunächst selbstständig in Gestalt der zuständigen Behörde die konkrete Gefahr ab, indem er den Kraftfahrzeugverkehr beschränkt oder verbietet, wenn ein Luftreinhalte- oder Aktionsplan⁸ dies vorsieht,⁹ ohne dass der betroffene Einwohner schon ein eigenes Recht auf freies Atmen vor Gericht geltend machen könnte. Fehlt eine derartige Planung durch die Behörde, muss dem Betroffenen ein einklagbarer Schutz vor der gesundheitlichen Belastung durch Feinstaubpartikel gewährt werden.¹⁰ Dieser Anspruch richtet sich aber nicht auf eine Sonderbehandlung, die den Kläger vor allen anderen Staub-betroffenen bevorzugend schützen würde, sondern auf eine verbesserte Planung, die alle Betroffenen begünstigt.¹¹ Erst wenn der Staub zu einem aktuellen Hustenanfall oder gar zu einem greifbaren Lungenschaden führen sollte, hat der betroffene Mensch einen persönlichen Anspruch auf Unterlassung und später auf Schadensersatz.

Gleiches gilt für die Rechte der Menschen untereinander. Stellt ein Kaufmann einen Automaten mit Getränken auf, deren Substanzen bei häufigem und intensivem Genuss Krankheiten verursachen, so kann der einzelne Mensch dem Kaufmann dieses Getränkeangebot nicht verbieten lassen. Bläst der Raucher seinem Nachbarn Tabakrauch ins Gesicht, so kann die staatliche Rechtsordnung diese Schädigung jedenfalls im Raum der öffentlichen Begegnung verbieten; individuelle Rechte beherrschen diese Begegnung der Menschen in der Allgemeinheit der Rechtsgemeinschaft nicht. Schlägt aber ein Gewalttäter seinem Opfer ins Gesicht, greifen dessen persönliche Rechte auf Unterlassung, Notwehr, Schadensersatz unmittelbar.

Das Recht muss somit ein Maß finden, welche Gesund-

heitsvorkehrungen das allgemeine Gesetz der Allgemeinheit gewährt und welchen Gesundheitsschutz der Betroffene aus persönlichem Recht fordern darf. Bei persönlicher Betroffenheit hat der Mensch einen Anspruch auf Schutz und Behandlung. Ob er behandelt wird, bestimmt allein sein individueller Wille. Der Patient wird nur operiert, wenn er der Operation zustimmt; verweigert er die Zustimmung, wird er nicht operiert, selbst wenn nur eine Behandlung sein Leben retten könnte. Ist hingegen über das Maß der Sauberkeit in den Städten, die Dichte und Schädlichkeit des Rauchs aus den Fabrikschlotten oder die Lärmbelastung durch die Fahrzeuge auf der Autobahn zu bestimmen, entscheidet der demokratische Gesetzgeber mit Mehrheit; der Einzelne ist dieser Mehrheitsentscheidung unterworfen, kann sie kaum durch eigene Rechte bestimmen.

2. Was ist der Mensch, den die Rechtsordnung schützt?

a. Die Würde ist unantastbar

Damit stehen wir vor einer Schlüsselfrage des Rechts: Die Gleichheit jedes Menschen in Freiheit und Selbstbestimmung ist auf die Erfordernisse der Gemeinschaft, des gemeinverträglichen, friedlichen Zusammenlebens abzustimmen. Die gleiche Freiheit jedes Menschen und die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz dürfen nicht in einen Gegensatz zueinander geraten, sondern müssen inhaltlich so aufeinander abgestimmt werden, dass jeder Mensch vor einer freiheitlichen Rechtsordnung gleich ist.

Dieses Kernanliegen der gesamten Rechtsordnung stellt das Grundgesetz an den Anfang unserer Verfassung: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“¹² Güter haben einen Wert, Würde kommt nur dem Menschen

zu. Die unantastbare Menschenwürde ist ein Tabu, das nicht berührt werden darf,¹³ wenn die Rechtsordnung nicht zusammenbrechen soll.¹⁴ Dieser Würdegedanke wird gegenwärtig aus drei Quellen lebendig gehalten: Das Christentum sieht den Menschen, der durch Geist, Verstand und freien Willen eine einzigartige Sonderstellung einnimmt und aus seiner Gottesnähe einen eigenen Auftrag empfängt.¹⁵ Die Aufklärung deutet den Menschen als Person kraft seines Geistes, der ihn aus der Natur heraushebt und ihn befähigt, sich seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich die Umwelt zu gestalten.¹⁶ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte¹⁷ sieht den Menschen als mit „Vernunft und Gewissen“ begabt, meint mit der Vernunft vor allem seine besondere Verantwortung für seine Mitmenschen, mit dem Gewissen vor allem das Mitgefühl für das Schicksal anderer Menschen.¹⁸ Das Grundgesetz nutzt die Früchte dieser drei ideengeschichtlichen Begründungen, hält sich für jede dieser Deutungen offen, erwartet aber für diesen Ausgangsgedanken der gesamten Verfassung, dass Christentum und Aufklärung, Verstand und Gewissen dieses Axiom des Verfassungsrechts auch heute tragen. Das Bundesverfassungsgericht stützt seine würde- und freiheits-erheblichen Entscheidungen deshalb stets auf das Basisrecht der unantastbaren Würde, in der die Offensichtlichkeit des Undefinierten erkennbar sein mag, trifft dann aber die entscheidungserhebliche Abwägung im Rahmen der besonderen Freiheitsrechte.¹⁹ Die Würdegarantie gibt der Verfassung und ihrer Auslegung ein prinzipielles Maß. Die konkreten grundrechtlichen Gewährleistungen weisen den Weg zu Einzelfolgerungen und setzen diese dem Gesetzesvorbehalt, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem schonenden Ausgleich aus.

Doch hat die Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes eine eigenständige, nicht einschränkbare Folge: Der Mensch ist in der Rechtsgemeinschaft willkommen,

weil er Mensch ist – mag er Nobelpreisträger oder Taugenichts sein. Diese Würde „ist“ unantastbar. Sie ist vorgegeben, wird in der Natur des Menschen vorgefunden, steht nicht zur Entscheidung eines Gesetzgebers, der bestimmen darf, was sein soll, sondern wird als ein „ist“, als ein vorgefundener Ausgangsbefund rechtlich aufgenommen und anerkannt. Die Unantastbarkeit bedeutet, dass niemand die Würde tasten, berühren, geschweige denn verletzen darf. Behutsamer und sensibler kann die Rechtsordnung diesen Achtungs- und Schutzanspruch nicht ausdrücken.

b. Der Mensch

Seinen konkreten Inhalt empfängt der Würdeanspruch aus der Person des Berechtigten, des Menschen. Er ist undefiniert und wird nicht definiert. Juristische Handwerklichkeit drängt danach, den Inhalt des Berechtigten prägnant zu bestimmen. Würden wir aber den Menschen definieren nach seinem aufrechten Gang, seiner Sprache, seiner Fähigkeit zum Gedächtnis, nach seiner Kraft, sich selbst zu beobachten und zu steuern, würden wir den Menschen, der nicht aufrecht gehen kann, über keine Sprache verfügt, der sein Gedächtnis verloren hat, der sich nicht selbst bestimmen kann, die Menschenwürde absprechen. Gerade derjenige, der den Elementarschutz des Rechts am meisten braucht, wäre von diesem Schutz ausgenommen.

Unser Verfassungssystem beruht auf einem Axiom, das gilt, ohne dass es bewiesen oder abgeleitet werden könnte: Wir haben eine gemeinsame Idee vom Menschen, die wir, obwohl nicht definiert, alle teilen. Die Rechtsordnung muss diesem Menschen und seiner Würde gerecht werden. Juristische Erläuterungen bestimmen den Menschen als das Lebewesen, das von Menschen gezeugt worden ist,²⁰ sprechen von der Unverwechselbarkeit des Menschen als Gattungswesen,²¹ machen den Schutz von der Existenz ei-

nes geborenen Menschen abhängig.²² Diese Erläuterungen erklären den Menschen mit dem Menschen. Der Mensch beansprucht Achtung und Schutz, allein weil er existiert und wie er existiert. Jede Unterscheidung der Würde nach den jeweiligen Menschen ist ausgeschlossen. Der Schwerverbrecher verliert wegen der Verwerflichkeit seiner Tat nicht seine Würde; der Staatsphilosoph gewinnt trotz seiner Leistung und seiner Verantwortlichkeit an rechtlicher Würde nicht hinzu.

Dieses Konzept eines Würdeschutzes gelingt nur in einer Hochkultur, die gleiche Rechte jedes Menschen kennt, seine Freiheit und Selbstbestimmung achtet, die Rechtsordnung auf die Rechte des einzelnen Menschen ausrichtet. Dieses dem Menschen und der Humanität verpflichtete Recht bleibt in den Rechtsfolgen nüchtern und sachlich. Es verbietet die Folter, schützt die Privatsphäre, garantiert auch dem Strafgefangenen ein Mindestmaß an menschlichen Entfaltungsmöglichkeiten. Humanität ist eine ethische Forderung, keine rechtliche. Wäre sie eine rechtliche, müsste das Verhalten des Arztes, des Erziehers, auch des Gefängnisbeamten am Maßstab undefinierter Humanität gemessen werden. Die Haftungsprozesse etwa für ärztliches Fehlverhalten würden in ihren Maßstäben schwanken. Die Angst vor Haftung, die heute jedenfalls in der Medizin eher Fehlverhalten hervorruft als vermeidet, würde gesteigert, wäre Humanität nicht Ethos, sondern Recht.

Der Schutz der Menschenwürde ist der Verfassung so wesentlich, dass er für schlechthin unabänderlich erklärt wird.²³ Auch eine förmliche Verfassungsänderung dürfte die Grundsätze dieser Würdegarantie nicht berühren. Jedes Staatsorgan, das sich um eine solche Minderung dieser Verfassungsgewährleistung bemühen würde, verlöre seine rechtliche und politische Legitimation aus der Verfassung.

c. Das Leben ist nicht das höchste Gut

Wenn die Würde des Menschen der oberste Wert der gesamten Rechtsordnung ist, sind ihm alle anderen Rechtsgüter zugeordnet. Auch das Leben ist damit nicht das höchste Gut. Wenn der Patient einer lebensrettenden Operation nicht zustimmt, darf der Chirurg ihn nicht behandeln; der Wille des Patienten, nicht der Lebensschutz bestimmt das Verhalten des Chirurgen. Könnte ein Leben nur durch eine qualvolle Behandlung über das natürliche Ende hinaus verlängert werden, ist nicht aller Einsatz geboten, um dieses Leben weiter zu erhalten. Vielmehr fordert das Recht eine der Würde dieses Menschen entsprechende Sensibilität. Bedroht ein Sexualtäter sein Opfer mit schweren Verletzungen oder Erniedrigungen, darf der Angegriffene Notwehr leisten, äußerstenfalls den Angreifer auch töten. Der Staat darf auch den Feuerwehrmann zu einem lebensgefährlichen Einsatz in ein brennendes Haus, den Sanitäter in ein lawinenbedrohtes Krisengebiet schicken. Ihn entwürdigen dürfte er nicht. Der Würdeanspruch ist Kerngewährleistung und fordernder Auftrag des Verfassungsrechts.

3. *Die Aufgabe der Medizin*

a. Gesundheit oder Lebensqualität

Wenn der Staat die Würde des Menschen als unantastbar zu achten und zu schützen hat, wird er in einem ersten Schritt Vorsorge treffen, dass die Gesundheit der Menschen erhalten oder wiederhergestellt wird. Wenn wir allerdings fragen, was mit Gesundheit rechtlich gemeint ist, werden wir von der Weltgesundheitsorganisation (WHO)²⁴ im Stich gelassen. Diese Organisation versteht unter Gesundheit das vollständige körperliche, soziale und geistige Wohl-

befinden. Diesen Auftrag, den die Politik „Lebensqualität“ nennt, erfüllt die Familie, wenn sie einen jungen Menschen so erzieht, dass er sich gesund und sozial entwickelt, dass er seine Körperkraft und sein Wachstum entfaltet. Dieses Wohlbefinden ist auch Aufgabe des Versorgungssystems, das den Menschen so mit Gütern ausstattet, dass er keinen Mangel leidet. Insbesondere dem geistigen Wohlbefinden dienen auch die Schule und andere Bildungseinrichtungen, die dem Menschen fortschreitend intellektuelle Entfaltungsmöglichkeiten bieten. Auch der Staat erfüllt diese Aufgabe, wenn er Frieden sichert und die Menschen vor Verletzungen schützt. Wäre dieses umfassende Wohlbefinden von der Krankenversicherung versichert, hätte sie einen Finanzierungs- und Leistungsauftrag, der ihren Haushalt sprengen und ihre Beitragsforderung zu einer Gemeinlast, also zu einer Steuer machen würde.

Würde der Staat diesen umfassenden Gesundheitsbegriff zur Grundlage rechtlicher Anordnungen machen, bewegte er sich in Richtung Diktatur. Der Mensch dürfte auch in seinem Privatbereich nicht mehr rauchen, müsste seine Essgewohnheiten vor dem Gesetz rechtfertigen, seine Sportlichkeit täglich nachweisen, seine Intimsphäre für staatliche Kontrollen öffnen. Er wäre gehalten, gesundheitspolitische, soziale, aber auch berufliche und staatsbürgerliche Verhaltensweisen zu belegen und dem Staat – ähnlich der Steuererklärung – in einer jährlichen Gesundheitserklärung zu verantworten. Letztlich müsste er sein Einkommen und Vermögen diesem umfassenden Gesundheitsziel widmen, sie vielleicht an eine Umverteilungsorganisation abgeben, die mit dieser Finanzmacht eine allgemeine Wohlbefindenspolitik organisierte. An einem solchen Gesundheitsdruck würden die Menschen leiden, an ihm erkranken, in Trauer über diese bedrückende und unterdrückende Entwicklung sterben.

Deswegen müssen wir die Krankheit bescheidender und

treffsicherer definieren. Es ist Aufgabe des Arztes, Krankheiten zu heilen, Schmerzen zu lindern, die Entwicklung des Menschen zu Alter und Gebrechlichkeit zu mäßigen. Dieses Verständnis der Krankheit bestimmt auch die Gesundheitsvorsorge, die den Menschen vor übermäßiger Berufs- und Nervenbelastung (Stress) bewahrt, ihn vor Übergewicht und deren Ursachen warnt, ihm den Verzicht auf das Rauchen empfiehlt, ihm eine Kultur des Maßes und stetiger Bewegung nahelegt. Dabei sind vorbeugende Maßnahmen im Hinblick auf die einzelne Person, etwa eine Impfung, dem Arzt vorbehalten. Die Prävention im Hinblick auf die Allgemeinheit – die Aufklärung vor Gesundheitsgefahren, die Empfehlung gesundheitsbewusster Lebensführung, die Sicherheit im Straßenverkehr, der Umweltschutz – obliegt der Regierung und dem Gesetzgeber.

b. Unterschiedliche Erwartungen an den Arzt

Die Frage nach dem Recht, das dem Menschen gerecht wird, stellt sich insbesondere in der existenziellen Not von Krankheit und drohendem Tod. Rechtskultur zeigt sich in den Maßstäben, die den Auftrag des Arztes bestimmen und die Erwartungen des Patienten an die Medizin prägen. Teilweise bietet die Medizin – in dem beliebig oft produzierbaren Medikament – Heilung für jedermann, in anderen Notfällen – bei der Herztransplantation – sind die zur Heilung benötigten Güter nur begrenzt verfügbar, so dass der Arzt für diese Medizin mit begrenzten Handlungsmöglichkeiten Verteilungsregeln braucht. Der Psychiater sucht im individuellen Gespräch mit dem Patienten die Diagnose, das Miteinander-Sprechen ist die Therapie. Der Chirurg hingegen behandelt den schweigenden – in Vollnarkose gesetzten – Patienten, erwartet von ihm die vorherige Einwilligung zur Operation, nicht aber eine willentliche Mitwirkung an dem Heileingriff. Der Internist

bemisst seine Behandlung der Herzerkrankung nach der Individualität des Patienten, während der Diabetesarzt gelegentlich an der individuellen Heilbarkeit von Zivilisationskrankheiten zweifelt und sich Rettung von einer fundamentalen Änderung unserer Lebensformen verspricht und vielleicht an Phasen der Lebensmittelknappheit und der Lebensmittellkarten erinnert.

Alle diese Ärzte gehen davon aus, Krankheiten heilen und Schmerzen lindern, mäßigen zu können. Doch jeder Arzt erlebt auch die begrenzte Kraft der ärztlichen Kunst, kann Menschen mit Demenz kaum helfen, bemüht sich deshalb, diesen Kranken in ihrer Krankheit ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen und dementsprechend die Lebensbedingungen – das Wohnen, die mitmenschliche Hilfe, das Verständnis der Krankheit und die Anerkennung des Kranken – zu fördern und zu organisieren. Ein Arzt, der einen Sittlichkeitstäter zu therapieren und auch zu beurteilen hat, steht sogar in der Verantwortung, eine Voraussage über das zukünftige Verhalten des Täters zu treffen, die den Richter veranlassen kann, dem Täter seine Freiheit zurückzugeben, bei Irrtum aber auch zukünftige Verbrechenopfer gefährdet. Und der Arzt, der einen Sterbenden begleitet, stellt sich immer wieder die Frage, wie lange er den natürlichen Lauf der Dinge aufhalten, sich der Bestimmung seines Patienten zum Tod widersetzen soll. Die Frage der Gerechtigkeit stellt sich für Arzt und Patient elementar. Das Recht muss hier unvermittelt der Natur des Menschen, seinem Körper, seiner Entwicklung, seinem Schmerz, seinem Willen gerecht werden.

4. Die medizinische Leistung – ein rares Gut

a. Leistung nach Bedarf, nicht gegen Entgelt

Wenn der Patient mit seinem Arzt die erbetene ärztliche Leistung bespricht, wird er darauf verweisen, dass für ihn das Beste gerade gut genug sei. Und der Arzt will sein Bestes geben, aber auch seine teuren Geräte und Verfahren einsetzen. Doch nicht jeder Patient kann den besten unter den Krankenhausärzten, das modernste unter den medizinischen Geräten, das sonnigste unter den verfügbaren Zimmern in Anspruch nehmen. Stets besteht ein Mangel an Ärzten, Geräten und Zimmern. Deswegen müssen diese raren Güter nach Dringlichkeit und Bedarf verteilt werden. Das herkömmliche Instrument, um rare Güter auf die Menschen richtig zu verteilen, bietet das Geld. Das Geld befähigt seinen Eigentümer, beliebige Güter zu tauschen, und findet dort einen Tauschpartner, wo der höchste Preis geboten wird. In diesem offenen Spiel von Angebot und Nachfrage entscheiden die Teilnehmer des Marktes, welcher Bedarf ihnen so dringlich ist, dass sie dafür ihr Geld ausgeben wollen, und welcher Preis ihnen so angemessen erscheint, dass sie dafür die Leistung erbringen.

Für dieses Verteilungssystem ist nun allerdings entscheidend, wer über wie viel Kaufkraft verfügt. Herkömmlich erwirbt der Mensch Einkommen, wenn er seine Arbeitskraft einsetzt, um dafür einen Lohn zu erhalten, oder ein Gut am Markt anbietet, um aus dem Entgelt einen Gewinn zu erwirtschaften. Dieses System allein genügt der Medizin jedoch nicht, weil es denjenigen von der medizinischen Behandlung ausschließen würde, der nicht bezahlen und auch sonst eine Gegenleistung nicht anbieten kann. Die Medizin muss sich ihre Leistungen zwar entgelten lassen, darf sie aber nicht dem Zahlenden vorbehalten, sondern muss sie dem Bedürftigen, dem Kranken, erbringen.

Damit brauchen wir eine Autorität, die über die Dringlichkeit des Bedarfs und seine Befriedigung entscheidet. Diese Aufgabe könnte der Staat übernehmen, dessen Gesetzgeber die Verteilungsmaßstäbe bestimmt und dessen Haushalt die Steuererträge zur Finanzierung bereitstellt. Erwägenswert ist auch ein Versicherungsunternehmen, das durch Versicherungsbeiträge die Kaufkraft bei den gesunden Menschen abschöpft, um sie dann dem Versicherten bei Bedarf – Krankheit – bereitzustellen. Die Tradition der deutschen Sozialversicherungen hat uns zu dieser Versicherungslösung geführt und dabei eine uns vertraute, aber im System der Leistungsverteilung erstaunliche Grundsatzentscheidung getroffen: Die Rechtsordnung wählt als Regeltypus nicht die private Versicherung, die freiwillige Selbstvorsorge, in der ein Versicherter durch seine Beitragszahlung einen Kapitalstock bildet und so eine Anwartschaft auf ausreichende Zahlungen bei Krankheit gewinnt. Vielmehr hat der Gesetzgeber ein staatliches Zwangsversicherungssystem geschaffen, in das die Versicherten eingliedert und zur Beitragszahlung verpflichtet werden. Die Beiträge allerdings werden nicht für die zukünftigen Versicherungsfälle gespart und verzinst, vielmehr zur Finanzierung der gegenwärtigen Krankheitsfälle verwendet.

b. Selbstvorsorge oder Fremdhilfe

Diese beiden Modelle der freiwilligen Privatversicherung und der staatlichen Zwangsversicherung unterscheiden sich im Freiheitsvertrauen. Die Privatversicherung vertraut auf die Vorsorgebereitschaft des Betroffenen, die Zwangsversicherung auf die Fremdhilfe der nächsten Generation. Die Privatversicherung baut darauf, dass der Mensch mit Beginn der Volljährigkeit, in der er Verträge schließen, Wehrpflichten erfüllen, wählen und gewählt werden kann, hinreichend Entscheidungskraft und Zu-

kunftsverantwortung hat, um freiwillig für den zukünftigen Krisenfall späterer Krankheit vorzusorgen. Eine freiheitliche Rechtsordnung erwartet, dass auch der vor Kraft und Gesundheit strotzende Zwanzigjährige sich vorstellen kann und will, einmal krank und gebrechlich zu sein und dafür heute vorsorgen zu sollen.

Das staatliche Zwangsversicherungssystem hingegen vertraut nicht auf die individuelle Vorsorgefähigkeit und freiheitliche Verantwortung für die Zukunft, verpflichtet deshalb zur Mitgliedschaft und Beitragszahlung in der staatlichen Versicherung. Großes Vertrauen setzt diese staatliche Versicherung allerdings in die Bereitschaft und Fähigkeit der nächsten Generation, die heutigen Leistungsversprechen dieser Versicherung in Zukunft erfüllen zu wollen und zu können, also in einem Generationenvertrag ein verlässlicher Schuldner zu sein, ohne am Abschluss dieses „Vertrages“ mitgewirkt zu haben.

Diese Grundsatzentscheidung betrifft auch die Leistungen der Versicherungen. Während die Privatversicherung im Prinzip dem Versicherten die freie Wahl des Arztes, der Leistungen und deren Finanzierung überlässt, sodann die Kosten in Höhe der vertraglichen Sicherungszusage erstattet, schöpft die staatliche Zwangsversicherung die Kaufkraft der Gesunden ab, um Leistungen für Kranke zu erbringen. Dadurch gewinnt die staatliche Versicherung wesentlichen Einfluss auf die Leistungen und die Leistungserbringer. Die Kassen vereinbaren mit den Krankenhäusern und Ärzten bestimmte Leistungen und Leistungsbedingungen, bestimmen damit vielfach die Struktur der Einrichtungen und Praxen, auch das Anforderungsprofil an Ärzte und Medikamente. Die Kasse dominiert die Behandlungsmöglichkeiten.

c. Wer trägt zur Versicherung bei?

In diesem Zwangssystem sind nicht alle versichert, die zu dieser Versicherung beigetragen haben. Gegenwärtig ist anerkannt, dass die Beitragszahler beigetragen haben, deshalb versichert sind. Nicht anerkannt ist, dass die Eltern und insbesondere die Mütter diesem „Vertrag“ durch ihre Kinder und deren Erziehung den Schuldner geben, damit den Beitrag leisten, der den „Vertrag“ erst erfüllbar macht. Zwar sind der nicht erwerbstätige Ehegatte und die Kinder „mit“-versichert.²⁵ Diese „Mit“-Versicherung erscheint jedoch weniger durch die Erziehungsleistung erworben, sondern hängt in Beginn und Dauer stets von der Mitgliedschaft des Stammversicherten – des Nichterziehers – ab.²⁶ Die „Mit“-Versicherung gilt deshalb als „versicherungsfremde Leistung“²⁷, als „Fremdlast“²⁸, ein Fremdkörper im System, unverdient, eine privilegierende Bereicherung. Die Mütter, die vielfach um der Kindererziehung willen auf Lohn verzichten, deswegen keinen Zahlungsbeitrag erbringen, aber den das System tragenden Schuldner beitragen, scheinen trotz ihres grundlegenden Beitrags in der Mitgliedergemeinschaft nicht eigenständig mitgliedsfähig. Sie empfangen deshalb systemfremde Wohltaten. Diese Sicht ist wirklichkeitsfremd, auch diskriminierend.

Wenn sodann beruhigend darauf verwiesen wird, die Mitversicherung der Mütter und Kinder sei beitragsfrei²⁹, ist auch dieses unrichtig. Wenn der erwerbstätige Ehegatte Krankenversicherungsbeiträge nach seinem Bruttolohn bezahlt, obwohl ein Teil dieses Lohnes wegen der Unterhaltspflichten seinem Ehegatten und seinen Kindern gehört, werden Ehegatte und Kinder in diesen ihnen gehörenden Lohnbestandteilen beitragsbelastet, erhalten insoweit einen durch den Beitrag verminderten Unterhalt. Auch hier wird der Gesetzgeber ein Zukunftskonzept entwickeln müssen,

das die Leistungsfähigkeit dieser Versicherungen langfristig gewährleistet.

Der Bedarf an medizinischen Leistungen wird weiter ansteigen, weil die Menschen dank der Erfolge der Medizin länger leben, die Kosten der Medizin mit den Ansprüchen weiter wachsen werden, dem aber weniger Erwerbstätige gegenüberstehen, weil wir zu wenig Kinder bekommen,³⁰ die Männer im Durchschnitt schon mit 62,1 Jahren, Frauen mit 61,6 Jahren aus der Erwerbstätigkeit ausscheiden,³¹ einige der Erwerbsfähigen auch schlechter qualifiziert sind. Schon heute arbeiten fast 30 % der Krankenhäuser ohne Ertrag.³² Über 95.000 Vollzeitstellen – ca. 10 % der insgesamt verfügbaren Stellen – sind zwischen 1995 und 2006 abgebaut worden.³³ Dementsprechend verschlechtert sich das Verhältnis von Patient zu Mitarbeiter; der Patient muss längere Wartezeiten, weniger Zuwendung, verminderte Investitionen, ein erhöhtes Risiko durch überlastetes Personal in Kauf nehmen. Hier steigt nicht die Produktivität, sondern das Qualitätsrisiko.

d. Drei Irrwege, Gesundheitsbelastungen zu begrenzen

Wenn so das Gut der Krankenbehandlung immer knapper wird, kann der gesamte Bedarf an Behandlungsleistungen nicht mehr befriedigt werden. Deswegen sucht das Medizinrecht gegenwärtig drei Lösungswege, die sich aber als Irrwege erweisen:

Zunächst werden die medizinischen Leistungen rationiert. Notwendige Leistungen werden nicht mehr erbracht. Wir kennen diese Engpässe von den Lebensmittelkarten nach dem Kriege,³⁴ von der Studienplatzvergabe nach dem Prinzip des Numerus clausus,³⁵ auch von der aktuellen, glücklicherweise abklingenden Diskussion um Benziningutscheine. In der Medizin ist die Rationierung von Leistungen notwendig und geläufig, insbesondere bei der Trans-

plantationsmedizin, die nicht über hinreichend viele Organe verfügt, weil es an Organspendern fehlt.³⁶ Doch je mehr diese Prinzipien der Rationierung auf die vermehrbaren medizinischen Leistungen erstreckt werden, desto weniger gelingt es, das Leistungsangebot auf den tatsächlichen Bedarf der Kranken abzustimmen.

Der zweite Irrweg zwingt die leistungserbringenden Krankenhäuser und Ärzte, ihre Leistungen unentgeltlich zu erbringen. Wenn das Vierteljahres- oder Jahreskontingent erschöpft ist, die Fallpauschale die Leistungen nicht deckt, der Leistungskatalog nicht hinreichend zwischen den Spitzenleistungen einer Forschungsklinik und den Normalleistungen einer Alltagsklinik unterscheidet, so ist der Leistungserbringer zur Unentgeltlichkeit, zur ökonomischen Unvernunft, tendenziell in die roten Zahlen gezwungen. Der Arzt muss teilweise seinen Beruf unentgeltlich ausüben, der Krankenhausträger sein Eigentum in die Selbstgefährdung führen, die Krankenhausorganisation ihre Zukunft in Frage stellen. Dieser Lösungsversuch ist schlechthin untauglich.

Drittens wird einer Privatisierung und damit einer Kommerzialisierung der Krankenhäuser das Wort geredet. Der Charme dieses Gedankens liegt in dem freien Austausch und Wettbewerb von Leistungsangebot und Leistungsanfrage, der unser Wirtschaftssystem trägt und erfolgreich macht. Doch muss die jeweilige Organisationsform dem Ziel entsprechen, dem die Einrichtung zu genügen hat. Wer ein Gefängnis nach dem Ideal der Freiheit führen wollte, wird den dort zu erfüllenden Sicherungs- und Resozialisierungsauftrag verfehlen. Wer ein Prüfungsamt nach dem Gedanken der Erfolgsgleichheit leitet, wird die dort erwartete Unterscheidung von Eignung und Qualifikation verweigern. Wer bei einem privatisierten Krankenhaus mit einem fixierten Gesundheitsbudget Gewinne des Kapitalgebers zunächst in Höhe von 10 %, dann von 15 % oder

20 % abzweigen muss, mag sich zunächst über die vorgezogenen Investitionen des Kapitalgebers freuen, wird dann aber in seinem Gesundheitsbudget diese Defizite vorfinden und dementsprechend seinen Auftrag nicht mehr voll erfüllen können oder aber benachbarte Krankenhäuser in ihrem Budget gefährden müssen. Privatisierung mit Wettbewerb und Gewinnmaximierung setzt den offenen Kampf um ein höheres Budget voraus, bleibt aber bei einem staatlich begrenzten Gesamtbudget untauglich.

5. Nicht jede Leistung ist gleich dringlich

a. Was ist behandlungsbedürftig?

Damit wendet sich alle Aufmerksamkeit der Frage zu, welche medizinischen Leistungen verzichtbar sind, deshalb nicht finanziert werden müssen. Zu prüfen ist, welche Leistungen notwendig, wünschenswert, hilfreich oder überflüssig sind.

Der Einsatz medizinischer Mittel rechtfertigt und begrenzt sich aus dem Ziel medizinischen Handelns, Krankheiten zu heilen und Schmerzen zu lindern. Bereits diese traditionelle Bestimmung der medizinischen Aufgabe ist heute allerdings zu eng. Gegenstand der medizinisch notwendigen Grundversorgung sind auch ärztliche Leistungen, die eine natürliche, insbesondere eine alters- oder zivilisationsbedingte Schwächung von Elementarfunktionen der menschlichen Organe ausgleichen. Sehhilfen, Hörhilfen, Gehhilfen, Bypässe und Kieferorthopädie gehören heute zum Standard medizinischer Leistungen.

Die Frage, was behandlungsbedürftig ist, beantwortet sich nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft, also auf der Grundlage des gegenwärtig erreichten wissenschaftlichen Fortschrittes. Die Therapie folgt stets

dem sich erweiternden und verbessernden Kenntnisstand der Medizin, gibt dem Patienten damit aber auch einen Anspruch auf Behandlung im Wissen über Behandlungsgegenstand und Behandlungsmethode. Wie etwa die Methoden der Sonographie eine Früherkennung ermöglichen, bevor noch die natürlichen Warnsignale des Schmerzes beim Patienten einsetzen, wie die Möglichkeiten des Organersatzes nicht nur die Wiederherstellung, sondern die Verbesserung des vorpathologischen Zustandes erlauben, so kann und muss die medizinische Kunst auch ihre Fähigkeiten gegen das vorzeitige Altern, die Altersgebrechlichkeiten, aber auch den Abbau von Organfunktionen einsetzen. Heute verdanken wir einen wesentlichen Teil unserer Gesundheit medizinischen Eingriffen. Das Ziel der Medizin ist deshalb nicht nur, Krankheiten zu heilen und Schmerzen zu lindern, sondern auch, dem Menschen eine gesundheitlich zumindest kontinuierliche Lebensführung zu ermöglichen und eine selbstbestimmte Lebensgestaltung zu eröffnen.

b. Notwendig, wünschenswert, hilfreich, überflüssig

Dieser normativ-wertende Begriff der Behandlungsbedürftigkeit fordert die Unterscheidung zwischen der notwendigen, der wünschenswerten, der hilfreichen und der überflüssigen Behandlung. *Notwendig* ist die medizinische Verhinderung des vermeidbaren Todes, die Heilung und Linderung von Krankheiten und des damit verbundenen Schmerzes. Diese Grundversorgung ist Pflichtaufgabe einer beitragsfinanzierten Medizin. Der Patient hat einen Individualanspruch auf Gesundheit ungeachtet individueller Zusatzzahlungen.

Wünschenswert ist die medizinische Behandlung bei der Unterstützung und Steuerung natürlicher Abläufe in der Entwicklung des menschlichen Lebens, insbesondere der medi-

zinische Kampf gegen das Nachlassen des Herz-Kreislauf-Systems, der Sehfähigkeit, des Gehörs, des Gedächtnisses und anderer Vitalfunktionen. Auch diese medizinische Hilfe in besonderen Risikolagen und die Bewahrung der medizinischen Normalität gegen entwicklungsbedingte Minderungen der Gesundheit gehören nach heutigem wissenschaftlichen Standard und der Allgemeinerwartung gegenüber der Medizin zu den Aufgaben, die von der beitragsfinanzierten Krankenversicherung finanziert werden müssen.

Die *hilfreichen* Leistungen umfassen Maßnahmen der Pflege, Betreuung und Gesundheitserziehung, berühren also den Grenzbereich zwischen Medizin und Sozialpolitik. Wenn eine Klinik einen Süchtigen in mehrwöchiger Behandlung zu einer selbstbestimmten Lebensführung in der Normalität erziehen will, eine Rehabilitationsklinik das Unfallopfer zur Rückkehr in das Arbeitsleben befähigt, eine Pflegestation dem altersgebrechlichen Menschen in seiner Hilflosigkeit ein Mindestmaß an Würde erhält, wenn die vorbeugende Impfung oder Vorsorgeuntersuchung zukünftige Krankheiten und damit eine medizinische Grundversorgung vermeiden, sind dieses wertvolle und für den Betroffenen oft freiheitsbestimmende Leistungen.

Die Frage ist deshalb nicht, ob diese Leistungen erbracht werden sollen, sondern ob sie in die Verantwortlichkeit der Medizin und des Krankenversicherungssystems fallen. Die Lasten dieser Medizin erwachsen vielfach aus einem Verständnis der Familie, das individuelles berufliches Erwerbsstreben höher bewertet als die Erziehung der Kinder und ihre Begleitung in der Krise, das in der langfristigen beruflichen Bindung keinen Platz mehr lässt für die Pflege und Betreuung alter Menschen, obwohl familiäre Erziehung und Betreuung immer individueller, stetiger ist und die Würde des betroffenen Menschen eher wahrt, als es institutionelle Hilfe könnte. Hier stellen sich grundsätzliche Fragen der auch finanzwirtschaftlich erheblichen Elternverantwortung

für die Erziehung des Kindes, der Familienverantwortung für die Betreuung des alten Menschen, der Neuorientierung eines Wirtschafts- und Gesellschaftssystems, das für das Kind und die Mutter keinen Platz zu brauchen glaubt, finanzrechtlich vor allem auch der Zukunftsverantwortung der kinder- und familienlosen Bürger, die in Krankheit und Alter auf helfende Menschen hoffen, ohne dass sie für deren Existenz selbst etwas hätten beitragen können.

Die Überforderung der Medizin und ihres Finanzbudgets hat ihre Ursache hier also in der primären Ausrichtung unserer Gesellschaft auf den beruflichen Erwerb und die Vernachlässigung der familiären Verantwortung. Die Kostenfolge betrifft Staat und Gesellschaft insgesamt, also nicht nur das System der Krankenversicherung, sondern auch den Steuerzahler.

Schließlich eröffnet die Kategorie der *überflüssigen* Leistungen ein großes Potential an Einsparmöglichkeiten. Doppelerhebungen, Mehrfachdokumentationen, übersteigerte Dokumentationspflichten, eine schlecht abgestimmte ambulante und stationäre Behandlung, unnötige Weiterverweisungen, bisher auch die Länge des stationären Aufenthalts eines Patienten, medizinisch nicht mehr erforderliche Gewohnheitsmedikamente, die Intensivbehandlung von Alltagsbeschwerden wie eines grippalen Infektes, die üppig ausgestattete Reiseapotheke und die Müllhalden ungenutzter Medikamente, auf denen nach Schätzung erfahrener Mediziner jede zweite Tablette landet, verletzen das Sparsamkeitsprinzip, das hier mit den Erfordernissen medizinischer Vernunft Hand in Hand geht.

Auch ist kaum verständlich, dass neue Techniken wie der Patientenchip, auf dem die einmal erhobenen Daten festgehalten werden können, zur Erleichterung der Patientenlast und der Aufgabe des Arztes aus Datenschutzgründen nicht angemessen genutzt werden können. Wer seinem Arzt – dem Arzt seiner Wahl und seines Vertrauens –

seinen Chip vorlegt, um ihn zu informieren und ihm damit eine Grundlage für eine gute Behandlung, auch für das Vermeiden übermäßig belastender Diagnosewiederholungen zu geben, ist individuell in seiner Privat- und Persönlichkeitssphäre nicht nachteilig betroffen.

6. Medizinische Kunst und schicksalhafte Entwicklung

a. Behandlungspflicht oder Respekt vor natürlicher Entwicklung

Ein großer Teil – teilweise mehr als die Hälfte – der gesamten Gesundheitskosten fällt in den letzten sechs Monaten des Patienten vor seinem Tode an. Selbstverständlich kann auch der erfahrene Arzt meist nicht voraussagen, wann diese letzten sechs Monate beginnen. Dennoch stellt sich ihm die Frage, ob die vorgefundene Bestimmung eines schwer kranken oder altersgebrechlichen Menschen zum Tode eine Zurückhaltung bei medizinischen Eingriffen fordert, wenn die medizinische Kunst dem Patienten zwar das Leben retten, nicht aber die Normalität eines Lebens in Würde und Freiheit bewahren kann. Die Rechtsordnung weist dem Arzt hier die Verantwortlichkeit zu, zwischen einer Fortdauer des bisherigen Zustandes des Patienten ohne medizinischen Eingriff und dem durch den Eingriff erreichbaren Zustand des Patienten abzuwägen. Es geht also weniger (wie es traditionell formuliert wird) um die Frage, ob der Arzt den Patienten – aktiv – töten oder – passiv – durch Untätigkeit sterben lassen darf. Ob der Arzt aktiv eine Beatmungsmaschine abschaltet oder passiv die künstliche Ernährung des Patienten unterlässt, ist für die Betroffenheit des Patienten und den Schutz von Leib und Leben unerheblich. Die Frage ist anspruchsvoller.

Die individuelle Krankheitslage zwingt den verantwort-

lichen Arzt in Respekt vor dem natürlichen Ablauf des menschlichen Lebens zu der Entscheidung, ob der Ablauf der Krankheit ohne medizinischen Eingriff als schicksalhaft akzeptiert werden muss oder die ärztliche Kunst zur Besserung der Lage des Patienten in der Lage ist.

b. Fünf Orientierungsregeln

Für diese ärztliche Entscheidung, die allein aus der Sicht der Medizin zu treffen ist und nicht finanzwirtschaftlich verfremdet werden darf, die aber erhebliche finanzwirtschaftliche Folgewirkungen nach sich ziehen kann, deutet die Rechtsordnung fünf Eck- und Orientierungspunkte an:

1. Erlaubt die ärztliche Verantwortung die begründete medizinische Prognose, dass die Gesundheit des Patienten annähernd wiederhergestellt werden kann, so ist der Arzt grundsätzlich – die Einwilligung des Patienten vorausgesetzt – zur Behandlung verpflichtet.

2. Begründet die gediegene medizinische Prognose die Wahrscheinlichkeit, dass der Patient nach dem medizinischen Eingriff das Bewusstsein nicht wiedererlangen wird, so verspricht der medizinische Eingriff nach den Wertungen der Art. 1 (Menschenwürde) und 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) keine Besserung. Er darf unterbleiben.

3. Wird der medizinische Eingriff das Leben des Patienten voraussichtlich verlängern, ihm dafür aber erhebliche Behinderungen und Schmerzen für die Dauer seines verbleibenden Lebens zufügen, so wird der Anspruch auf Leben sich in der Regel durchsetzen. Erscheinen die Eingriffsfolgen jedoch im Vergleich zum natürlichen Ablauf unzumutbar, so kann der Tod eine Erlösung sein, der Heileingriff insoweit die Lage des Patienten nicht verbessern. Hier ist der Arzt nicht zum Eingriff verpflichtet. Seine Entscheidung bestimmt sich vorrangig nach dem Willen des Patienten. Kann der Patient nicht selbst entscheiden, mag

die ärztlich verantwortete Entscheidung durch Verfahrenserfordernisse – insbesondere ein dennoch mögliches Patientengespräch, eine Beteiligung von Ehegatten und Verwandten – abgestützt werden. Für den Pflichtenstatus des Arztes gewinnt die medizinische Indikation hier deutlich an Gewicht.

4. Sind medizinische Diagnose und Therapiechancen über die allgemeinen Prognoserisiken hinaus unsicher, so ist die rechtfertigende Kraft der medizinischen Indikation geschwächt, der Wille des Patienten tritt in den Vordergrund. Hier trifft den Arzt vor allem die Verantwortlichkeit sachgerechter Aufklärung, die den Patienten befähigt, in der Selbstbetroffenheit die verschiedenen Alternativen des möglichen Geschehensablaufs zu verstehen, abzuwägen und für sich zu beurteilen.

5. Ist der medizinische Eingriff nicht nur zur Heilung des Patienten, sondern auch zur Gewinnung von Forschungserkenntnissen geplant, so bedarf es für diesen Eingriff einer weiteren, sich auf die forschungsbedingten zusätzlichen Risiken und Belastungen beziehenden Einwilligung des Patienten. Die medizinische Indikation rechtfertigt nur den – auf erprobte Methoden gestützten – Heilversuch; das Heilexperiment, das ungesicherte Behandlungsmethoden anwendet, muss vom Patienten nicht nur im Willen zur Gesundung, sondern auch im Willen zum höchstpersönlichen Forschungsbeitrag explizit mitgetragen werden. Das Erfordernis der beiden Einwilligungen trennt auch die Finanzierungsmittel zumindest dem Grunde nach: den Behandlungsetat und den Forschungsetat.

7. Stärkung der Verantwortlichkeit als Wirtschaftlichkeitsprinzip

Im Ergebnis wird der Vorbehalt des Finanzierbaren durch eine Stärkung individueller Verantwortlichkeit von Arzt und Patient erfüllt, braucht also medizinische Entscheidungen nicht finanzwirtschaftlich zu verfremden. Im Zusammenwirken von Patient, Arzt und Kassen werden die Kassen wieder in ihre Funktion als dienende Finanzträger des Gesundheitswesens verwiesen und die Entscheidung über die jeweilige medizinische Leistung in die Hand von Arzt und Patient zurückgegeben.

Der Patient kann durch eine finanzielle Selbstbeteiligung, auch durch Beitragsrückerstattungen in die Einschätzung einbezogen werden, ob eine Behandlung erforderlich ist. Es ist verständlich, dass die ausufernde Begehrlichkeit jedes Menschen nach individualnützigen Leistungen gerade beim Patienten auf die bestmögliche Behandlung drängt. Deshalb muss ein Stück seines Geschäftssinns als Gegensteuerungsprinzip eingesetzt werden.

Auch die ärztliche Verantwortlichkeit fordert die Beachtung dieses Übermaßverbotes: Wenn eine kostenaufwendige Medizin absichernder Vorsicht auch die entferntesten Risiken vorsorglich abklären und damit überflüssige diagnostische Maßnahmen vornehmen will, so ist dieses ein Behandlungsfehler und zugleich ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Die Doppelerhebung von Befunden und die Wiederholung diagnostischer Maßnahmen sind medizinisch nicht indiziert und könnten in einem sehr einfachen Verfahren von der Kassenfinanzierung ausgenommen werden. Das Doppelungsverbot betrifft in gleicher Weise auch die ärztliche Aufklärungs- und Dokumentationspflicht und wird ergänzt durch das Erfordernis, gesteigerte Verwaltungsanforderungen an den Arzt zurückzunehmen. Zudem ist die Zusammenarbeit zwischen den

verschiedenen Institutionen neu zu ordnen. Wenn die jeweils leistungsfähigere Institution wegen der an sie gerichteten höheren Anforderungen und höheren Risiken auch höher honoriert wird, andererseits eine sich selbst überschätzende Institution vermeidbare Komplikationen und Nachbesserungserfordernisse selbst finanziell verantworten muss, so wird die gestufte Honorierung und Haftung die Aufgaben der verschiedenen Kliniken, aber auch das Zusammenwirken zwischen Krankenhaus und Arztpraxis sachgerecht definieren helfen.

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip verlangt so eine verschärfte medizinische Indikation, verbessert Kooperation und Arbeitsteilung unter den medizinischen Einrichtungen, mäßigt eine Medizin absichernder Vorsicht und erinnert erneut an die Frage, welcher Krankheitsverlauf als schicksalhaft hingenommen werden muss.

Gesundheit ist ein lebensnotwendiges Gut wie Wasser. Das Wasser zum Trinken ist unverzichtbar, das Wasser zum Waschen kulturnotwendig, das Wasser für die Vielzahl von Schwimmbädern vertrauter Überfluss, das Wasser für Wasserspiele Verschwendung, das Wasser für das Mühlrad technische Vergangenheit. Drängt gegenwärtig ein stetig steigender Bedarf das Wasser aus dem Fluss gleichmäßiger und maßvoller Versorgung zum Überfluss, so muss die Rechtsordnung eine Kultur des Maßes wiederherstellen. Dabei sind die Wasserkundigen und die Durstigen zu hören. Dann werden wir Wasser sparen, ohne zu verdursten, ohne die Hygiene zu gefährden, ohne die Dringlichkeit des jeweiligen Bedarfs unbewertet zu lassen, aber auch ohne den Wert des Wassers durch Verschwendung und Überfluss zu mindern.

Anmerkungen

¹ Lorenz, Dieter: Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. In: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. Heidelberg ²2001, § 128 Rn. 23; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1. Tübingen ²2004, Art. 2 II Rn. 42. Allgemein zur Abwehrfunktion von Grundrechten: BVerfGE 7, 198 (204) – Lüth; 21, 362 (372) – Sozialversicherungsträger; 33, 303 (330) – Numerus clausus I; 50, 290 (336f) – Mitbestimmung; 61, 82 (101) – Sasbach; 68, 193 (205) – Zahntechniker-Innung; Christian Starck, in: von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1. München ⁵2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 182ff.

² Art. 102 GG; dazu BGH, Monatsschrift für deutsches Recht 1996, 402ff; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 2 II Rn. 60. Zur Auslieferung bei drohender Todesstrafe in einem ausländischen Staat vgl. BVerfGE 60, 348 (354ff) – Auslieferung.

³ Dieter Lorenz, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI (wie Anm. 1), § 128 Rn. 41; zum Schutz durch Art. 1 Abs. 1 GG vgl. Christian Starck, in: von Mangoldt / Klein / Starck: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 1 Abs. 1 Rn. 51, 56, 69; zum Verhältnis von Leben und Würde vgl. Höfling, Wolfram: Wer definiert des Menschen Leben und Würde? In: Depenheuer, Otto u. a. (Hrsg.): Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg 2007, 525 (528ff).

⁴ Christian Starck, in: von Mangoldt / Klein / Starck: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 2 Abs. 2 Rn. 193ff; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 2 II Rn. 33ff.

⁵ Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 2 II Rn. 96.

⁶ BVerfGE 57, 70 (99) – universitäre Krankenversorgung.

⁷ § 4 Abs. 1 der Verordnung über Immissionswerte für Schadstoffe in der Luft (22. BImSchV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. Juni 2007 (BGBl. I, 1006).

⁸ § 47 Abs. 1 und 2 BImSchG.

⁹ § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

¹⁰ BVerwGE 128, 278 (289ff); 129, 296 (303).

¹¹ Zur Kontroverse vgl. VGH München, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2007, 230ff; VG Stuttgart, Neue Zeitschrift für Ver-

waltungsrecht 2005, 971ff; EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, 573ff – Janecek/Freistaat Bayern.

¹² Art. 1 Abs. 1 GG; hierzu *Christian Starck*, in: *von Mangoldt / Klein / Starck: Grundgesetz* (wie Anm. 1), Art. 1 I Rn. 1ff.

¹³ Vgl. *Grimm, Jacob*: Von der Poesie im Recht. In: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 2/1 (1816), 25 (27f).

¹⁴ Vgl. auch *Isensee, Josef*: Menschenwürde: Die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), 173 (179); *ders.*: Tabu im freiheitlichen Staat. Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts. Paderborn 2003, 35.

¹⁵ *Isensee*: Menschenwürde (wie Anm. 14), 173 (199ff).

¹⁶ *Günter Dürig*, in: *Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, München* ²⁹1993, Art. 1 Abs. 1 Rn. 18; vgl. ferner: *Immanuel Kant*, in: *Zehbe, Jürgen (Hrsg.): Was ist Aufklärung. Aufsätze zur Geschichte und Philosophie*. Göttingen 1967, 55.

¹⁷ Artikel 1 Satz 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948: „Sie [scil. die Menschen] sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen“; Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung, Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Official Records III (Part I – Resolutions), Document A/810, 71 (Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen); dazu *Rensmann, Thilo*: Wertordnung und Verfassung. Tübingen 2007, 16ff.

¹⁸ *Rensmann* (wie Anm. 17), 16.

¹⁹ Zur Privat- und Intimsphäre: BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes; 38, 312 (320) – Berufsbezogenes Zeugnisverweigerungsrecht; zum strafrechtlichen Schuldprinzip: BVerfGE 20, 323 (331) – Nulla poena sine culpa; 45, 187 (259f) – Lebenslange Freiheitsstrafe; zur Unschuldsumutung: BVerfGE 74, 358 (370ff) – Unschuldsumutung I; 82, 106 (114f) – Unschuldsumutung II; zum Verbot eines Zwangs zur Selbstbeichtigung: BVerfGE 38, 105 (114f) – Rechtsbeistand; 56, 37 (41ff) – Bremer Modell; 95, 220 (241) – Aufzeichnungspflicht; zum Anspruch des Straftäters auf Resozialisierung: BVerfGE 35, 202 (235f) – Lebach; zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung: BVerfGE 90, 263 (270f) – Ehelichkeitsanfechtung; 96, 56 (63) – Vaterschaftsauskunft; zum Recht am ei-

genen Namen: BVerfGE 78, 38 (49) – Gemeinsamer Familienname; zum Recht am eigenen Bild: BVerfGE 35, 202 (220) – Lebach; BVerfGE 101, 361 (392) – Caroline von Monaco II; zum Recht am eigenen Wort: BVerfGE 54, 148 (155) – Eppler; zum Grundrecht auf Datenschutz: BVerfGE 65, 1 (42ff) – Volkszählung; zum Schutz der persönlichen Ehre: BVerfGE 54, 208 (217f) – Böll; zum Recht auf schuldenfreien Eintritt in die Volljährigkeit: BVerfGE 72, 155 (170ff) – Ererbtes Handelsgeschäft; zur Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz: BVerfGE 82, 60 (85) – Steuerfreies Existenzminimum; 99, 246 (259ff) – Kinderexistenzminimum; zur körperlichen wie geistig-seelischen Identität und Integrität: BVerfGE 56, 54 (75) – Fluglärm.

²⁰ Christian Starck, in: von Mangoldt / Klein / Starck: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 1 I Rn. 18.

²¹ BVerfGE 87, 209 (228) – Einziehung einer Videokassette; Wolfram Höfling, in: Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar. München ⁴2007, Art. 1 Rn. 50.

²² Horst Dreier, in: Dreier: Grundgesetz (wie Anm. 1), Art. 1 Rn. 64.

²³ Art. 79 Abs. 3 GG; vgl. auch Grimm (wie Anm. 13), 27f sowie Anm. 14.

²⁴ Die WHO-Definition „Gesundheit“ wurde in der Satzung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) vom 22. Juli 1946 beschrieben als „state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“; vgl. Official Records of the World Health Organization, 1947, 2, 98 (100); deutsche Übersetzung in Bekanntmachung der Satzung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Januar 1974, BGBl. II, 43 (45): „Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur als das Freisein von Krankheit und Gebrechen“.

²⁵ § 10 Abs. 1 S. 1 SGB V.

²⁶ Vgl. § 19 Abs. 3 SGB V.

²⁷ Zur negativen Deutung der Begriffe „versicherungsfremde Leistung“ und „Fremdlast“ vgl. Butzer, Hermann: Fremdlasten in der Sozialversicherung. Tübingen 2001, 36ff.

²⁸ Zum Begriff im Bereich der Sozialversicherung allgemein Butzer (wie Anm. 27), insbesondere 29ff.

²⁹ § 3 S. 3 SGB V; Axer, Peter: Die Familie zwischen Privatrecht, Sozialrecht und Steuerrecht. In: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft 29 (2006), 175 (198); Ruland, Franz: Das Bundesverfassungs-

gericht und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 1673 (1678).

³⁰ Zum Rückgang der Geburten in Deutschland im Laufe der letzten Jahre siehe *Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.): Statistisches Taschenbuch 2008 (Arbeits- und Sozialstatistik, 2.2 Natürliche Bevölkerungsbewegung)*.

³¹ Vgl. den Beitrag: *Vorruhestand. Teurer Abschied aus dem Berufsleben*. In: *Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln* 34/28 vom 10. Juli 2008, 4ff.

³² *Deutsches Krankenhausinstitut e. V. (Hrsg.): Krankenhausbarometer. Umfrage 2008, 62*.

³³ Dies ergibt ein Vergleich des Zahlenmaterials in: *Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Statistisches Jahrbuch 2008, 237*.

³⁴ Bezeichnend *Faber, Elmar / Wurm, Carsten (Hrsg.): Allein mit Lebensmittelkarten ist es nicht auszuhalten ... Autoren- und Verlegerbriefe 1945–1949*. Berlin 1991.

³⁵ Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben bei dieser Art der Studienplatzvergabe siehe BVerfGE 33, 303 (329ff) – Numerus clausus I; 43, 291 (313ff) – Numerus clausus II.

³⁶ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.): Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland. Stellungnahme*. Berlin 2007.