

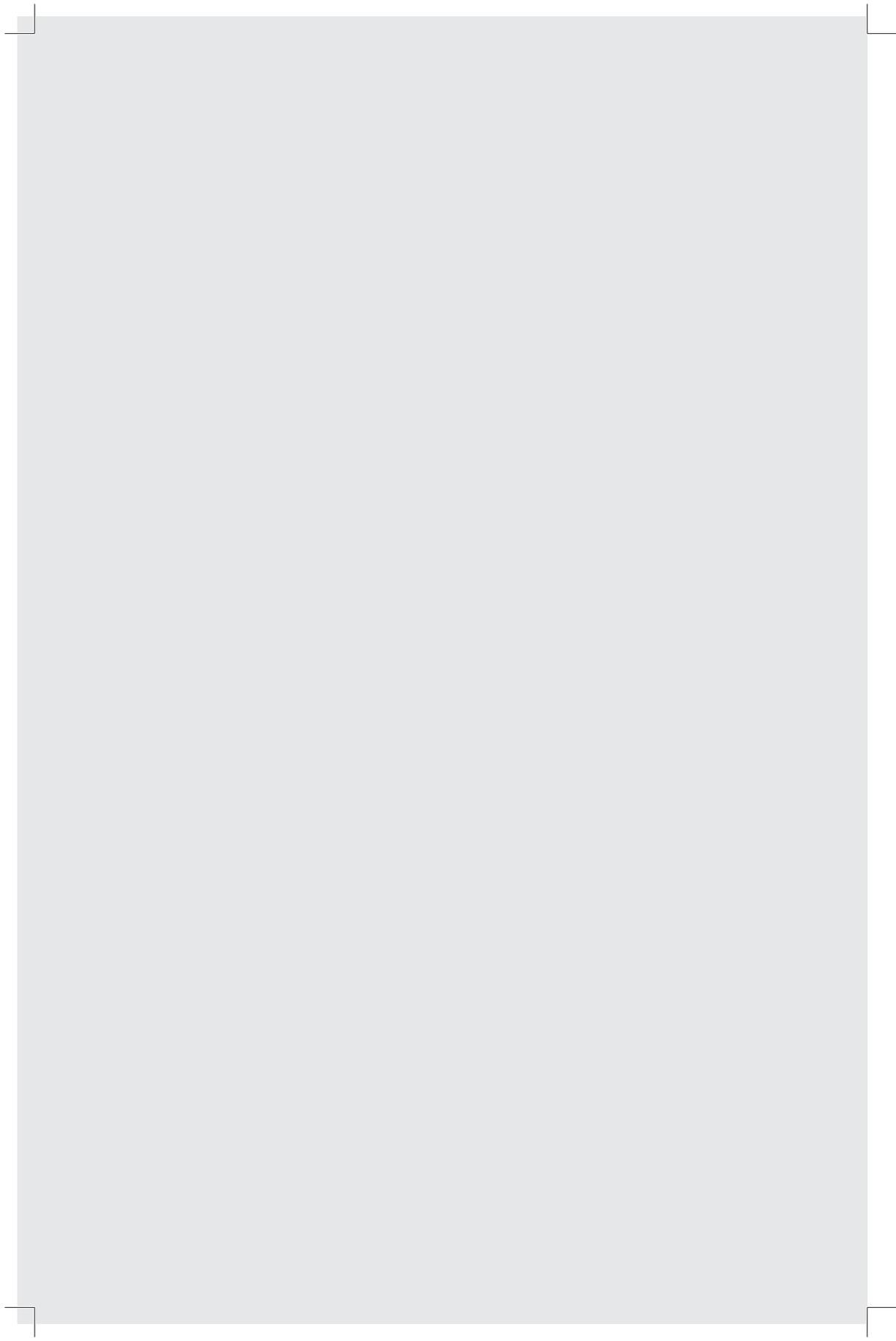
Hat das Leben keinen Preis?
Absolute und Relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung

Stefan Huster*

SUMARIO

1. Wie absolut oder relativ sind soziale Rechte?
 - 1.1. Die Relativität sozialer Rechte.
 - 1.2. Die Sicherung des physischen Existenzminimums als unbedingte und absolute Rechtspflicht?
2. Nutzen und Kosten in der Gesundheitsversorgung.
 - 2.1. Gesundheit als fundamentales Rechtsgut.
 - 2.2. Absolutheit und Unbedingtheit medizinischer Versorgungsansprüche?
 - 2.3. Der neue Rigorismus in der deutschen Verfassungsrechtsprechung.
 - 2.4. Das Gegenbeispiel des Schweizerischen Bundesgerichts.
3. Ansätze zu einer sinnvollen konkretisierung.
 - 3.1. Die Konkretisierung relativer sozialer Rechte.
 - 3.2. Die Übertragung auf existenznotwendige Leistungen.
 - 3.3. Bürgerstatus und soziale Rechte

* Erstabdruck in: Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, hrsg. von Joachim Hruschka/Jan C. Joerden, Berlin (Duncker & Humblot), Bd. 22 (2014), S. 251 – 267.



1. WIE ABSOLUT ODER RELATIV SIND SOZIALE RECHTE?

1.1. *Die Relativität sozialer Rechte*

Assoziiert man mit dem Begriff der Solidarität das Prinzip der „Brüderlichkeit“ im Sinne eines solidarischen Füreinandereinstehens,¹ so sind in modernen Gemeinwesen die sozial- oder wohlfahrtsstaatlichen Pflichten der öffentlichen Gewalt und die ihnen korrespondierenden sozialen Rechte der Bürger vornehmster Ausdruck dieses Prinzips. Dabei müssen diese Pflichten und Rechte nicht notwendigerweise verfassungsrechtlichen Rang haben – gerade das deutsche Beispiel zeigt, dass verfassungsrechtliche Zurückhaltung und ein gut ausgebauter Sozialstaat Hand in Hand gehen können. Im Gegenteil: Vielleicht sind soziale Rechte auf der Verfassungsebene gar nicht gut aufgehoben. Zwar wird man das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) nicht mehr in die juristische Schmutzdecke stellen wollen,² aber soziale Rechte und Gehalte scheinen für Verfassungen und Rechtedeklarationen mit universellem Geltungsanspruch nur begrenzt geeignet zu sein und finden sich dort auch nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit wie die liberalen Abwehrrechte.

Erklärt werden kann dies mit einer doppelten Relativität der sozialen Rechte. Zum einen finden wir auch unter politischen Ordnungen, die sich zum Grundsatz der Menschenwürde und zu den Prinzipien von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bekennen, eine erstaunlich große Spannbreite von Positionen zur Frage, ob der Staat gegenüber seinen Bürgern soziale Verpflichtungen hat. Das

¹ Zum Rechtsbegriff der Solidarität vgl. umfassend *Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen: Mohr, 1998.

² Wie es noch *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff., getan hat.

kontinentaleuropäische Modell des Sozial- oder Wohlfahrtsstaats hat sich nicht in gleicher Weise wie die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie durchgesetzt. Offensichtlich folgen nicht aus allen Auffassungen von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit soziale Verpflichtungen des Staates und soziale Rechte der Bürger. Dies soll hier als die Relativität der *Geltung* sozialer Rechte bezeichnet werden.³ Selbst wenn soziale Rechte und sozialstaatliche Verpflichtungen grundsätzlich anerkannt werden, ist zum anderen ihr *Inhalt* stark von den jeweiligen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen abhängig. Dies wird auch in den einschlägigen Rechteerklärungen anerkannt, wenn es etwa in Art. 11 Abs. 1 S. 1 IPWSKR (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) heißt, dass jeder ein Recht auf einen „angemessenen Lebensstandard“ habe: Welcher Lebensstandard „angemessen“ ist, lässt sich sicherlich nicht einheitlich für die Schweiz und Äthiopien beantworten; der vage Begriff der Angemessenheit erlaubt hier differenzierende Lösungen vor dem Hintergrund der Verhältnisse in dem jeweiligen Gemeinwesen.

Diese inhaltliche Relativität sozialer Rechte und Pflichten schlägt auch auf Rechtsordnungen durch, in denen die Geltung dieser Rechte und Pflichten nicht mehr umstritten ist. In juristisch-dogmatischer Hinsicht hat dies zur Folge, dass die kontrollierenden Gerichte sich schwer tun, den Leistungsinhalt selbst zu bestimmen und in einem weiten Umfang den Ball an die Politik zurückspielen. So heißt es in der Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums:

„Der Umfang dieses Anspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel jedoch nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden. Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation des Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen.“⁴

Diese Aussage ist schon deshalb interessant, weil sie einen Anspruch, der zuvor aus dem ganz und gar universalistischen Begriff der Menschenwürde abgeleitet wurde, nun durch den Bezug auf „gesellschaftliche Anschauungen“ und „Gegebenheiten“ relativiert. Bekanntlich hat sich das Gericht aus dem Dilemma, auf

³ Eine entsprechende Relativität findet sich dann auch in der politischen Theorie: Über die Existenz liberaler Abwehrrechte bestand etwa zwischen *Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard UP, 1971, und *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974, weitgehende Übereinstimmung, hinsichtlich der sozialen Rechte sah dies bekanntlich anders aus.

⁴ BVerfGE 125, 175 Rn. 138.

der einen Seite einen solchen Anspruch konstruieren zu wollen, ihn aber auf der anderen Seite nicht selbst inhaltlich füllen zu können, in der Weise befreit, dass es sich darauf beschränkt zu prüfen, ob „der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht“, bemessen hat.⁵

1.2. *Die Sicherung des physischen Existenzminimums als unbedingte und absolute Rechtspflicht?*

Allerdings gilt dieser gesetzgeberische „Gestaltungsspielraum“ nicht überall in der gleichen Weise: „Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.“ Wo es um die Gewährleistung der Voraussetzungen der physischen Existenz geht, sollen die Maßstäbe wohl eindeutiger sein als in Bezug auf das soziale oder soziokulturelle Existenzminimum, also die „Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen“ und ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“.⁶

Diese Differenzierung leuchtet im Grundsatz ein: Gesellschaftliche Teilhabe ist in einem anderen Sinne konkretisierungsbedürftig als das nackte Überleben. Man wird allerdings zwei – miteinander zusammenhängende – Überinterpretationen dieser Einsicht vermeiden müssen: Zum einen legt sie das Missverständnis nahe, dass sich die „Sicherung des physischen Überlebens“⁷ in dem Sinne von selbst versteht, dass insoweit auf universelle anthropologische Befunde Bezug genommen werden kann und sie deshalb nicht an den jeweiligen gesellschaftlichen Üblichkeiten ausgerichtet werden muss. Tatsächlich scheint diese *Unbedingtheit* des Anspruchs und der entsprechenden Rechtspflicht nahe zu liegen: Was man zum Leben braucht, braucht man eben; und was das ist, wird eher ein Mediziner aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse als ein Gesellschaftswissenschaftler oder gar ein Politiker anhand „gesellschaftlicher Anschauungen“ und „Gegebenheiten“ definieren können.

Zum anderen scheint hinter dieser Differenzierung die Überzeugung zu stehen, dass die Sicherung des physischen Überlebens eine äußerst strenge, ten-

⁵ BVerfGE 125, 175 Rn. 139. Zur Diskussion dieses Umschwenkens auf eine Verfahrens- und Begründungskontrolle vgl. nur *Hebeler*, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, DÖV 2010, S. 754 ff.

⁶ BVerfGE 125, 175 Rn. 135

⁷ BVerfGE 125, 175 Rn. 166.

denziell *absolute* Schutzpflicht des Staates mit sich bringt, die durch politische Prioritätensetzungen und Kostenerwägungen nicht relativiert werden kann. Die Sicherung des physischen Überlebens hat uneingeschränkten Vorrang, so dass alle anderen Rechtsgüter demgegenüber zurücktreten müssen; deshalb kann auch von einem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers insoweit nicht mehr die Rede sein: Da die reine Existenz keinen Preis hat, kann auch kein Preis zu hoch sein.

2. NUTZEN UND KOSTEN IN DER GESUNDHEITSVERSORGUNG

2.1. *Gesundheit als fundamentales Rechtsgut*

Die Prämissen der Unbedingtheit und der Absolutheit der sozialstaatlichen Pflichten und Rechte, die auf die Sicherung der physischen Existenz bezogen sind, sind schon auf den ersten Blick von besonderer Bedeutung, soweit es um das Rechtsgut der Gesundheit geht. Tatsächlich hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Grundsicherung ausgeführt, der „unmittelbare verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ umfasse „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene *und Gesundheit*“.⁸ Nun mag man diese Formulierung mit Blick auf die Gesundheit für missverständlich halten: Ein „Recht auf Gesundheit“ kann es – anders als einen Anspruch auf Nahrung, Kleidung oder Hausrat – sinnvollerweise nicht geben, da Gesundheit von vielen Faktoren – etwa der genetischen Ausstattung und dem gesundheitsbezogenen Verhalten – abhängt, auf die Staat keinen Einfluss hat oder die er nur unter Aufgabe seiner Freiheitlichkeit kontrollieren könnte. Gemeint kann daher lediglich sein, dass der Staat seinen Bürgern – und zwar insbesondere denjenigen, die dies nicht aus eigener Kraft sicherstellen können⁹ – die zur Erhaltung und Wiederherstellung ihrer Gesundheit notwendigen, aber dafür gewiss nicht immer hinreichenden materiellen Voraussetzungen gewährleisten muss. In diesem Sinne hatte das BVerfG zuvor sehr viel plausibler die „Aufwendungen für die Kranken- und Pflegeversorgung, insbesondere entsprechende Versicherungsbeiträge“ als Bestandteil des Existenzminimums bezeichnet.¹⁰

In diesem Sinne gibt es dann aber tatsächlich überzeugende Gründe, den Sozialstaat auch und sogar vorrangig auf die Gesundheit seiner Bürger zu verpflichten. Gesundheitliche Beeinträchtigungen haben eine existenzielle Dimension,

⁸ BVerfGE 125, 175 Rn. 135; Hervorhebung hinzugefügt.

⁹ BVerfGE 125, 175 Rn. 134.

¹⁰ BVerfGE 120, 125, 155 f.

die andere soziale Defizite nicht in der gleichen Weise besitzen: So schlimm es sein mag, etwa keine Arbeit zu haben oder sein Leben mit sehr begrenztem Einkommen fristen zu müssen, so unvergleichbar intensiver ist die Erfahrung einer schweren, vielleicht sogar lebensbedrohenden Krankheit und der damit verbundenen Schmerzen, Beeinträchtigungen und psychischen Belastungen.¹¹ Gesundheit ist darüber hinaus ein konditionales oder – im kantischen Sinne des Wortes – transzendentes Gut, das die Voraussetzung für viele andere Lebensvollzüge darstellt.¹² Gegen eine Einschränkung der Lebensführung durch gesundheitliche Probleme angehen zu können, soweit dies medizinisch möglich ist, ist deshalb gerade in einer Wettbewerbs- und Leistungsgesellschaft von zentraler Bedeutung, weil dadurch eine Chancengleichheit befördert wird, die die differenzierten Ergebnisse dieses Wettbewerbsprozesses erst legitimiert.¹³

2.2. *Absolutheit und Unbedingtheit medizinischer Versorgungsansprüche?*

Mit Blick auf das offensichtlich existenzrelevante Gut der Gesundheit richtet sich die politische und juristische Aufmerksamkeit – vielleicht etwas vorschnell¹⁴ – ganz überwiegend auf das System der Gesundheitsversorgung und die Versorgungsansprüche der Bürger. Diese Ansprüche scheinen die ersten Kandidaten zu sein, wenn man nach absoluten und unbedingten sozialen Rechten sucht – insbesondere dann, wenn eine medizinische Leistung im Wortsinne lebensnotwendig ist. Denn aus welchen Gründen sollte ein Gemeinwesen eine solche Behandlung legitimerweise versagen können? Und in welcher Weise sollte die Bestimmung dieser Leistung nicht unbedingten medizinischen, sondern relativen politischen Kriterien folgen?

Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass die Dinge komplizierter sind. Dies gilt sowohl für die Absolutheit als auch für die Unbedingtheit dieser Ansprüche.

¹¹ Die im deutschen Verfassungsrecht ganz überwiegend vertretene freiheitsfunktionale Rekonstruktion des Sozialstaats (vgl. zuletzt *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen: Mohr, 2008) stößt daher gerade mit Blick auf die Gesundheitsversorgung an ihre Grenzen, weil es hier ersichtlich nicht nur um Freiheitsbedingungen geht (dazu sogleich), sondern eben auch um die leibliche Befindlichkeit des Menschen, die einen eigenständigen Stellenwert besitzt und nur um den Preis anthropologischer und lebensweltlicher Unplausibilität auf eine Autonomievoraussetzung reduziert werden kann.

¹² Vgl. *Kersting*, Gerechtigkeitsprobleme sozialstaatlicher Gesundheitsversorgung, in: ders. (Hrsg.), *Politische Philosophie des Sozialstaats*, Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, S. 467, 477 ff.

¹³ Vgl. dazu grundlegend *Daniels*, *Just Health Care*, Cambridge: Cambridge UP 1985, S. 36 ff.

¹⁴ Vgl. dazu sogleich bei II. 2. a).

a) *Absolutheit*

Absolute Leistungsansprüche auf eine bestimmte medizinische Maßnahme wären dann plausibel, wenn diese Maßnahme – wie etwa die Entfernung eines entzündeten Blinddarms oder die Gabe eines Antibiotikums bei einer Lungenentzündung – keine erheblichen Kosten verursacht und das Leben des Betroffenen rettet. Kein halbwegs leistungsfähiges und dem Gedanken der Solidarität verpflichtetes Gemeinwesen kann darauf verzichten, in dieser Situation den Leistungszugang für jedermann sicherzustellen.

Leider ist dies aber nicht die Situation, die für die moderne Medizin typisch ist. Vielmehr haben wir es hier – insbesondere bei schweren Krankheiten und am Lebensende – oft mit Therapien zu tun, die sehr hohe Kosten verursachen, aber nur einen begrenzten Nutzen haben. Gerade in der Onkologie sind Behandlungen nicht selten, die Jahrestherapiekosten in sechsstelliger Höhe verursachen, aber bestenfalls zu einer durchschnittlichen Verlängerung des Überlebens von wenigen Monaten (bei häufig auch erheblichen Nebenwirkungen und geminderter Lebensqualität) führen. Hier ist es dann schon weniger überzeugend, mit dem Hinweis auf die „Überlebensnotwendigkeit“ der Behandlung jede Diskussion darüber abzuschneiden, ob sie von dem jeweiligen Solidarsystem zu gewährleisten ist. Das liegt nicht nur an den hohen Kosten, sondern auch daran, dass die normative Wucht, die eine Maßnahme der Lebensrettung sonst zweifellos besitzt, wohl überstrapaziert wird, wenn sie nun auch auf Maßnahmen übertragen werden soll, die den Patienten nicht im vollen Sinne „zurück ins Leben holen“, sondern lediglich noch eine gewisse Lebensverlängerung bewirken.¹⁵ Auch wenn die Grenzen hier fließend sein mögen, muss man schon ein sehr energischer Verfechter des in juristischen Zusammenhängen gerne bemühten Konzepts der Lebenswertindifferenz sein,¹⁶ um hier gar keinen Unterschied für die Solidarpflichten des Gemeinwesens zu erkennen: Die auf einer fundamentalen Ebene ganz richtige Einsicht, dass jedes Leben gleich viel wert ist, kann nicht so konkretistisch gelesen werden, dass es für die Leistungspflichten ganz unerheblich ist, welchen Nutzen eine medizinische Maßnahme hat. Das gilt übrigens auch für die Frage, wie gut der Nutzen einer Maßnahme nachgewiesen ist.¹⁷

¹⁵ Zu den Grenzen der insoweit einschlägigen „Rule of Rescue“ vgl. *Schöne-Seifert/Friedrich*, Priorisierung nach Dringlichkeit?, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2013, S. 109 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 39, I, 59 f.; 115, 118 Rn. 85.

¹⁷ Zu diesem Aspekt vgl. unten bei II.3.b).

Dass wir medizinische Maßnahmen mit einem sehr schlechten Verhältnis von Nutzen und Kosten auch dann nicht unbesehen in den Leistungskatalog eines solidarischen Gesundheitssystems aufnehmen sollten, wenn sie Einfluss auf die konkrete Lebenserwartung haben, ergibt sich nicht nur daraus, dass wir wissen, dass die begrenzten Ressourcen des Gemeinwesens auch noch für andere wichtige Aufgaben zur Verfügung stehen müssen. Selbst wenn man nur das Gut der Gesundheit selbst vor Augen hat, können die Opportunitätskosten¹⁸ des Versorgungssystems Bedenken auslösen. Empirische Untersuchungen zeigen nämlich, dass sowohl der Gesundheitszustand der Bevölkerung – traditionell formuliert: die Volksgesundheit – als auch die soziale Verteilung von Gesundheit nicht nur von der Qualität des Versorgungssystems und dessen Zugänglichkeit, sondern auch und sogar maßgeblich von anderen Faktoren (Lebensstil, Umweltbelastungen, Sozialstruktur) abhängen, die überhaupt erst dazu führen, dass Menschen krank werden. Da das Versorgungssystem mit anderen Staatsaufgaben (z. B. Bildung und Umweltschutz) um die knappen Ressourcen konkurriert und auf diesen Handlungsfeldern möglicherweise sehr viel mehr für die Gesundheit getan werden könnte, spricht wenig dafür, das Versorgungssystem und die Versorgungsansprüche kompromisslos zu priorisieren.¹⁹ Dies gilt selbst für die soziale Verteilung der Gesundheitschancen: Dass sich auch für Deutschland ein eindeutiger Zusammenhang von Sozialstatus und Gesundheitszustand nachweisen lässt, kann schon deshalb nur wenig mit dem Nebeneinander von gesetzlicher und privater Krankenversicherung zu tun haben, weil sich dieser soziale Gesundheitsgradient durch die gesamte Bevölkerung zieht. Auch die soziale Gerechtigkeit gebietet daher schwerlich, alle Ressourcen in das Versorgungssystem zu leiten. Gewiss macht es einen Unterschied, ob man den von einer Krankheit konkret Betroffenen helfen kann, oder ob man statistische Opfer (etwa von Feinstaub oder anderen Umweltbelastungen) rettet.²⁰ Aber irgendwann stellt sich auch hier die Frage, wie die Prioritäten bei der Ressourcenallokation zu setzen sind.

¹⁸ Zum Begriff und seiner Bedeutung für die Jurisprudenz vgl. *Huster/Kliemt*, Opportunitätskosten und Jurisprudenz, ARSP 2009, S. 241 ff.

¹⁹ Vgl. dazu auch bereits *Huster*, Posteriorisierung der Gesundheitspolitik? Opportunitätskosten in der Rechtsdogmatik des Sozialstaats, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, S. 463 ff.; ders., Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 ff.; ders., Soziale Gesundheitsgerechtigkeit. Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Berlin: Wagenbach, 2011.

²⁰ Zur Unterscheidung von konkreten und statistischen Leben vgl. *Schelling*, The life you save may be your own, in: Chase, Jr. (Hrsg.), Problems in Public Expenditure Analysis, Washington:

b) *Unbedingtheit*

Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, dass es absolute Leistungsrechte selbst dann, wenn es um Leben und Tod geht, nicht geben kann. Die normative Entscheidung, welche Kosten für einen bestimmten medizinischen (Zusatz) Nutzen angemessen sind, kann nicht durch den Hinweis, dass das Leben keinen Preis haben dürfe, vermieden werden: In diesen Fällen hat es ersichtlich einen Preis. Das wird auch schon daran deutlich, dass die Zahlungsbereitschaft der Solidargemeinschaft für eine innovative medizinische Methode wohl doch davon abhängen darf und sollte, in welchem Ausmaß diese Methode das Leben verlängert. Dementsprechend sieht das deutsche Recht vor, dass in Verhandlungen bzw. im Wege einer Kosten-Nutzen-Bewertung der Preis von neuen Arzneimitteln auch anhand des Kriteriums bestimmt wird, welche „Verlängerung der Lebensdauer“ (§ 35b Abs. 1 S. 4 SGB V) erreicht wird. Höhere Lebensdauer, höherer Preis; von Lebenswertindifferenz ist hier – sinnvollerweise – keine Rede.²¹

Damit können die entsprechenden Versorgungsansprüche aber auch nicht unbedingt sein; auch sie hängen vielmehr von den „gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche“ ab und sind – juristisch gewendet – daher vom Gesetzgeber zu konkretisieren. Wenn es keine „Lebensrettung um jeden Preis“ gibt,²² muss das Gemeinwesen entscheiden, was es für welchen medizinischen Zusatznutzen – einschließlich einer Lebensverlängerung – auszugeben bereit ist; diese Entscheidung kann weder an die Medizin noch an eine andere Wissenschaft delegiert werden, sondern stellt ersichtliche eine Frage des politischen Wollens und – in einem näher zu bezeichnenden Sinne – des moralischen Sollens dar.

2.3. *Der neue Rigorismus in der deutschen Verfassungsrechtsprechung*

Überraschenderweise hat sich die Rechtsprechung des BVerfG in den letzten Jahren in eine andere Richtung entwickelt und die verfassungsrechtlichen An-

The Brookings Institution, 1968, S. 127 ff.

²¹ Zu diesen Verfahren vgl. näher *Huster*, Die Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, GesR 2008, S. 449 ff.; *ders.*, Die Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung in der Gesetzlichen Krankenversicherung. Analyse der rechtlichen Vorgaben, MedR 2010, S. 234 ff.; *ders.*, Rechtsfragen der frühen Nutzenbewertung, GesR 2011, S. 76 ff.

²² Gerade in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist es allerdings nicht unüblich, für Maßnahmen zur „Verhinderung des vermeidbaren Todes, die Heilung und Linderung von Krankheiten sowie des damit verbundenen Schmerzes“ einen „Individualanspruch auf Gesundheit um jeden Preis“ zu postulieren; so etwa *Paul Kirchhof*, Gerechte Verteilung medizinischer Leistungen im Rahmen des Finanzierbaren, Münchener Medizin. Wochenschr. 140 (1998), Nr. 14, S. 200 ff.

sprüche auf existenznotwendige medizinische Leistungen auf eine eigenartige Weise verfestigt.

a) *Der „Nikolaus-Beschluss“*

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) neue Untersuchungs- und insbesondere Behandlungsmethoden für die vertragsärztliche Versorgung zur Verfügung stellen muss, wird seit geraumer Zeit kontrovers erörtert. Angesichts der Vielzahl von Methoden, die ohne gesicherten Nutznachweis in die Krankenversorgung drängen, ist dies eine Frage, die sowohl für die Sicherheit der Patienten als auch für die Finanzen der GKV von erheblicher Bedeutung ist.

Mit einem Grundsatzurteil des BSG vom 16. 9. 1997 schien hier eine gewisse Klärung erreicht zu sein.²³ Danach setzte ein Leistungsanspruch des Versicherten voraus, dass der zuständige Bundesausschuss – der zwischenzeitlich durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) abgelöst worden ist – in seinen Richtlinien gem. §§ 92 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. 135 Abs. 1 S. 1 SGB V eine Empfehlung zugunsten der begehrten Behandlungsmethode abgegeben hat. Ein Kostenerstattungsanspruch trotz fehlender Empfehlung kam nur ausnahmsweise in Betracht, wenn das Anerkennungsverfahren im Bundesausschuss willkürlich oder aus sachfremden Gründen blockiert oder verzögert wird (sog. Systemversagen) und die umstrittene Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht. Letzteres setzte grundsätzlich voraus, dass die Wirksamkeit der Methode in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen aufgrund wissenschaftlich einwandfrei geführter Statistiken belegt werden kann. Nun bereitet dieser Nachweis bei sehr seltenen und solchen Krankheiten, für die keine Heilungsmöglichkeit besteht, sondern lediglich die Symptome gelindert werden können, besondere Schwierigkeiten. In diesen Fällen sollten die Sozialgerichte nicht selbst die medizinisch-wissenschaftliche Qualität der Methode prüfen, sondern fragen, ob sich die Methode in dem Sinne durchgesetzt hat, dass sie in der medizinischen Fachdiskussion eine breite Resonanz gefunden hat und von einer erheblichen Anzahl von Ärzten angewandt wird.

Allerdings ist diese Rechtsprechung nicht ohne Einwände geblieben. Die zentrale Bedeutung des § 135 SGB V in dieser Dogmatik beruht auf dem umstrittenen Rechtskonkretisierungskonzept des BSG, das in dem Leistungsanspruch des Ver-

²³ BSGE 81, 54 ff.; vgl. auch BSGE 81, 73 ff.; 86, 54 ff.; 88, 51 ff.

sicherten lediglich ein Rahmenrecht erkennen will, das durch konkretisierende Regelungen des Leistungserbringerrechts verbindlich ausgestaltet werden muss.²⁴ Dass dies maßgeblich durch die Richtlinien des Bundesausschusses geschehen soll, denen das BSG seit Inkrafttreten des SGB V Rechtswirkung auch gegenüber den Versicherten zuspricht und denen gegenüber es die gerichtliche Kontrolle weit zurückgenommen hat, ist mit Blick auf die brüchige demokratische Legitimation der „gemeinsamen Selbstverwaltung“ kritisiert worden.²⁵

Trotz dieser kritischen Nachfragen schien der Rechtsprechung des BSG von Seiten des BVerfG aber zunächst keine Gefahr zu drohen. Bisher hatte das BVerfG nämlich sehr zurückhaltend entschieden, dass sich aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen ergibt; die objektivrechtliche Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor das Rechtsgut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen, sei unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit der zuständigen staatlichen Stellen lediglich darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft, die nicht völlig ungeeignet oder unzulänglich sind.²⁶ Auch in der Frage der Legitimation des Bundesausschusses deutete die Entscheidung zur Befugnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, für Arzneimittel Festbeträge festzusetzen, eine gewisse Toleranz des Verfassungsgerichts gegenüber den eigentümlichen Norm- und Entscheidungsstrukturen des Krankenversicherungsrechts an.²⁷

In der am 6. Dezember 2005 ergangenen und deshalb als „Nikolaus-Beschluss“ bekannt gewordenen Entscheidung, die auf die Verfassungsbeschwerde gegen das genannte BSG-Urteil erging, wurde der Akzent dann deutlich anders gesetzt. Das BVerfG befasste sich nicht mit der legitimationsrechtlichen Diskussion, sondern konstruierte einen unmittelbaren grundrechtlichen Leistungsanspruch: Danach besitzt ein gesetzlich Krankenversicherter aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip sowie aus Art. 2 Abs. 2 GG einen Anspruch auf eine von ihm gewählte und ärztlich angewandte, aber weder medizinisch noch von den dazu aufgerufenen Organen der GKV anerkannte Behandlungsmethode, wenn für

²⁴ Vgl. BSGE 73, 271, 278 ff.; 78, 70, 85 ff.

²⁵ Aus der umfangreichen Diskussion vgl. etwa *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen: Mohr, 2000, S. 391 ff. und passim; *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin/Heidelberg: Springer, 2001, S. 453 ff.; *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, Tübingen: Mohr, 2005, S. 184 ff.

²⁶ BVerfG NJW 1997, S. 3085; NJW 1998, S. 1775, 1776.

²⁷ BVerfGE 106, 275 ff. Grundsätzlich zur demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung vgl. BVerfGE 107, 59 ff.

seine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht und eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf durch diese Behandlungsmethode besteht.²⁸

b) *Kritik*

Dass diese Entscheidung zielführend ist, mag man bezweifeln. Zum einen erheben sich Bedenken gegen die Unbedingtheit des hier angenommenen Anspruchs. Diese Rechtsprechung dürfte nämlich weithin Unmögliches verlangen. Einen – in den Worten des Gerichts – „individuellen Wirkungszusammenhang“ zu überprüfen, ist bei schwankenden Krankheitsverläufen und den bekannten Placebo-Effekten häufig ein aussichtsloses Unterfangen. Da der fragliche Anspruch verfassungsrechtlicher Natur ist, scheint es völlig unerheblich zu sein, was der Gesetzgeber oder die einschlägigen Gremien beschließen: Den Gerichten bleibt nichts anderes übrig, als diese Entscheidungen selbst zu überprüfen. Angesichts der Verzweiflung lebensbedrohlich Erkrankter, denen die Schulmedizin nichts mehr zu bieten hat und die daher nach jedem Strohhalm greifen, ist es nicht erstaunlich, dass das Verfassungsgericht eine Klagewelle mit sehr ungewissem Ausgang eingeleitet hat.²⁹ Polemisch zugespitzt bedeutet sie nämlich: Wenn bei ernsteren Krankheiten und insbesondere Lebensgefahr die Schulmedizin nicht weiterhilft, kann man es auf Kosten der Solidargemeinschaft auch mit Quacksalberei – im konkreten Fall ging es um die Bioresonanztherapie und ähnlichen Unfug – versuchen. Mit der „Nikolaus-Entscheidung“, deren Grundsätze der Gesetzgeber mit Erlass des § 2 Abs. 1a in das SGB V aufgenommen hat,³⁰ ist die Evidenzorientierung für Fälle der „lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung oder (...) einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung“ weithin aufgegeben worden. Dieser Rigorismus ist schon deshalb eigenartig, weil Maßnahmen, die ihren Nutzen nicht nachgewiesen haben, bei

²⁸ BVerfGE 115, 25 ff.

²⁹ Zur Folgerechtsprechung vgl. die Darstellungen bei *Nimis*, Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen für neue Behandlungsmethoden – 8 Jahre Nikolausentscheidung des BVerfG, KrV 2013, S. 229 ff.; *Penner/Bohmeier*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit, WzS 2009, S. 65 ff. Eine fortlaufend aktualisierte Übersicht zu den Folgeentscheidungen findet sich auf den Seiten des Instituts für Sozial- und Gesundheitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum (<http://www.nikolaus-beschluss.de/>).

³⁰ Vgl. dazu *Joussen*, § 2 Abs. 1a SGB V - Die Umsetzung des Nikolausbeschlusses des BVerfG, SGB 2012, S. 625 ff.

begrenzten Mitteln sehr ernsthafte Kandidaten für einen Ausschluss aus dem Versorgungskatalog sind. Nur ist das dann eine von politischen Prioritätensetzungen abhängige normative, keine unbedingte medizinische Entscheidung.³¹

Zum anderen: Dass es Versicherte und Patienten in dieser Situation auch mit ungesicherten Behandlungsmethoden sollen versuchen können, mag man noch für nachvollziehbar halten – auch wenn man daran zweifeln kann, ob das tatsächlich ein Verfassungsgebot ist.³² Extrem irritierend ist aber, dass dieser Anspruch kostenindifferent sein soll. Weder in der Entscheidung des Verfassungsgerichts noch in § 2 Abs. 1a SGB V ist von den Kosten der begehrten Maßnahme die Rede. Dabei läge es doch mehr als nahe, die Kosten für derartige Leistungen mit zu berücksichtigen: Dass die schwerkranken Betroffenen sich nicht an den strengen Evidenzanforderungen sollen festhalten lassen müssen, kann ja nicht bedeuten, dass ungesicherte Methoden grenzenlos Ressourcen in Anspruch nehmen können. Das BVerfG hält es inzwischen immerhin für möglich, dass ein Versicherter eine nicht anerkannte Immuntherapie (Hyperthermie, onkolytische Viren und dendritische Zellen) bei einem Arzt für Allgemeinmedizin und Naturheilverfahren mit Kosten von 15.000 Euro pro Monat beanspruchen kann.³³ Sollte die Solidargemeinschaft aber nicht irgendwann einmal sagen können, dass 180.000 Euro Jahrestherapiekosten für eine zweifelhafte Methode die Grenze des Zumutbaren überschreiten?

Ein derartiger Absolutismus mit Blick auf den – in den Worten des Gerichts – „Höchstwert Leben“³⁴ führt zu äußerst unplausiblen Konsequenzen. So könnten wir individuell und kollektiv der Ansicht sein, dass gerade auf medizinische Maßnahmen am Lebensende verzichtet werden sollte, die nur eine Lebensverlängerung von wenigen Wochen bei sehr begrenzter Lebensqualität, aber sehr hohen Kosten bieten. Es ist nicht zu sehen, warum diese Entscheidung unvernünftig oder unmoralisch wäre; das Verfassungsrecht sollte uns nicht zwingen, für marginale Lebensverlängerungen Unsummen auszugeben. In diesem ganz unverdächtigen Sinne sind die Gesundheit und selbst der „Höchstwert Leben“ einer Kosten-Nutzen-Abwägung nicht entzogen.

³¹ Vgl. dazu *Huster*, Qualitätssicherung als staatliche Aufgabe – Zum Verhältnis von Qualität und Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, *VSSR* 2013, S. 327, 337 ff.

³² Zur verfassungsrechtsdogmatischen Kritik vgl. *Heinig*, Der Hüter der Wohltaten?, *NVWZ* 2006, S. 771 ff.; *Huster*, Anmerkung, *JZ* 2006, S. 466 ff.

³³ Vgl. BVerfG NJW 2013, S. 1664 f.

³⁴ Zum Leben als „Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung“ vgl. BVerfGE 115, 25, 45.

In Deutschland tut man sich schwer mit dieser Einsicht. Die Überzeugung, Leben und Gesundheit dürften nicht monetär bewertet werden, ist hierzulande gerade in der juristischen Diskussion weit verbreitet. Diese Einstellung mag irgendwie mit der deutschen Geschichte zusammenhängen, sonderlich überzeugend ist sie dennoch nicht. Zum einen überträgt sie das Verbot, Leben und Gesundheit zur Verfolgung anderer Ziele zu schädigen, unbesehen auf die Solidaritätspflicht. Das eine folgt aber nicht aus dem anderen: Dass wir niemanden töten oder verletzen dürfen, um Kosten zu sparen, bedeutet noch nicht, dass wir unbegrenzte Ressourcen bereitstellen müssen, um Leben und Gesundheit zu erhalten. Zum anderen überlegen wir auch außerhalb des Gesundheitswesens ständig, ob etwa Maßnahmen zur Erhöhung der Sicherheit des Verkehrs oder zur Vermeidung von gesundheitsschädlichen Umweltbelastungen ihren Preis wert sind, obwohl es auch dabei um Leben und Gesundheit geht. Warum sollte das im Gesundheitswesen anders sein? Das Argument, derartige Abwägungen sollten jedenfalls nicht offengelegt werden, weil dies die normativen Voraussetzungen des Zusammenlebens gefährden könnte,³⁵ befördert eine reine Symbolpolitik, die irrationalen Prioritätensetzungen Vorschub leistet.³⁶ Es stellt demokratischen Gemeinwesen auch ein Armutszeugnis aus zu suggerieren, ihre Bürger seien nicht in der Lage, über Nutzen und Kosten medizinischer Maßnahmen zu reflektieren, ohne gleich in einen moralischen Abgrund zu stürzen.

2.4. *Das Gegenbeispiel des Schweizerischen Bundesgerichts*

In anderen Ländern werden derartige Abwägungen vorgenommen. Wenn das britische National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) mehr oder weniger strikte Kostenobergrenzen für Gewinne an Lebenszeit und -qualität festsetzt, könnte das noch als kruder angelsächsischer Utilitarismus abgetan werden. Aber auch in der Schweiz konnte man kürzlich in einem Urteil des Bundesgerichts lesen: „Die Kostenfrage kann nicht auf die Seite geschoben werden mit der blossen Behauptung, es sei ethisch oder rechtlich unzulässig, Kostenüberlegungen anzustellen, wenn es um die menschliche Gesundheit gehe.“³⁷ Verhandelt

³⁵ Vgl. dazu *Calabresi/Bobbitt*, *Tragic Choices*, New York: W.W. Norton & Company, 1978.

³⁶ Zu diesen Irrationalitäten dürfte gerade auch die groteske Überbewertung von Maßnahmen gehören, die am Lebensende eine marginale Lebensverlängerung bewirken, aber extreme Nebenwirkungen und Kosten produzieren, während eine vernünftige Palliativversorgung posteriorisiert wird; vgl. dazu jetzt einleuchtend *Schmacke*, *Palliativmedizin: ein Fall von Rationierung?*, in: *Dieckerich u.a. (Hrsg.), Priorisierte Medizin*, Wiesbaden: Gabler, 2011, S. 59 ff.

³⁷ Vgl. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 23. 11. 2010, 9C_334/2010 (Auslassungen sind im Folgenden nicht markiert), abgedruckt in *MedR* 2012, S. 324 ff.

wurde die Leistungspflicht der Krankenversicherung für ein Medikament, das zur Behandlung einer Stoffwechselkrankheit (Morbus Pompe) eingesetzt werden sollte, die sich insbesondere auf die Muskulatur auswirkt. Die eineinhalbjährige Behandlung, zu der es keine Therapiealternative gibt, führt dazu, dass sich die 6-Minuten-Gehstrecke der Betroffenen von circa 330 Metern durchschnittlich um 28 Meter verbessert; sie kostet allerdings rund 500.000 Schweizer Franken pro Jahr. Das Gericht sieht glasklar das Problem: „Die finanziellen Mittel, die einer Gesellschaft zur Erfüllung gesellschaftlich erwünschter Aufgaben zur Verfügung stehen, sind nicht unendlich. Die Mittel, die für eine bestimmte Aufgabe verwendet werden, stehen nicht für andere ebenfalls erwünschte Aufgaben zur Verfügung. Deshalb kann kein Ziel ohne Rücksicht auf den finanziellen Aufwand angestrebt werden, sondern es ist das Kosten-/Nutzen- oder das Kosten-/Wirtschaftlichkeitsverhältnis zu bemessen. Das gilt auch für die Gesundheitsversorgung.“ Erklärt wird auch, wohin es führt, wenn man diese Problematik tabuisiert: „Sodann ist allgemein- und gerichtsnotorisch, dass in der alltäglichen medizinischen Praxis die Kostenfrage eine erhebliche Rolle spielt und verbreitet eine Art implizite oder verdeckte Rationierung stattfindet. Diese Situation ist unbefriedigend, weil sie für alle Beteiligten grosse Rechtsunsicherheit und zugleich Rechtsungleichheit schafft, indem bestimmte Behandlungen je nach dem Entscheid einzelner Ärzte oder Krankenkassen vorgenommen bzw. vergütet werden oder nicht.“

Es gleicht dann die eingeklagten Behandlungskosten mit den Kosten ab, die sowohl für andere Therapien als auch in anderen Lebensbereichen für gesundheitsbezogene Verbesserungen in der Schweiz akzeptiert werden, und findet schließlich über den Gleichheitsgedanken eine beeindruckende Lösung des konkreten Falls: „Statistisch sind 2,8% der schweizerischen Wohnbevölkerung ab 15 Jahren in ihrem Gehvermögen auf weniger als 200 m beschränkt, was rund 180.000 Personen entspricht, die mit einer ähnlich eingeschränkten Lebensqualität wie die Beschwerdeführerin leben müssen. Mit einem Aufwand von rund Fr. 500.000 pro Jahr ließe sich möglicherweise bei den meisten dieser Menschen die Lebensqualität in vergleichbarem Ausmass wie bei der Beschwerdeführerin verbessern. Würde bei der Beschwerdeführerin ein solcher Aufwand betrieben, wäre im Licht der Rechtsgleichheit kein Grund ersichtlich, allen anderen Patienten in vergleichbarer Lage einen gleichen Aufwand zu verweigern. Dadurch entstünden jährliche Kosten von rund 90 Mrd. Franken. Das ist rund das 1,6-Fache der gesamten Kosten des Gesundheitswesens oder etwas mehr als 17% des gesamten Bruttoinlandsprodukts der Schweiz. Die obligatorische Krankenpflege-

versicherung ist offensichtlich nicht in der Lage, für die Linderung eines einzigen Beschwerdebildes einen derartigen Aufwand zu bezahlen. Ist der Aufwand nicht verallgemeinerungsfähig, so kann er aus Gründen der Rechtsgleichheit auch im Einzelfall nicht erbracht werden.“ Auch wenn man an dieser Argumentation das eine oder andere Detail kritisieren kann:³⁸ Wenn das höchste Gericht eines Nachbarlandes, das nicht für dramatische Zuspitzungen bekannt ist, zu derartigen Überlegungen in der Lage ist, sollte dann nicht auch in Deutschland eine offene Abwägung von Nutzen und Kosten in der Gesundheitsversorgung möglich sein?³⁹

3. ANSÄTZE ZU EINER SINNVOLLEN KONKRETISIERUNG

Die vorstehenden Überlegungen legen die Schlussfolgerung nahe, dass auch Ansprüche auf existenznotwendige Leistungen nicht unbedingt und absolut sind, sondern der gleichen „relativen“ Logik wie alle anderen Teilhabeansprüche unterfallen. Dies gilt zumindest dann, wenn Kosten in relevanter Höhe eine Rolle spielen. Dies heißt aber keinesfalls, dass Rechte auf existenznotwendige Leistungen einer Konkretisierung gar nicht zugänglich und daher verfassungsrechtlich völlig schutzlos wären. Sie sind nur nicht auf einen unbedingten und absoluten Bedarf zu beziehen, sondern auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu einem Lebens- und Versorgungsstandard gemäß den gesellschaftlichen üblichkeiten.

3.1. *Die Konkretisierung relativer sozialer Rechte*

Verdeutlichen lässt sich dieser Gedanke anhand der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum alten Sozialhilferecht. Hier musste geklärt werden, ob und inwieweit sog. einmalige Leistungen, deren Art und Umfang - anders als bei den laufenden Leistungen - nicht in Regelsätzen festgelegt waren, zum notwendigen Lebensunterhalt gehören. Die Beantwortung der Fragen, ob auch etwa Waschmaschinen, Kühlschränke, Klassenfahrten, Kinderfahrradhelme, Schultüten und Fernsehgeräte zum notwendigen Lebensunterhalt im Sinne des § 12 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) gehören, erforderte einen grundsätzlichen Rückgriff auf die sozialhilferechtliche Sicherungsaufgabe der Ermöglichung eines

³⁸ Vgl. dazu die Urteilsanmerkungen von *Huster, Raspe* und *Schöne-Seifert*, MedR 2012, S. 289 ff., 291 ff., 295 ff.

³⁹ Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland erlaubt derartige Abwägungen jedenfalls nicht, wie in einem Parallelfall und in Abgrenzung zu dem Schweizer Urteil jetzt LSG NRW, GesR 2013, S. 723 f., klargestellt hat. Dass insoweit allerdings kein Konsens besteht, ist kein gutes Zeichen für den Zustand des Krankenversicherungsrechts; vgl. *Huster* (Fn. 31), VSSR 2013, S. 333 ff.

menschenwürdigen Lebens. Interessanterweise haben die Verwaltungsgerichte erst gar nicht versucht, allgemein die Frage zu klären, ob die Verfügung über diese Gegenstände notwendige Voraussetzung der Menschenwürde ist; die Frage, ob ein Leben in Würde nur mit einem Kühlschrank möglich ist, wirkt schon auf den ersten Blick eigenartig. Die Rechtsprechung hat vielmehr von vornherein rein „gesellschaftsimmanent“ angesetzt: Aufgabe der Sozialhilfe sei es, der „sozialen Ausgrenzung des Hilfebedürftigen zu begegnen und ihm zu ermöglichen, in der Umgebung von Nichthilfempfängern ähnlich wie diese zu leben.“⁴⁰ Angestrebt werde nicht die Möglichkeit der reinen biologischen, sondern einer gleichberechtigten sozialen Existenz in der Rechtsgemeinschaft, also ein „sozio-kulturelles Existenzminimum“ oder die - um es mit einem in den Sozialwissenschaften und der Sozialphilosophie gebräuchlichen Begriff zu benennen - soziale Inklusion des Hilfeempfängers. Wann jemand nun in eine soziale Gemeinschaft eingeschlossen ist oder aus ihr ausgegrenzt wird, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ist von den - so wiederum das Bundesverwaltungsgericht - „herrschenden Lebensgewohnheiten und Erfahrungen“ in der jeweiligen Gemeinschaft abhängig. Dementsprechend orientierte sich die Rechtsprechung hinsichtlich einzelner Gebrauchsgegenstände maßgeblich an der sog. Ausstattungsdichte in Haushalten mit geringem Einkommen. Dass diese Haushalte durchweg über ein bestimmtes Gebrauchsgut verfügen - etwa einen Kühlschrank oder eine Waschmaschine -, war dann ein gewichtiges Indiz für seine Zugehörigkeit zum notwendigen Lebensbedarf. Tatsächlich hat die Rechtsprechung dies dann für alle der genannten Gebrauchsgegenstände angenommen.⁴¹

Tritt man nun einen Schritt zurück, so sieht man, in welcher radikaler Weise hier die auf die Menschenwürde bezogenen sozialen Rechte relativ sind. Während Folter immer und überall eine Verletzung der Menschenwürde darstellt, lässt sich die Frage, ob ein Fernsehgerät zu einem menschenwürdigen Leben gehört, gar nicht ohne den Rückgriff auf die Verhältnisse vor Ort beantworten: Der Umstand, keinen Fernseher zu besitzen, ist als solcher für die Menschenwürde irrelevant; zu einer Verletzung der Menschenwürde kann er erst dann werden, wenn in der jeweiligen politischen Gemeinschaft ein Fernseher zum Standard der Lebensführung gehört. Der Menschenwürdebezug des sozialen Rechts ergibt sich hier also nicht aus einzelnen fundamentalen Bedürfnissen, sondern aus

⁴⁰ BVerwGE 97, 376, 378 m.w.N.

⁴¹ Zu einer Darstellung dieser Rechtsprechung vgl. nur *Oestreicher/Schelter/Kunz/Decker*, Bundessozialhilfegesetz, Losebl., Stand: Juni 2002, München: Beck, § 12 Rn. 2 ff.

einem Recht auf Inklusion oder Nicht-Ausgrenzung: Menschenunwürdig ist es, so schlecht gestellt zu sein, dass man nicht mehr „dazu gehört“.

3.2. *Die Übertragung auf existenznotwendige Leistungen*

Überträgt man diese plausible Herangehensweise, die auch der Rechtsprechung des BVerfG zum soziokulturellen Existenzminimum zugrunde liege dürfte, auf die Gesundheitsversorgungsansprüche, so können diese Ansprüche nur bezogen sein auf die diskriminierungsfreie Teilhabe an einem Versorgungssystem, das die jeweilige Rechtsgemeinschaft in freier politischer Entscheidung für sich beschlossen hat.⁴² Wenn ein Gemeinwesen sich nun dafür entscheidet, in seinem Versorgungssystem Leistungen, die zwar zu einer gewissen Lebensverlängerung führen und in diesem Sinne (über-)lebensnotwendig sind, gleichzeitig aber extrem hohe Kosten verursachen, nicht vorzuhalten, so liegt darin keine Verletzung der Menschenwürde und des gebotenen Existenzminimums, solange diese Leistungsbeschränkung allgemein gilt und keinen diskriminierenden Charakter hat.⁴³

Die Relativität des Inhalts sozialer Rechte kann also nicht nur zu Ansprüchen führen, die über das Existenznotwendige hinausgehen („Kühlschränke für alle“), sondern auch anspruchsbegrenzende Wirkungen haben: Wenn letztlich gesellschaftliche Inklusion das Ziel ist, partizipiert man an der Versorgungskultur der jeweiligen Rechtsgemeinschaft – mit ihren Vor-, aber auch Nachteilen. Auch im Bereich der existenznotwendigen Leistungen kann niemand ein Versorgungsniveau für sich reklamieren, das seine Mitbürger aus nachvollziehbaren Gründen – Stichwort „Opportunitätskosten“! – sich selbst nicht leisten wollen.

3.3. *Bürgerstatus und soziale Rechte*

Um auf den eingangs erwähnten Gedanken der Relativität nicht nur des Inhalts, sondern auch der Geltung sozialer Anspruchsrechte zurückzukommen: Dass die sozialen Gehalte der Menschenwürde sich letztlich an einem Anspruch, „dazu zu gehören“, orientieren, erinnert in gewisser Weise an die berühmte These von T.H. Marshall, der volle Bürgerstatus verlange nicht mehr nur die Einräu-

⁴² Zu diesem Modell vgl. bereits *Huster*, Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, Paderborn: Mentis, 2005, S. 187 ff. Zur Diskussion dieses Ansatzes vgl. *Dabrock*, Befähigungsgerechtigkeit als Kriterium zur Beurteilung von Grundversorgungsmodellen im Gesundheitswesen, ebd., S. 213 ff.

⁴³ Dabei dürften nur diejenigen Leistungsbeschränkungen als diskriminierungsfrei gelten, die einer Ex-ante-Rechtfertigung zugänglich sind; vgl. dazu *Huster*, Vulnerable Patientengruppen und Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Versorgungssystem, *MedR* 2012, S. 565, 568 ff.

mung bürgerlicher und politischer, sondern auch sozialer Rechte.⁴⁴ Und auf diese Weise scheinen die drei Elemente ineinander zu greifen: Die Menschenwürde vermittelt einen Anspruch auf einen vollen Bürgerstatus, der wiederum ohne soziale Rechte nicht zu realisieren ist.

Ganz so einfach ist es allerdings leider nicht. Marshalls These beruht auf der Beobachtung, dass sich Ende des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend sozial- und wohlfahrtstaatliche Strukturen in vielen Staaten herausgebildet haben. Sie behauptet weder, dass das ausnahmslos der Fall war, noch versucht sie eine normative Rechtfertigung für diese Entwicklung zu geben (obwohl sie zweifellos Sympathie für sie erkennen lässt). Tatsächlich dürfte es sich eher so verhalten, dass die genauen Bedingungen der Zugehörigkeit zu einer politischen und Rechtsgemeinschaft von jeder Gemeinschaft nach ihrem jeweiligen Selbstverständnis geklärt werden müssen. Ob und inwieweit soziale Rechte und soziale Gleichheit für eine Gemeinschaft konstitutiv sind, wird sich nicht generell bestimmen lassen. Zwar wird es irgendwann sehr unplausibel, selbst minimale und „kostengünstige“ soziale Rechte nicht anzuerkennen, gleichzeitig aber zu beteuern, der Betroffene sei „Gleicher unter Gleichen“. Jenseits derartiger Extremfälle ist aber viel politischer Spielraum. Auch insoweit sind die sozialen Rechte relativ: Wenn die Menschenwürde insoweit auf gleichberechtigte Zugehörigkeit ausgerichtet ist, deren Konkretisierung sich aber an dem jeweiligen Gesellschaftsverständnis orientiert, sind die sozialen Rechte nicht nur in ihrem Inhalt, sondern auch in ihrer Geltung von diesem Verständnis abhängig.

⁴⁴ *Marshall*, *Citizenship and Social Class*, in: ders., *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, S. 1 ff.