

## Rationierung, Abwägung und Kosten-Nutzen-Analyse im Sozialrecht

Menschenwürde, vermeintlicher Utilitarismus und das Verhältnis von medizinischer  
Alltagsversorgung, Corona- und Klima-Krise

### **Rationing, balancing and cost-benefit-analysis in social law**

Human dignity, supposed utilitarianism and the relation between everyday medical  
care, Corona and climate crisis

**ABSTRACT:** This paper deals with the challenges of rationing of existential goods due to scarcity and conflicting interests (at the latest in the question of costs). The legal-political example pursued in this paper is rationing in the health care system, i. e. in curative and partly also in preventive measures. In each case – and in everyday life and by no means only in extreme corona pandemic situations – it is a question of whether there are absolute, ponder-proof claims to certain goods. Ultimately, this is to be denied, even if rationing, especially in Germany, is usually concealed behind vague concepts such as the medical necessity and economic efficiency of treatment. But the public authorities cannot escape the weighing process – even if its consequences are often fatal in industrial society. In particular, misunderstandings of human dignity as well as skewed accusations of utilitarianism and a misleading pseudo-controversy between deontology and consequentialism have for a long time obscured the fact that in liberal democracies a balancing of different aspects of freedom and freedom preconditions is inevitable. Due to parliamentary reservations, however, this weighing must not be outsourced to administrative committees. Caution is called for in all of this with the economic cost-benefit analysis, which is hardly tenable in its foundations, with egalitarian approaches, and with the traditional but unfounded idea that fundamental rights are primarily (or exclusively) protected in single situations and are not relevant in the case of mass concern. Based on the latter point, it can also be shown that the previous tendency is not convincing to judge areas such as curative health treatment, preventive corona hazard control and fine dust or climate policy as being completely different from each other in terms of fundamental rights.

*Keywords:* human rights, fundamental rights, human dignity, balancing, corona pandemic, health care system, rationing, cost-benefit analysis, climate change, utilitarianism

*Schlagworte:* Menschenrechte, Grundrechte, Menschenwürde, Abwägung, Corona, Gesundheitssystem, Rationierung, Kosten-Nutzen-Analyse, Klimawandel, Utilitarismus

## **I. Problemstellung: Existenzielle, aber potenziell knappe Güter bei Gesundheitssystem, Nahrung, Wasser, Klimawandel**

Das BVerfG hat in seinen Entscheidungen etwa zum LuftSiG und zur sozialen Grund-sicherung ausgesprochen, dass das unschuldige Leben und das Existenzminimum auf-grund ihres Menschenwürdebezugs einen „absoluten“, also abwägungsfreien Schutz genießen, auch wenn es Konkretisierungsspielräume geben mag.<sup>1</sup> Doch im Kontrast zu dieser recht uneingeschränkt daherkommenden Aussage gibt es in einer globalisierten Welt Grundbedürfnisse, die sich (zunehmend? immer noch?) prekären Knappheitsla-gen ausgesetzt sehen, die ihre „absolute“ Befriedigung erschweren, und zwar auch in westlichen Staaten, ohne dass gesetzgeberische oder gerichtliche Schritte erkennbar wären, um diese umfassend zu beseitigen. Ebenjene Knappheit ist teilweise so ausge-prägt, dass tatsächlich nicht allen Menschen die von ihnen benötigte Menge des knap-pen Gutes zugeteilt werden kann. Häufiger ist allerdings die Situation, dass eine solche Zuteilung durchaus möglich wäre, allerdings nur mit zunehmenden Kosten.<sup>2</sup> Nahrung und Wasser, die Lebens-Grundgüter schlechthin, sind in vielen Gegenden knapp; sie werden noch knapper durch den Klimawandel; aber z. B. auch die Gesundheitsversor-gung ist bei explodierender Weltbevölkerung und demographischem Wandel in den In-dustriestaaten von Knappheit bedroht. Keinesfalls geht es also nur um Pandemie-Lagen oder sonstige außerordentliche Extremfälle wie die Geschehnisse rund um das neu-artige Corona-Virus.<sup>3</sup> Im Bereich des Gesundheitswesens gab und gibt es zudem eine immense Kostensteigerung u. a. aufgrund des medizinischen Fortschritts, der Alterung der Gesellschaft und der Ausweitung des traditionellen Konzepts von Krankheit, etwa im psychischen Bereich.<sup>4</sup>

Auch ohne Rückgriff auf die von zur Lösung konkreter Rechtsfälle wenig geeignete (und zudem vielleicht gar nicht grundrechtlich verfasste<sup>5</sup>) Menschenwürde sind Rechte auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen im nationalen und transnationalen Recht letztlich bereits ganz ausdrücklich vorhanden. Die Begründung eines Rechts auf das Existenzminimum (und auf den Schutz von Leben und Gesundheit) wäre national und transnational vielleicht sogar ohne jede ausdrückliche Nennung über ein allgemeines, aber kaum hintergehbare Argument möglich: Freiheit gibt es nur, wenn auch deren ele-mentare Voraussetzungen wie Nahrung, Wasser, ein stabiles Globalklima, Frieden oder schlicht Leben und Gesundheit garantiert sind. Also muss das Recht auf jene Belan-

1 BVerfGE 115, 118 ff.; 125, 175 ff.; zustimmend Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Cor-ona-Krise*, 2020.

2 Diese Scheidung wird nur bedingt gemacht bei Joachim Lege, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, *VVDStRL* 2011, 112 ff.; näher zu Knappheit auch Thorsten Kingreen, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, *VVDStRL* 2011, 152 ff.

3 Zu letzterer beispielsweise: Deutscher Ethikrat (Fn. 1), 2 ff.

4 Näher dazu auch Kingreen (Fn. 2), 152 ff. m. w. N.

5 Näher zum Streitstand m. w. N. Felix Ekardt, *Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel*, 3. Aufl. = 2. Aufl. der Neuausgabe 2016, § 4 B.; Felix Ekardt / Daniel Kornack, „Europäische“ und „deutsche“ Men-schenwürde und die europäische Grundrechtsinterpretation, *ZEuS* 2010, 111 ff.

ge als Recht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen garantiert sein. Zahlreiche Rechtsdokumente, neben Grundgesetz und EuGRC auch im Völkerrecht z. B. der IPwskR, verbürgen außerdem explizit entsprechende Rechte, etwa das Recht auf Nahrung.<sup>6</sup> Doch heißt das, dass solche Rechte keinerlei Abwägung unterliegen und dass jeder eine umfassende Gesundheitsversorgung oder auch ein stabiles Klima ohne irgendwelche Einschränkungen erwarten darf? Könnte es sein, dass Abwägung – in einem weiten Wortsinne – ein unausweichliches Element jedweder (und nicht nur einzelner) normativer, also ethischer und rechtlicher, Entscheidungen ist?

Dem geht der vorliegende Beitrag nach, unter besonderer Berücksichtigung der Rationierung medizinischer Leistungen im Gesundheitssystem am Beispiel Deutschlands. Dieses Beispiel erscheint besonders brisant vor dem Hintergrund, dass eine Rationierung respektive eine Abwägung der gewährleisteten Versorgung etwa mit Kostengesichtspunkten gerade im politischen Bereich meist entrüstet in Abrede gestellt wird.<sup>7</sup> Dabei kommen viele rechtstheoretische Grundfragen und Missverständnisse zur Sprache, und (auch) sie sind weit über Deutschland und den Gesundheitssektor hinaus relevant – etwa rund um den Utilitarismus, die Menschenwürde, die vermeintliche Scheidung Deontologie versus Konsequentialismus und die (eher aus anderen Gründen als gewohnt kritikwürdige) ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>8</sup> Und, zugespitzt formuliert, es geht auch darum, ob die in Deutschland verbreitete Grundrechtsinterpretation Bestand haben kann, die sich weitgehend auf herausgehobene Einzelfälle konzentriert und im Gegenzug Leben und Gesundheit bei massenhafter Betroffenheit etwa durch staatlich hingenommene Umweltgefahren weitgehend schutzlos zu stellen versucht. Darf man wirklich eine Art Schutzabstufung zwischen Gesundheitsversorgung (selbst in aussichtslosen Fällen), Corona-Präventivmaßnahmen und der Feinstaub- oder Klimapolitik vornehmen? Und ist womöglich schon die Gesundheitsversorgung – faktisch und notwendigerweise – weitaus stärker von Abwägungen geprägt, als wir uns dies eingestehen?

## II. Beispiel: Rationierung im Gesundheitssystem

Anschaulich lässt sich das Problem der Rationierung elementarer Güter am Beispiel des deutschen Gesundheitssystems darstellen. Dass dieses System potenziell und aktuell von Rationierungsmaßnahmen betroffen ist, zeigt sich nicht erst in der Pandemie-Ausnahmesituation.<sup>9</sup>

6 Zu nationalen und transnationalen Freiheitsvoraussetzungsrechten sowie zu den Friktionen von Rückgriffen auf die Menschenwürde (jeweils m. w. N.) Ekardt (Fn. 5), § 4 B.-C.; Ekardt/Kornack (Fn. 5), 111 ff.; Felix Ekardt / Daniel Kornack, Embryonendebatte auf verfassungsrechtlichen Abwegen?, *KritV* 2006, 349 ff.

7 Vgl. dazu Stefan Huster, FAZ v. 17.07.2009, S. 12; Kingreen (Fn. 2), 156 ff.

8 Neben den eben genannten Nachweisen gerade zu den letztgenannten Fragen auch Felix Ekardt, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law*, 2019; Felix Ekardt, *Ökonomische Bewertung – Kosten-Nutzen-Analyse – ökonomische Ethik. Eine Kritik am Beispiel Klimaschutz – zugleich zu Zahlen im Nachhaltigkeitsdiskurs*, 2018.

9 Deutscher Ethikrat, *Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen. Zur normativen Funktion ihrer Bewertung*, 2011, 7

## 1. Sozialrechtliches Gesundheitssystem und divergierende Begrifflichkeiten

Das deutsche Gesundheitssystem als historisch gewachsenes System ist mit der grundsätzlichen Pflicht zur Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ein Sozialversicherungssystem. Mit der privaten Krankenversicherung (PKV) enthält es daneben Elemente des marktwirtschaftlich orientierten Versicherungssystems, wie es etwa in den Vereinigten Staaten vorherrschend ist.<sup>10</sup> In Deutschland gilt grundsätzlich die Pflicht zur Versicherung in der GKV (§ 5 SGB V/Versicherungspflicht). Aus der Zweigliedrigkeit des deutschen Gesundheitssystems folgt, dass die im Folgenden zu erörternden Regeln des SGB V, welche die Rationierung betreffen, potenziell besonders die gesetzlich Versicherten betreffen. Denn das SGB V gilt (bis auf einzelne Vorschriften<sup>11</sup>) lediglich für die gesetzliche Krankenversicherung.<sup>12</sup> Im Gegensatz zur PKV beruht die GKV auf dem Solidaritätsprinzip.<sup>13</sup> Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen im Unterschied zu den privaten Versicherungsträgern keine Gewinnabsicht verfolgen.<sup>14</sup> Die Mittel der GKV werden durch Beiträge und sonstige Einnahmen aufgebracht (§ 220 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die Beitragssätze richten sich nach der Höhe des Einkommens der Versicherten (§§ 241 ff. SGB V). Angesichts dessen, dass sich moderne Gesellschaften zunehmend einem demographisch-epidemiologischen Wandel ausgesetzt sehen und medizinisch-technologische Entwicklungen die Verlängerung der durchschnittlichen Lebensdauer zur Folge haben<sup>15</sup>, droht in Zukunft entweder der Grundsatz der Beitragsstabilität (§ 72 Abs. 1 S. 1 SGB V) massiv unter Druck zu geraten oder die Frage einer Rationierung in immer umfassenderer Weise relevant zu werden.<sup>16</sup> Denn steigendes Alter der Gesamtbevölkerung und sinkende Geburtenrate bewirken eine Verschiebung des Gleichgewichts zwischen Leistungsbeziehern und Beitragszahlern (double aging).<sup>17</sup> Mehr technische Möglichkeiten und mehr Nachfrage nach Behandlung führen insoweit zu weniger Geld für die Finanzierung der benötigten Leistungen. Vor dem Hintergrund dieser relativen Ressourcenknappheit werden Topoi wie Rationierung, Rationalisierung und Priorisierung verstärkt virulent, ausgehend davon, dass jedwede medizinische

10 Ausführlich Lege (Fn. 2), 112 ff.; Helge Sodan, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 5 ff.; Rainer Schlegel, in: *juris PraxisKommentar SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 18 ff.

11 Peter Axer, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, *SGB V Kommentar*, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 6; Sodan (Fn. 10), § 1 Rn. 34 ff.

12 Andreas Hänlein / Rolf Schuler, in: *Sozialgesetzbuch V*, 5. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 1; ausführlich zum System von GKV und PKV Lege (Fn. 2), 112 ff.

13 Vgl. § 1 SGB V, welcher die bedarfsgerechte Versorgung aller Versicherten versichert.

14 Vgl. Axer (Fn. 11), § 1 Rn. 6.

15 Björn Schmitz-Luhn, *Priorisierung in der Medizin*, 2015, 3; Florian Wilksch, *Recht auf Krankenbehandlung und Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*, 2017, 3; Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 16 f.; Iris Kemmler, Vorgaben für die Rationierung medizinischer Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung, *NZS* 2014, 521; Fuat S. Oduncu, Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung, *MedR* 2012, 359 f.

16 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 16 f.; noch pessimistischer: Fritz Beske, Endzeit, *Deutsches Ärzteblatt* 2010, A 2434; ausführlich zu Ausgaben, BIP und Anzahl von Arztbesuchen: Oduncu (Fn. 15), 359 f.; zur Beitragsstabilität Kemmler (Fn. 15), 521.

17 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 16; Schmitz-Luhn (Fn. 15), 3; Bundesministerium für Gesundheit, *Daten des Gesundheitswesens* 2016, 133

Behandlung auch bezahlt werden muss und auch ansonsten ggf. nicht in beliebig großem Maße verfügbar ist.

Der Begriff Rationierung ist allerdings teilweise unklar; jedenfalls ist es kein feststehender Rechtsbegriff.<sup>18</sup> Innerhalb der Rationierung werden jedenfalls teils unterschiedliche Arten von Rationierung unterschieden wie zum Beispiel die implizite und explizite oder unmittelbare und mittelbare Rationierung.<sup>19</sup> Der Deutsche Ethikrat versteht Rationierung als die Begrenzung des Umfangs solidarisch finanzierter Leistungen.<sup>20</sup> Rationalisierung dagegen meint die ökonomische Effizienzsteigerung beim Einsatz vorhandener Mittel bzw. das Ausschöpfen von Wirtschaftlichkeitsreserven.<sup>21</sup> Dabei soll entweder mit einer gegebenen Ressourcenmenge das bisherige Ergebnis verbessert (Maximalprinzip) oder ein definiertes Ergebnis mit einem geringeren Ressourceneinsatz erreicht werden (Minimalprinzip).<sup>22</sup> Um Rationalisierung handelt es sich insbesondere dann, wenn mit der veränderten Verwendung von Ressourcen der vorherige Versorgungsstandard aufrechterhalten werden kann.<sup>23</sup> Der eigentliche wirtschaftswissenschaftliche Effizienzbegriff ist freilich weiter und meint generell das – in Geldwerte überführte und aufsummierte – Verhältnis aufgewandter Kosten und Nutzen einer oder mehrerer Optionen, welches als Kernmethode richtigen Entscheidens die optimale Handlungsoption im kollektiven oder individuellen Handeln kennzeichnen soll. Auf dieses Verständnis von Wirtschaftlichkeit sowie die dahinterstehende Kosten-Nutzen-Analyse und ihre Kritik ist noch näher zurückzukommen.<sup>24</sup> Beim weiten Kosten-Nutzen-Verständnis bleibt für eine grundlegende Differenz zwischen Rationierung und Rationalisierung jedenfalls kein Raum mehr – es geht dann jeweils um den abwägenden Ausgleich verschiedener Belange. Nicht zur Rationierung würde eine Wirtschaftlichkeits-Betrachtung nur dann führen, wenn man unter Wirtschaftlichkeit allein Kosteneffizienz versteht. Mit Kosteneffizienz – der Begriff erscheint präziser als

18 Vgl. zu den zahlreichen, im Wesentlichen relativ ähnlichen Definitionen der Rationierung: Ulrich Wenner, Rationierung, Priorisierung, Budgetierung: verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung, *GesR* 2009, 169 ff.; Alexander Brech, *Triage und Recht, Patientenwahl beim Massenfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin*, 2007, 84 ff.; Felix Welti, Allokation, Rationierung, Priorisierung, Rechtliche Grundlagen, *MedR* 2010, 379 (380); Franz Neumann, Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, *NZS* 2005, 617 (618); Oduncu (Fn. 15), 360; Johannes Heyers, Möglichkeiten und Grenzen einer Ökonomisierung des Sozialrechts am Beispiel der Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, *MedR* 2016, 857 (858); Schmitz-Luhn (Fn. 15), 12; Kingreen (Fn. 2), 156 ff.; sehr ausführlich zu den verschiedenen Definitionen der Rationierung: Johannes Arnade, *Kostendruck und Standard*, 2010, 38 ff.

19 Schmitz-Luhn (Fn. 15), 12; C. H. R. Wiese / C. L. Schepp / I. Bergmann / J. M. Hinz / B. M. Graf / C. L. Lassen, Altersrationierung, *Der Anaesthetist* 2012, 345 (346); Kemmler (Fn. 15), 522 f.; Welti (Fn. 18), 386; Oduncu (Fn. 15), 360; Kingreen, (Fn. 2), 156 ff.; kritisch zu dieser Differenzierung: Neumann (Fn. 18), 618

20 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 21

21 Schmitz-Luhn (Fn. 15), 12; Arnade (Fn. 18), 37; Welti (Fn. 18), 380; Oduncu (Fn. 15), 360; Christoph Fuchs / Eckhard Nagel / Heiner Raspe, Rationalisierung, Rationierung und Priorisierung, *Deutsches Ärzteblatt* 2009, A 554; Heyers (Fn. 18), 858

22 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 18

23 Fuchs/Nagel/Raspe (Fn. 21); Oduncu (Fn. 15), 360; Heyers (Fn. 18), 858; in der Konsequenz anders: Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 18 ff., welcher die Diskussion über die gleichbleibende oder schwächere Patientenversorgung auf die Ebene der Ethik verlagert.

24 Eingehend dazu Ekardt (Fn. 8), *Bewertung*, Kap. 2–5.

Rationalisierung – ist gemeint, dass ein verfolgtes Ziel – hier beispielsweise die maximale Gesundheit – in jedem Fall hundertprozentig erreicht werden soll und lediglich die für diese hundertprozentige Zielerreichung benötigten Kosten (soweit dies ohne Abstriche an der Zielerreichung möglich ist) begrenzt werden sollen.

In Abgrenzung zu Rationalisierung und Rationierung bedeutet Priorisierung<sup>25</sup> nichts anderes als die Bildung von Ranglisten.<sup>26</sup> So kann zum Beispiel die Behandlung einer bestimmten Gruppe von Patienten ihrem Rang nach höher stehen als die Behandlung einer anderen Gruppe von Patienten, zum Beispiel von weniger schwer erkrankten Patienten. Priorisierung wird jedoch dann lediglich zu einem Synonym für Rationierung, wenn eine Leistung an die unteren Ränge der Rangliste nicht mehr erfolgt und die Priorisierung ausschließlich dazu dient, festzustellen, wer in den Genuss der Leistung kommen soll.<sup>27</sup>

## 2. Fallgruppen unmittelbarer und mittelbarer Rationierung

Aufgrund der beschriebenen sich verändernden Nachfrage nach medizinischen Leistungen ist es zumindest sehr fraglich, dass auf lange Sicht Rationalisierungsmaßnahmen wie die effizientere Verwaltung von Gesundheitsleistungen oder die stärkere Bindung von Kassenärzten an Leitlinien ausreichen werden, um die Kosten des Gesundheitssystems und damit den Beitragssatz nach § 241 SGB V zu begrenzen.<sup>28</sup> Während das deutsche Recht eine unmittelbare Rationierung etwa bei der Organtransplantation kennt, stellt das SGB V zahlreiche Möglichkeiten für mittelbare Rationierung zur Verfügung, wie im Folgenden dargestellt werden soll.

### a) Unmittelbare Rationierung

Eine unmittelbare Rationierung, verstanden als nachfrageunabhängige Begrenzung einzelner Leistungen in ganzen Zahlen, existiert im deutschen Gesundheitswesen etwa im Bereich der Organtransplantation.<sup>29</sup> Die unmittelbare Rationierung ergibt sich hier logisch aus der nur begrenzten Verfügbarkeit von (auf legalem Wege) erlangten Spenderorganen. In Deutschland erfolgt die Entnahme sowie Übertragung von Spenderorganen in Transplantationszentren, die nach § 108 SGB V als solche zugelassen sind.

25 Sehr ausführlich zum Begriff der Priorisierung: Schmitz-Luhn (Fn. 15), 7 ff.

26 Fuchs/Nagel/Raspe (Fn. 21), A 555; Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 22 f.; Heiner Raspe / Jan Schulze, Ärztlich unterstützte Priorisierung ist notwendig und hilfreich, *Deutsches Ärzteblatt* 2013, A 1091 (1093); Welti (Fn. 18), 381; Oduncu (Fn. 15), 361; Heyers (Fn. 20), 858

27 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 23 f.

28 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), 20; vgl. auch Raspe/Schulze (Fn. 26), A 1091; Oduncu (Fn. 15), 360.

29 Richard Giesen, Rationierung im bestehenden Gesundheitssystem, *ZVersWiss* 2004, Vol. 93 (4), 561; zur Organtransplantation als zeitlicher Priorisierung: Oduncu (Fn. 15), 363; ähnlich einstufend im Bereich der Allokation: Wilksch (Fn. 15), 277.

Diese Transplantationszentren sind verpflichtet, Wartelisten der zur Übertragung von vermittlungspflichtigen Organen angenommenen Patienten zu führen (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Transplantationsgesetz/TPG). Die Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste erfolgt gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung. Da Deutschland an ein europaweites Transplantationssystem angeschlossen ist, erfolgt die Vermittlung der Spenderorgane über eine in den Niederlanden befindliche Vermittlungsstelle gemäß § 12 TPG (Eurotransplant). Ein Verstoß gegen die vorgesehene Organvermittlung durch Eurotransplant ist nach §§ 17, 18 TPG mit Strafe bewehrt. Auch in anderen Bereichen als der Transplantationsmedizin ist in Deutschland teilweise eine unmittelbare Rationierung in Form der Einrichtung von Wartelisten zu beobachten, so zum Beispiel im Rahmen von noch nicht abschließend entwickelten Behandlungsformen.<sup>30</sup>

*b) Mittelbare Rationierung: Medizinische Notwendigkeit, Wirtschaftlichkeit, Regelleistungsvolumina, Ärztezulassung, GKV versus PKV*

Wesentlich umfassender sind die indirekten Ansätze der Rationierung, die den Anspruch auf Krankenbehandlung aus § 27 Abs. 1 SGB V begrenzen. So heißt es in § 12 Abs. 1 SGB V: „Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.“<sup>31</sup>

Im SGB V finden sich dazu einige gesetzliche Leistungsausschlüsse, z. B. für Lifestyle-Arzneimittel, worunter auch solche der Sexualgesundheit fallen können (§ 34 SGB V), Sehhilfen und bestimmte Medikamente (§§ 33, 34 SGB V). Der Hinweis, dies unterliege der Eigenverantwortung des Kranken, weil derartige Angelegenheiten geringfügig oder selbstverschuldet seien, camoufliert freilich, dass bereits hier eine Rationierung im Lichte einer zu reduzierenden Kostenlast in Ansatz gebracht wird, ist doch wenig klar, warum genau diese Dinge „eigenverantwortlich“ zu regeln sind, andere dagegen nicht.

Bezüglich aller weiteren Leistungen haben über die Notwendigkeit der Gemeinsame Bundesausschuss der am GKV-System Beteiligten (G-BA) mit dem Leistungskatalog und sodann im Einzelfall die jeweils behandelnden Ärzte zu entscheiden. Das ist insofern bemerkenswert, als sehr unterschiedliche Auffassungen denkbar sind, was „notwendig“ ist, ebenso wie über das dahinterstehende, sozial hochgradig wandelbare Konzept von „Krankheit“. Wie man an Leistungskatalogen privat versicherter Personen ersehen kann, sind deutlich weitergehende medizinische Leistungen denkbar, als sie

<sup>30</sup> Giesen (Fn. 29), 562

<sup>31</sup> Zum Folgenden die ausführliche Darstellung m. w. N. bei Kingreen (Fn. 2), 162 ff.; Nadia Mazouz / Micha Werner / Werner Wiesing (Hg.), *Krankheitsbegriff und Mittelverteilung*, 2004; Michael Arnold, *Solidarität* 2000, 1995.

Kassenpatienten in Deutschland gewährt werden. Dass diese medizinisch vollständig witzlos sind und keinerlei Einfluss auf die Gesundheit und damit letztlich potenziell auch auf die Lebensdauer der Patienten haben, erscheint wenig plausibel. In die gleiche Richtung weist es, wenn (insbesondere, aber nicht nur) Kassenpatienten oft monatelang auf einen Facharzttermin warten müssen, selbst bei womöglich ernststen Erkrankungen wie einem Krebsverdacht. Insofern verschleiert schon der Begriff der „Notwendigkeit“, dass bereits hier ein Abwägen potenziell förderlicher Maßnahmen mit anderen Aspekten denkbar ist.

Als ein solcher anderer Aspekt ist hier vor allem darauf zu verweisen, dass zusätzlich zur Notwendigkeit auch die „Wirtschaftlichkeit“ geprüft werden muss. Nach zu lesender Auffassung zielt sie allein auf eine Rationalisierung ab und will das Notwendige und Zweckmäßige keiner Einschränkung unterwerfen, sondern nur Kosteneffizienz herstellen<sup>32</sup> (die Judikatur weicht einer genauen Definition aus<sup>33</sup>). Es zeigt sich jedoch an verschiedenen Stellen, dass entgegen dieser Lesart sehr wohl die Wirtschaftlichkeit im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung, die alle betroffenen Belange in einen Geldwert überführt und sodann vergleicht, praktiziert wird, die eben doch die „notwendige“ medizinische Versorgung Beschränkungen unterwirft. Zum einen lässt § 92 Abs. 1 SGB V ausdrücklich Leistungsausschlüsse durch den Gemeinsamen Bundesausschuss zu, wenn kostengünstige Leistungen nicht gleich wirksam, sondern nur „vergleichbar“ nützlich sind. Das geht so weit, dass bestimmte medizinisch erkennbar hilfreiche (und keinesfalls, wie es verräterisch beim BSG heißt, nur „bequemere“) Optionen, z. B. zugunsten von Blinden<sup>34</sup>, nicht von den Krankenkassen übernommen werden müssen, die rein zufällig teurer als die Standardleistungen sind. Ganz offen wird die Wirtschaftlichkeit ferner bei der Arzneimittelzulassung gegen die medizinische Notwendigkeit als Abwägungskriterium festgesetzt (§ 35b SGB V).<sup>35</sup> So kommt es dann sehr wohl zu einer Rationierung. Einen anderen Schluss lässt auch der Verweis auf § 13 SGB V (Kostenerstattung) nicht zu, nach dessen Abs. 2 Versicherten das Wahlrecht zusteht, anstelle von Sach- und Dienstleistungen die Kostenerstattung zu wählen. Denn hierdurch wird der Primäranspruch auf Leistungen nicht erweitert, sondern lediglich die Abwicklung der Leistung modifiziert<sup>36</sup>.

Eine weitere einschneidende Möglichkeit zur Rationierung im System der gesetzlichen Krankenkassen bieten die §§ 85, 87 b SGB V, welche die Vergütung ärztlicher bzw. zahnärztlicher Leistungen betreffen. Der Leistungsbegriff umfasst alle haus- und fachärztlichen Leistungen wie in § 73 Abs. 2 SGB V aufgeführt. Darunter fallen also neben

32 Karsten Scholz, in: Ulrich Becker / Thorsten Kingreen, *SGB V*, 5. Aufl. 2017, § 12, Rn. 6

33 Exemplarisch BSGE, 105 170 ff. (insb. Rn. 21); zutreffend hingegen Dominik Roters, *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 102. Lieferung 2018, § 12 SGB V Rn. 41; generell zur Kosten-Nutzen-Analyse Ekardt (Fn. 5), §§ 3 D., 5 C. III.; Ekardt (Fn. 8), Bewertung, passim.

34 Vgl. dazu BSG, Urt. v. 25.06.2009 – B 3 KR 4/08 R

35 Ausführlich dazu Kingreen (Fn. 2), 169 ff.; Reiner Rohrbacher, *Die Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln als Instrument der Gesundheitspolitik*, 2006.

36 Hans Michael Heining, in: Josef Berchtold / Stefan Huster / Martin Rehborn, *Gesundheitsrecht*, 2. Aufl. 2018, § 13, Rn. 25

der ärztlichen Behandlung insbesondere auch die Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln (§ 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7) sowie die Ausstellung von Bescheinigungen, also zum Beispiel Krankschreibungen für den Arbeitgeber (vgl. § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 9). Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen vereinbaren arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina. Die Regelleistungsvolumina werden in einem Wert in Euro ausgewiesen. Leistungen innerhalb dieser Volumina werden mit einem festen Punktwert versehen und damit zu einem festen Preis vergütet. Seit Einführung des § 87 b SGB V führt dieses Vorgehen bei Überschreitung der Regelleistungsvolumina, also bei Überschreitung der im Regelvolumen enthaltenen Leistungsmenge in Bezug auf die Vornahme von Behandlungen oder Verschreibung von Arzneien usw., zur Abstufung der Leistungsvergütung (Behandlungshonorar). Hinsichtlich der Verschreibung von Medikamenten kann eine Überschreitung des Regelvolumens nach Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106 SGB V sogar zu Regressforderungen gegen den verschreibenden Arzt führen.<sup>37</sup>

Welche medizinischen Hilfsmittel zur Sicherung einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten in Deutschland zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet werden dürfen, wird verbindlich in der Hilfsmittel-Richtlinie des G-BA nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V geregelt. Auch zu den übrigen kassenärztlichen Leistungen beschließt der G-BA verbindliche Richtlinien, vgl. § 92 Abs. 1 S. 2 SGB V. Die normgleiche Verbindlichkeit der Richtlinien steht seit dem Methadon-Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) fest.<sup>38</sup> Das System der Regelleistungsvolumina unter Androhung von Abstufungen und Regressforderungen hat zur Folge, dass wichtige Behandlungen trotz des Leistungsauftrags nach § 27 SGB V praktisch unterbleiben, weil die Ärzte sich diese „nicht leisten“ können. Der Behandlungsanspruch des Versicherten wird zwar durch die Budgetierung nicht negiert. Jedoch ist der Arzt berechtigt, die Behandlung eines Patienten abzulehnen<sup>39</sup>. Dem Patienten steht es zwar frei, einen anderen Arzt aufzusuchen. Real kann es dadurch jedoch zu Verzögerungen oder ganz zum Ausbleiben der gewünschten Behandlung kommen, zumal den Behandelnden ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der zu wählenden Behandlung zusteht, welcher in seiner Konkretisierung durch die Budgetierung beeinflusst werden kann, so dass dann zumindest eine implizite Rationierung vorliegt<sup>40</sup>.

Ebenfalls effektiv zu einer Rationierung führen die §§ 108, 109 SGB V, welche die Zulassung von Krankenhäusern sowie den Abschluss von Versorgungsverträgen regeln. Krankenkassen dürfen ihre Leistungen nur durch Krankenhäuser erbringen, wel-

37 Näher dazu auch Lege (Fn. 2), 112 ff.; vgl. auch Kingreen (Fn. 2), 152 ff.; Wilksch (Fn. 15), 71; zu Toleranzgrenzen Thomas Clemens, in: *JurisPK-SGB V*, § 106 Rn. 286 ff.

38 BSG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 8 Rn. 15

39 Jennifer Bretzke, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Finanzierbarkeit des deutschen Gesundheitswesens und ärztlichem Behandlungsstandard*, 2003

40 Ingwer Ebsen, in: Thomas Ratajczak / Gabriela Schwarz-Schilling, *Die Budgetierung des Gesundheitswesens*, 1997, 111 f.; Gerhard Dannecker / Stefan Huster / Christian Katzenmeier / André Bohmeier / Björn Schmitz-Luhn / Anne Franziska Streng, *Priorisierung: Notwendiger rechtlicher Gestaltungsspielraum*, *Deutsches Ärzteblatt* 2009, A 2007

che im Sinne von § 108 SGB V zugelassen sind. Diese Regelung zielt einerseits auf die Qualitätssicherung der medizinischen Leistung ab. Jedoch erfolgt die Zulassung von Vertragskrankenhäusern nach § 108 Nr. 3 SGB V nur subsidiär. Sie ist unter anderem von dem Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 109 SGB V abhängig (§ 109 Abs. 4 SGB V). Der Versorgungsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und dem Krankenhausträger, der den Status des Krankenhauses als eine die Versicherten versorgende Einrichtung begründet.<sup>41</sup> Voraussetzung für den Abschluss eines Versorgungsvertrages ist unter anderem, dass das Krankenhaus Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung bietet (§ 109 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB V). Kommen mehrere Krankenhäuser als Vertragspartner in Frage, sind Wirtschaftlichkeit und Bedarf der Krankenhausbehandlung ein Entscheidungskriterium, nach welchem die Landesverbände der Krankenkassen ihre Entscheidung auszurichten haben (§ 109 Abs. 2 Satz 2 SGB V). Der Begriff der Wirtschaftlichkeit bezieht sich auf das in §§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V enthaltene Wirtschaftlichkeitsgebot. Ob der Abschluss eines Versorgungsvertrages für eine bedarfsgerechte Versorgung mit einem Krankenhaus erforderlich ist, bestimmt sich anhand der Nachfrage für stationäre medizinische Behandlung in einem Gebiet.<sup>42</sup> Je nach Auslegung des (wiederum sehr) unbestimmten Rechtsbegriffs „Bedarf“ sind eine Beschneidung der krankenhäuslichen Versorgung etwa in ländlichen Gebieten und dadurch eine Begrenzung der verfügbaren Bettenzahl bzw. auch eine Reduzierung der Ärztezahl pro Kopf denkbar. Damit ist man erneut bei einer Abwägung zwischen Gesundheitsversorgung und Kostenlast.

Ein weiterer Aspekt ist anzusprechen. Die §§ 99 ff. des SGB V regeln die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung. Ähnlich zum System der Versorgungsverträge mit den Krankenhäusern nach §§ 108 f. SGB V wird mithilfe von Bedarfsplänen der Bedarf an vertragsärztlicher Versorgung im Planungsgebiet ermittelt und überwacht.<sup>43</sup> Nach Maßgabe des „bedarfsgerechten Versorgungsgrades“ wird so die Anzahl von Vertragsärzten in einem bestimmten Gebiet begrenzt. Dieses System dient dazu, eine ungehinderte Vertragsarztstätigkeit zu unterbinden, in welcher eine Gefahr für die finanzielle Stabilität der GKV gesehen wird.<sup>44</sup> Dies geschieht wiederum auf Grundlage der Richtlinien des G-BA, § 99 Abs. 1 SGB V. Ebenfalls nach Maßgabe der Richtlinien des G-BA können eine ärztliche Unterversorgung in einem Gebiet im Verfahren nach § 100 SGB V sowie eine ärztliche Überversorgung nach § 101 SGB V festgestellt werden. Diese Limitierung der ärztlichen Versorgung interagiert erkennbar mit der oben dargestellten Frage der Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Versorgung – und unterstreicht erneut, dass eine Abwägung kollidierender Faktoren und damit eine Rationierung eröffnet ist.

41 Ulrich Becker, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 109, Rn. 3

42 Becker (Fn. 41), § 109, Rn. 11

43 Markus Kaltenborn, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 99, Rn. 5

44 BVerfG, Beschl. v. 27.04.2001–1 BvR 1282/99, MedR 2001, 639 f.

Nach dem Gesagten findet sich Rationierung im (z. B.) deutschen Gesundheitssystem an verschiedenen Stellen. Wie bereits erörtert wurde, gilt dies in hervorgehobenem Maße für die gesetzlich Krankenversicherten, die aufgrund der Versicherungspflicht gewissermaßen in ein Solidarsystem gezwungen werden, von welchem die privatversicherten Patienten, sei es aufgrund ihrer beruflichen Stellung, sei es aufgrund ihrer finanziellen Stärke, ausgenommen werden. Wirtschaftlichkeitserwägungen für Arzneimittel und Leistungskataloge auch bei Privatpatienten zeigen freilich, dass auch die PKV nicht ganz frei von Elementen der Rationierung ist. Aufbauend auf diese sozialrechtlichen Analysen, vorliegend exemplarisch zum deutschen Gesundheitsrecht, kann jetzt den angekündigten Grundfragen nachgegangen werden.

### **III. Die grundrechtliche Dimension von Rationierung und medizinischem Existenzminimum in der Sicht des BVerfG**

Die existierenden Rationierungen werfen die Frage auf, wie die traditionelle deutsche Judikatur dies mit ihrer angeblich konkretisierungs-offenen, aber dennoch abwägungsfreien Konzeption eines grundrechtlichen Anspruchs auf das Existenzminimum zusammenbringt – immerhin ist es bislang nicht zu einer grundrechtlichen Infragestellung des Systems von höchstrichterlicher Seite gekommen. Fraglich ist allerdings, ob das BVerfG seine Rechtsprechung zum abwägungsfreien Existenzminimum überhaupt auf den medizinischen Bereich erstreckt. Das BVerfG hat in mehreren Urteilen die Verpflichtung des Staates zur Sicherung der Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens, also zur Gewährleistung des Existenzminimums bestätigt.<sup>45</sup> Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung des Existenzminimums ergibt sich gemäß der Rechtsprechung des BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip. Zuletzt erklärte das BVerfG bestimmte sanktionsbasierte Leistungsminderungen des ALG-2-Regelsatzes für verfassungswidrig.<sup>46</sup>

Zu der Frage, ob das vom BVerfG postulierte abwägungsfreie Existenzminimum auch das medizinische Existenzminimum umfasst, hat sich das BVerfG bislang nicht eindeutig geäußert, obgleich z. B. die Versorgung mit notwendigen Medikamenten unbestritten zum Existenzminimum gehört.<sup>47</sup> Allerdings folgert das Gericht aus der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Zusammenschau mit dem Sozialstaatsprinzip, dass aufgrund des Versicherungszwangs eine maximale Gesundheitsleistung geboten sei ohne Rationierung, und zwar selbst dann, wenn allenfalls Linderung, aber keine Heilung erwartet werden kann und die begehrte Behandlung schulmedizinisch nicht

45 Vgl. BVerfGE 82, 60; 99, 246; 125, 175; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019–1 BvL 7/16.

46 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019–1 BvL 7/16; siehe auch Ferdinand Gärditz, Das verfassungsrechtliche Existenzminimum im „Hartz IV“-Urteil des Bundesverfassungsgericht, *BRJ* 1/2010, 7 ff.

47 Hierzu Anne Lenze, Regelleistung und gesellschaftliche Teilhabe, *WSI Mitteilungen*, 523 (525) m. w. N.; eindeutig bejahend zum medizinischen Existenzminimum: Thomas Flint, in: Grube/Wahrendorf, *SGB XII*, 6. Aufl. 2018, § 48 Rn. 50 f.; Volker Neumann, Das medizinische Existenzminimum, *NZS* 2006, 393.

anerkannt, ja in anderen Staaten sogar verboten ist.<sup>48</sup> Diese höchstrichterliche Rechtsprechung hat zwischenzeitlich Eingang in das SGB V in Form des § 2 Abs. 1a SGB V gefunden. Ungeachtet der volatilen Bezugnahme auf die konkrete Grundrechtsnorm (ohne dass klar wird, warum eine Zwangsmitgliedschaft einen quasi absoluten Grundrechtsschutz auslösen sollte) wird hier jedenfalls erneut erkennbar: Das BVerfG scheut Aussagen, die die Abwägungsoffenheit in der Versorgung mit Grundbedarfen einräumen würden. Ebenso wird erkennbar, wie hoch Situationen gewichtet werden, wo gut erkennbar der Tod im Raum steht. Letzte Klarheit wird aber auch nicht hergestellt, da die oben aufgezeigten Ebenen der Rationierung – soweit erkennbar – bislang keine verfassungsgerichtliche Kritik auf sich gezogen haben. Dieser wenig klare und leicht widersprüchliche Befund wird aus grundrechtstheoretischer (und grundrechtsinterpretativer) Perspektive im weiteren Verlauf kritisch zu hinterfragen sein, und zwar im Lichte der eingangs des Beitrags aufgeworfenen Fragestellungen zu Abwägung, Menschenwürde, Utilitarismus, Kosten-Nutzen-Analyse und der vielleicht doch nur vermeintlich plausiblen Abstufung des Grundrechtsschutzes in verschiedenen Konstellationen.

#### **IV. Zur Unausweichlichkeit von Abwägungen – Missverständnisse über Utilitarismus, Menschenwürde, Deontologie und Konsequentialismus**

##### 1. Notwendiges Abwägen – ohne Utilitarismus und ohne *neminem laedere*

Wenn (exemplarisch) im deutschen Sozialrecht respektive Gesundheitsrecht auf der einen Seite Rationierung und damit Abwägung praktiziert wird, auf der anderen Seite deren Notwendigkeit verfassungsrechtlich aber latent camouffiert wird, so fordert dies rechtsinterpretativ und rechtstheoretisch bzw. ethisch eine nähere Analyse des Phänomens Abwägung heraus, wie es in der Rationierung und auch im Wirtschaftlichkeitsgrundsatz respektive der Kosten-Nutzen-Analyse enthalten ist. In diesem Abschnitt ist daher zunächst die Notwendigkeit respektive Unausweichlichkeit von Abwägungen im Bereich des Normativen aufzuzeigen. Sodann wird dies im darauffolgenden Abschnitt in einige rechtstheoretische Grundkontroversen eingeordnet. Anschließend ist dann auf schwierige Probleme einzugehen, z. B. dass Abwägen keine Unterstützung für die eher problematische Methode der Kosten-Nutzen-Analyse bedeuten muss – und dass unterschiedliche Gewichtungen in Abwägungen in der medizinischen Behandlung, im Umgang mit Pandemien und mit Umweltproblemen angreifbar erscheinen.

Das Abwägen in rechtlichen und ethischen Fragen wird verbreitet als anstößig erlebt. Dahinter steht im Kern die über Jahrhunderte gewachsene Kritik an empiristi-

<sup>48</sup> So unter Aufhebung von BSG, Urt. v. 16.09.1997–1 RK 28/95 das BVerfG in seinem sogenannten Nikolaus-Beschluss: BVerfGE 115, 25; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2013–1 BvR 2045/12, Rn. 11; vertiefend Walter Wohlgemuth / Michael Freitag, *Priorisierung in der Medizin – interdisziplinäre Forschungsansätze*, 2009, 177; kritisch Thorsten Kingreen, Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, *NJW* 2006, 877 (880).

schen Ansätzen, also an Ansätzen, die in irgendeiner Weise die subjektiven Präferenzen von Menschen abwägend saldieren, wobei für diese Kritik Immanuel Kant und John Rawls oft eine besondere Rolle spielen.<sup>49</sup> Im Kern besagt jene Kritik, dass das empiristische Denken wie etwa der Utilitarismus (der das Glück von Menschen saldiert) oder die Kosten-Nutzen-Analyse (die Vor- und Nachteile von Optionen anhand der in Geldwerte übersetzten Präferenzen der Menschen saldiert) unzulässigerweise permanente Abwägungen zwischen verschiedenen Belangen zulasse.<sup>50</sup> Darin wird dann etwa eine Verletzung des Menschenwürdeprinzips (das Rawls als Achtungsprinzip bezeichnet) oder des Umstands, dass generell bestimmte Dinge intrinsisch schlecht und daher immer verboten seien, erblickt.

Die Vorstellung, dass das Abwägen zwischen verschiedenen Belangen als Dauerzustand normativen Entscheidens kritikwürdig oder überhaupt vermeidbar sei, ist allerdings nicht trivial. In jedem Fall muss die damit postulierte Forderung nach absoluten respektive abwägungsfreien normativen Aussagen frei gehalten werden von einer Debatte über die Möglichkeit universaler – im Sinne allerorten und ohne Kulturrelativität gültiger – normativer Aussagen, weil das eine nicht zwangsläufig das andere verlangt.<sup>51</sup> Denn auch wer z. B. die Freiheitsrechte als universal begründet ansieht (und man sollte die Grundlagen liberaler Demokratien als universal begründet ansehen; dazu kurz in Abschnitt V.), kann durchaus eine Abwägung der Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen als notwendig ansehen – universale Normen sind also nicht zwangsläufig absolute im Sinne von abwägungsfreien Normen. Ebenfalls separat betrachtet werden sollte die Scheidung Deontologie versus Konsequentialismus (dazu im nächsten Abschnitt) und die Frage, ob Personen in Abwägungen quantifizierend betrachtet sowie die Belange in Geldwerte übersetzt werden dürfen (dazu im übernächsten Abschnitt).

Gegen einen Kritikfokus auf das Abwägungsparadigma spricht zunächst, dass man fragen könnte, ob nicht selbst dann, wenn man einzelne Belange als absolut auszuweisen versucht, dies zugleich implizit die Aussage enthält, dass gegenläufige Belange dann eben zurücktreten müssen, also eben doch eine Abwägung vorgenommen wird. Noch stärker gegen einen Kritikfokus zum Abwägungsthema spricht, dass nicht nur in empiristischen Theorien wie dem Utilitarismus oder der Kosten-Nutzen-Analyse, sondern gerade auch in einer liberal-demokratischen Rechtsordnung bzw. einem dazu parallel laufenden ethischen Ansatz bei den verschiedenen menschenrechtlichen Freiheitsga-

49 Zum Folgenden bereits Ekardt (Fn. 8), Bewertung, Kap. 2.2.3; Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.6.

50 John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, 19 und passim; Monika Betzler / Jörg Schroth, Konsequentialisierung – Königsweg oder Sackgasse für den Konsequentialismus?, *ZphilF* 2014, 279 ff.; Axel Klie, Kritik der Kosten-Nutzen-Analyse, *GAIA* 2010, 103 ff.; Deutscher Ethikrat (Fn. 1), 2 ff.; siehe auch Anne van Aaken, in: van Aaken / Schmidt-Lübbers (Hg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*, 2003, 96 und passim; Mario Martini, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, 2008, 261 f.; Barbara Unmüßig, *Monetizing Nature – Taking Precaution on a Slippery Slope*, 2014, 1

51 Ausführlich dazu Ekardt, (Fn. 5), §§ 3, 4 B. III. Dort auch zur weiteren Unterscheidung universale versus globale Gerechtigkeit; letzterer Begriff eignet sich zur Bezeichnung normativer Forderungen über Grenzen hinweg (also z. B. der Frage, ob Menschenrechte nicht nur universal – überall – gelten, sondern auch von Bürgern eines Staates gegen Regierungen anderer (!) Staaten geltend gemacht werden können, wenn diesen z. B. vorgehalten wird, zum Klimawandel beigetragen zu haben).

rantien Abwägungen – und zwar echte Abwägungen mit nicht von vornherein festgelegtem Ergebnis – unvermeidlich sind.<sup>52</sup> Jeder Ethikansatz, der dies bestreitet, steht damit vor der Herausforderung, die Rechtsordnung liberaler Demokratien offenbar in zentraler Hinsicht als ungerecht begründen zu müssen.<sup>53</sup>

Allgemein gesprochen ist das System liberal-demokratischer Rechtsordnungen ein System, das auf der grundlegenden Verfassungsebene Inhalts- und Verfahrensregeln für die Kollision verschiedener Freiheitssphären enthält.<sup>54</sup> Die konkreten Parlamentsgesetze sind dann das Abbild der Durchführung der dabei nötig werdenden Abwägungen. Dabei verzichten liberal-demokratische Ordnungen schon ihrem Wortlaut nach ganz oder weitgehend auf abwägungsfreie Belange, indem sämtliche bekannte Verfassungen die Einschränkung der Freiheitsgarantien als den grundlegenden Normen liberaler Demokratien statuieren (sieht man dies wie das BVerfG für das Existenzminimum – das in Verfassungen oft nur implizit mitgedacht ist – plötzlich anders als für Leben und Gesundheit, wo in den bekannten Verfassungen die Beschränkbarkeit explizit genannt ist, ergibt sich ein kaum aufzulösender Wertungswiderspruch). Wenn man beispielsweise das Klima für heutige und künftige Menschen schützen möchte und dafür den heutigen Autoverkehr einschränkt, schützt man die Freiheit – aber um den Preis von Freiheitsbegrenzungen in der Gegenwart. Dies ist auch nicht etwa ein bloßer faktischer Missstand, sondern schlicht unvermeidbar – die volle Verwirklichung sämtlicher Freiheitssphären behindert sich also nahezu zwingend gegenseitig mehr oder minder stark. Ebenso kollidiert der Wunsch westlicher Unternehmen nach globalisierten, offenen Märkten ohne staatliche Regulierungen und Steuern mit dem Interesse vieler Menschen an bestimmten Arbeits- und Sozialstandards. Von den Gütern her stehen sich dann z. B. die allgemeine Handlungsfreiheit (die die Mobilität einschließt), die Eigentumsfreiheit und die Förderung von Wirtschaftswachstum und Arbeitsplätzen einerseits und das Recht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen Leben, Gesundheit und Existenzminimum gegenüber. Die so umrissene zwangsläufige Abwägungslage gilt nicht etwa nur für seltene Konstellationen oder besonders dramatische Probleme wie den Klimawandel,

52 Zutreffend z. B. als Philosophen Klaus Michael Meyer-Abich, Rechte der Natur zur kulturellen Wahrnehmung unserer natürlichen Mitwelt, *ZfU* 2012, 376 ff.; L.M.A. Francot, Dealing with Complexity, Facing Uncertainty. Morality and Ethics in a Complex Society, *ARSP* 2014, 201 ff.; als Ökonomen Erik Gawel / Wolfgang Bretschneider, Gehalt und Grenzen eines Rechts auf Wasser, *AöR* 2012, 321 ff.; Bernd Hansjürgens / Nele Lienhoop, Was uns die Natur wert ist. Potenziale ökonomischer Bewertung, 2015, 93 ff.; Karin Endres / Alfred Holm-Müller, Die Bewertung von Umweltschäden. Theorie und Praxis sozioökonomischer Verfahren, 1998, 24 ff.; im juristischen Diskurs Michael Fehling, Verwaltung zwischen Unabhängigkeit und Gestaltungsaufgabe, *VerwArch* 2004, 443 (469); Ekardt, (Fn. 5), § 5 A.; Davor Susnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, 2010.

53 Zu den dann drohenden Problemen Ekardt (Fn. 8), Bewertung, Kap. 4.2.

54 Einige primär im juristischen (teilweise aber auch im ethischen) Diskurs diesbezüglich auftretende Fragen wurden bei Ekardt (Fn. 5), § 4 m. w. N. näher erörtert. Z. B. sind das die Fragen danach, wie Freiheiten, Freiheitsvoraussetzungen und freiheitsförderliche Bedingungen zueinander stehen; ob Freiheit vor dem Staat mehr Gewicht verdient als der Freiheitsschutz vor den Mitbürgern; ob sämtliche Belange als Ausfluss des Freiheitsprinzips gedeutet werden können; welches Verständnis von Menschenwürde als Grund der Freiheit dahinter steht; ob Freiheitsschutz auch vor nur möglichen Gefährdungen besteht; was das Junktim von Freiheit und Folgenverantwortung besagt usw. Zu einigen Aspekten z. B. auch Christoph Möllers, *Staat als Argument*, 2000; Gerd Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz*, 1999.

sondern ist buchstäblich permanent in jeder politischen Entscheidung präsent. Indem die Politik die Industriegesellschaft zulässt, Industrieanlagen genehmigt, den Autoverkehr zulässt usw., nimmt sie zwangsläufig statistisch Tote, also Beeinträchtigungen des Rechts auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen, aufgrund der freigesetzten Luftschadstoffe usw. in Kauf. Dies geschieht in Abwägung mit unserer aller Konsumfreiheit und mit der wirtschaftlichen Freiheit der Konsumenten. Man spricht insoweit meist camouflierend von stochastischen Schäden, also statistischen Krankheits- und Todesfällen, die spätestens langfristig und in Kombination mit anderen Schadensursachen im Gefolge der industriegesellschaftlichen Lebensform auftreten. Nicht anders ist es im Falle der Rationierung. Sähe man dies anders, wäre die Industriegesellschaft – und letztlich jedwede Gesellschaft – per se verfassungswidrig. Es ist bei alledem gleichgültig, ob man das Abwägen in der Rechtsetzung meint oder das Abwägen, das darin liegt, dass die Rechtsanwender einen ihnen überlassenen Spielraum im Ausgleich zwischen verschiedenen Belangen ausfüllen.

All das heißt zugleich, dass man auch Kosten-Nutzen-Analysen respektive Betrachtungen zur Wirtschaftlichkeit (und auch den Utilitarismus) gegen den etwa von Rawls erhobenen Vorwurf in Schutz nehmen muss, dass sie keine absoluten Rechte anerkennen.<sup>55</sup> Das tun die genannten Ansätze zwar in der Tat nicht, dies verdient jedoch nach dem Gesagten keine Kritik. Dass Rawls insoweit zu einem anderen Ergebnis kommt, hängt wesentlich mit der Struktur seiner berühmten zwei Gerechtigkeitsgrundsätze zusammen, wie andernorts im Einzelnen erörtert wurde.<sup>56</sup> Diese stellen einen kleinen, nur selten (entgegen Rawls freilich nicht quasi nie) von Abwägungen betroffenen Ausschnitt aus der Freiheit absolut und formulieren für sämtliche anderen gesellschaftlichen Probleme lediglich den zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz vom größtmöglichen Vorteil für die Schwächsten, was offenbar bedeuten soll, dass jenseits dieser (schon wegen der Unklarheiten und empirischen Unwägbarkeiten durchaus vagen) Maßgabe ein uneingeschränkter Gestaltungsspielraum der politischen Instanzen bestehe.<sup>57</sup> Kosten-Nutzen-analytische Ansätze – wie auch utilitaristische Ansätze – können allerdings anderen, durchgreifenden Einwänden begegnen. Jene Einwände hängen aber nicht an der falschen Gleichung „Abwägung = Utilitarismus“, sondern am Ausgehen solcher Ansätze von beliebigen subjektiven Präferenzen der Individuen statt von Rechten auf Freiheit und elementare Freiheitsvoraussetzungen. Jenes Ausgehen beruht auf erkenntnis- und gerechtigkeitstheoretisch wohl nicht haltbaren, weil u. a. in logische Selbstwidersprü-

55 Rawls (Fn. 50), 19; zu wenig zwischen Gerechtigkeitsprinzipien und der anschließenden Abwägung scheiden auch Michael Heine, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, 2008*, 353 ff. und Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 188 ff.; zu weiteren Kritikpunkten an Rawls Ekarth (Fn. 5), § 3 C. und § 4 F.I.

56 In Auseinandersetzung mit Rawls (Fn. 50), 19 und passim dazu Ekarth (Fn. 5), § 3 C. und 4 F.I.

57 Dass wiederum Kant, auf den sich Rawls implizit beruft, das Problem miteinander in Einklang zu bringender Freiheiten explizit anspricht, gleichzeitig aber keine Abwägungsnotwendigkeit wahrnimmt, dürfte daran liegen, dass Kant von der unzutreffenden Vorstellung ausgegangen ist, es sei klar, wo die Freiheit des einen endet und die des anderen beginnt. Dazu wurde etwas näher Stellung bezogen bei Ekarth (Fn. 5), § 3 C.; dort in § 5 sowie bei Ekarth (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.5–3.7 auch zu einem differenzierten Abwägungs-Ansatz.

che mündenden Vorstellungen<sup>58</sup> – was sich etwa dann auswirkt, wenn die besagten Ansätze glauben, Abwägungen, womöglich noch monetär, exakt quantifizieren zu können (dazu im letzten Abschnitt des vorliegenden Beitrags).

Da das Abwägen als solches unvermeidlich ist, wurde schon andernorts ausführlich festgehalten, dass konkrete Entscheidungen zur Rationierung, zum Klimaschutz oder zu jeglichen anderen Fragen nicht an einem Prinzip „schade niemandem“ (neminem laedere) orientiert sein können; denn für die meisten Entscheidungen wäre dies schlicht unmöglich.<sup>59</sup> Werden diese Abwägungen durch zuständige Instanzen, insbesondere durch den demokratischen Gesetzgeber bei der Schaffung von Gesetzen (also von abstrakt-generellen Normen), entschieden, kann natürlich auch „genau eine“ Entscheidung als für die mit der Rechtsanwendung auf einzelne Lebenssachverhalte betrauten Behörden und Gerichte richtige Entscheidung übrig bleiben. Freilich verbleiben selbst für konkrete Rechtsanwendungs-Einzelentscheidungen in aller Regel noch Abwägungsspielräume.<sup>60</sup> Auch wenn z. B. bestimmte Handlungen strafrechtlich verboten sind oder ordnungsrechtlich bestimmte Umweltauflagen für Industrieanlagen bestehen, gibt es Rechtsinterpretationsspielräume hinsichtlich der Rechtsbegriffe, Spielräume bei der Tatsachenerhebung und mögliche Ausnahmen – die alle Ausdruck der kollidierenden und deshalb eben in einem Abwägungsverhältnis stehenden normativen Belange sind. Die in der Philosophie mitunter postulierten intrinsisch „immer“ verbotenen Handlungen<sup>61</sup> erscheinen damit als im Wesentlichen inexistente Größe.<sup>62</sup>

Der Hinweis, dass dies unseren faktischen Moralintuitionen widerspräche<sup>63</sup>, ändert an alledem nach hier vertretener Ansicht nichts – wenn er denn empirisch überhaupt zutrifft –, weil sich eine Ethikkonzeption basierend auf faktischen Moralintuitionen als nicht überzeugend erweist, ebenso wie verwandte kontextualistische Ethiken oder religiös fundierte Ansätze.<sup>64</sup> Jedenfalls macht dies sichtbar, dass eine Abwägungskritik

58 Ausführlich dazu Ekardt (Fn. 8), Bewertung, Kap. 5; Ekardt (Fn. 5), § 3; Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.

59 Erik Gawel, in: Gawel (Hg.), *Effizienz im Umweltrecht. Grundsatzfragen einer wirtschaftlichen Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht*, 2001, 9 ff.; Weyma Lübke, *Neminem laedere? Zur Zukunft der Handlungsfolgenverantwortung*, ARSP 2000, Beiheft 74, 73 ff.; Gerd Winter, in: Gawel (Hg.): *Effizienz im Umweltrecht. Grundsatzfragen einer wirtschaftlichen Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht*, 2001, S. 97 ff.; Ekardt (Fn. 5), § 5 A.

60 Dies sowie generell die Rechtsinterpretation und die Gewaltenteilung werden ausführlicher betrachtet m. w. N. bei Ekardt (Fn. 5), §§ 1 D. III., 5 B.

61 Zu dieser Debatte etwa Betzler/Schroth (Fn. 50), 279 ff.; teilweise auch Weyma Lübke, *Handlungen, Handlungskonsequenzen und das Vollständigkeitsaxiom. Ein handlungstheoretischer Kommentar zum entscheidungstheoretischen Konsequentialismus*, *ZphilF* 2016, 325 ff.; klassisch Rawls (Fn. 50), 19 und passim

62 Auch das Beispiel von Betzler/Schroth (Fn. 50), 281, dass man nicht ein eigenes Kind zugunsten zweier in Afrika vernachlässigen könnte, ist mitnichten eine abwägungsfrei gewonnene Erkenntnis. Denn erstens ergeben sich – siehe Fließtext – bei der Anwendung jener in der Tat anzuerkennenden ethischen und rechtlichen Regel durchaus Spielräume. Und zweitens ist die Schaffung der Regel ihrerseits Ausdruck einer Abwägung zwischen verschiedenen Belangen, in deren Ergebnis es als bestes Ergebnis erschien, eine Sorgspflicht für Minderjährige zu etablieren und diese regelmäßig den Eltern anzuvertrauen.

63 Auch dazu Betzler/Schroth (Fn. 50), 279 ff.; Lübke (Fn. 61), 325 ff.

64 Ausführlich zur Überzeugungskraft diverser ethischer Grundansätze m. w. N. Ekardt (Fn. 5), § 3 B.-G.

letztlich als Plädoyer im Streit um den ganz generell richtigen Ethikansatz gelesen werden kann.<sup>65</sup>

Nicht möglich ist dagegen die Herleitung von Abwägungsverboten, sei es bei der Rationierung oder anderweitig, in der Weise, dass man wie teilweise das BVerfG den Eindruck erweckt, es ginge etwa beim Existenzminimum um eine bloße Konkretisierung des Tatbestands einer Norm, etwa eines grundrechtlichen Schutzbereichs, und nicht um eine Abwägung der tatbestandlich jeweils gegebenen Normen, also etwa in ihren Schutzbereichen betroffenen Grundrechtsgarantien.<sup>66</sup> Die Debatte über die Rationierung im Gesundheitssystem ist in Ansätzen vielleicht auch Schutzbereichs-Konkretisierung, zu einem erheblichen Teil aber erkennbar eine Abwägung mit dem Grundrecht auf Abwesenheit von (hier Sozial-)Abgaben, wie es aus der allgemeinen Handlungsfreiheit folgt. Schutzbereichs-Konkretisierungen kann aus Gründen der liberal-demokratischen Gewaltenteilung der Gesetzgeber zudem immer nur dann vornehmen, wenn es gar nicht anders geht, um den Gehalt eines Grundrechts einigermaßen erfassen zu können – grundsätzlich sind die Freiheit und der in ihr implizierte elementare Freiheitsvoraussetzungsschutz aber auch in sich schon weitgehend fassbar (sähe man ihre inhaltliche Bestimmung demgegenüber weitgehend beim Gesetzgeber, würde man zudem die Frage nach „wahrer“ und „fälscher“ Freiheit zu einem möglichen Gegenstand der politischen Debatte machen, was die liberale Scheidung von Gerechtigkeit und gutem Leben untergraben würde). Vagheit darf an dieser Stelle auch nicht mit völliger Unbestimmtheit verwechselt werden, wie das bereits aus der griechischen Antike geläufige Haufen-Paradox sinnbildlich auf den Punkt bringt (man kann zwar nicht sagen, bei welchem Sandkorn die Grenze zwischen Haufen und Häufchen liegt, aber dennoch ist dies eine sinnvolle Unterscheidung).

## 2. Abwägungsverbote und Missverständnisse über Menschenwürde, Deontologie und Konsequentialismus

Auch wenn Abwägungen unvermeidlich sind, muss hier freilich, zumal bei einem so zentralen Grundrecht wie dem auf das Existenzminimum, gefragt werden, ob es nicht dennoch einmal Argumente für konkrete Abwägungsverbote gibt. Dass dies nicht einfach zu begründen ist, wurde wegen der grundsätzlichen Abwägungslage zwischen den

65 Umgekehrt gesprochen erledigt das Aufzeigen der ständigen Abwägungsnotwendigkeit eine Reihe von Argumenten und Zugängen in vielen Strängen der Philosophie. Es zeigt sich daran z. B., dass es mit einfachen „abwägungsfreien“ Geboten wie dem, nicht zu lügen, eher nicht weit her ist: Auch dahinter verbirgt sich eine Abwägung (gleiches gilt für das Tötungsverbot). Ferner ergibt eine zentrale Analyse sogenannter deontischer Begriffe wie geboten, verboten, erlaubt dann weniger Sinn als zuvor, weil der in diesen Begriffen vermeintlich sichtbare Unterschied „Spielraum“/„kein Spielraum“ nicht in dieser Radikalität besteht (auch wenn es in der Tat, wie auch die Abwägungslehre zeigt, unterschiedlich große Spielräume ansatzweise gibt). Auch der Individualethik-Fokus wird damit zweifelhaft; dazu sogleich im Fließtext und Ekardt (Fn. 5), § 3 A.; Ekardt (Fn. 8), Bewertung, Kap. 2.2.7. Exemplarisch sind all diese Punkte sichtbar bei von Franz von Kutschera, *Grundlagen der Ethik*, 1982.

66 Näher diskutiert m. w. N. bei Ekardt (Fn. 5), § 4 C.; Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985.

verschiedenen Freiheiten und den in ihnen implizierten elementaren Freiheitsvoraussetzungen bereits deutlich – ebenso wie wegen drohender Wertungswidersprüche zum Schutz von Leben und Gesundheit, deren Abwägbarkeit meist nicht bezweifelt wird.

Weitgehende Ausnahmen vom Abwägen werden im altehrwürdigen philosophischen Streit zwischen deontologischen und konsequentialistischen Positionen gefordert.<sup>67</sup> Gemeint ist damit die Vorstellung, es könnte normative Theorien geben, die von absoluten Normen ausgingen – die bestimmte Dinge als per se richtig oder per se falsch bewerten –, und normative Theorien, die stattdessen anhand der Folgen von Entscheidungen urteilen. Freilich erscheint eine solche Scheidung trotz aller Tradition nicht wirklich weiterführend, weil beide Positionen als klare Positionen so nicht überzeugen können. Dass die mit Deontologie häufig verbundene Vorstellung abwägungsfreier Belange nicht zu überzeugen vermag, wurde bereits deutlich. Umgekehrt kann es einen echten Konsequentialismus ohne normative Prinzipien nicht geben, weil Konsequenzen immer nur anhand normativer Kriterien beurteilbar sind.<sup>68</sup> In der Kosten-Nutzen-Analyse bilden die Präferenzen das Kriterium, und die Konsequenzen sind der Grad der realen Erfüllung jener Präferenzen; in der liberal-demokratischen Verfassungstheorie sind es demgegenüber die Freiheitsrechte, die Rechte auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen und sodann weitere Belange (nach hier vertretener Auffassung: freiheitsförderliche Belange<sup>69</sup>).

Wesentliche Streitpunkte der klassischen Deontologie-Konsequentialismus-Kontroverse zielen zudem eher auf eine Individualethik, beispielsweise die befürchtete überbordende Verantwortlichkeit und genaue Aufteilung von Verantwortungsanteilen bei einer konsequentialistischen Ethik. Die dahinterstehende Erwartung der Möglichkeit einer ausbuchstabierten Individualethik beruht indes, wie andernorts dargestellt wurde, auf der so nicht haltbaren Annahme nicht sehr großer Abwägungsspielräume in konkreten Entscheidungen und demgemäß eindeutig für Einzelfälle angegebbarer ethischer Empfehlungen und auf der unzutreffenden Erwartung auf den Einzelnen herunterkonkretisierbarer exakter Handlungsbeiträge zu gesellschaftlichen Problemlösungen.<sup>70</sup> Zudem wird oft ausgeblendet, dass jede überzeugende ethische Theorie – einerlei wie sie in der Deontologie-Konsequentialismus-Debatte optiert – Aussagen darüber begründen muss, welcher Akteur für die Bewirkung bestimmter Anliegen zuständig ist.<sup>71</sup> Denn

67 Zuletzt dazu Lübbe (Fn. 61), 325 ff. (insbesondere auch zu der Frage, ob Handlungen und Konsequenzen überhaupt geschieden werden können und wo die Grenze verlaufen könnte); Betzler/Schroth (Fn. 50), 279 ff.; Douglas Portmore, *Commonsense Consequentialism. Wherein Morality Meets Rationality*, 2011; Kirsten Meyer, Was spricht gegen interpersonelle Aggregation?, *ZphilF* 2014, 7 ff.; klassisch von Kutschera (Fn. 65), 181 ff., 63 ff. und passim.

68 Ekardt (Fn. 5), § 3 A.; in diese Richtung wohl auch Georg Meggle, *Philosophische Interventionen*, 2011, 23 ff. und Portmore (Fn. 67), passim.

69 Näher zu den in der liberalen Demokratie durch die öffentliche Gewalt normierbaren Belangen m. w. N. Ekardt, (Fn. 5), § 4 F.; Ekardt (Fn. 8), *Sustainability*, Ch. 3-4.

70 Zu jenen Problemen Ekardt (Fn. 5), §§ 5 A., 5 C. I. (zum erstgenannten Aspekt) und § 5 B. (zum letzteren Aspekt).

71 Dazu Ekardt (Fn. 5), § 5 C. II. 3.; Betzler/Schroth (Fn. 50), 279 ff.; dass nicht alle für alles verantwortlich sind (und deshalb das Haftungs- und Strafrecht für die Lösung gesellschaftlicher Probleme oft weniger

eine klare Begrenzung von Pflichten sowie eine rechtsstaatliche Zuständigkeitsordnung sind für eine liberal-demokratische Ordnung elementar (und dass letztere Ordnung eher nicht in Frage gestellt werden sollte, rechtlich wie auch ethisch, klang bereits an). Man könnte auch sagen: Dies zu übersehen, hat schlechte „Konsequenzen“, wobei selbige ohne normative Kriterien wie die (nicht abwägungsfreien) Freiheitsrechte freilich gar nicht bemerkt werden könnten. Auch daran kann man also keine Unterscheidung deontologischer und konsequentialistischer Positionen aufbauen.<sup>72</sup>

Aber gibt es nicht dennoch – in puncto Rationierung wie auch ansonsten – substanzielle Abwägungsverbote im Hinblick auf das unschuldige Leben und eine Betroffenheit der Menschenwürde, wie von diversen Stimmen und in Deutschland speziell auch vom BVerfG immer wieder zu hören ist?<sup>73</sup> Dazu wurde andernorts wiederholt ausführlich Stellung bezogen, rechtsphilosophisch wie auch verfassungsinterpretativ für EU-Recht, Völkerrecht und deutsches Recht, auch in dieser Zeitschrift, weshalb hier lediglich kurz die diesbezüglichen Erkenntnisse wiederholt werden<sup>74</sup>:

- Die Menschenwürde ist der Grund der Menschenrechte auf Freiheit und elementare Freiheitsvoraussetzungen, nicht aber selbst eine einklagbare Norm (etwa im Grundgesetz und in der EU-Grundrechtecharta ist dies in Normen wie Art. 1 Abs. 2–3 GG, 1 EuGRCh auch unmittelbar erkennbar). Sie hat auch nicht den Status einer konkreten Einzelfälle entscheidenden Norm, sondern ist vielmehr der Grundgedanke liberal-demokratischer Rechtsordnungen. Damit bewegt sie sich auch jenseits konkreter Abwägungen – sie ist vielmehr die Grundlage der verschiedenen abzuwägenden Freiheits- und Freiheitsvoraussetzungsrechte. Nur so ist ihre gesetzlich oftmals niedergelegte „Unantastbarkeit“ auch vereinbar mit der oben gewonnenen Einsicht in die Unausweichlichkeit von Abwägungen. Der Begriff Menschenwürde (sichtbar

geeignet ist), ist auch ein Grundzug bei Weyma Lübke, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1998.

72 Auch dazu die eben genannten Fundstellen. Der Versuch der Scheidung findet sich z. B. bei Betzler/Schroth, (Fn. 50), 281 f. Zu Missverständnissen führen kann, dass es dort kurz gesagt heißt, dass Deontologie eine Theorie des Rechts und Konsequentialisten eine Theorie des Guten formulieren, wobei ersteres offenbar abwägungsfrei und letzteres abwägungsoffen ist. Hier wird die Scheidung Gerechtigkeit versus gutes Leben für einen völlig anderen Sachverhalt terminologisch verwendet (indem die alte Kantsche Scheidung statt am Freiheitsbezug an der Frage der Abwägbarkeit festgemacht wird). Gerechtigkeit meint vorliegend klassisch kantianisch einfach den Bereich, in dem Belange verschiedener Menschen miteinander kollidieren, und zwar durch äußere Handlungen von Personen. Fragen des guten Lebens sind dagegen solche, die nur jemanden allein betreffen, einschließlich Fragen nach seinen inneren Einstellungen. Vgl. Ekardt (Fn. 5), § 4 F.

73 BVerfGE 115, 118 ff.; 125, 175 ff.; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019–1 BvL 7/16; Deutscher Ethikrat (Fn. 1), 2 ff.; Jörg Menzel / Tobias Pierlings / Jeannine Hoffmann, *Völkerrechtsprechung*, 2004, 511; Felix Hong, in: Beestmüller/Brunkhorst (Hg.), *Rückkehr der Folter*, 2006, 24 und 34

74 Vgl. Manfred Baldus, *Kämpfe um die Menschenwürde*, 2016; Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997; Ekardt (Fn. 5), § 4; Ekardt/Kornack (Fn. 5), 111 ff.; Christian Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001; Susnjar (Fn. 52), passim; Felix Ekardt, Toward A New Approach to Discourse Theory of Law and Justice, *ARSP* 2012, 377 ff.; Felix Ekardt, Climate Change, Justice, and Sustainability: The Right to Freedom, Protection Rights, and Balancing, *ARSP* 2014, 187 ff.; Felix Ekardt / Anna Hyla, Human Rights, the Right to Food, Legal Philosophy, and General Principles of International Law, *ARSP* 2017, 221 ff.; übergangen z. B. von Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, 2011, 151 und passim; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, *JZ* 2003, 809 ff.; Deutscher Ethikrat (Fn. 1), S. 2 ff.

etwa in Art. 1 Abs. 2 GG) ist bei alledem weniger der Wert des Menschen als Menschen – der in den bekannten Verfassungstexten so keinen Anhaltspunkt findet –, sondern vielmehr – deshalb ist die Würde ja deren Basis gemäß Art. 1 Abs. 2 GG – der gemeinsame Grundgedanke der Menschenrechte: der gebotene Respekt vor der Autonomie des Individuums. In diesem Begriffsverständnis lässt sich die Würde als Grundnorm gerechter Gesellschaftsordnungen auch philosophisch universal rechtfertigen.

- Auch jenseits der Menschenwürdegarantie finden sich weder rechtsphilosophisch noch verfassungsinterpretativ (hier konkret im EU-Recht oder im deutschen Recht) Anhaltspunkte für die etwa beim BVerfG durchscheinende Vorstellung, „unschuldiges“ Leben verdiene absoluten Schutz. Das gilt unabhängig davon, ob man dies wie im BVerfG-Luftsicherheitsgesetz-Urteil explizit bemüht<sup>75</sup> oder wie im BVerfG-Nikolaus-Beschluss über die eigenartige Referenz auf die Krankenversicherungs-Zwangsmitgliedschaft einfordert.<sup>76</sup> Die Einsicht in die Unausweichlichkeit von Abwägungen zeigt vielmehr, dass es einen solchen absoluten Schutz nicht geben kann. Andernfalls müssten auch die „unschuldigen“ Opfer von Feinstaub oder Klimawandel vollzählig und ohne jede Abwägung – koste es, was es wolle – vermieden werden. Im vorliegenden Kontext der Rationierung sei nur beiläufig erwähnt, dass all dies nicht nur in Schutz- oder Leistungskonstellationen, sondern auch in Abwehrkonstellationen der Grundrechte gilt, weil die Ungleichbehandlung von Abwehr und Schutz weder rechtsphilosophisch noch in Interpretation der EU- wie auch der deutschen Rechtstexte zu überzeugen vermag.<sup>77</sup> Auch die Differenzierung sichere/unsichere Menschenrechtsbeeinträchtigungen ändert daran nichts (dazu näher im letzten Abschnitt).
- Abwägungen finden ihre Grenzen vielmehr in den Abwägungsregeln, die sich ihrerseits aus den Freiheitsgarantien ableiten lassen (der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein etwas unvollständig ausformulierter Versuch, diese zu benennen).<sup>78</sup> Die Abwägungsregeln markieren damit philosophisch wie auch verfassungsrechtlich das, was an normativer Rationalität möglich ist; innerhalb der Abwägungsregeln können immerhin noch Verfahrensregeln, etwa über zuständige Institutionen und die Gewaltenteilung, abgeleitet werden. Eine naheliegende Abwägungsregel lautet dabei, dass kein Abwägungsergebnis gefunden werden darf, welches die freiheitlich-demokratische Ordnung selbst zum Einsturz zu bringen droht. Auf diese Weise kann man dann (wohl) ein absolutes Folterverbot stützen – und eine Grenze beim Hinnehmen des Klimawandels, ohne jedoch einen Ausschluss von Abwägungen an sich zu postulieren.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 115, 118 ff.

<sup>76</sup> Vgl. BVerfGE 115, 25 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Ekardt (Fn. 5), §§ 4, 5; Calliess (Fn. 74), 344 ff. und 373 ff.; Susnjar (Fn. 52), passim; Murswiek (Fn. 66), passim; Thorsten Koch, *Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen*, 2000; Ekardt/Hyla (Fn. 74), 221 ff.

<sup>78</sup> Näher zum Ganzen Susnjar (Fn. 52), 297 ff.; Ekardt (Fn. 5), § 5; Calliess (Fn. 74), 344 ff. und 373 ff.; Koch (Fn. 77), passim.

Es bleibt also bei dem Befund, dass das Abwägen im Zuge der Rationierung (nicht zuletzt durch die Einbeziehung von Aspekten der Wirtschaftlichkeit) nicht nur ein Faktum ist, sondern grundsätzlich rechtlich und rechtsphilosophisch auch nicht zu beanstanden ist.

## V. Folgefragen beim Abwägen: Quantifizierung, Kosten-Nutzen-Analyse, Gleichheit?

Probleme bei der in der Rationierung implizierten Abwägung im Gesundheitssektor<sup>79</sup> bereitet es jedoch, dass diese (wie in Kap. II. 3.b. gesehen) als stark von einer Kosten-Nutzen-Analyse überformt erscheint. Unproblematisch wäre dies wie gezeigt, wenn man darunter bloße Kosteneffizienz versteht – oder den Hinweis auf die Wirtschaftlichkeit generell als Hinweis auf das nötige Abwägen begreift. In eine Kollision mit liberaldemokratischen Verfassungsprinzipien könnte es dagegen führen, wenn man wirklich eine Kosten-Nutzen-Analyse (KNA) durchzuführen versucht<sup>80</sup>, sei es bei der Ermittlung der medizinisch notwendigen Behandlung, sei es bei der Arzneimittelzulassung oder an noch anderen Stellen, wie jetzt zu prüfen ist.

In einer solchen KNA müssten bei der abstrakt-generellen Regelfindung (etwa über Arzneimittel) oder im Einzelfall als behandelnder Arzt alle Vor- und Nachteile verschiedener Entscheidungen in einen Geldwert übersetzt und sodann saldiert werden. GesundheitsökonomInnen würden dabei ferner den Gewinn an qualitätsbereinigten Lebensjahren (quality-adjusted life years/QALY) zu ermitteln versuchen. Die Folgen dessen gingen über das Eingestehen unvermeidlicher Abwägungen im Gesundheitswesen weit hinaus. Anstelle eines politischen Entscheidungsspielraums in den Grenzen von Abwägungsregeln ließe sich stattdessen abstrakt-generell wie auch in Einzelfällen jeweils genau eine Entscheidungsoption als „effizient“ bzw. „optimal“ ermitteln. Zudem wären in einer KNA zahlungskräftige Patienten klar im Vorteil. Betrachtet man allein QALY, wären vor allem junge Patienten im Vorteil. Ein solches Vorgehen wäre, soweit es um QALY geht, dann in der Tat utilitaristisch – und sofern es um die Einbindung von QALY in eine übergreifende Saldierung sämtlicher monetarisierten Vor- und Nachteile von Entscheidungen mittels der KNA geht, wäre es zumindest empiristisch: Es würde dann ein Ausrechnen optimaler Entscheidungen entlang subjektiver Präferenzen aller Beteiligten unternommen. Dem Anspruch nach ist der Ansatz sowohl geeignet, generell das Gesundheitssystem auszurichten, als auch Empfehlungen etwa im Umgang

79 Eine ausführliche Kritik der Ökonomisierung des Gesundheitssektors unabhängig von der Kosten-Nutzen-Analyse liefern Mathias Binswanger, *Sinnlose Wettbewerbe*, 2010 und Lege (Fn. 2), 112 ff.

80 Exemplarisch dafür Friedrich Breyer / Hartmut Kliemt, Ist die „Rule of Rescue“ noch zu retten?: Eine Antwort auf Weyma Lübbers „Rule of Rescue vs. Rettung statistischer Leben“, *Das Gesundheitswesen* 2017, 560 ff.; Friedrich Breyer, Commentary to: Medical ethics: Enhanced or undermined by modes of payment, *European Journal of Health Economics* 2017, 131 f.; Marlies Ahlert / Friedrich Breyer / Lars Schwettmann, How you ask is what you get: Framing effects in Willingness-to-pay for a QALY, *Social Science & Medicine* 2016, 40 ff.

mit kollidierenden Interessen (bis hin zu knappen Krankenhaus-Ressourcen) etwa in der Corona-Pandemie zu formulieren – und für den Umgang mit der Klimakrise oder anderen Umweltproblemen natürlich auch. Gegen all dies gibt es jedoch gravierende Einwände<sup>81</sup>:

- Zunächst ist zu konstatieren: Die allgemeine KNA und der QALY-Ansatz sind zwar jeweils empiristisch insofern, als sie optimale Zustände anhand subjektiver Präferenzen ermitteln wollen – einmal übersetzt in Geld, einmal festgemacht am Glück eines möglichst langen und „qualitätsvollen“ Lebens. Die Ansätze lassen sich jedoch nur kombinieren, wenn die QALY zunächst in Geldwerte übersetzt werden.
- Wie andernorts dargestellt<sup>82</sup>, steht die KNA (mit oder ohne integrierte QALY) als Ansatz zur Ermittlung optimaler (will sagen: richtiger) Zustände vor mehreren schwerwiegenden Problemen. Zunächst steht sie vor unlösbaren Anwendungsproblemen. Diese hängen u. a. damit zusammen, dass viele Kosten und Nutzen nicht in Marktpreisen vorliegen – etwa der Wert eines längeren Lebens – und die Methoden der Übersetzung in Geldwerte ein stark willkürliches und fiktives Element beinhalten. Hinzu tritt, neben weiteren Einwänden, dass das Eintreten bestimmter künftiger Verläufe hochkomplex und unsicher ist, und ohne konkrete Wahrscheinlichkeiten kann nicht „gerechnet“ werden, wie dies dem Anspruch der KNA entspricht. Ferner erscheint gerechtigkeits-theoretisch der nonkognitivistische Ansatz der KNA und insgesamt der empiristischen Ethiken, also auch des Utilitarismus, unhaltbar, weil er sich in logische Probleme verstrickt, u. a. in performative Selbstwidersprüche, weil er die objektive Entscheidbarkeit normativer Fragen bestreitet und ebenjene Entscheidbarkeit zugleich seinerseits voraussetzt – sonst könnte der Ansatz keinerlei Objektivität für seine Empfehlungen behaupten (umgekehrt kann die liberal-demokratische Verfassungstheorie aus den logischen Voraussetzungen unseres Streitens über die gerechte Grundordnung ohne derartige Fehler rekonstruiert werden<sup>83</sup>). Darüber hinaus ist die KNA mit Grundelementen liberal-demokratischer Verfassungen unvereinbar. Die diesbezüglichen Probleme liegen zwar wie gesehen nicht bei der Abwägungs-Begeisterung der KNA und auch nicht darin, dass in ihr für das – falsche – BVerfG-Menschenwürdekonzept wenig Raum wäre. Entscheidend sind vielmehr u. a. zwei andere Einwände: Die KNA ist in ihrem Grundansatz plebiszitär und kollidiert insoweit mit dem aus guten Gründen repräsentativ-demokratischen und gewaltenteiligen Konzept liberaler Demokratien. Ferner kollidiert das Konzept subjektiver Präferenzen beliebigen Inhalts trotz einer oberflächlichen Ähnlichkeit mit dem grundrechtlichen Schutzbereich der Freiheit just mit den Grundrechten – denn diese unterliegen zwar wie gesehen Abwägungen, aber das Gewicht in der Abwägung hängt natürlich nicht von wie in der KNA von der Zahlungsfähigkeit des

81 Kritisch dazu Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976; Kingreen (Fn. 2), 168 ff.; Susnjar (Fn. 52), 201 ff.; Ekardt (Fn. 8), *Bewertung*, Kap. 3–5.

82 Siehe ebd.

83 Vgl. dazu näher Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 127 ff.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992; Ekardt (Fn. 5), § 3; Ekardt (Fn. 8), *Sustainability*, Ch. 3; Karl-Otto Apel, *Transformation der Philosophie*, Bd. 1–2, 1976.

Grundrechtsträgers ab. Ein höheres Einkommen kann grundrechtlich entgegen der KNA daher nicht im Gesundheitssektor – oder bei der Auswahl der zu rettenden Corona-Patienten – als Vorteil verbucht werden. Ebenso kann gerade nicht – wie es KNA und QALY-Ansatz nahelegen – in beiden Bereichen eine grundrechtliche Verpflichtung hergeleitet werden, jungen Menschen per se Vorrang vor älteren Menschen zu geben, denn beide sind gleichermaßen Träger des Grundrechts auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen Leben, Gesundheit und Existenzminimum.

- Folgt man der oben skizzierten Abwägungstheorie, gibt es keine klare Verpflichtung auf eine bestimmte Alternative bei der Konzeption einer Gesundheitsversorgung – und auch nicht im Umgang etwa mit knappen Krankenhaus-Kapazitäten in der Corona-Krise. Entsprechende Entscheidungen liegen vielmehr bei der demokratischen Mehrheit.<sup>84</sup> Das schließt die Aussage nicht aus, dass es grundsätzlich günstig ist, möglichst viele Menschen zu retten. In der konkreten Abwägung der Belange der verschiedenen Beteiligten sowie der anderen Belange jenseits des Lebens sind jedoch ganz unterschiedliche Standpunkte denkbar. Das heißt dann freilich auch, dass nicht nur die KNA oder der QALY-Ansatz, sondern auch andere ethische Ansätze den Spielraum bei Rationierungs- oder auch bei Corona-Entscheidungen nicht verengen können, auch wenn darüber seit längerem intensiv debattiert wird.<sup>85</sup> Wenn Philosophen etwa diskutieren, ob ein Medikament, das einen besonders Bedürftigen oder fünf weniger Bedürftige vor dem Tod retten könnte (oder im Falle der Corona-Krise ein Beatmungsgerät), dem einen oder den fünf zukommen soll oder ob z. B. gelöst werden sollte, wäre die vorliegende Antwort daher, dass insoweit die demokratische Mehrheit einen Entscheidungsspielraum hat. Diesen darf sie auch teilweise an konkrete Entscheider wie Gesundheitsämter oder behandelnde Ärzte weiterreichen.

Damit ist die grundsätzlich nicht zu beanstandende Rationierung im Gesundheitssystem nicht über eine KNA auflösbar (und über den QALY-Ansatz auch nicht). Wenn bei der medizinisch notwendigen Behandlung oder bei der Arzneimittel-Zulassung auf die Prüfung der „Wirtschaftlichkeit“ abgehoben wird, dann kann dies folgerichtig nur als Hinweis auf die Abwägungslage gelesen werden. Die Gesundheitsökonomik, auf die etwa der deutsche Gesetzgeber sogar explizit verweist, kann für diese Abwägung nur als Fakten-Lieferant dienen – sie kann beispielsweise monetär klar fassbare (und nicht über fiktive Übersetzungen nicht geldwerter Entitäten wie Lebensjahre in Geld gewonnene) Effekte unterschiedlicher Optionen ermitteln und damit der Abwägung

84 Offen letztlich auch Meyer (Fn. 67), 7 ff.

85 Vgl. dazu John Taurek, *Should the numbers count?*, *Philosophy & Public Affairs* 1977, 293 ff.; Derek Parfit, *Innumerate Ethics*, *Philosophy & Public Affairs* 1978, 285 ff.; Eric Rakowski, *Equal Justice*, 1991, Kap. 12; Kirsten Meyer, *How to be Consistent without Saving the Greater Number*, *Philosophy & Public Affairs* 2006, 136 ff.; Weyma Lübke, *Nonaggregationismus: Grundlagen der Allokationsethik*, 2015; Michael Otsuka, *Skepticism about saving the greater number*, *Philosophy & Public Affairs* 2004, 413 ff.; Darrel Moellendorf, *The moral challenge of dangerous climate change. Values, poverty, and policy*, 2014; Nick Hanley / Edward Barbier, *Pricing Nature. Cost-Benefit Analysis and Environmental Policy*, 2009, 322.

bei der Ermittlung der Faktengrundlage helfen. Eine diesbezügliche seriöse Ermittlung ist liberal-demokratisch sogar geboten, drohen politische Entscheidungen doch sonst weitgehend beliebig zu werden.

Zu wenig beachtet werden bislang auch weitere aus den Grundprinzipien der liberalen und gewaltenteiligen Demokratie ableitbare, in liberal-demokratischen Verfassungen oft explizit genannte, weitere prozedurale Anforderungen, sei es im Gesundheitssektor, bei der Corona-Krise oder auch bei Umweltfragen<sup>86</sup>: Wesentlich ist etwa der Parlamentsvorbehalt: Wenn schon verschiedene Entscheidungen möglich sind, dann muss schon im Interesse der Freiheit ein gut kontrollierbarer – nämlich abwählbarer – Entscheider die wesentlichen Dinge regeln, also ein Parlament. Deshalb darf sowohl über Arzneimittel als auch über von der GKV übernommene Therapien – und auch darüber, wie mit knappen Corona-Behandlungskapazitäten und mit den wirtschaftlichen Folgen eines Corona-Lockdown umgegangen werden soll – nicht wie bislang allein die Ministerialverwaltung oder ein sozialversicherungsrechtlicher, korporatistischer Ausschuss entscheiden. Vielmehr müssen hier in Parlagengesetzen die wesentlichen Leitlinien festgelegt werden und auch bei der weiteren Konkretisierung dieser Leitlinien klare Verfahrensregeln eingehalten werden. Eng verbunden mit dem Parlamentsvorbehalt ist eine weitere prozedurale Anforderung – der Bestimmtheitsgrundsatz, dessen Einhaltung etwa durch diverse Corona-Landesverordnungen große Zweifel aufwirft.

Es sei noch einmal daran erinnert, dass neben diesen prozeduralen Anforderungen auch ohne Abwägungsverbote die Abwägungsregeln äußere Grenzen des Entscheidens setzen, die sich auch durchaus etwas genauer benennen lassen, als es der speziell mit der vierten Stufe, der „Angemessenheit“, sehr allgemein formulierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leistet.<sup>87</sup> Eine als Folge aus den Freiheits- und Freiheitsvoraussetzungsgarantien naheliegende Abwägungsregel wurde schon erwähnt: das Verbot von Entscheidungen, die die liberal-demokratische Ordnung ihrerseits zum Einsturz zu bringen drohen. Diese Regel gibt etwa beim Klimaschutz durchaus eine klare Richtung vor, nämlich im Sinne eines Verfassungsgebots zu einem strengen Klimaschutz.<sup>88</sup> In der Corona-Krise wirkt die Regel in mehrere Richtungen, weil sowohl sehr viele Corona-Tote als auch ein umfassender wirtschaftlicher Zusammenbruch die liberale Ordnung gefährden können – insofern ist der demokratische Gestaltungsspielraum hier größer. Materielle Gleichverteilungsansprüche werden bei alledem die Ausnahme bleiben – insofern kommen die philosophischen Debatten über „equality of what“ und „why equality“ zu einem ähnlichen Schluss wie die deutsche Sozialstaatsdebatte.<sup>89</sup> Ob das Gesundheits-

86 Näher dazu Kingreen (Fn. 2), 175 ff.; Ekardt (Fn. 5), § 5; Susnjar (Fn. 52), passim; Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.5 und 3.7.

87 Vgl. noch einmal Susnjar (Fn. 52); Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.6; Calliess (Fn. 74), 344 ff. und 373 ff.; Koch (Fn. 77), passim.

88 Im Detail dazu Ekardt/Wieding/Zorn, Paris Agreement, Precautionary Principle and Human Rights: Zero Emissions in Two Decades?, *Sustainability* 2018, 2812 ff.; Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 3.8.

89 Umfassend dazu zuletzt Steffen Augsburg, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, *VVDStRL* 2019, 7 ff.; Michael Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008; Kingreen (Fn. 2), 152 ff.; Ulrike Davy, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, *VVDStRL* 2009, 122 (144 ff.); zur Diskussion um alternative Gesundheitssystemmodel-

system mehr solidarisch oder stärker auf Eigenverantwortung hin ausgerichtet wird oder ob, wie im aktuellen System, beide Gedanken nur mäßig verwirklicht sind<sup>90</sup>, kann und muss daher politisch kontrovers diskutiert werden.

## **VI. Ist Gesundheitsbehandlung oder selbst Linderung wichtiger als (z. B. Corona-)Prävention? Und als der Schutz vor Feinstaub und Klimawandel?**

Abschließend soll noch auf einen zentralen Gesichtspunkt eingegangen werden. Einige Menschen mögen nämlich die subjektive Intuition haben, dass in der Umweltpolitik – trotz der vielen Toten, wenn man sie unzureichend gestaltet – die Politik große Spielräume haben möge, dagegen auf eine Krankenbehandlung ein irgendwie absoluter Anspruch besteht. Dass das BVerfG Tendenzen in diese Richtung zeigt, und zwar selbst dann, wenn eine Krankheit nicht heilbar ist und es allenfalls noch um Linderung geht, kam bereits zur Sprache.<sup>91</sup> Dass Menschen oft diese subjektive Präferenz haben<sup>92</sup>, selbst wenn objektiv nicht mehr viel zu retten ist, kann man verhaltenswissenschaftlich leicht erklären, ist doch – stammesgeschichtlich betrachtet – tief in unsere Emotionen ein „Bias“ für das Offenkundige und für das Hier und Jetzt eingelassen.<sup>93</sup> Wie schon bei der KNA sind die subjektiven Präferenzen – auch wenn man sie in faktische Moralintuitionen umtauft – jedoch kein tauglicher Orientierungspunkt, um den (s. o.) hergeleiteten liberal-demokratischen Verfassungsrahmen zu überwinden (und dass letzterer in logischen Voraussetzungen unseres Sprechens und nicht in unseren subjektiven Präferenzen wurzelt, kam oben bereits kurz zur Sprache<sup>94</sup>). Alles andere wäre auch ein Sein-Sollen-Fehlschluss, der faktische Verhaltensantriebe mit normativen guten Gründen verwechseln würde. Uns mag subjektiv ein einzelnes direkt vor uns liegendes Verkehrsunfallopfer bedeutsamer vorkommen als (nach Schätzungen der EU-Kommission) jährlich EU-weit rund 400.000 Tote aufgrund von Luftschadstoffen. Normativ einholen lässt sich diese subjektive Intuition jedoch nicht. Deshalb wäre es auch, so sehr dies unsere subjektive Intuition sein mag, wenig konsistent, wenn man z. B. absolute Ansprüche für Unfallverletzte herleitet, gleichzeitig aber die Abschaffung von – unmittelbar lebensret-

le Jens Prütting / Wiebke Winter, Missverständnisse und Irrwege um die „Zwei-Klassen-Medizin“, *ZRP* 2019, 167 ff.; Lege (Fn. 2), 112 ff.; Maximilian Gaßner / Jens Strömer, Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden?, *NZS* 2013, 561; Felix Ekardt, Grenzenlose Gleichheit, *Soziopolis* 2020, <https://www.sozio-polis.de/lesen/buecher/artikel/grenzenlose-gleichheit/>.

90 Ausführlich und kritisch dazu m. w. N. Lege (Fn. 2), 112 ff.; siehe auch Kingreen (Fn. 2), 175 ff.

91 Vgl. BVerfGE 115, 25 ff.

92 Näher zur Debatte Weyma Lübke, Corona-Triage, Verfassungsblog vom 15.03.2020; Lübke (Fn. 85), passim

93 Ausführlich zur Verhaltensforschung m. w. N. Susanne Stoll-Kleemann / Tim O’Riordan, The Sustainability Challenges of Our Meat and Dairy Diets, *Environment* 3/2014, 34 ff.; Ekardt (Fn. 5), § 2; Ekardt (Fn. 8), Sustainability, Ch. 2; Edward Wilson, *The Social Conquest of Earth*, 2012; Michael Tomasello, *A Natural History of Human Thinking*, 2017.

94 Näher dazu nochmals Alexy (Fn. 83), 127 ff.; Habermas (Fn. 83), passim; Ekardt (Fn. 5), § 3; Ekardt (Fn. 8) Bewertung, Kap. 5; Apel (Fn. 83), passim.

tenden – Schlaganfall-Einheiten (stroke units) in Krankenhäusern als beliebige politische Ermessensentscheidung sähe.

Zwei vermeintliche Gründe, all dies doch unterschiedlich zu behandeln, müssen abschließend noch zurückgewiesen werden. So überzeugt es nicht, grundrechtlich eine Scheidung „Schutz versus Vorsorge“ zu konstruieren und damit das nicht direkt hier und heute, sondern langfristig, kumulativ oder überhaupt nur ungewisser Weise Eintretende für grundrechtlich irrelevant oder weniger relevant zu erklären (etwa den künftigen Schlaganfallpatienten oder die Opfer von Feinstaub oder Klimawandel). Denn die Scheidung von „Schutz“ und „Vorsorge“ ist – weil am Ende der Entwicklung in allen genannten Fällen gleichermaßen Tote stehen – so gar nicht klar durchführbar. Und sie ist erneut ein Versuch, die oben als erklärbar, aber nicht begründbar ausgewiesene Scheidung, obwohl sie kein philosophisches oder verfassungsinterpretatives Argument für sich hat, zu reanimieren. Wenn die Grundrechte gelten, müssen sie dort wirken, wo ihnen die Gefahr droht – und dies schließt es aus, den Grundrechtsschutz von Klimawandel-, Feinstaub- oder Schlaganfallopfern sozusagen erst an dem Tag greifen zu lassen, an dem die Gefahr offenkundig wird, dann aber irreversibel ist; dies gilt umso mehr, als statistisch das Auftreten der Opfer heute oftmals schon gewiss ist.<sup>95</sup>

Ebenfalls nicht überzeugend wäre die Ad-hoc-Behauptung, Grundrechte würden eben allein (oder vorrangig) in Konstellationen gelten, in denen ein Einzelner irgendwie herausgehoben der öffentlichen Gewalt gegenübersteht, und dies sei bei der Abschaffung von Schlaganfall-Einheiten sowie bei Feinstaub und Klimawandel eben nicht gegeben, weil dort mehr oder minder alle Menschen betroffen seien oder sein könnten. Eine solche Differenzierung lässt sich jedoch keinem geschriebenen Grundrechtskatalog entnehmen. Die Rechte auf Freiheit und die elementaren Freiheitsvoraussetzungen gelten vielmehr für jeden. Dass dies traditionell – ohne Begründung – oft anders gehandhabt wird, ist wiederum verhaltens- oder genauer geschichtswissenschaftlich erklärbar: Als in westlichen Staaten die Grundrechte aufkamen, war man (zumindest in Deutschland) darauf bedacht, ihren Anwendungsbereich möglichst eng zu fassen und auf offenkundigste Fälle zu beschränken. Dass eine solche Absicht wiederum erklärbar, aber unter der Geltung liberal-demokratischer Grundsätze nicht rechtfertigbar ist, liegt jedoch auf der Hand.

Vizekanzler Olaf Scholz äußerte zur Corona-Krise: „Ich wende mich gegen jede dieser zynischen Erwägungen, dass man den Tod von Menschen in Kauf nehmen muss, damit die Wirtschaft läuft.“<sup>96</sup> Auch das BVerfG lässt in ersten Eilentscheidungen, noch sehr knapp und vorläufig gehalten, erkennen, dass es in diese Richtung tendiert.<sup>97</sup> Im Sinne des vorliegend Entwickelten bleibt zu hoffen, dass bei alledem die grundsätzliche

95 Vgl. Calliess (Fn. 74), 207 ff., 344 ff. und 373 ff.; Monika Böhm, *Der Normmensch*, 1996; Ekardt (Fn. 8), *Sustainability*, Ch. 3.7 gegen BVerwG, NVwZ 1995, 995 ff.; Daniel Couzinet, *Die Schutznormtheorie in Zeiten des Feinstaubes*, Zur Dogmatik der Schutznormtheorie im Kontext der Subjektivierung von Aktionsplänen und planunabhängigen Maßnahmen, *DVBf* 2008, 760 ff.

96 Zitiert nach [www.zdf.de](http://www.zdf.de) vom 29.03.2020.

97 Zusammengefasst m. w. N. in BVerfG, Pressemitteilung v. 09.04.2020, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-023.html>.

Abwägungslage und die Notwendigkeit, in den vorliegend besprochenen Konstellationen ähnliche Maßstäbe walten zu lassen, konsequent im Blick bleiben.

PROF. DR. DR. FELIX EKARDT, LL. M., M. A.

Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik, Könnertitzstraße 41, 04229 Leipzig,  
[www.sustainability-justice-climate.eu](http://www.sustainability-justice-climate.eu)

THERESA RATH

Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik, Könnertitzstraße 41, 04229 Leipzig,  
[www.sustainability-justice-climate.eu](http://www.sustainability-justice-climate.eu)

HANNAH KAMISCHKE

Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik, Könnertitzstraße 41, 04229 Leipzig  
[www.sustainability-justice-climate.eu](http://www.sustainability-justice-climate.eu)