

# Wertimplikationen von Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen im deutschen Gesundheitswesen (mit Schwerpunkt auf dem Bereich der GKV)

Gutachten

im Auftrag der Enquête-Kommission

»Ethik und Recht der Modernen Medizin«

des Deutschen Bundestages, 15. Legislaturperiode

15. März 2005

Vorgelegt von

Prof. Dr. VOLKER NEUMANN  
Lehrstuhl für öffentliches Recht,  
Sozialrecht und Staatstheorie  
Juristische Fakultät  
Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
D-10099 Berlin  
[volker.neumann@rewi.hu-berlin.de](mailto:volker.neumann@rewi.hu-berlin.de)

Dr. JEANNE-NICKLAS-FAUST  
Leiterin des Referats  
Ethik/Medizinische Fachberufe  
Ärztchammer Berlin  
Friedrichstraße 16  
D-10969 Berlin  
[jeanne@nicklas-faust.de](mailto:jeanne@nicklas-faust.de)

Dr. MICHA H. WERNER  
Leiter der Arbeitsstelle für das  
Ethisch-Philosophische  
Grundlagenstudium (EPG)  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Bertoldstraße 17  
D-79085 Freiburg i. Br.  
[micha.h.werner@gmx.de](mailto:micha.h.werner@gmx.de)

# INHALTSÜBERSICHT

<b>INHALTSÜBERSICHT</b>	<b>2</b>
<b>VOLLSTÄNDIGE GLIEDERUNG</b>	<b>3</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>9</b>
<b>ERSTER TEIL: STRUKTUREN, PRINZIPIEN UND GRUNDBEGRIFFE</b>	<b>38</b>
A. SOLIDARPRINZIP UND ÄQUIVALENZPRINZIP .....	38
B. EIGENVERANTWORTUNG UND SUBSIDIARITÄT .....	60
C. KRANKHEITSBEGRIFF .....	85
D. GEBOT DER WIRTSCHAFTLICHKEIT .....	99
E. SACHLEISTUNGSPRINZIP UND KOSTENERSTATTUNG .....	110
F. »WERTIMPLIKATIONEN« .....	116
<b>ZWEITER TEIL: ALLOKATIONSREGELN, -VERFAHREN UND - ENTSCHEIDUNGEN</b>	<b>121</b>
A. ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN DES GESETZGEBERS .....	121
B. ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN DURCH UNTERGESETZLICHE RECHTSNORMEN, ALLGEMEINVERFÜGUNGEN UND LEITLINIEN .....	167
C. FALLBEZOGENE ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN .....	219
D. NEUE VERSORGUNGS- UND VERGÜTUNGSSYSTEME .....	262
<b>LITERATUR</b>	<b>285</b>

# VOLLSTÄNDIGE GLIEDERUNG

<b>INHALTSÜBERSICHT</b>	<b>2</b>
<b>VOLLSTÄNDIGE GLIEDERUNG</b>	<b>3</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>9</b>
<b>ERSTER TEIL: STRUKTUREN, PRINZIPIEN UND GRUNDBEGRIFFE</b>	<b>38</b>
A. SOLIDARPRINZIP UND ÄQUIVALENZPRINZIP .....	38
I. Allgemeines.....	38
II. Ethische Implikationen eines Systems der freiwilligen Versicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip .....	41
III. Ethische Implikationen eines Systems der Pflichtversicherung gemäß dem Solidarprinzip .....	46
1. Solidarprinzip, Solidarität und soziale Gerechtigkeit .....	46
2. Das Solidarprinzip aus der Perspektive verschiedener Ethiken .....	49
3. Zusammenfassung und eigene Bewertung.....	57
IV. Interferenzen zwischen Äquivalenz- und Solidarprinzip .....	59
B. EIGENVERANTWORTUNG UND SUBSIDIARITÄT .....	60
I. Zur Ausgestaltung des Prinzips der Mitverantwortung und Eigenverantwortung Recht der GKV .....	60
II. Die Eigenverantwortung Versicherter in ethischer Perspektive.....	62
1. Ethische Aspekte der Gesundheits-Mitverantwortung im Sinne von § 1 S 2 SGB V .....	63
a) <i>Begriffliche Klärungen</i> .....	63
b) <i>Gesundheits-Mitverantwortung gemäß § 1 S 2 SGB V als Form prospektiver                 Verantwortung</i> .....	63
c) <i>Gesundheits-Mitverantwortung als Verpflichtung gegenüber der eigenen                 Person?</i> .....	64
d) <i>Gesundheits-Mitverantwortung als tugendethisches ‚Gebot der Klugheit‘</i> .....	65
e) <i>Gesundheits-Mitverantwortung als Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft</i> .....	67
2. Ethische Aspekte der Finanzierungs-Eigenverantwortung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V.....	69

a)	<i>Verhältnis zwischen Finanzierungs-Eigenverantwortung und Gesundheits-Mitverantwortung</i>	69
b)	<i>Argumente für finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten im Krankheitsfall</i>	71
c)	<i>Argumente gegen finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten im Krankheitsfall</i>	72
d)	<i>Empirische Studien und Einschätzung</i>	73
3.	Erste Ergebnisse der finanziellen Beteiligung von Patienten im Rahmen des GMG.....	78
4.	Überlegungen zu Leistungsausschlüssen bei Selbstverschulden gemäß § 52 SGB V .....	80
III.	Das Subsidiaritätsprinzip.....	81
C.	KRANKHEITSBEGRIFF .....	85
I.	Der Krankheitsbegriff als Kriterium für die Eingrenzung des Leistungsspektrums .....	85
II.	Der sozialrechtliche Krankheitsbegriff .....	85
1.	Das Kriterium der „Regelwidrigkeit“ .....	86
2.	Das Kriterium „Behandlungsbedürftigkeit“ .....	89
III.	Wertimplikationen von Krankheitsdefinitionen im Sozialrecht.....	91
IV.	Definitionskontroverse in Medizintheorie und Philosophie.....	92
V.	Relevanz für die Leistungseingrenzung .....	94
D.	GEBOT DER WIRTSCHAFTLICHKEIT .....	99
I.	Normativer Befund.....	99
II.	Die vier Teilelemente .....	100
1.	Ausreichend.....	101
2.	Maß des Notwendigen.....	101
3.	Zweckmäßig .....	102
4.	Wirtschaftlich im engeren Sinne .....	104
III.	Außenseitermethoden .....	105
IV.	Rangfolge der vier Teilelemente .....	107
V.	Wirtschaftlichkeit und Arzthaftung.....	108
E.	SACHLEISTUNGSPRINZIP UND KOSTENERSTATTUNG .....	110
I.	Sachleistungsprinzip.....	110
II.	Kostenerstattung in der PKV .....	113
III.	Kostenerstattung statt Sachleistungsprinzip? .....	114
F.	»WERTIMPLIKATIONEN« .....	116

## ZWEITER TEIL: ALLOKATIONSREGELN, -VERFAHREN UND - ENTSCHEIDUNGEN

121

A.	ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN DES GESETZGEBERS .....	121
I.	Die Grundregel und ihre Folgen.....	121
1.	Anspruch auf Krankenbehandlung.....	121
2.	Politik der Kostendämpfung.....	122
3.	Gesundheitsökonomische Prognosen zur Ausgabenentwicklung .....	124
II.	Rationierung oder Rationalisierung.....	126
1.	Begriffsklärung.....	126
2.	Grundsatz der Beitragssatzstabilität .....	128
3.	Richtgrößen und gedeckelte Gesamtvergütungen (»Budgetierung«) .....	128
III.	Verfassungsrechtliche Maßstäbe für Leistungskürzungen.....	133
1.	Sozialstaatsprinzip.....	133
2.	Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit .....	135
a)	<i>Soziales Leistungsrecht?</i> .....	135
b)	<i>Schutzpflicht</i> .....	136
3.	Derivatives Teilhaberecht aus Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG... 138	
a)	<i>Dogmatische Grundlegung</i> .....	138
b)	<i>Leistungsausschlüsse im geltenden Recht am Beispiel der Arzneimittelversorgung</i> .....	139
aa)	<i>Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel</i> .....	139
bb)	<i>Bagatellarzneimittel</i> .....	140
cc)	<i>„Lifestyle-Arzneimittel“</i> .....	141
c)	<i>Verhaltensbezogene Leistungsausschlüsse</i> .....	142
aa)	<i>Eigenverantwortung, Solidarität, Versicherung, sozialer Ausgleich</i> .....	142
bb)	<i>Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden</i> .....	143
cc)	<i>Erweiterung der Versagenstatbestände</i> .....	144
dd)	<i>Ausschluss von Leistungen bei grob fahrlässigem Verhalten?</i> .....	146
ee)	<i>Europäisches Wettbewerbsrecht</i> .....	148
d)	<i>Personenbezogene Differenzierungen</i> .....	149
aa)	<i>Altersgrenzen</i> .....	149
bb)	<i>Soziale Stellung und soziale Nützlichkeit</i> .....	152
4.	Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.....	154
a)	<i>Versicherungs- und Beitragspflicht</i> .....	154
b)	<i>Auswahl der Leistungen</i> .....	156
5.	Das Recht auf das medizinische Existenzminimum .....	157
a)	<i>Dogmatische Grundlegung</i> .....	157
b)	<i>Sozialhilfe und GKV</i> .....	158
c)	<i>Ermittlung des Inhalts des medizinischen Existenzminimums</i> .....	159
d)	<i>Zur sozialhilferechtlichen Beurteilung von Zuzahlungen und Leistungsausschlüssen</i> .....	161

6. Therapiefreiheit der Ärzte .....	162
IV. Allokationsentscheidungen und Parlamentsvorbehalt.....	163
1. Wesentlichkeitstheorie .....	163
2. »Dynamischer Grundrechtsschutz«.....	165
B. ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN DURCH UNTERGESETZLICHE RECHTSNORMEN, ALLGEMEINVERFÜGUNGEN UND LEITLINIEN.....	167
I. Allokation durch Rechtsverordnung .....	167
II. Allokation durch Satzung der Krankenkassen .....	170
III. Allokation durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) .....	171
1. Das untergesetzliche Vertragsarztrecht.....	171
2. Zusammensetzung und Aufgaben des GBA .....	173
3. Rechtsnatur der Richtlinien .....	176
4. Demokratische Legitimation des GBA .....	176
a) <i>Legitimationsdogmatische Grundlinien</i> .....	176
b) <i>BVerfGE 107, 59 (Emscher Genossenschaft)</i> .....	178
c) <i>Sachverstand und Interessen im GBA</i> .....	179
aa) <i>Sachverstand</i> .....	179
bb) <i>Interessen der Versicherten</i> .....	180
cc) <i>Interessen der Vertragsärzte und Krankenkassen</i> .....	181
dd) <i>Interessen der nichtärztlichen Leistungserbringer</i> .....	181
ee) <i>Angemessene Berücksichtigung der betroffenen Interessen</i> .....	182
5. Gerichtliche Kontrolldichte.....	183
IV. Allokation durch die Verbände der Krankenkassen (Festbetragsfestsetzungen) ....	189
1. Organisation und Aufgaben der Verbände der Krankenkassen .....	189
2. Festsetzung von Festbeträgen.....	190
3. Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts .....	191
4. Festbetrags-Entscheidung (BVerfGE 106, 275).....	191
5. AOK-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs.....	194
V. Allokation durch Leitlinien .....	194
1. Begriff und Entwicklungsgeschichte .....	194
a) <i>Begriffsbestimmung</i> .....	194
b) <i>Erste Ansätze</i> .....	195
c) <i>Entwicklung der evidenzbasierten Medizin</i> .....	196
d) <i>Rationale der Evidenzbasierung</i> .....	196
e) <i>Probleme der Evidenzbasierung</i> .....	197
f) <i>Darstellung der Ergebnisse klinischer Studien</i> .....	198
g) <i>Grenzen klinischer Studien</i> .....	199
h) <i>Bewertung und Wertimplikationen der Evidenzbasierung</i> .....	200
2. Evidenzbasierte Leitlinien.....	201
a) <i>Bewertung seitens der Ärzteschaft</i> .....	202

b) Leitlinien als »Entscheidungskorridor«	203
3. Leitlinienentwicklung	205
a) Begriffsdefinition	205
b) Qualitative Bewertung von Leitlinien	206
4. Wertimplikationen.....	208
5. Rechtsnatur.....	208
6. Rechtliche Relevanz von Leitlinien .....	209
a) Rezeption im Arzthaftungsrecht	209
b) Rezeption im Sozialrecht	209
aa) Tatsachenfeststellung	209
bb) Rechtsetzung (Verweisung)	210
cc) Kenntnisnahme von Leitlinien im SGB V	211
7. Kriterien evidenzbasierter Leitlinien.....	213
8. Health Technology Assessment (HTA) .....	215
a) Methode	215
b) Einbeziehung von HTA in die Entscheidungsfindung	218
C. FALLBEZOGENE ALLOKATIONSENTSCHEIDUNGEN .....	219
I. Gewährung und Erbringung von GKV-Leistungen .....	219
1. Das Grundmodell: Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis .....	219
2. Das Modell der unmittelbaren Inanspruchnahme .....	221
3. Die Krankenhausbehandlung .....	222
II. Der Vertragsarzt und sein versicherter Patient.....	223
III. Allokationsentscheidungen des Arztes bei knappen Ressourcen in rechtlicher Sicht.....	225
IV. Allokationsentscheidungen in konkreten Arzt-Patienten-Beziehungen.....	227
1. Einführung.....	227
2. Methodik .....	227
3. Allgemeine Ergebnisse.....	230
4. Medizinische Notwendigkeit.....	231
a) Medizinische Notwendigkeit als Instrument der Allokation	232
b) Bestimmung des medizinisch Notwendigen	233
c) Annäherungen an eine Definition des medizinisch Notwendigen	236
e) ärztliche Indikationsstellung	240
5. Rolle von Leitlinien.....	240
6. Kosten-Nutzen-Bewertung.....	243
7. Ökonomisierung der Medizin.....	246
a) Ausweichstrategien bei begrenzten Mitteln	248
b) Mögliche Kriterien für eine Rationierung	252
8. Wertimplikationen.....	253
V. Allokationsentscheidungen der Krankenkasse.....	255

1. Etikettenfremder Einsatz von Arzneimitteln ( <i>off-label-use</i> ).....	255
2. Die selbstbeschaffte Niere.....	258
D. NEUE VERSORGUNGS- UND VERGÜTUNGSSYSTEME.....	262
I. Disease Management Programme (DMP).....	262
1. Allgemeines.....	262
2. Einführung von DMP .....	263
3. Kostenersparnis durch DMP?.....	264
4. Bewertung von DMP durch die ärztliche Selbstverwaltung .....	264
5. Bewertung von DMP durch Patientenvertreter .....	265
6. DMP und die Pharmaindustrie .....	267
7. DMP in der Praxis .....	267
a) <i>Inhalte von DMP</i> .....	267
b) <i>Entwicklung und Zulassung von DMP</i> .....	269
c) <i>Durchführung von DMP</i> .....	269
d) <i>Qualitätssicherung von DMP</i> .....	270
8. Wertimplikationen.....	271
II. Integrierte Versorgung .....	273
1. Einführung.....	273
2. Probleme und Lösungsansätze .....	274
3. Möglichkeiten der integrierten Versorgung .....	275
4. Implikationen von integrierter Versorgung.....	276
5. Ausblick .....	276
III. Diagnosis-related Groups (DRG).....	277
1. Allgemeines.....	277
2. Auswirkungen von DRG.....	277
3. Qualitätssicherung im stationären Bereich.....	278
a) <i>Qualitätsberichte</i> .....	279
b) <i>Externe Qualitätssicherung</i> .....	279
4. Konsequenzen der DRG-Einführung .....	281
5. Fehlanreize unter DRG-Bedingungen.....	282
6. Wertimplikationen.....	283
<b>LITERATUR</b>	<b>285</b>



# ZUSAMMENFASSUNG

## ERSTER TEIL: STRUKTUREN, PRINZIPIEN UND GRUNDBEGRIFFE

### A. Solidarprinzip und Äquivalenzprinzip

1. Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) und private Krankenversicherung (PKV) unterscheiden sich u. a. in vier wesentlichen Hinsichten: Die Lastenverteilung in der GKV orientiert sich am Solidarprinzip, während die PKV nach dem Äquivalenzprinzip verfährt. Die Versicherung in der PKV ist freiwillig, während die Mehrzahl der Mitglieder der GKV der gesetzlichen Versicherungspflicht unterliegt. Der Umfang der Versicherungsleistungen der GKV ist größtenteils durch gesetzliche Festlegung standardisiert, während im Rahmen der PKV zwischen verschiedenen Tarifen und entsprechenden Leistungsspektren gewählt werden kann. Gesetzliche Krankenkassen sind zur Aufnahme von in der GKV versicherungspflichtigen oder versicherungsberechtigten Personen verpflichtet, während für die PKV kein Kontrahierungszwang besteht (A I).
2. Die Wertimplikationen von Solidarprinzip und Äquivalenzprinzip sind grundverschieden. Das Äquivalenzprinzip nimmt keinen interpersonalen Lastenausgleich vor. Grundsätzlich verteilt es die finanziellen Lasten gemäß den individuellen Risiken. Interpersonale Umverteilungen ergeben sich nur insoweit, als bei Vertragsschluss Ungewissheit über individuelle Risiken besteht (A I).
3. Das Solidarprinzip bewirkt einen echten interpersonalen Lastenausgleich. Der Lastenausgleich findet vor allem zwischen Personen mit unterschiedlichen Gesundheitsrisiken, zwischen Angehörigen verschiedener Einkommensgruppen sowie zwischen Singles und Familienmitgliedern statt. Im Grundsatz gilt dabei die Maxime:

„Jeder nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, jedem nach seinem Bedarf an Gesundheitsversorgung“ (A I).<sup>1</sup>

4. Die unterschiedlichen Wertimplikationen von GKV und PKV resultieren aus der Verbindung des jeweiligen Grundprinzips (Solidarprinzip vs. Äquivalenzprinzip) mit dem Pflicht- bzw. Freiwilligkeitscharakter der jeweiligen Mitgliedschaft: Pflicht zum Solidarausgleich in der GKV – keine Pflicht zum Solidarausgleich in der PKV (A I).
5. Die Mitgliedschaft in einem System der freiwilligen Versicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip liegt im rationalen Eigeninteresse der Versicherten, soweit diese ein Interesse an besserer Kalkulierbarkeit gesundheitsbezogener Ungewissheiten haben. Das Interesse an der Bewältigung von Unsicherheit ist das gemeinsame Interesse, das die Versicherten im Rahmen der PKV verbindet. Aus diesem Grund werfen Möglichkeiten einer verbesserten Abschätzung von Gesundheitsrisiken, wie sie beispielsweise durch neue Verfahren der Gendiagnostik erhofft werden, neue Fragen sowohl für die Stabilität wie auch für die Legitimität von PKV-Systemen auf (A II).
6. Da die Verträge im Rahmen der PKV freiwillig geschlossen werden, gilt *prima facie* die Legitimitätsvermutung gemäß dem Prinzip *volenti non fit iniuria*. Im Rahmen des Vertragsverhältnisses sichert das Äquivalenzprinzip die Proportionalität von Leistung und Gegenleistung und verkörpert insofern den Grundsatz der Tauschgerechtigkeit (A II).
7. Tauschgerechtigkeit allein reicht zur moralischen Legitimierung von Verträgen nicht aus. Der Spielraum, innerhalb dessen Tauschgerechtigkeit gelten darf, bedarf vielmehr der Eingrenzung durch substantielle Gerechtigkeitsprinzipien. Die Vertragsfreiheit unterliegt daher ethisch begründbaren Restriktionen. Verträge sind nur legitim, wenn die Vertragsbedingungen hinreichend gerecht sind (A II).
8. Im Rahmen eines PKV-Systems sind die Vertragschancen potentieller Versicherungsnehmer in extremem Maße abhängig von Faktoren, die ihnen nicht als ihr Verschulden oder ihr Verdienst zugerechnet werden können, beispielsweise von nicht selbstverursachten Vorerkrankungen. Da Personen mit unverschuldeten Handicaps im Rahmen von PKV-Verträgen systematisch benachteiligt werden, stellt sich die Frage, ob solche Verträge ethisch legitim sind (A II).

---

<sup>1</sup> Aus Gründen besserer Lesbarkeit wird im Folgenden in der Regel nur die männliche Form verwendet.

9. Die Frage der Legitimität von PKV-Verträgen hängt davon ab, wem die Folgelasten ‚schicksalhafter‘ gesundheitlicher Benachteiligungen gerechterweise zugemutet werden dürfen, der betroffenen Person oder der Gemeinschaft. Ein ‚reines‘ PKV-System wäre ethisch nur dann legitim, wenn die Folgelasten individueller Krankheitsdispositionen den jeweils Betroffenen zugemutet werden dürften und wenn Solidaritätsverpflichtungen gegenüber kranken oder besonders krankheitsgefährdeten Personen nicht begründet werden könnten (A II).
10. Das Solidarprinzip der GKV ist das Strukturprinzip einer rechtlich institutionalisierten Pflichtversicherung und nicht das Prinzip eines freiwilligen Systems kommunitärer Selbsthilfe. Die gesetzliche Pflicht zum interpersonalen Lastenausgleich gemäß dem Solidarprinzip ist nicht unmittelbar an eine in Nahbeziehungen sich entfaltende gemeinschaftliche Solidarität gekoppelt (A III 1).
11. Ob die Pflicht zum interpersonalen Lastenausgleich gemäß dem Solidarprinzip ethisch gerechtfertigt werden kann, ist eine Gerechtigkeitsfrage. Ein Lastenausgleich im Sinne des Solidarprinzips ist zu fordern, soweit diese Forderung sozial gerecht ist (A III 1).
12. Die Frage, ob die Solidaritätspflicht gerecht ist, lässt sich nicht unabhängig von Fragen des guten Lebens beantworten. Eine Pflicht zur Beteiligung an einem Solidarsystem kann nur dann als gerecht gelten, wenn sie nicht mit einer unbilligen Diskriminierung bestimmter Entwürfe eines guten Lebens einhergeht. Ein Solidarsystem muss, im vernünftigen Rahmen, Raum für einen Pluralismus unterschiedlicher Entwürfe des guten Lebens lassen (A III 1).
13. Fragen der sozialen Gerechtigkeit sind moralphilosophisch umstritten. Innerhalb des Spektrums ethischer Grundansätze weist nur der Libertarismus etwa des frühen Robert Nozick eine Pflicht zum Lastenausgleich in der Gesundheitsversorgung kategorisch zurück. Utilitaristische Ethiken fordern einen Lastenausgleich, soweit er zur Maximierung des Gesamtnutzens beiträgt. Nicht-egalitaristische Grundbedürfnistheorien und kommunitaristische Ethiken erheben unterschiedlich weit reichende Solidaritätsforderungen. Fairnessbezogene Vertragstheorien wie diejenige von John Rawls, Theorien kantischen Typs wie die Diskursethik sowie egalitaristische Ansätze liefern gute Gründe für eine Pflicht zum Lastenausgleich im Rahmen des Gesundheitssystems (A III 2).

14. Libertaristische Konzeptionen der politischen Ethik scheitern an der Aufgabe, die ursprüngliche Eigentumsverteilung als gerecht zu erweisen. Der Sozialbezug individueller Beiträge zur Wertschöpfung und die Tatsache, dass die Zuteilung sozialer Rechte nicht von kontingenten Umständen abhängig gemacht werden darf, stützen die moralische Intuition, dass Gemeinschaften *prima facie* verpflichtet sind, unverschuldete Benachteiligungen einzelner Mitglieder auszugleichen (A III 3).
15. Auf Grundlage dieser Intuition erscheint eine Pflicht zur Mitgliedschaft in einer solidarischen Krankenversicherung ethisch gerechtfertigt, die auf der Einnahmenseite nach dem Prinzip der Einkommensproportionalität und auf der Leistungsseite nach dem Prinzip der Bedürfnisgerechtigkeit verfährt (A III 3).
16. Aufgabe dieser Versicherung kann es nicht sein, einen vollständigen Ausgleich unverschuldeter Wohlfahrtsdifferenzen herzustellen, da dies zu inakzeptablen Freiheitsbeschränkungen führen würde. Die solidarische Krankenversicherung leistet lediglich einen Beitrag zum Ausgleich von Benachteiligungen, die sich auf grundlegende Fähigkeiten, wesentliche Voraussetzungen individueller Lebenschancen und unverzichtbare Bedingungen eines guten Lebens (wie Freiheit von Schmerz oder von schwerem psychischen Leid) beziehen. Dieser begrenzte Ausgleich unverschuldeter Benachteiligungen ist mit den Prinzipien einer rechtlich geschützten Freiheitsordnung im Sinne Kants konkordant (A III 3).
17. Akzeptiert man diese prinzipielle Position, ergeben sich als Anschlussfragen zum einen die Frage des genauen Umfangs der solidarisch zu finanzierenden Leistungen, zum anderen die Frage der Ressourcenallokation innerhalb des derart eingegrenzten Systems der medizinischen Versorgung (A III 3).
18. Die Einschränkung der Solidarpflicht auf Personen mit einem Einkommen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze ist inkonsistent und daher *prima facie* ethisch nicht rechtfertigbar. Dies gilt ganz unabhängig davon, welche ethische Basistheorie vertreten wird und ob eine Solidarpflicht im Allgemeinen bejaht oder abgelehnt wird (A IV).

## **B. Eigenverantwortung und Subsidiarität**

19. Die generelle Mitverantwortung der Versicherten für ihre Gesundheit ist ein Grundprinzip des Rechts der GKV. Gemäß § 1 S. 2 SGB V sollen Versicherte „durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an

- gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden“ (B I).
20. Aus der *Gesundheits-Mitverantwortung* der Versicherten wird mitunter eine partielle *Finanzierungs-Eigenverantwortung* abgeleitet, die verschiedene Ausprägungen annehmen kann. Sie kann gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V in Form einer pauschalen Leistungsausgrenzung realisiert werden, wie etwa bei der Ausgliederung nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel in § 34 SGB V, oder auch in Form von Selbstbehalten und Beitragsrückzahlungen gemäß § 53 SGB V. In die Rubrik der Finanzierungs-Eigenverantwortung fallen schließlich auch die *Zuzahlungen* gemäß § 61, SGB V (B I). Aus der Gesundheits-Mitverantwortung der Versicherten ergibt sich auch die in § 52 SGB V vorgesehene Möglichkeit der *Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden* (B I).
  21. Der den Versicherten in § 1 S. 2 SGB V zugesprochenen Gesundheits-Mitverantwortung korrespondiert die Verpflichtung der GKV, zum gesundheitsbezogenen *Empowerment der Versicherten* beizutragen, sie also zum mitverantwortlichen Gesundheitsverhalten zu befähigen: „Die Krankenkassen haben den Versicherten dabei durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken.“ (§ 1 S. 3 SGB V ) Diese Verpflichtung wird unter anderem in § 20 Abs. 4 SGB V sowie in § 65b SGB V konkretisiert (B I).
  22. Das Konzept der Mitverantwortung bzw. Eigenverantwortung wird in der gesundheitspolitischen und politisch-ethischen Debatte sehr verschieden interpretiert. Die Analyse seiner Wertimplikationen setzt eine genaue Begriffsklärung voraus (B II 1 a).
  23. Generell muss zwischen retrospektiver und prospektiver Gesundheits-Mitverantwortung unterschieden werden. Die Zuschreibung prospektiver Gesundheits-Mitverantwortung bedeutet die Zuschreibung der Verpflichtung, die eigene Gesundheit zu bewahren, wiederherzustellen oder zu fördern; die Zuschreibung retrospektiver Gesundheits-Mitverantwortung bedeutet die Zuschreibung von Mitschuld am eigenen Gesundheitszustand. Beide Formen der Gesundheits-Mitverantwortung können nur zugeschrieben werden, soweit Personen ihren Gesundheitszustand willentlich und wissentlich beeinflussen konnten bzw. können (B II 1 b).

24. In der ethischen Diskussion der Gegenwart werden moralische Pflichten gegenüber der eigenen Person zumeist als nicht begründbar angesehen; Gesundheits-Mitverantwortung kann gemäß dieser Mehrheitsmeinung nicht als moralische Pflicht gegenüber der eigenen Person verstanden werden (B II 1 c).
25. Die Pflicht zur Gesundheits-Mitverantwortung lässt sich in ethischer Perspektive jedoch als ein tugendethisches ‚Gebot der Klugheit‘ verstehen. Da Gesundheit eine Bedingung zur Verfolgung nahezu beliebiger Lebenspläne darstellt, werden vernünftige Menschen der Erhaltung, Wiederherstellung und ggf. Förderung ihrer Gesundheit eine hohe Priorität beimessen. Wer seine Gesundheit vernachlässigt oder schädigt, handelt *prima facie* irrational (B II 1 d).
26. Aus diesem Grund sind zusätzliche Sanktionen kaum ein wirksames Mittel zur Förderung eines gesundheitsbewussten Verhaltens. Da Gesundheits-Mitverantwortung im rationalen Eigeninteresse der Betroffenen liegt, erscheinen hingegen Maßnahmen zur Gesundheitsaufklärung und zur aktiven Förderung eines gesundheitsbewussten Lebensstils im Rahmen der Bildungs- und der allgemeinen Gesellschaftspolitik geeignet, Gesundheits-Mitverantwortung zu fördern (B II 1 d).
27. Gesundheits-Mitverantwortung lässt sich zudem als Verpflichtung gegenüber der Versichertengemeinschaft rechtfertigen, soweit sie die Gesamteffizienz der solidarfinanzierten medizinischen Leistungen erhöht. Dass durch die Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung in jedem Fall Kosten eingespart werden, ist jedoch keineswegs gesagt, denn auch „die entschlossene Nutzung der vorhandenen Therapiemöglichkeiten kann [...] Ausdruck einer verantwortlichen Vorsorge für die eigene Gesundheit sein“<sup>2</sup> (B II 1 e).
28. Gesundheits-Mitverantwortung als Bereitschaft zum gesundheitsbewussten Verhalten gemäß § 1 S. 2 SGB V ist nicht identisch mit Finanzierungs-Eigenverantwortung im Sinne von § 34 SGB V. Letztere besagt lediglich, dass die Versicherten unmittelbar für die Finanzierung von Leistungen aufzukommen haben, die sie selbst in Anspruch nehmen; kurz: finanzielle Selbstbeteiligung bzw. *cost-sharing*. Finanzierungs-Eigenverantwortung impliziert nicht Gesundheits-Mitverantwortung (B II 2 a).

---

<sup>2</sup> Evangelische Kirche in Deutschland 1994, S. 28.

29. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Aussicht, sich im Krankheitsfall an den Behandlungskosten beteiligen zu müssen, ein zusätzlicher Anreiz für die Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung durch die Versicherten sein kann (vgl. indes These 26). Denkbar ist jedoch ebenso, dass eine Selbstbeteiligung an den Kosten von Gesundheitsleistungen die Wahrnehmung von Gesundheits-Mitverantwortung unwahrscheinlicher macht. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Versicherte aufgrund ökonomischer Überlegungen medizinische Leistungen zu spät in Anspruch nehmen oder auf sinnvolle Maßnahmen der Früherkennung und Prävention verzichten (B II 2 a).
30. Die Befürworter von *cost-sharing* im Rahmen der Krankenversicherung stützen sich vor allem auf drei Argumente. Das erste basiert auf der Theorie des *moral hazard*: Sofern Versicherte nicht selbst wenigstens einen Anteil der von der Versicherung abgedeckten Leistungen im Beanspruchungsfall selbst bezahlen müssten, hätten sie kein Interesse an der Vermeidung von Risiken von Situationen, in denen sie Leistungen beanspruchen müssen; vielmehr werden sie bestrebt sein, das für sie kostenlos verfügbare Angebot möglichst umfassend auszuschöpfen. Diesem *moral hazard* sollen Selbstbeteiligungen entgegenwirken, indem sie die Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen unattraktiv machen. Zweitens bringen Selbstbeteiligungen schon als solche zusätzliche Finanzmittel in das System. Drittens wird angeführt, dass Selbstbeteiligungen zusätzliche Wahlmöglichkeiten eröffnen, weil Versicherte nun selbst entscheiden können, welche medizinische Leistung ihnen so wichtig ist, dass sie dafür Geld ausgeben wollen (B II 2 b).
31. Gegen *cost-sharing* wird u. a. Folgendes geltend gemacht: Erstens hätten Versicherte ohnehin ein starkes rationales Interesse an der Verhinderung eigener Krankheit und insofern auch an der Verhinderung von Versicherungsfällen. Zweitens sei das Volumen der Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen viel weniger nachfragegetrieben als angebotsgetrieben; dies unterscheidet die Krankenversicherung deutlich von anderen Versicherungsformen. Weniger die Patienten als vielmehr die Ärzte entschieden über das Ausmaß, in dem medizinische Leistungen in Anspruch genommen würden. Dies gelte auch deshalb, weil Patienten die Notwendigkeit und die Qualität medizinischer Leistungen aus strukturellen Gründen nicht gut beurteilen könnten. Dies führe drittens auch dazu, dass finanzielle Eigenbeteiligungen, wenn sie denn eine geringere Inanspruchnahme medizinischer Leistungen zur Folge haben, auch zur Vermeidung

- notwendiger medizinischer Maßnahmen führen würden. Viertens wird darauf verwiesen, dass jede Form der finanziellen Selbstbeteiligung gegen das Solidarprinzip verstoße und benachteiligte Personen verstärkt belaste (B II 2 c).
32. Empirische Befunde sind für die Beantwortung der Frage nach der ethischen Legitimität von *Cost-sharing*-Modellen bedeutsam, wenn auch nicht hinreichend. Der empirischen Überprüfung einiger der ethisch relevanten Behauptungen über die Folgen von *cost-sharing* im Gesundheitswesen sind jedoch methodische Grenzen gesetzt. Auch Kritiker bestreiten nicht, dass durch *cost-sharing* gewisse Einspareffekte erzielt werden können; über deren Umfang und Nachhaltigkeit besteht jedoch Dissens. Auch Befürworter konzedieren, dass *cost-sharing* nicht hinreichend selektiv ist und dass nicht nur nutzlose, sondern auch notwendige medizinische Maßnahmen vermieden werden, und zwar insbesondere durch ältere Menschen und Angehörige niedriger Einkommensgruppen. Nicht überzeugend ist die Auffassung, dass die Erweiterung von Selbstbeteiligungselementen im Gesundheitswesen legitim sei, weil sie einem gesellschaftlichen Wertewandel entspreche (B II 2 d).
33. Insgesamt ist festzuhalten, dass Gesundheits-Mitverantwortung keinesfalls auf Finanzierungs-Eigenverantwortung verkürzt werden darf. Das Ziel der Förderung von Gesundheits-Mitverantwortung darf nicht dadurch desavouiert werden, dass es zur Legitimierung von Kostendämpfungsmaßnahmen herangezogen wird, die nicht wirklich zur Förderung der Verantwortungsbereitschaft geeignet sind. Die mit gesundheitspolitischen Maßnahmen im einzelnen verfolgten Zielsetzungen sollten jederzeit transparent gemacht werden (B II 2 d).
34. Nach Umsetzung des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2004 sind die Ausgaben der Krankenkassen für 2004 deutlich niedriger ausgefallen. Erheblich zurückgegangen sind die Ausgaben für Arzneimittel sowie für Hilfsmittel und bei Arztbesuchen hat sich die Fallzahl deutlich reduziert. Ob sich jedoch dauerhafte Umsteuerungen im gewünschten Sinne ergeben und welche Folgen dies auf die Qualität der medizinischen Versorgung und den Gesundheitszustand der Bevölkerung hat, ist zur Zeit noch nicht zu beurteilen (B II 3).



### C. Krankheitsbegriff

35. Der Anspruch gesetzlich Versicherter auf medizinische Leistungen ist in der Regel an das Ziel der Heilung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten gebunden (vgl. u. a. § 1 S. 1 SGB V; § 11 Abs. 1 SGB V). Der Krankheitsbegriff dient mithin als zentrales Kriterium für die Eingrenzung des Leistungsspektrums der GKV. Zugleich existiert im Sozialrecht jedoch keine Legaldefinition des Krankheits- oder Gesundheitsbegriffs. Der Krankheitsbegriff ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch die Rechtsprechung der Sozialgerichte auszufüllen ist (C I).
36. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist unter Krankheit im Sinne des Rechts der GKV ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der ärztlicher Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Diese Auslegungsformel wirft einige Verständnisprobleme auf (C II).
37. Das Kriterium der Regelwidrigkeit ist unklar. Die Erläuterung des BSG, wonach Regelwidrigkeit als Abweichung von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm zu verstehen ist, trägt zur Erhellung wenig bei (C II 1).
38. Der Auffassung, wonach das Leitbildkonzept den „Umfang des Versicherungsrisikos der GKV abhängig“ machen solle „vom Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen“<sup>3</sup> hat das BSG deutlich widersprochen. Erst das Vorliegen von *Funktionsstörungen* bedinge eine Regelwidrigkeit, die nur dann vorliege, wenn eine wesentliche körperliche oder psychische Funktion nicht (mehr) im befriedigenden Umfang ausgeübt werden könne (C II 1).
39. Das Kriterium des Behandlungsbedarfs ist ebenfalls unklar. Der Intention nach soll es wohl Tendenzen der Medikalisierung, also der Ausdehnung des Zuständigkeitsbereichs der Medizin, entgegenwirken. Hierzu bedürfte es aber der Präzisierung (C II 2).
40. Krankheitsdefinitionen sind zum einen (häufig) insofern ethisch gehaltvoll, als sie einen intrinsischen Wertbezug aufweisen, also auf grundlegende menschliche Übel wie vorzeitigen Tod, die Einschränkung grundlegender Fähigkeiten und Handlungskompetenzen oder psychisches und physisches Leiden bezogen sind. Zum anderen ist der Krankheitsbegriff ethisch relevant, weil von ihm die Zuerkennung von Ansprüchen auf solidarfinanzierte medizinische Leistungen abhängt. Eine

---

<sup>3</sup> Schimmelpfeng-Schütte 2000, S. 513.

Krankheitsdefinition ist genau dann zur Interpretation des unbestimmten sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs geeignet, wenn (a) diese Interpretation zu sozialrechtlichen Entscheidungen führen würde, die juristisch wie ethisch überzeugend sind, und (b) wenn die intrinsischen Wertbindungen des Krankheitsbegriffs plausibel zu machen vermögen, warum der Krankheitsbegriff die kriteriale Rolle spielen sollte, die ihm im Rahmen des Sozialrechts zugeschrieben wird (C III).

41. Häufig knüpfen die Argumentationen der Sozialgerichte an medizinische Krankheitsbegriffe an. Die medizinteoretische und philosophische Diskussion über das allgemeine Krankheitskonzept ist jedoch von einer Vielfalt unterschiedlicher Definitionsvorschläge geprägt (C IV).
42. Die mangelnde Trennschärfe des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs führt in Verbindung mit den medizinteoretischen und philosophischen Kontroversen über die Krankheitsdefinition zu rechtlichen Unsicherheiten bezüglich des Leistungsspektrums der GKV. Daher ist vorgeschlagen worden, das Leistungsspektrum ganz vom Krankheitskriterium zu entkoppeln. Diese Option kann erst beurteilt werden, wenn klare Alternativkriterien benannt sind. Es dürfte schwierig sein, Ersatzkriterien zu finden, die nicht mit ähnlichen Problemen behaftet sind wie der Krankheitsbegriff. Interessanterweise sind Kriterien, die jüngst als Alternativen vorgeschlagen wurden, seit langem als Interpretamente des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs in Gebrauch (C V).
43. Eine wohlwollende Interpretation der Sozialrechtsprechung wird den sozialrechtlichen Krankheitsbegriff auf folgende drei auch verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte beziehen dürfen: Leben, Freiheit von nicht nur geringfügigem subjektivem Leiden und allgemeine Handlungsfähigkeit. Dem Kriterium der Regelwidrigkeit lässt sich eine exaktere Bedeutung geben, wenn man es nach dem Modell einer von naturalistischen Fehldeutungen befreiten biostatistischen Normalität interpretiert. Krankheit ist dann als *ein vom biostatistisch normalen Funktionieren des Organismus abweichender physischer oder psychischer Zustand verstehen, der lebensbedrohlich ist und/oder die Handlungsfähigkeit einschränkt und/oder ein nicht nur geringfügiges subjektives Leiden zur Folge hat*. Dem biostatistischen Normalitätskriterium kommt dabei eine anspruchsbegrenzende Funktion gegenüber Maßnahmen des *Enhancement* zu (C V).
44. Auch ein so verstandener Krankheitsbegriff kann nur zur *Prima-facie*-Begründung eines Anspruchsrechts auf medizinische Leistungen und auch nur zur *Prima-*

*facie*-Ausgrenzung medizinischer Leistungen dienen. Die Beurteilung der Frage, inwieweit ein Recht auf die Behandlung ‚statistisch normaler‘ Alterserscheinungen besteht, bedarf zusätzlicher ethischer Erwägungen. Diese Frage kann nicht mit dem Verweis auf eine bestimmte Deutung des biostatistischen Normalitätskriteriums beantwortet werden. Dies gilt auch deshalb, weil die für die Frage der Normalität entscheidende Wahl der jeweiligen Vergleichsgruppe nicht durch die Sache erzwungen ist, sondern Raum für Wertentscheidungen lässt (C V).

45. Wenn man den Krankheitsbegriff in der vorgeschlagenen Weise auf die Grundwerte Leben, Handlungsfähigkeit und Freiheit von schwerem Leiden bezieht, bewirkt dies eine Relativierung der Gesundheitsversorgung im Hinblick auf andere Politikbereiche. Ansprüche auf solidarisch finanzierte medizinische Leistungen können *prima facie* jedenfalls nicht so weit reichen, dass aufgrund der Vernachlässigung anderer Gemeinschaftsaufgaben (z. B. Bildung oder Umweltschutz) die Gesamtbilanz für Leben, Handlungsfreiheit und Wohlergehen deutlich negativ ausfällt. Solche Überlegungen transformieren die gesundheitspolitische Rationierungsaufgabe auf der Makroebene in eine gesamtpolitische Rationalisierungsaufgabe (C V).
46. Die Gefahr eigenen Todes, verschiedene Formen des Leidens oder verschiedene Einschränkungen der Handlungsfähigkeit können unterschiedlich bewertet werden. Die Bewertung eines Gesundheitszustands ist auch eine Frage des guten Lebens, die eine Pluralität individueller Antworten zulässt. Mit weitgehender Übereinstimmung hinsichtlich eines Kerngehalts des Krankheitsbegriffs ist aber zu rechnen, weil Leben, allgemeine Bedingungen der Handlungsfähigkeit und Freiheit von schwerem Leiden als grundlegende Bedingungen zur Realisierung sehr verschiedener subjektiver Lebenspläne betrachtet werden können. Gesundheit ist in diesem Sinne ein „transzendentes Gut“ (C V).
47. Die gemeinschaftliche Organisation eines Systems der Gesundheitsfürsorge sieht sich daher nur begrenzt dem Vorwurf ausgesetzt, partikulare Entwürfe einseitig zu bevorzugen. Im Gegenteil kann ein weithin gemeinsames Interesse an einer effizienten Gesundheitsfürsorge unterstellt werden. Eine radikal subjektivistisch-relativistische Interpretation des Krankheitsbegriffs erscheint vor diesem Hintergrund als dramatisierende Verallgemeinerung eines in den Randbereichen durchaus bestehenden Abgrenzungsproblems (C V).

48. Dort, wo gleichwohl Abgrenzungsprobleme bestehen – bei Eingrenzungsfragen und Prioritätensetzungen jenseits des unstrittigen Kernbereichs der Krankheitsbehandlung – müssen Entscheidungsprozesse so institutionalisiert werden, dass die prozeduralen Anforderungen der Transparenz, der Repräsentativität und Diskursivität der Entscheidungsprozesse so weit als möglich eingelöst werden, um die Rationalität von Entscheidungen zu erhöhen und die Möglichkeiten einer nicht-öffentlichen Durchsetzung von Partikularinteressen zu mindern (C V).

#### **D. Gebot der Wirtschaftlichkeit**

49. Das *Wirtschaftlichkeitsgebot* bestimmt, dass die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen (§ 12 Abs. 1 S. 1 SGB V; vgl. auch §§ 2 Abs. 1 S. 3 und Abs. 4, 70 Abs. 1 SGB V) (D I).
50. Die Versorgung ist *ausreichend*, wenn sie nach Art und Umfang hinreichende Chancen für einen Heilerfolg bietet. Garantiert wird dadurch ein Mindeststandard der Leistungen, also die qualitative und quantitative Untergrenze der Versorgung, die auf gar keinem Fall unterschritten werden darf (D II 1).
51. *Notwendig* sind nur diejenigen Leistungen, die nach Art und Umfang unentbehrlich, unvermeidlich und unverzichtbar sind. Dieses Teilelement schließt überflüssige Leistungen aus und markiert damit die Obergrenze des Versicherungsschutzes (D II 2).
52. *Zweckmäßig* sind Leistungen, die darauf gerichtet und dazu geeignet sind, ein zulässiges Behandlungsziel zu erreichen. Weitgehend synonym mit Zweckmäßigkeit wird die Wirksamkeit genannt, die wiederum in einer enge Beziehung zur Qualität der Leistung steht. Was zweckmäßig und wirksam ist, bestimmt § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V. Der allgemein anerkannte Standard der medizinischen Erkenntnisse ist ein rechtlicher Rahmen, der von der Medizin ausgefüllt wird. Die Anforderungen an die Zweckmäßigkeit/Wirksamkeit eines ärztlich verordneten Mittels werden bei schweren Erkrankungen nicht geklärter Genese deutlich herabgesetzt (D II 3).
53. Das Privatversicherungsrecht versteht unter der „medizinisch notwendigen Heilbehandlung“ ersichtlich das, was im SGB V mit zweckmäßig bzw. wirksam gemeint ist. Mindestens all das ist als medizinisch notwendig anzusehen, was im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung als notwendig gilt. Die Zivilgerichte

orientieren sich auch an der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zu den schweren Erkrankungen nicht geklärter Genese (D II 3).

54. Das Teilelement „*wirtschaftlich im engeren Sinne*“ hat die gleiche Bedeutung wie im Haushaltsrecht, meint also eine Zweck-Mittel-Relation: das konkrete Behandlungsziel ist mit dem geringstmöglichen Einsatz an Mitteln zu erreichen. Wenn nur eine wirksame und notwendige Behandlungsform vorhanden ist, gelangt das Prinzip der Wirtschaftlichkeit nicht zur Anwendung, weil kein Vergleich möglich ist (D II 4).
55. Außenseitermethoden im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 2 SGB V sind Behandlungsverfahren, deren Wirksamkeit nicht allgemein anerkannt ist und die in der Regel von der Schulmedizin abgelehnt werden. Eine Außenseitermethode ist wirksam, wenn sie einer *besonderen Therapierichtung* angehört, worunter ein *umfassendes therapeutisches Konzept* zu verstehen ist, das auf einem *eigenen*, sich von der Schulmedizin abgrenzenden *Denkansatz* beruht und bei einem größeren Teil der Ärzteschaft und weiten Bevölkerungskreisen *Anerkennung* findet (D III).
56. Wenn die Frage nach einer *Rangfolge der vier Teilelemente* des Wirtschaftlichkeitsgebots gestellt wird, muss die Antwort lauten, dass die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne nachrangig ist (D IV).
57. Kollisionen zwischen dem Teilelement der Wirtschaftlichkeit und dem *Arzthaftungsrecht* sind kaum denkbar. Sollte das dennoch einmal der Fall sein, tragen die Zivilgerichte einer Ressourcenknappheit bei der Bestimmung der Behandlungsstandards Rechnung. Dabei gilt der Grundsatz, dass „nicht jederzeit jedem Patienten eine Behandlung nach den neuesten Erkenntnissen, mit den modernsten Apparaten und durch ausgesuchte Spezialisten geboten werden [kann]“ (BGH 22. 9. 1987 NJW 1988, 763, 765). Der Krankenhausträger und der behandelnde Arzt sind haftungsrechtlich entlastet, wenn die vorhandenen Kapazitäten eine Basisschwelle nicht unterschreiten und die Gründe angegeben werden, warum bestimmte Patienten behandelt werden und andere nicht („Organisationsaufklärung“) (D V).

## **E. Sachleistungsprinzip und Kostenerstattung**

58. Ein „grundsätzliches Strukturelement“ der GKV ist das *Sach- bzw. Naturalerstattungsprinzip*, wonach die Krankenkassen ihren Versicherten die Leistungen

- grundsätzlich als Naturalleistungen und eben nicht als Geldleistungen mit der Möglichkeit der nachträglichen Kostenerstattung zur Verfügung stellen (E I).
59. Da die Krankenkassen die Sach- und Dienstleistungen nicht selbst vorhalten, bedienen sie sich zu ihrer Erbringung dritter Personen und/oder Institutionen (Leistungserbringer), mit denen sie aufgrund ihrer Leistungsverschaffungspflicht Verträge über die Erbringung der Leistungen abschließen (E I).
  60. Der erste Sinn des Sachleistungsprinzips ist der *soziale Schutz der Versicherten* vor mangelnder medizinischer Versorgung infolge der damit eintretenden finanziellen Belastungen. Es dient aber auch der Sicherstellung einer bedarfsgerechten und gleichmäßigen ärztlichen Versorgung und der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung. Ein Nebeneffekt ist die Freistellung der Leistungserbringer von dem Inkassorisiko ihrer Vergütung (E I).
  61. Das Sachleistungsprinzip gilt und galt schon immer nicht ungebrochen. Das Gegenprinzip, das das SGB V als Ausnahmeregelung zulässt, ist die *Kostenerstattung*, die der Devise folgt: „Beschaffe selbst und liquidiere bei der Kasse“. Trotz einiger Durchbrechungen ist nach wie vor das Sachleistungsprinzip das dominante Strukturprinzip der GKV (E I).
  62. Die *private Krankenversicherung* arbeitet nach dem Prinzip der Kostenerstattung. Allerdings gibt es auch in der PKV vorsichtige Tendenzen in Richtung Sachleistungsprinzip (E II).
  63. Über der Frage, ob auch die GKV die Kostenerstattung als das wirtschaftlichere Prinzip einführen soll, ist ein Glaubenskrieg entbrannt. Der rechtsvergleichende Blick lehrt, dass das Schicksal der sozialen Krankenversicherung nicht untrennbar mit dem Sachleistungsprinzip verbunden ist. Der Rechtsvergleich lehrt auch, dass es Tendenzen in Richtung einer Konvergenz der beiden Prinzipien gibt (E III).
  64. Die Grundsatzentscheidung „Sachleistungsprinzip oder Kostenerstattung“ darf nur der parlamentarische Gesetzgeber selbst treffen (BVerfGE 106, 275, 309 f.). Für die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Abkehr vom Sachleistungsprinzip kommt es darauf an, in welchem Maße der soziale Schutz der Versicherten, den bisher das Sachleistungsprinzip gewährleistet, auch in einem System der Kostenerstattung erhalten bleibt (E III).

## **F. »Wertimplikationen«**

65. Der Begriff der „Wertimplikationen“ war durch die Ausschreibung des Gutachtens vorgegeben. Die Autoren verstehen den Wertbegriff im weiten Sinne und verwenden ihn sowohl für Werte im engeren evaluativen Sinn (als Zielbestimmungen und Elemente eines guten Lebens), als auch für instrumentelle sowie (vor allem) deontische (Sollens-) Normen und Prinzipien rechtlichen oder ethischen Charakters. Als Wertimplikationen werden hier (1) begriffliche, (2) begründungslogische oder (3) praktische Beziehungen zwischen Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen einerseits und generelleren moralischen, ethischen und (grund-)rechtlichen Normen, Prinzipien und Werten andererseits verstanden.
66. Das Feld der Wertbeziehungen von Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen im deutschen Gesundheitswesen ist extrem weit. Im Gutachten können nur Wertbeziehungen von grundlegender Relevanz thematisiert werden, wobei die von den Gutachtern zugrunde gelegten Relevanzkriterien selbstverständlich kritisierbar bleiben.

## **ZWEITER TEIL: ALLOKATIONSREGELN, -VERFAHREN UND -ENTSCHEIDUNGEN**

### **A. Allokationsentscheidungen des Gesetzgebers**

67. Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V). Diese primär an medizinischen Bedarfszuschreibungen orientierte Grundregel für die Allokation von Gesundheitsleistungen in der GKV hat zu Ausweitungen der Leistungen und entsprechenden Ausgabensteigerungen geführt, auf die der Gesetzgeber seit 1977 mit einer Politik der Ausgabendämpfung reagiert. Seit 1988 wird diese Politik durch die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Versorgung als ein eigenes Reformziel flankiert (A I).
68. In der gesundheitsökonomischen und juristischen Literatur gibt es Stimmen, die meinen, dass Rationalisierungen nicht mehr ausreichen, um die finanzielle Stabilität der GKV zu sichern, sondern Rationierungen unumgänglich seien. Rationierung ist die Vorenthaltung medizinischer Leistungen, die für die Krankenbehandlung notwendig sind und auf die der Versicherte nach der Grundregel des SGB V (These 67) einen

- Anspruch hat. Rationalisierung meint die Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven in der GKV (A II 1).
69. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71 Abs. 1 S. 1 SGB V) ist keine (implizite) Rationierung, sondern eine Vorgabe zur Ausschöpfung von Rationalisierungspotentialen (A II 2).
  70. Richtgrößen und gedeckelte Gesamtvergütungen sind keine Rationierungen, sondern Maßnahmen der Rationalisierung zur Sicherung der finanziellen Stabilität der GKV. Es wird nicht bestritten, dass ‚Budgetierungen‘ zu Rationierungen führen können. Wer den Eintritt dieser Möglichkeit behauptet, trägt dafür die Argumentationslast (A II 3).
  71. Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) enthält weder eine institutionelle Garantie der GKV noch einen Bestandsschutz der Leistungsrechte der Versicherten in einem einmal gegebenen Umfang (A III 1).
  72. Die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgende Pflicht des Staates zum Schutz von Leben und Gesundheit schließt die Gewährung von Gesundheitsleistungen ein. Allerdings verfügt der Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Schutzpflicht über einen weiten Gestaltungsspielraum und der grundrechtliche Anspruch ist nur darauf gerichtet, dass Vorkehrungen getroffen werden, „die nicht völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“ (A III 2).
  73. Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährt ein Recht auf die gleiche Teilhabe an der GKV und an ihren Leistungen. Die Schutzwirkung dieses derivativen Teilhaberechts darf nicht überschätzt werden, da der Gleichheitssatz nicht einschlägig ist, wenn der Gesetzgeber generelle Rationierungen (Leistungskürzungen) vornimmt, also aus einer *Ex-ante*-Sicht jeder Versicherte davon betroffen ist (Fehlen einer Vergleichsgruppe). Außerdem ist die modale Unbestimmtheit des Gleichheitssatzes zu bedenken: Der Gesetzgeber kann Gleichheit entweder durch die Aufhebung der Entziehung oder durch ihre Ausdehnung auf die gleichheitswidrig verschont gebliebene Gruppe wiederherstellen (A III 3 a).
  74. Die in § 34 SGB V angeordneten diversen Ausschlüsse von Arzneimitteln aus dem Leistungskatalog der GKV sind in Ansehung des derivativen Teilhaberechts des Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unbedenklich. Dabei ist der Ausschluss von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln als eine Typisierung zu werten (A III 3 b).



75. Die Leistungsbeschränkungen bei selbstverschuldeter Krankheit (§ 52 SGB V) sind sachlich gerechtfertigt, ja es lässt sich sogar vertreten, dass keine Ungleichbehandlung vorliegt, weil die Eigenverantwortung der Versicherten ein Strukturprinzip der GKV ist (A III 3 c aa und bb).
76. Gegen eine Erweiterung verhaltensbezogener Versagungstatbestände bestehen rechtspolitische, aber auch verfassungsrechtliche Bedenken. Zum einen wären die Krankenkassen kaum zu der Prüfung in der Lage, ob die Krankheit in dem zu sanktionierenden Verhalten ihre Ursache hat. Zum anderen ist zu bezweifeln, dass solche Ausschlüsse rechtlichen Regelungen in einer Weise zugänglich sind, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Gegen eine Ausgliederung medizinischer Leistungen, die typischerweise die Folge von missbilligten Verhaltensweisen sind, spricht der Sachverhalt, dass es kaum solche Leistungen gibt. Leistungsausschlüsse bei Unfällen, die bei einer bestimmten Tätigkeit erlitten werden (Sport, Haushalt, Straßenverkehr), müssten von erheblichen Differenzierungen begleitet werden. Bei einem Ausschluss von Unfällen bei Risikosportarten ist zu fragen, ob der dadurch herbeigeführte Spareffekt den Aufwand lohnt (A III 3 c cc).
77. Gelegentlich wird ein Ausschluss von Leistungen bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls gefordert. Verfassungsrechtliche Hindernisse dürften dieser Erweiterung des Versagungstatbestands nicht entgegenstehen. Allerdings lehren das Privatversicherungsrecht, das einen solchen Ausschluss kennt, und die Rechtsprechung der Zivilgerichte zum „Augenblicksversagen“, dass die Abgrenzung von einfacher und grober Fahrlässigkeit erhebliche Rechtsprobleme aufwirft (A III 3 c dd).
78. In der gesundheitsökonomischen Literatur wird die Forderung nach einer Altersrationierung, d. h. nach einem Entzug von Gesundheitsleistungen der GKV bei Erreichen einer Altersgrenze erhoben. Es fällt auf, dass die Gesundheitsökonomien sich in der Frage, welchen Einfluss das Alter auf die Ausgabenentwicklung der GKV überhaupt hat, uneinig sind. Eine personenbezogene Differenzierung wie eine Altersgrenze ist eine außerordentlich intensive Ungleichbehandlung, die einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss. Die Rechtfertigung scheitert spätestens auf der Prüfungsstufe der Erforderlichkeit (A III 3 d aa).
79. Das in den USA diskutierte bzw. praktizierte Allokationskriterium soziale Stellung und soziale Nützlichkeit ist nach deutschem Verfassungsrecht unzulässig. Es gibt sogar gute

Argumente, dass ein solches Kriterium mit der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar ist (A III d bb).

80. In das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG wird eingegriffen, wenn der Gesetzgeber einerseits durch die Anordnung von Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des einzelnen nicht unerheblich einschränkt, andererseits dem Versicherten gesetzlich zugesagte und beitragsfinanzierte Leistungen wesentlich vermindert (BVerfGE 97, 271, 286). Eine Rationierung, die lebenserhaltende Leistungen ab einem bestimmten Alter generell ausschließt, ist jedenfalls dann ein unangemessener Eingriff, wenn keine zumutbare alternative Versicherungsmöglichkeit eingerichtet wird. Umgekehrt sind verhaltenssteuernde Zuzahlungspflichten der Versicherten rechtfertigungsfähig, wenn etwa durch Belastungsgrenzen den Belangen von chronisch Kranken und Behinderten Rechnung getragen wird (A III 4 a).
81. Die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der Versicherten zur Auswahl der Leistungen schützt zwar nur den Zugang zu den gesetzlich vorgesehenen Leistungen, ist aber geeignet, ein Umschlagen von gesetzgeberischen Rationalisierungen in faktische Rationierungen zu verhindern (BVerfGE 106, 275, 309 f.) (A III 4 b).
82. Die aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip folgende Pflicht des Staates zur Sicherung der Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens schließt das medizinische Existenzminimum ein. Der Anspruch auf dieses Existenzminimum kommt erst dann zum Zuge, wenn der Einzelne nicht mehr in der Lage ist, seine medizinische Versorgung aus eigenem Einkommen oder Vermögen zu finanzieren (A III 5 a).
83. Bei dem Versuch der Ermittlung des konkreten Inhalts des medizinischen Existenzminimums ist das Sozialhilferecht nicht hilfreich, da es auf die Leistungen des SGB V verweist. Versuche in der Literatur, das medizinische Existenzminimum als eine enge Minimalversorgung unterhalb des Leistungsniveaus der GKV zu bestimmen, vermögen nicht zu überzeugen. Das Recht auf Gesundheit sperrt sich gegen die Ausdifferenzierung eines medizinischen Existenzminimums (A III 5 b und c).
84. Sozialhilfeempfänger müssen Zuzahlungen zur ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung (Praxisgebühr) und zu Arzneimitteln etc. bis zur Belastungsgrenze aus ihrem Regelsatz bestreiten. Bei teureren Hilfsmitteln, die wie teilweise Brillen aus dem

Leistungskatalog ausgeschlossen sind, kommt die Gewährung eines ergänzenden Darlehens gemäß § 37 SGB XII in Betracht (A III 5 d).

85. Die Therapiefreiheit des Arztes (Art. 12 Abs. 1 GG) gewährt gegen Rationierungen des Gesetzgebers keinen weitergehenden Schutz als die Grundrechte des Versicherten (A III 6).
86. Leistungsausschlüsse (Rationierungen) sind jedenfalls dann eine *wesentliche* Grundentscheidung, die der Gesetzgeber selbst treffen muss, wenn durch den Ausschluss einer Behandlungsmaßnahme eine Krankheit vollständig aus der Leistungspflicht der Krankenkassen herausfällt (LSG Niedersachsen 13. 2. 2000 NZS 2001, 32, 38) (A IV 1).
87. Der Parlamentsgesetzgeber wäre angesichts der Dynamik des medizinischen Fortschritts überfordert, wenn er über die Anwendbarkeit jeder einzelnen medizinischen Therapie selbst entscheiden müsste. Bei Rationierungen geht es jedoch um die Nichtgewährung von Leistungen, die als medizinisch wirksam erkannt wurden. Deshalb bleibt es dabei (These 86), dass das Parlament diese Entscheidung selbst treffen muss und nur die Feinabstimmung dem untergesetzlichen Normgeber überlassen darf (A IV 2).

## **B. Allokationsentscheidungen durch untergesetzliche Rechtsnormen, Allgemeinverfügungen und Leitlinien**

88. Obwohl Allokationsentscheidungen durch Rechtsverordnung verfassungsrechtlich weitgehend unbedenklich sind, greift der Gesetzgeber nur ausnahmsweise auf diese Rechtsform zurück und setzt statt dessen auf teilweise problematische Regelungsformen der gemeinsamen Selbstverwaltung der Kassen und Ärzte (B I).
89. Die Bedeutung von Satzungen der Krankenkassen für das Thema Allokation ist noch geringer als die von Rechtsverordnungen (B II).
90. Der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA), nach altem Recht der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, ist dasjenige Gremium, das nach dem Parlament die weitreichendsten Entscheidungen über die Allokation von Leistungen der GKV trifft. Er beschließt die zur Sicherung der vertragsärztlichen Versorgung erforderlichen *Richtlinien* über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten, wobei er die Erbringung und Verordnung von Leistungen

einschränken oder ausschließen kann, wenn nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen sind (B III 1 und 2).

91. Die Richtlinien des GBA sind Rechtsnormen. Diese Wertung des Bundessozialgerichts dürfte nach der gesetzlichen Anordnung der unmittelbaren Verbindlichkeit der Richtlinien für die Versicherten (§ 91 Abs. 9 SGB V) heute auch in der Literatur weitgehend unstrittig sein (B III 3).
92. Die zwischen Rechtsprechung und Literatur strittige Frage der hinreichenden demokratischen Legitimation des GBA hat durch die selbstverwaltungsfreundliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (E 107, 59) zur Emscher Genossenschaft und durch Gesetzesänderungen, die den in der Literatur vorgetragenen Einwänden ein Stück weit entgegenkommen, neue Akzente erhalten. Vor allem lässt sich die m. E. bisher berechtigte Rüge, das Behandlungsinteresse der Versicherten sei im GBA strukturell unterrepräsentiert, nach der Einrichtung einer „dritten Bank“ nicht mehr aufrechterhalten, auch wenn die Vertreter der Patienten- und Behindertenverbände (noch) nicht stimmberechtigt sind. Es sprechen starke Argumente dafür, dass der GBA und seine Richtlinien nunmehr hinreichend demokratisch legitimiert sind. Dass die nichtärztlichen Leistungserbringer weiterhin nicht im GBA vertreten sind, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (B III 4).
93. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts der 90er Jahre zur gerichtlichen Kontrolle der Richtlinien vermittelte den Eindruck, dass der GBA über eine Letztentscheidungskompetenz verfüge. In der neueren Rechtsprechung gibt es jedoch Anzeichen für eine strengere Kontrolle der Richtlinien am Maßstab des parlamentsgesetzlichen Leistungsrechts: Der GBA darf nicht selbst über den medizinischen Nutzen einer Methode urteilen, sondern hat nur die Aufgabe, sich einen Überblick über die veröffentlichte Literatur und die Meinung der einschlägigen Fachkreise zu verschaffen und danach festzustellen, ob ein durch wissenschaftliche Studien hinreichend untermauerter Konsens über die Qualität und Wirksamkeit der Behandlungsweise besteht (BSG 19. 2. 2003 NZS 2004, 99, 100). Nachdem dem GBA die Funktion eines Sachverständigengremiums zugewiesen ist, kann von einer

unbeschränkten Einschätzungsprärogative oder gar einer Letztentscheidungskompetenz nicht mehr die Rede sein (B III 5).

94. Bei Entscheidungen über die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne ist die gerichtliche Kontrolle im Grundsatz auf die Prüfung beschränkt, ob die Entscheidung willkürfrei und ohne sachfremde Erwägungen getroffen wurde (Vertretbarkeitskontrolle). Anderes gilt, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass die Interessen der Ärzte und Krankenkassen sich funktionswidrig überschneiden. Dann unterliegt die Entscheidung einer gesteigerten Inhaltskontrolle (B III 5).
95. Die Festsetzung von Festbeträgen durch die Spitzenverbände der Krankenkassen ist kein Eingriff in die Berufsfreiheit der nichtärztlichen Leistungserbringer. Die von der Festsetzung verursachten faktisch mittelbaren Auswirkungen auf deren Berufsausübung sind vielmehr ein bloßer Reflex der auf das System der GKV bezogenen Regeln. „Berührt“ wird von diesen Regeln nur die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten und die Therapiefreiheit der Vertragsärzte (BVerfGE 106, 275). Die GKV ist also keine Veranstaltung der Leistungserbringer, sondern ein System, das von den Versicherten finanziert wird und ihren Rechten zu dienen bestimmt ist (B IV 1-4).
96. Die überwiegend von medizinischen Fachgesellschaften verfassten Leitlinien ärztlichen Handelns legen generelle und abstrakte Regeln für die ärztliche Diagnose und Therapie bei typischen Krankheitsbildern fest. Bereits in den 1970er Jahren wurden von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung Merkblätter für Diagnostik und Therapie herausgegeben. Nachdem dies eingestellt worden war, kam es in den 1990er Jahren erneut zur Entwicklung einer Vielzahl von Leitlinien, die größtenteils von den wissenschaftlichen Fachgesellschaften herausgegeben wurden (B V 1).
97. In den 1990er Jahren entwickelte sich auch die Methode der evidenzbasierten Medizin. Dies bedeutet die Zusammenführung externer wissenschaftlicher Evidenz mit der internen Evidenz klinischer Erfahrung. Nach Formulierung einer Fragestellung, ursprünglich für einen individuellen Patienten, steht eine kritische Bewertung von Forschungsergebnissen. So wird besonders das Studiendesign, das idealisierte Behandlungsbedingungen abseits des klinischen Einsatzes schafft, auf die Relevanz für die Fragestellung überprüft (B V 1).
98. Die Verfügbarkeit von Forschungsergebnissen ist besonders für Studien mit ungünstigen Resultaten sehr eingeschränkt, was notwendigerweise zu einer Verzerrung der

Feststellung des Standes der Wissenschaft führen muss. Die Darstellung der Ergebnisse klinischer Studien mit Angabe des relativen Risikos überhöht die positiven Resultate. Empfehlenswert für eine realistische Deutung wäre eine Darstellung der absoluten Zahlen, z. B. als Anzahl der Patienten, die behandelt werden müssen, um einen Herzinfarkt zu verhindern, *numbers needed to treat* genannt (B V 1).

99. In der evidenzbasierten Medizin werden die Ergebnisse klinischer Studien analysiert und bewertet. Die Verwendung von Studien als Grundlage der Evidenzbasierung hat allerdings ihre Grenzen an den methodischen Schwierigkeiten des Studiendesigns. Eine doppelblind randomisierte Studie beispielsweise ergibt zwar eine hohe Evidenzstufe, ist aber nur eingeschränkt einsetzbar: Sie eignet sich für Arzneimittelstudien zur Überprüfung der Wirksamkeit eines Wirkstoffs, nicht aber zur Untersuchung von komplexen Fragestellungen. Auch unterscheiden sich Studien- und Patientenkollektiv meist ganz erheblich. So ist es zwar sinnvoll, Leitlinien auf Basis von Forschungsergebnissen standardisierter Studien zu formulieren, ihre systematischen Fehler und Lücken müssen aber in die Bewertung eingehen. Zur vollständigeren Übersicht über durchgeführte Studien wird ein öffentlich zugängliches Studienregister gefordert (B V 1).
100. Die Ärzteschaft steht evidenzbasierten Leitlinien zwiespältig gegenüber. Einerseits erkennt sie die Vorteile einer systematischen Auswertung von Studienergebnissen an, andererseits sieht sie die Gefahr einer Festschreibung von Therapieverfahren ohne Möglichkeit, auf die individuelle Situation des Patienten oder die Erfahrung des Arztes angemessen eingehen zu können. Dennoch führt die verfasste Ärzteschaft im Leitlinien-Clearingverfahren eine aufwändige Weiterentwicklung und Bewertung von Leitlinien durch (B V 2).
101. Leitlinien, die den Stand der Wissenschaft darstellen, sind in ihrer Bedeutung für Allokationsentscheidungen schwer einschätzbar; eher ist zu vermuten, dass über eine leitliniengerechte Diagnostik und Therapie eine effiziente Mittelverwendung gelingt, als dass es tatsächlich zu direkten Einsparungen kommt (B V 2).
102. Im Leitlinien-Clearingverfahren der ärztlichen Selbstverwaltung werden Leitlinien einer qualitativen Bewertung und Einordnung unterzogen. Ziel sind die Weiterentwicklung von Leitlinien und die Erhöhung des bisher niedrigen Anteils an Leitlinien guter Qualität (B V 3).

103. Leitlinien betonen mit dem Versuch, eine nach dem Stand der Wissenschaft gut belegte Diagnostik und Therapie zu einem empfohlenen Handlungspfad zusammenzustellen, die Wertimplikationen ärztlichen Handelns der *Benefizienz* und des *nil nocere*. Der Autonomie von Patienten wird durch die empfohlene Einbeziehung in die Entwicklung von Leitlinien Rechnung getragen. Gelingt mit Hilfe von Leitlinien eine Gleichbehandlung von Patienten ohne Ansehen der Person, folgt dies der Forderung nach *Gerechtigkeit* (B V 4).
104. Leitlinien sind keine Rechtsnormen. Sie können nur infolge der Rezeption durch andere Institutionen und Organe verbindlich werden, wobei der Eintritt der Verbindlichkeit sich nach dem Recht der rezipierenden Institution bestimmt (B V 1).
105. Leitlinien können rechtliche Bedeutung im Arzthaftungsrecht und im Sozialrecht erlangen. Das Sozialrecht nimmt Leitlinien nicht nur vermehrt zur Kenntnis, sondern weist erste Ansätze zur Einrichtung von Verfahren für ihre Anerkennung auf (B V 2).
106. In die Leitlinienentwicklung gehen inzwischen auch Kosten-Nutzen-Analysen ein, bei denen die Bestimmung der Zielgröße des Nutzens wesentlich für eine sinnvolle Anwendbarkeit auf klinische Zusammenhänge ist. Gut messbare klinische Parameter wie z. B. Laborwerte geben den Nutzen einer Therapie für den Patienten nur unzureichend wieder. Ein mit zahlreichen Problemen behafteter Versuch ist die Entwicklung des Parameters QUALY, der eine subjektive Einschätzung der Lebensqualität beinhaltet (B V 7).
107. Eine Methode, die sich zur Bewertung neuer medizinischer Verfahren vor der Aufnahme in den Leistungskatalog der GKV durchgesetzt hat, sind *Health Technology Assessments* (HTA). Im Verlauf der Assessments werden medizinische, gesundheitsökonomische und auch ethische Studien zu einem medizinischen Verfahren in Verbindung mit Stellungnahmen von Experten, Interessengruppen und Beteiligten ausgewertet und abschließend einer Bewertung zugeführt. Die Bewertung mündet in eine Empfehlung zu dem Einsatz des Verfahrens für verschiedene Indikationen. Der Bundesausschuss stützt seine Entscheidungen seit 1998 auf HTA-Berichte (B V 8).

### **C. Fallbezogene Allokationsentscheidungen**

108. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis ist auch in der GKV das Grundmodell für die Gewährung und Erbringung von Gesundheitsleistungen. Dieses Grundmodell wird ohne

Abstriche bei der Versorgung mit Hilfsmitteln und mit häuslicher Krankenpflege umgesetzt: Der Versicherte beantragt die Leistung bei seiner Krankenkasse, die sie durch Verwaltungsakt bewilligt, in dem zugleich der Erbringer der Leistung bestimmt wird (C I 1).

109. Ein gesetzlich zugelassenes Alternativmodell zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ist die unmittelbare Inanspruchnahme des Vertragsarztes durch den Versicherten (§ 15 Abs. 2 SGB V). Der Vertragsarzt bestimmt zwar darüber, welche Behandlung der Versicherte erhält, trifft aber *keine rechtlich verbindliche* Entscheidung über die Allokation. Das rechtliche Entscheidungsmonopol bleibt bei der Krankenkasse (C I 2).
110. Das Grundmodell der Leistungsabwicklung im Dreiecksverhältnis gilt auch für die Krankenhausbehandlung, wobei jedoch bei der Notfallaufnahme auf den Antrag und die vorherige Bewilligung der Kasse verzichtet wird (C I 3).
111. Das Modell der unmittelbaren Inanspruchnahme hat zur Folge, dass der Vertragsarzt faktisch die Definitionsmacht über den Bedarf des Patienten hat. Damit entscheidet er zugleich über die ‚Nachfrage‘ der von ihm angebotenen Leistungen. Umgekehrt hat der Patient kaum Interesse an einer sparsamen Leistungserbringung, sondern ist eher daran interessiert, die ärztlichen Leistungen voll auszuschöpfen. Es ist die Aufgabe des Rechts, im Interesse der Erhaltung der finanziellen Stabilität der GKV mit verhaltenssteuernden Regelungen Korrekturen an dieser ökonomisch wohl einzigartigen Situation anzubringen (C II).
112. Wenn es in der klinischen Praxis zu Knappheitssituationen kommt, entscheidet der behandelnde Krankenhausarzt über die Allokation der knappen Ressourcen nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse. Dieser Stand umfasst drei Elemente, nämlich die im engeren Sinne wissenschaftliche Erkenntnis, die ärztliche Erfahrung und die professionelle Akzeptanz, wobei ethische Gesichtspunkte des ärztlichen Handelns eingeschlossen sind (C III).
113. In einer explorativen Studie wurden zehn leitfadengestützte Interviews durchgeführt, um Wertimplikationen ärztlicher Allokationsentscheidungen aufzudecken. Es ließen sich – wie bereits in vorangegangenen Untersuchungen - einige wiederkehrende Mechanismen der Reaktion auf durch Budgetierung notwendig gewordene Allokationsentscheidungen zeigen. Daneben fanden sich Einzelmeinungen, die ihren Ursprung sowohl in den



institutionellen Rahmenbedingungen wie auch in persönlichen Vorlieben und Werthaltungen haben (C IV 2).

114. Die Befragten hatten durchweg die Probleme von Allokationsentscheidungen reflektiert und akzeptieren die Notwendigkeit eines effizienten Mitteleinsatzes. Eine häufige Folge der begrenzten Budgets ist die Überweisung oder Verlegung von Patienten an andere Leistungserbringer, die für die indizierte Therapie nicht in gleicher Weise Budgetbeschränkungen unterliegen. Entscheidungen fallen im ambulanten wie im stationären Bereich in hohem Maße budgetgesteuert, aber die Befragten suchen einen Weg für die Durchführung von Therapien, die sie als notwendig erachten (C IV 3).
115. Der Begriff der medizinischen Notwendigkeit wird von Juristen und den befragten Ärzten in unterschiedlicher Weise gefüllt. Die juristische Sicht stellt die medizinische Notwendigkeit einer Maßnahme bereits fest, wenn sie einen Behandlungserfolg erwarten lässt. Die Mediziner unterscheiden dagegen eher zwischen einer Grundversorgung, die medizinisch notwendig ist, und wünschenswerten Maßnahmen, die mit einer größeren Wirksamkeit oder einem geringeren Nebenwirkungspotential einhergehen, aber bei begrenzten Mitteln nicht in jedem Fall, sondern nur bei besonderer Indikation anzuwenden sind (C IV 4).
116. Die Befragten geben Ärzten eine zentrale Rolle in der Allokation. Unentschieden ist, inwieweit die Allokation im konkreten Arzt-Patienten-Verhältnis erfolgen soll oder anhand von Leitlinien. Sowohl klinikintern, als auch extern entwickelte Leitlinien werden von Befragten als maßgeblich für Allokationsentscheidungen genutzt. Um Allokationsentscheidungen mit gravierenden Folgen zu treffen, wurde auch die Delegation der Entscheidung an ein Gremium vorgeschlagen. Klare Rahmenvorgaben wurden von allen als hilfreich eingeschätzt. Der generelle Ausschluss des Einsatzes von Medikamenten außerhalb ihrer Zulassung im Bereich der GKV wurde dagegen als in Einzelfällen problematisch eingeschätzt (C IV 4).
117. Leitlinien werden von den Befragten – außer in der Palliativmedizin – in großem Umfang genutzt, alle fordern jedoch die Erhaltung eines gewissen Ermessensspielraums, um die Möglichkeit einer individuell an den Patienten angepassten Therapiestrategie zu haben. Für diese Entscheidung erachten sie einerseits eine sorgfältige ärztliche Indikationsstellung, andererseits eine kritische Bewertung der vorhandenen Evidenz als notwendig. Die Rolle der Pharmaindustrie, die neue Medikamente mit entsprechend

- konzipierten Studien und erheblichem Werbeaufwand in den klinischen Einsatz bringen will, wird hierbei durchweg kritisch gesehen (C IV 5).
118. Für einige Verfahren wird von den Befragten das Kosten-Nutzen-Verhältnis so eingeschätzt, dass eine Indikationsstellung für diese Maßnahmen allerhöchstens in Einzelfällen möglich sei. Andere teure Therapiemaßnahmen werden ebenfalls nur nach strenger Indikationsstellung eingesetzt, sie werden allgemein zwar als wünschenswert eingeschätzt, und nur in besonderen Einzelfällen, die häufig klar definiert werden, als medizinisch notwendig. Es wird in den Interviews dennoch deutlich, wie schwer dies den Befragten manchmal fällt – ohne Budgetgrenzen würden sie vermutlich alle Patienten mit der optimierten Therapie versorgen (C IV 6).
119. Eine Ökonomisierung medizinischer Entscheidungen findet bei fast allen Befragten statt. Dies ist ihnen durchaus bewusst, fast alle berichteten jedoch, derzeit ginge es meist darum, wie und wo ein Patient eine Therapie erhalte, nicht, ob er sie erhalte. Eine Rationierung von Therapien, die von den Befragten als sinnvoll und notwendig erachtet werden, wäre für die meisten mit ihrem Selbstverständnis schwer vereinbar. Dennoch akzeptieren die Befragten grundsätzlich die Begrenztheit der Mittel und erwarten, dass über neue Therapiemöglichkeiten eine Rationierung in einigen Jahren unausweichlich sein wird. Daher wünschen die Befragten sich eine gesellschaftliche Auseinandersetzung und eine Offenlegung der Probleme (C IV 7).
120. Als Wertimplikationen finden sich bei den Befragten durchweg *Benefizienz*, *nil nocere* und *Gerechtigkeitsgedanken*. Die Autonomie des Patienten scheint insbesondere in ökonomisch motivierten Entscheidungen eine geringere Rolle zu spielen. So wird meist darauf verzichtet, dem Patienten die Gründe für die Entscheidung zu einer kostenbedingten Verlegung zu offenbaren (C IV 8).
121. Wenn der Vertragsarzt den versicherten Patienten darauf hinweist, dass eine nicht verordnungsfähige Leistung medizinisch angezeigt ist, kann dieser die Bewilligung dieser Leistung bei seiner Krankenkasse beantragen oder sich die Leistung selbst beschaffen und die Erstattung der Kosten verlangen. Lehnt die Kasse die Bewilligung der Leistung oder die Erstattung ihrer Kosten ab, kann der Patient den Rechtsweg zu den Sozialgerichten beschreiten (C V).
122. Die Rechtsprechung zum etikettenfremden Einsatz von Arzneimitteln (*off-label-use*) ist bemüht, Defizite des Arzneimittelrechts zu kompensieren, um zu verhindern, dass den

Patienten eine dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung vorenthalten wird (BSGE 89, 184, 187 f.) (C V 1).

123. Die Rechtsprechung zur Leistungspflicht der Krankenkassen für die Transplantation einer selbstbeschafften Niere ist darum bemüht, einerseits dem Organhandel keinen Vorschub zu leisten, andererseits den Anspruch des Versicherten auf eine notwendige Krankenbehandlung zu sichern. Eine Entscheidung zur Erstattung der Kosten einer Nierentransplantation im Wege einer „Überkreuz-Lebendspende“ lehrt, dass sich die Richter nicht zu Sparkommissaren machen lassen (C V 2).

#### **D. Neue Versorgungs- und Vergütungssysteme**

124. *Disease-Management-Programme* (DMP) sollen als strukturierte Behandlungsprogramme die umfassende Versorgung chronisch Kranker verbessern. Ihrer Entwicklung liegen evidenzbasierte Leitlinien zugrunde. Für in DMP eingeschriebene Patienten erhalten die Krankenkassen einen Bonus aus dem Risikostrukturausgleich. Dies soll den Wettbewerb um junge und gesunde Versicherte umsteuern (D I 1).
125. Von DMP wird neben einer effizienten Mittelverwendung vor allem mittel- und langfristig ein Einsparpotential erwartet, da Folgekrankheiten und Komplikationen vermieden werden sollen. Dies ist jedoch umstritten und bedarf langfristiger Beobachtungen (D I 3).
126. Die ärztliche Selbstverwaltung kritisiert die Koppelung von DMP an den Risikostrukturausgleich, da damit die Einschreibung möglichst vieler Patienten Ziel der Krankenkassen würde. Dies gefährde die Freiwilligkeit der Einschreibung von Patienten. Inhaltlich unterstützt die ärztliche Selbstverwaltung DMP, fordert aber, den bürokratischen Aufwand gering zu halten (D I 4).
127. Patientenvertreter haben eine differenzierte Haltung zu DMP. Begrüßen sie einerseits eine umfassende qualitativ hochwertige Betreuung chronisch Kranker, sehen sie andererseits Risiken einer intransparenten Entwicklung der zugrunde liegenden Leitlinien ohne Einbeziehung von Patientenvertretern. Eine individuelle Ausgestaltung der Therapie solle auch in einem DMP möglich bleiben. Auch sollen Erkrankungen oder Patienten, die nicht in DMP behandelt werden, ebenfalls eine qualitativ hochwertige Therapie erhalten (D I 5).

128. Die Pharmaindustrie sieht durch DMP die Möglichkeit, Patienten an sich zu binden und empfiehlt, mit der Bereitstellung von Studien für die Entwicklung von Leitlinien im eigenen Interesse Einfluss zu nehmen (D I 6).
129. DMP werden für große Volkskrankheiten entwickelt, da sonst der Aufwand der Entwicklung und Qualitätssicherung in einem unangemessenen Verhältnis zu den erzielbaren Effekten stünde. In DMP soll eine umfassende Behandlung stattfinden, da gerade bei chronischen Krankheiten eine rein auf medizinische Inhalte abzielende Strategie zu kurz greife. So sollen sektorenübergreifende Versorgungsstrukturen geschaffen werden. Die Leistungserbringer müssen Basisqualifikationen und regelmäßig die Teilnahme an speziellen Fortbildungen nachweisen. Begleitende Qualitätssicherungsmaßnahmen sollen gewährleisten, dass die in den Programmen festgelegten Qualitätsziele erreicht werden (D I 7).
130. Die Wertimplikationen von DMP sind – sofern keine Beeinflussung stattfindet – eine gestärkte *Autonomie* der Patienten, die sich freiwillig einschreiben, in Zusammenarbeit mit dem Arzt die Qualitätsziele festlegen und durch Schulungsmaßnahmen aktiv in die Therapie eingebunden werden. Die umfassende Betreuung in DMP stellt einen Akt gesellschaftlicher Solidarität dar. Die evidenzbasierte Versorgung geht auf *Benefizienz* und *nil nocere* zurück, die Autonomie der Ärzte im Sinne der ärztlichen Therapiefreiheit ist in DMP eingeschränkt (D I 8).
131. Die Entwicklung von DMP sollte transparent erfolgen, um die Partizipation von Patienten zu erhöhen und einseitige Einflussnahme anderer Interessengruppen zu verhindern. Die Bindung von DMP an den Risikostrukturausgleich stellt ein Wagnis dar. Den Folgen einer dadurch verursachten Fehlentwicklung muss entgegengewirkt werden (D I 8).
132. Zur Überwindung der stark sektoralen Struktur des deutschen Gesundheitswesens wurde die Möglichkeit einer integrierten Versorgung bereits mit der vorangegangenen Gesundheitsreform eingeführt. Um die bisher problematische Umsetzung zu erleichtern, wurden die Rahmenbedingungen geändert und ein finanzieller Anreiz geschaffen (D II 2).
133. Mit der integrierten Versorgung ist eine rationellere Diagnostik und Therapie möglich. Dies bedarf jedoch einer sorgfältigen Planung, Umsetzung und Förderung neuer Strukturen. Ob das in den zahlreichen aktuell geschlossenen Verträgen Realität wird, ist

momentan nicht abzuschätzen. Als Implikationen können sich eine effiziente und koordinierte Versorgung guter Qualität ergeben, unter dem Preis eines teilweisen Verzichts auf die Handlungsfreiheit sowohl bei Patienten als auch bei den Leistungserbringern (D II 4).

134. *Diagnosis Related Groups* (DRG) werden als neue Form der Krankenhausfinanzierung erhebliche Auswirkungen auf die Gestaltung stationärer Aufenthalte haben. Die Liegezeiten werden zurückgehen, Abläufe werden standardisiert und optimiert, und es werden sich möglicherweise Behandlungsschwerpunkte bilden. An den verkürzten stationären Aufenthalt wird sich eine intensivere Betreuung im ambulanten Bereich anschließen, von besonderer Bedeutung ist hierfür die Schnittstellenorganisation (D III 2).
135. Um den Risiken einer verschlechterten Versorgungsqualität bei verkürzten Krankenhausaufenthalten entgegen zu wirken, sind interne und externe Qualitätssicherungsmaßnahmen vordringlich. Zur Beurteilung des vollständigen Heilungsverlaufs ist hierbei eine sektorenübergreifende Qualitätssicherung nötig, da sich in den verkürzten stationären Aufenthalten nicht alle Komplikationen erfassen lassen (D III 3).
136. Die Aufnahme von Patienten mit schweren Begleiterkrankungen oder anderen Risikofaktoren für einen komplizierten Verlauf könnte für Krankenhäuser wenig attraktiv und damit für diese Patienten der Zugang zu stationärer Versorgung erschwert sein. Die durch verkürzte Krankenhausaufenthalte notwendige intensivere ambulante Nachbetreuung ist besonders bei chronisch Kranken und Pflegebedürftigen, deren soziales Netz bereits belastet ist, problematisch (D III 5).
137. Die Wertimplikationen beziehen sich bei DRG auf einen effizienteren Mitteleinsatz, da durch die Fallpauschalen Fehlanreize zur Verlängerung stationärer Aufenthalte wegfallen sollen. Im internationalen Vergleich bleibt offen, ob sich diese Hoffnung bewahrheitet. Die Konsequenzen von DRG in anderen Ländern lassen Tendenzen für Fehlentwicklungen erwarten, die mit Qualitätssicherungsmaßnahmen aufgefangen werden sollen. Die Schwierigkeiten einer sektorenübergreifenden und umfassenden Qualitätssicherung machen es notwendig, diesem Punkt besondere Aufmerksamkeit zu schenken (D III 6).

# ERSTER TEIL: STRUKTUREN, PRINZIPIEN UND GRUNDBEGRIFFE

## A. Solidarprinzip und Äquivalenzprinzip

### I. Allgemeines

Die gesetzliche Krankenversicherung ist gemäß § 1 SGB V als Solidargemeinschaft konzipiert, sie basiert auf dem *Solidarprinzip*. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich von der privaten Krankenversicherung, die nicht nach dem Solidarprinzip, sondern nach dem *Äquivalenzprinzip* angelegt ist und daher nicht, zumindest nicht in demselben Sinne wie die gesetzliche Krankenversicherung, am Grundwert der Solidarität orientiert ist. Ob man hinsichtlich der privaten Krankenversicherung trotzdem von einer eingeschränkten Form von Solidarität sprechen kann,<sup>4</sup> oder ob der Solidaritätsbegriff allein für die in der gesetzlichen Krankenversicherung realisierte anspruchsvollere Form von Solidarität reserviert bleiben sollte,<sup>5</sup> die sowohl den Risikoausgleich als auch einen sozialen Ausgleich umfasst, ist eine rein terminologische Frage und insofern von geringer Bedeutung.<sup>6</sup> Jedenfalls darf nicht aus dem Blick geraten, dass der am Äquivalenzprinzip orientierte Risikoausgleich im Rahmen eines Systems freiwilliger Versicherungen und die im Solidarprinzip vorgesehene Kombination aus Risikoausgleich und sozialem Ausgleich im Rahmen eines Pflichtversicherungssystems in ethischer Hinsicht grundverschieden sind.

Das *Solidarprinzip*, das der gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde liegt, umfasst mehrere Dimensionen des *interpersonalen Ausgleichs* von (a) unterschiedlichen individuellen

---

<sup>4</sup> So Bayertz 1998, hier: S. 14.

<sup>5</sup> So Kingreen 2003, S. 176 ff., 269 ff.

<sup>6</sup> Auch in den Selbstdarstellungen der privaten Krankenversicherungen finden sich diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen.

Krankheitsrisiken, (b) unterschiedlichen Einkommensverhältnissen und (c) unterschiedlichem Familiensituationen:

Zunächst kommt das Solidarprinzip zum Ausdruck in der fehlenden Äquivalenz zwischen Beitrag und Risiko (*horizontales Solidarprinzip*). Die Beiträge, die der Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung zu entrichten hat, richten sich allein nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit (§§ 226 ff. SGB V). Alter, Geschlecht und das gesundheitliche Risiko des Mitglieds sind für die Beitragshöhe hingegen unerheblich. Weil der Anspruch auf die medizinischen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich standardisiert ist, fehlt es zudem an der Äquivalenzbeziehung zwischen der Höhe der gezahlten Beiträge und dem Leistungsanspruch des Versicherten (*vertikales Solidarprinzip*). Ausdruck sowohl des horizontalen als auch des vertikalen Solidarprinzips ist schließlich die beitragsfreie Familienversicherung, insbesondere von Ehegatten und Kindern, sofern diese vom Versicherten unterhalten werden (§ 10 SGB V).<sup>7</sup>

Es findet also

in der gesetzlichen Krankenversicherung auf der Beitragsseite ein solidarischer Ausgleich zwischen Besser- und Schlechterverdienenden, zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten, Männern und Frauen, Ledigen und Verheirateten und Kinderlosen und Kinderreichen statt. Dem steht ein einheitliches standardisiertes Programm auf der Leistungsseite gegenüber. Anders ist es nur beim Krankengeld (§§ 44 ff. SGB V) und beim Mutterschaftsgeld (§ 200 RVO). Beide haben Lohnersatzfunktion und orientieren sich daher in der Höhe an dem regelmäßig erzielten Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen (§ 47 SGB V 200 Abs. 2 RVO). Doch ist auch insoweit das Solidarprinzip gewahrt. Denn die Beiträge werden ebenfalls nicht risikoäquivalent ermittelt und die Koppelung an das Arbeitseinkommen beruht allein auf der Funktion als Lohnersatzleistung.<sup>8</sup>

Zusätzlich findet ein Solidarausgleich zwischen den verschiedenen Krankenkassen statt, um Beitragssatzdifferenzen zu minimieren, die sich durch Unterschiede im Risikoprofil der jeweiligen Mitgliedschaften ergeben (Risikostrukturausgleich).

Hingegen werden in der privaten Krankenversicherung die jeweiligen individuellen Krankheitsrisiken bei der Bemessung der Versicherungsprämie berücksichtigt. Die Prämien differieren also je nach Vorerkrankungen, Lebensalter und Geschlecht. Maßgebend für die Berechnung des individuellen Krankheitsrisikos ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beiträge sind darüber hinaus vom Umfang der vom Versicherungsschutz umfassten Leistungen abhängig, über den die Versicherten durch die Wahl zwischen unterschiedlichen Tarifen mitbestimmen können. Damit die Beiträge nicht allein durch den Prozess des Älterwerdens ansteigen, wie dies im Rahmen einer reinen Risikoversicherung der Fall wäre,

---

<sup>7</sup> Kingreen 2003, S. 271.

<sup>8</sup> Kingreen 2003, S. 271.

müssen die Versicherer gemäß dem Anwartschaftsdeckungsverfahren Altersrückstellungen bilden und ihr Kündigungsrecht ist gesetzlich ausgeschlossen.<sup>9</sup> Dem *Äquivalenzprinzip* entspricht also die Proportionalität im Verhältnis zwischen den individuellen Versicherungsbeiträgen einerseits und den zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses statistisch erwartbaren finanziellen Aufwendungen, welche durch die jeweils individuell (aufgrund von Vorerkrankungen, Eintrittsalter und Geschlecht) erwartbare Inanspruchnahme des (in seinem Umfang vom jeweiligen Tarif abhängigen) Spektrums medizinischer Leistungen andererseits voraussichtlich über die erwartbare Dauer des Versicherungsverhältnisses hinweg entstehen. Es kann insofern nicht von einem echten interpersonalen Ausgleich gesprochen werden, als die jeweiligen individuellen Krankheitsrisiken zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die Höhe der Prämie entscheiden. Faktisch findet freilich ein partieller interpersonaler Risikoausgleich statt, der genau so weit reicht, als sich die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Ereignissen, welche Zahlungsverpflichtungen der Versicherer nach sich ziehen, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussagen lässt. Ein solidarischer Einkommensausgleich zwischen verschiedenen Einkommensgruppen findet nicht statt. Auch ein Solidarausgleich zwischen Alleinstehenden und verheirateten bzw. in fester Partnerschaft lebenden Personen oder zwischen Kinderlosen und Erziehenden existiert nicht, da die Prämien nach der Höhe der erwartbaren finanziellen Leistungen berechnet werden, welche die Privatversicherung voraussichtlich wird erbringen müssen.

Gesetzliche und private Krankenversicherung basieren also auf grundlegend verschiedenen Prinzipien. Nicht minder bedeutsam ist der Unterschied zwischen der Freiwilligkeit des Vertragsverhältnisses im Rahmen der privaten Krankenversicherung und der gesetzlichen Mitgliedschaft der Versicherten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Mehrzahl der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten verdient weniger als (aktuell) 3.825,- Euro monatlich und unterliegt daher der *Versicherungspflicht*. Diese Personen haben nur eine beschränkte Auswahl zwischen den verschiedenen Krankenkassen im Rahmen der GKV, deren Leistungsspektrum jedoch zum größten Teil gesetzlich vorgeschrieben ist und sich daher nur unwesentlich unterscheidet. Personen mit einem Einkommen oberhalb der angegebenen Grenze und andere versicherungsfreie Personen wie z. B. Beamte können hingegen die Art ihrer Absicherung gegen Krankheitsrisiken frei bestimmen.

---

<sup>9</sup> Vgl. §§ 12, 12a VAG; Abs. 3 S. 2 § 8 VVG; Abs. 2 S. 2 § 178a VVG; Abs. 4 S. 1 § 178a, vgl. Bundesministerium der Justiz 2004, S. 141 f.



Die unterschiedlichen ethischen Implikationen der beiden Versicherungsmodelle resultieren aus der Verbindung des jeweiligen Grundprinzips mit der Frage der Freiwilligkeit des Versicherungseintritts: Pflicht zur Versicherung gemäß dem Solidarprinzip – also Solidaritätspflicht – einerseits, Freiwilligkeit eines Vertragsverhältnisses gemäß dem Äquivalenzprinzip – mithin keine Solidaritätspflicht – andererseits. Wir werden im Folgenden zunächst die ethischen Implikationen der beiden Systeme jeweils gesondert betrachten, ehe wir die Frage der Vereinbarkeit der beiden Systeme untersuchen.

## **II. Ethische Implikationen eines Systems der freiwilligen Versicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip**

Wie wir gesehen hatten, findet im System der privaten Krankenversicherung ein *partieller interpersonaler Schadensausgleich* statt, *soweit sich die Wahrscheinlichkeit von Versicherungsfällen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussagen lässt*. Dieser partielle interpersonale Ausgleich ist aus Sicht der Versicherten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein erwünschter Effekt, da er unter Normalbedingungen dazu beiträgt, das eigene finanzielle Folgerisiko möglicher Krankheitsfälle in kalkulierbarem Rahmen zu halten. Man könnte hier von einer Art ‚*Seilschafts-Rationalität*‘ – oder, wenn man so will, von einer ‚*Seilschafts-Solidarität*‘ – sprechen: Ähnlich wie bei einer Bergsteiger-Seilschaft liegt die Umverteilung von Risiken innerhalb des Systems der privaten Krankenversicherung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im vernünftigen Eigeninteresse der Beteiligten. Die einzelnen Voraussetzungen dafür sind die folgenden:

- Die beteiligten Personen können von unterschiedlich gravierenden Schadensfällen betroffen sein.
- In einigen der Schadensfälle, auch solchen gravierender Art, ist effektive Abhilfe oder jedenfalls Verminderung der Folgeschäden möglich, dies kann jedoch sehr kostspielig sein.
- Die beteiligten Personen wissen nicht mit Sicherheit, ob und inwieweit sie tatsächlich von diesen Schadensfällen betroffen sein werden.
- Die beteiligten Personen sind bezüglich gesundheitlicher Schäden oder sehr hoher finanzieller Schäden risikoaversiv.

Unter solchen Bedingungen ist es tatsächlich *rational im Sinne des rationalen Egoismus*, an einem System des Schadensausgleichs zu partizipieren. Denn dies bedeutet, dass die finanziellen Folgerisiken, denen alle in einem ihnen unbekanntem Ausmaß ausgesetzt sind, dergestalt umverteilt werden, dass alle gleichermaßen Hilfe im Schadensfall in Anspruch nehmen können, während die finanzielle Belastung dafür erkennbar geringer ausfällt, als wenn jeder für sich allein vorsorgen müsste und dabei auch für den möglichen *worst case* gewappnet sein wollte, also den Fall einer ernsten Krankheit, deren Behandlung sehr hohe Kosten verursacht. Freilich wäre es in einem solchen Modell nicht rational, Personen an der Risikovorsorge teilhaben zu lassen, die nicht in hinreichendem Maße zahlungsfähig sind. Vom Standpunkt des rationalen Egoismus aus wird man nur solche Mitglieder am Vorsorgesystem beteiligen wollen, deren Zahlungen zumindest den Wert erreichen, der sich ergibt, wenn man die Kosten aller Leistungen, die sie vielleicht in Anspruch nehmen könnten, mit der statistischen Wahrscheinlichkeit multipliziert, mit der sie diese Leistungen jeweils in Anspruch nehmen werden. Wer nicht mindestens so viel aufbringt, den wird man aus Gründen des rationalen Egoismus nicht dabei haben wollen, denn er wird, statistisch betrachtet, mehr profitieren als er beiträgt. Das *gemeinsame* Interesse, das die Versicherten im Rahmen eines solchen Systems verbindet, ist das Interesse an der *Bewältigung von Unsicherheit*. Das System verlöre daher die Basis, wenn Versicherungsfälle eindeutig vorausgesagt werden könnten. Denn damit entfielen das Moment der ‚Quasi-Solidarität aus Eigeninteresse‘, einem geteilten Eigeninteresse an der Bewältigung je eigener Lebensrisiken. Genau aus diesem Grund werfen Möglichkeiten einer verbesserten Risikoabschätzung, wie sie beispielsweise durch neue Verfahren der Gendiagnostik intendiert sind, neue Fragen sowohl für die Legitimität als auch für die Stabilität von PKV-Systemen auf.<sup>10</sup>

Da die Verträge zwischen Privatversicherten und ihrer Versicherung freiwillig eingegangen werden, gilt *prima facie* das Prinzip *volenti non fit iniuria*: wer freiwillig etwas auf sich nimmt, erleidet kein Unrecht. Die ethische Legitimität und teils auch die rechtliche Gültigkeit eines Vertrages hängt indes davon ab, wie qualifiziert die *Freiwilligkeit des Vertragsschlusses* tatsächlich ist. Für die ethische Legitimität des Vertrages ist entscheidend, ob die Bedingungen, unter denen er geschlossen wurde, hinreichend gerecht waren, so dass die Einwilligung der Parteien nicht durch eine Form illegitimen Drucks oder Machtungleichgewichts erzwungen wurde. In ethischer Perspektive lässt sich daher fragen, ob

---

<sup>10</sup> Vgl. z. B. Uhlemann 2002.

die Bedingung der Freiwilligkeit beim Abschluss eines Versicherungsvertrages im Rahmen der privaten Krankenversicherung möglicherweise schon durch das Vorliegen eines erhöhten individuellen Krankheitsrisikos in ethisch problematischer Weise eingeschränkt sein könnte. Eine Frau beispielsweise, die aufgrund unverschuldet erlittener Vorerkrankungen einen Vertrag mit vergleichsweise hohen Prämien abschließt, tut dies ja insofern keineswegs freiwillig, als sie ihr individuelles Risikoprofil nicht selbst gewählt hat. Vielmehr sind ihre Auswahlmöglichkeiten durch Umstände eingeschränkt, die sie selbst nicht zu verantworten hat. Freilich könnte sie sich entscheiden, auf eine Krankenversicherung ganz zu verzichten. Will sie jedoch gegenüber den finanziellen Folgekosten eines Krankheitsfalls gesichert sein, so ist sie durch von ihr nicht frei gewählte Umstände gewissermaßen ‚gezwungen‘, hohe Prämien zu akzeptieren.<sup>11</sup>

Innerhalb des dualen Systems der Krankenversicherung, das in Deutschland realisiert ist, wird dieses Problem dadurch relativiert, dass einigen der von der Versicherungspflicht befreiten Personen die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung im System der gesetzlichen Krankenversicherung offen steht (§ 9 SGB V). Jedoch sollten hier die Wertimplikationen eines Systems freiwilliger Versicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip zunächst isoliert betrachtet werden, ohne bereits auf die Interferenzen mit dem am Solidarprinzip orientierten Pflichtversicherungssystem Bezug zu nehmen. Zudem wird auch durch die Möglichkeit des Wechsels in das System der gesetzlichen Krankenversicherung keine vollständige Chancengleichheit zwischen Personen mit verschiedenen Risikoprofilen hergestellt. Personen mit niedrigem Individualrisiko bleibt ja zumindest die Möglichkeit vorbehalten, einen günstigen Privatvertrag abzuschließen. Schließlich haben nicht alle Privatversicherten die Möglichkeit, in das System der gesetzlichen Krankenversicherung überzutreten. Insofern bleibt die Frage bestehen, ob die Freiwilligkeit von privaten Krankenversicherungsverträgen gemäß dem Äquivalenzprinzip in ethisch relevanter Weise durch den Umstand eingeschränkt ist, dass die Vertragschancen der einen Partei in erheblichem Maße von Faktoren abhängig sind, auf die sie selbst keinen Einfluss hat, beispielsweise von ihrem Geschlecht, von ihrem Alter und von unverschuldeten Vorerkrankungen. Ob tatsächlich diese *Chancenungleichheit als Verstoß gegen die Freiwilligkeitsbedingung* betrachtet werden kann, welche ihrerseits eine

---

<sup>11</sup> Aristoteles' Kategorisierung zufolge wäre ein entsprechender Vertragsabschluss als eine ‚gemischte‘ Handlung zu werten, die weder unfreiwillig ist (da die Entscheidung auch anders getroffen werden könnte) noch auch als freiwillig gelten kann (weil die Alternativen durch äußere Umstände in gravierender Weise eingeschränkt sind); vgl. Aristoteles 2001 [Nikomachische Ethik], Drittes Buch, 1109b-1115a.

Bedingung der ethischen Legitimität von Verträgen darstellt, hängt letztlich von der Beurteilung eines grundlegenden Gerechtigkeitsproblems ab, der Frage nämlich,

- ob Krankheitsrisiken, auch wenn sie unverschuldet sind, den Betroffenen normativ zugerechnet und ihnen daher auch die mit diesen Risiken verbundenen finanziellen Lasten und sonstigen Folgerisiken zugemutet werden dürfen oder
- ob unverschuldete Differenzen (z. B. bezüglich des Geschlechts oder nicht selbstverschuldeter Krankheitsrisiken) grundsätzlich nicht den Betroffenen zugerechnet werden dürfen, so dass die Gesellschaft *prima facie* verpflichtet ist, die aus jenen Differenzen resultierenden ökonomischen und sonstigen Ungleichheiten zu minimieren oder sie zumindest auf ein tolerables Maß zu beschränken.

Vereinfacht formuliert lautet die Frage: *Wem sind gerechterweise die Folgelasten ‚schicksalhafter‘ Benachteiligungen zuzumuten – der betroffenen Person oder der Gemeinschaft?* In der medizinethischen und politisch-ethischen Diskussion über die Ressourcenallokation im Gesundheitswesen werden tatsächlich beide Grundpositionen vertreten; die erste beispielsweise vom frühen Robert Nozick<sup>12</sup> (bezüglich der allgemeinen politischen Ethik) und Tristram J. Engelhardt<sup>13</sup> (bezüglich der Ethik des Gesundheitswesens), die zweite zum Beispiel von John Rawls<sup>14</sup> und Ronald Dworkin<sup>15</sup> (bezüglich der allgemeinen politischen Ethik) sowie Norman Daniels<sup>16</sup> (bezüglich der Ethik des Gesundheitswesens).

Im Blick auf die genannte Grundfrage wird zugleich deutlich, dass das Problem der Legitimität privater Verträge im Rahmen der privaten Krankenversicherung vor allem ein *Problem der gesellschaftlichen Rahmenordnung* und weniger ein Problem einzelner Vertragsbeziehungen darstellt. Private Versicherungsunternehmen ziehen aus einem erhöhten Gesundheitsrisiko einzelner Versicherten ja keine unbilligen Vorteile. Im Gegenteil ist die Anpassung der Versicherungsprämien an das individuelle Risikoprofil gerade eine Forderung der Tauschgerechtigkeit. Tauschgerechtigkeit allein reicht zur umfassenden ethischen Legitimierung von Verträgen allerdings nicht aus. Der Spielraum, innerhalb dessen Tauschgerechtigkeit gelten darf, bedarf vielmehr der Eingrenzung durch substantielle Gerechtigkeitsprinzipien. Die Vertragsfreiheit unterliegt daher ethisch begründbaren

---

<sup>12</sup> Nozick 1974.

<sup>13</sup> Engelhardt 1996.

<sup>14</sup> Rawls 1971; Rawls 2001.

<sup>15</sup> Dworkin 1981a, Dworkin 1981b.

<sup>16</sup> Vgl. Daniels 1985; Daniels 1993; Daniels; Sabin 2002. Zur Übersicht über das Spektrum der Argumente der angelsächsischen Diskussion vgl. Marckmann et al. 2003.

Restriktionen. Solche Restriktionen müssen auf der Ebene der Rahmenordnung greifen und alle Parteien gleichermaßen betreffen. Die ethische Grundentscheidung, ob die Folgelasten ‚schicksalhafter‘ Benachteiligungen der jeweils betroffenen Person oder der Gemeinschaft zugemutet werden dürfen, hat also primär Implikationen für die sozialen Institutionen, innerhalb derer gegebenenfalls individuelle Vertragsverhältnisse ausgehandelt werden können.

Beschränkt man die ethische Prüfung auf den bis hierher thematisierten Aspekt der Freiwilligkeit der Vertragsbeziehung, so wäre ein ‚reines‘ System freiwilliger Krankenversicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip für sich betrachtet ethisch legitim, wenn die Folgelasten individueller Krankheitsdispositionen den jeweils Betroffenen zugemutet werden dürften und wenn Solidaritätsverpflichtungen gegenüber kranken oder besonders krankheitsgefährdeten Personen nicht begründet werden könnten. In diesem Fall stünde auch die ethische Legitimität der einzelnen Vertragsbeziehungen, die im Rahmen eines freiwilligen Privatversicherungssystems geschlossen würden, außer jedem Zweifel. Anderenfalls hingegen, wenn die Folgelasten individueller Krankheitsdispositionen nicht den jeweils Betroffenen zugemutet werden dürften, sondern gemeinschaftlich getragen oder zumindest angeglichen werden müssten, wäre ein ‚reines‘ System freiwilliger Krankenversicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip aus ethischer Sicht problematisch. Der Abschluss eines günstigen Versicherungsvertrages innerhalb dieses Systems (z. B. durch einen jungen Mann mit günstigem Risikoprofil und hohem Einkommen) müsste dann als unfaire Ausnützung unverdienter Vorteile gewertet werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die anschließenden Ausführungen zu den ethischen Implikationen eines am Solidarprinzip orientierten Pflichtversicherungssystems auch für die Legitimität eines am Äquivalenzprinzip orientierten Systems freiwilliger Krankenversicherung relevant sind. Zu beachten ist ferner, dass die Betrachtung eines ‚reinen‘ Privatversicherungssystems eine in analytischer Absicht vorgenommene Verkürzung der Fragestellung darstellt. Diese Verkürzung erschien sinnvoll, um zunächst die *internen* Wertimplikationen eines Privatversicherungssystems hervortreten zu lassen. Um zu einer umfassenden ethischen Bewertung zu gelangen, müssen jedoch die Auswirkungen der Gesamtheit der relevanten sozialen Institutionen berücksichtigt werden. Beispielsweise ist ja nicht ausgeschlossen, dass ein mehr oder weniger weitgehender Ausgleich von Risiko- und Einkommensdifferenzen zwar nicht innerhalb des Systems der Krankenversicherung, wohl aber in anderen gesellschaftlichen Systemen stattfindet; etwa im Steuer- oder Sozialhilfesystem. Auf die Frage der ethischen Bewertung der Interferenzen

zwischen dem Privatversicherungssystem und dem System der gesetzlichen Krankenversicherung werden wir zurückkommen.<sup>17</sup>

### **III. Ethische Implikationen eines Systems der Pflichtversicherung gemäß dem Solidarprinzip**

Die Wertimplikationen eines Systems der Pflichtversicherung gemäß dem Solidarprinzip unterscheiden sich fundamental von denen eines Systems freiwilliger Krankenversicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip. Durch das Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung wird explizit eine Pflicht zu einem interpersonalen Lastenausgleich statuiert. Dieser Lastenausgleich findet, anders als im Privatversicherungssystem, nicht nur gleichsam als Nebeneffekt der Prognoseunsicherheit zwischen Mitgliedern derselben Risikogruppe statt – etwa zwischen aktuell Gesunden und aktuell Kranken oder jungen und älteren Menschen, die bei Vertragsabschluß derselben Risikogruppe zugerechnet wurden – sondern als ein ausdrücklich intendierter Lastenausgleich auch zwischen Angehörigen verschiedener Risikogruppen, Einkommensgruppen und zwischen Singles und Familien. Das Grundprinzip, an dem das Solidarsystem orientiert ist, lässt sich in etwa folgendermaßen ausdrücken: Jeder Versicherte zahlt Beiträge nach seiner Leistungsfähigkeit, jeder Versicherte erhält freien Zugang zu allen medizinischen Leistungen, deren er notwendig bedarf und die wirtschaftlich erbracht werden können.

#### **1. Solidarprinzip, Solidarität und soziale Gerechtigkeit**

Für die ethische Beurteilung des Solidarprinzips ist entscheidend, dass es das Strukturprinzip einer rechtlich institutionalisierten Pflichtversicherung und nicht das Prinzip eines freiwilligen Systems kommunitärer Selbsthilfe darstellt:

Der Wohlfahrtsstaat ist keine moralische neutrale Form der Zentralisierung und Koordination konkreter und spontaner Solidarität, sondern ein Zwangsverband, der die mitmenschlichen Unterstützungsleistungen abgaben- und steuerpolitisch erzwingt, die lebensweltlichen Netze der freiwilligen privaten Hilfe durch ein bürokratisches System umfassender Zwangsmitgliedschaft und gesetzlicher Umverteilung ersetzt.<sup>18</sup>

Daher greift eine Betrachtungsweise zu kurz, welche das im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung angelegte Solidarprinzip als Prinzip einer Pflichtversicherung

---

<sup>17</sup> Vgl. unten Abschnitt A IV.

<sup>18</sup> Kersting 2000b, S. 24.

unmittelbar an eine in Nahbeziehungen sich entfaltende gemeinschaftliche Solidarität koppelt.<sup>19</sup>

Solidarität ist ein überaus vieldeutiger Begriff, der im Rahmen der normativen Ethik kaum systematische Entfaltung gefunden hat.<sup>20</sup> Die vorherrschenden Verwendungsweisen sind entweder rein deskriptiv – so wird Solidarität von Émile Durkheim als Oberbegriff verschiedener Formen sozialen Zusammenhalts verwandt<sup>21</sup> –, oder sie bezeichnen eine gefühlsmäßig getönte Haltung, die eine Bereitschaft zur wechselseitigen – oder ‚solidarischen‘ – Hilfeleistung im Rahmen kleinerer oder größerer sozialer Gruppen beinhaltet. Letzterer Solidaritätsbegriff wird teils in einem weniger anspruchsvollen Sinne für die faktische Bereitschaft zur wechselseitigen Hilfeleistung verwandt, unabhängig von den Motiven, aus denen diese Bereitschaft gespeist ist („faktische Solidarität“<sup>22</sup>), teils wird nur dort von Solidarität gesprochen, wo die wechselseitige Hilfsbereitschaft aus einer anspruchsvollen ethischen Motivation resultiert. Die Ambivalenz des weit gefassten Solidaritätsbegriffs bringt Uwe Volkmann auf den Punkt:

Es gibt die spontane und die dauerhafte Solidarität, die Solidarität unter Gleichen und unter Ungleichen, die von persönlicher Zuneigung getragene Solidarität und die Solidarität aus Berechnung, die Solidarität zur Interessenverfolgung und die aus uneigennützigem Altruismus, die kämpferische Solidarität gegen Dritte und die Solidarität zu deren Gunsten, die Solidarität der Arbeitnehmer und die Solidarität der Demokraten, die nationale und die internationale Solidarität; der Begriff passt auf das Verhalten einer Klosterbruderschaft wie auf das einer Räuberbande.<sup>23</sup>

Als Beispiel für ein normativ anspruchsvolles Solidaritätskonzept sei auf die Definition von Christoph Hübenthal verwiesen:

Solidarität ist eine Haltung von Personen, Gruppen oder Institutionen, die (a) von der vernünftigen Begründbarkeit der Würde und damit auch der Rechte jedes einzelnen Menschen überzeugt ist, die (b) um die soziale Vermitteltheit personaler Identität weiß (deskriptive Solidarität), die daher (c) gerechte gemeinschaftliche, gesellschaftliche oder globale Strukturen fordert, die (d) [...] sensibel ist für Ungerechtigkeiten, die (e) den gerechtfertigten Widerstand gegen Ungerechtigkeiten con- oder pro-solidarisch mitträgt und die schließlich (f) da, wo es möglich ist, ein solidarisches Verhalten motivieren

---

<sup>19</sup> Dies betont auch Kingreen 2003, S. 252.

<sup>20</sup> Dies betont auch Bayertz 1998, hier S. 12 ff.. Vgl. zur Übersicht über den Begriff und Versuche der ethischen Systematisierung die übrigen Beiträge in demselben Sammelband sowie Hübenthal 2000; Volkmann 1998. Einen der wenigen Versuche einer universalistischen Rekonstruktion von Solidarität unternimmt Habermas u. a. in Habermas 1991a; hierzu bekräftigend Rehg 1994. Für weitere Literatur vgl. Arndt 1998.

<sup>21</sup> Durkheim 1995.

<sup>22</sup> Ullrich spricht von *faktischer* Solidarität auch dann, wenn diese im Sinne einer „Interessensolidarität“ in rationalem Eigeninteresse motiviert ist; vgl. u. a. Ullrich 2000, S. 270.

<sup>23</sup> Volkmann 1998, S. 5, zitiert nach Kingreen 2003, S. 246 f.

muss, das auf einem Kontinuum zwischen von allen gerechterweise zu fordernden und supererogatorischen Handlungen liegen kann.<sup>24</sup>

Unabhängig davon, welche Definition von Solidarität generell adäquat erscheinen mag, ist die ethische Beurteilung eines Systems der am Solidarprinzip orientierten Pflichtversicherung von der Frage abhängig, ob und inwieweit eine Pflicht zum Risiko- und Einkommensausgleich gerechtfertigt werden kann. Es erscheint angemessen, diese Frage als eine Frage sozialer Gerechtigkeit zu verstehen. Mit dem Begriff der Solidarität wird kein neuer ethischer Argumentationsraum neben der Diskussion über Gerechtigkeitsfragen eröffnet. Auch wenn es richtig wäre, dass das System der solidarischen Pflichtversicherung aus einer in Nahbeziehungen gewachsenen Solidarbereitschaft organisch herausgewachsen wäre, was in historischer Perspektive zumindest verkürzt erscheint,<sup>25</sup> bedürfte die Versicherungspflicht gleichwohl einer normativen Rechtfertigung. Die faktische Solidarbereitschaft kann sich nicht gleichsam durch sich selbst legitimieren, sobald erst einmal Zweifel an der Legitimität des Pflichtversicherungssystems auftauchen. Soweit Solidaritätspflichten bestehen, müssen sie als Gerechtigkeitspflichten begründet werden können. *Solidarität darf nur gefordert werden, soweit diese Forderung gerecht ist.*<sup>26</sup> Die ethische Rückbindung der Solidaritätspflicht an Standards sozialer Gerechtigkeit ist auch konkordant mit den Wertgrundlagen des Sozialgesetzbuchs, das gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 SGB I „zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“ beitragen soll. Durch die Rekonstruktion der Solidaritätspflicht als Gerechtigkeitspflicht ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Akzeptanz eines Solidarsystems motivational aus einer positiven Solidarbereitschaft seiner Mitglieder gespeist ist. Die Stabilität auch eines durch Rechtszwang flankierten Solidarsystems kann in Gefahr geraten, wenn es nicht von einer Bereitschaft zum Solidarausgleich getragen wird. Diese Bereitschaft ist nicht zuletzt abhängig von den ethischen Überzeugungen und Einsichten der Versicherten und insofern auch von der Gültigkeit ethischer Argumente. In Deutschland ist die Bereitschaft zum Solidarausgleich innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung faktisch weithin vorhanden.<sup>27</sup>

Die Frage, inwieweit eine Pflicht zum solidarischen Lastenausgleich im System der Gesundheitsversorgung gerechterweise gefordert werden kann, lässt sich nicht unabhängig

---

<sup>24</sup> Hübenthal 2000, hier S. 34 f; im Original kursiv.

<sup>25</sup> Vgl. Herles 2000, S. 9 ff.

<sup>26</sup> Auch Christoph Hübenthal versteht Gerechtigkeit „als Übergang zur normativen Solidarität“. Hübenthal 2000, hier: S. 27.

<sup>27</sup> Vgl. Ullrich 2000.



von Fragen des guten Lebens beantworten. Für die Frage, ob eine Pflicht zur Beteiligung an der solidarischen Finanzierung eines Gesundheitssystems gerechtfertigt werden kann, ist die Frage von Bedeutung, inwieweit alle Bürger, ungeachtet ihrer verschiedenen Vorstellungen vom guten Leben, rationalerweise ein Interesse an einem System der Gesundheitsversorgung haben. Eine Pflicht zur Beteiligung an einem Solidarsystem kann nur dann als gerecht gelten, wenn sie nicht eine unbillige Diskriminierung bestimmter Entwürfe eines guten Lebens impliziert. Das System der sozialen Institutionen muss, im vernünftigen Rahmen, *Raum für einen Pluralismus unterschiedlicher Entwürfe des guten Lebens* lassen. Innerhalb einer gerechtigkeitsethischen Untersuchung sind mithin auch die Implikationen einer am Solidarprinzip orientierten Pflichtversicherung für eine Ethik des guten Lebens zu betrachten. Dabei ist stets die „lexikalische Ordnung“<sup>28</sup> zwischen Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und solchen des guten Lebens zu berücksichtigen: Gerechtigkeitsfragen sind normativ vorrangig gegenüber Fragen des von Individuen oder begrenzten Gemeinschaften erstrebten guten Lebens. Letztere Auffassung ist innerhalb der politischen Ethik zwar nicht unumstritten. Sie gewinnt jedoch an Plausibilität, wenn beachtet wird, dass die Unterscheidung zwischen Gerechtigkeitsfragen und Fragen des guten Lebens eine analytische Unterscheidung darstellt. Die These des Vorrangs von Gerechtigkeitsaspekten vor Aspekten des guten Lebens impliziert daher nicht die Behauptung, dass eine schlechthin neutrale, d. h. von partikularen Konzepten des guten Lebens vollständig unabhängige gesellschaftliche Realisierung von Prinzipien der Gerechtigkeit möglich wäre. Realistisch ist jedoch die schwächere Vorstellung, dass sich der Vorrang des Gerechten vor dem Guten im Rahmen von Prozessen deliberativ-demokratischer Selbstbestimmung jeweils aufs Neue geltend macht.<sup>29</sup> Dies geschieht gerade in dem Maße, in dem aus der Perspektive partikularer Entwürfe des guten Lebens die Reform sozialer Institutionen gefordert wird. Solche Forderungen können sich im Rahmen offener Argumentation nämlich nur insoweit Geltung verschaffen, als sie die Gestalt von Forderungen nach Gerechtigkeit, auch im Sinne der Unparteilichkeit gegenüber verschiedenen Lebensentwürfen, annehmen können.

## **2. Das Solidarprinzip aus der Perspektive verschiedener Ethiken**

Setzt man eine inegalitäre Verteilung von finanziellen Ressourcen und Gesundheitsrisiken als gegeben voraus, so lässt sich ein solidarischer Risiko- und Einkommensausgleich nicht allein

---

<sup>28</sup> Ulrich 2001a; Habermas 1991b.

<sup>29</sup> Zum Konzept deliberativer Demokratie vgl. Habermas 1992; Habermas 1996.

durch den Appell an den *rationalen Egoismus* rechtfertigen. Wer über ein hohes Maß an finanziellen Ressourcen verfügt, kann kein Interesse daran haben, einen weit größeren Anteil seines Einkommens für die gemeinschaftliche Krankenversicherung zu investieren, als er selbst, statistisch betrachtet, in Form von Gesundheitsleistungen wahrscheinlich zurückerhalten wird. Für ihn ist es weit sinnvoller, für den Fall eigener Krankheit durch ein Versicherungssystem Vorsorge zu treffen, das ausschließlich auf den Prinzipien der individuellen Risikovorsorge gemäß dem Äquivalenzprinzip basiert. Allenfalls sehr weitgreifende indirekte Folgenerwägungen könnten Gutverdienenden einen Einkommensausgleich im Gesundheitssystem als etwas erscheinen lassen, das im Sinne des rationalen Egoismus „vernünftig“ ist, beispielsweise die Sorge um das eigene öffentliche Ansehen oder die Furcht vor sozialen Revolten. Damit sind scheinbar auch rein vertragstheoretische Argumente, wie sie in der Tradition kontraktualistischer Ethiken entwickelt worden sind, für die Begründung der Solidaritätspflicht ungeeignet. *Libertaristische Vertragstheorien*, wie sie etwa vom frühen Robert Nozick oder von Tristram H. Engelhardt vertreten werden, *lehnen die Umverteilung von Einkommen, wie sie im System der gesetzlichen Krankenversicherung oder im Steuerrecht vorgesehen ist, als illegitime Freiheitsbeeinträchtigung ab*. Die Ablehnung von Solidaritätspflichten ist im Rahmen kontraktualistischer Ethik jedoch nur dann konsequent, wenn der hypothetische Vertrag auf der Grundlage einer faktisch bestehenden, inegalitären Risiko- und Einkommensverteilung geschlossen wird. Diese Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses dürfen dabei nicht im Sinne eines ‚Faktizitäts-Apriori‘ aus dem Objektbereich ethischer Reflexion ausgeklammert werden. Da die Rahmenbedingungen entscheidend dafür sind, welche praktischen Regelungen im vernünftigen Eigeninteresse der Vertragspartner liegen, liefe es nämlich auf einen Fehlschluss vom Sein aufs Sollen hinaus, sie der vertragstheoretischen Argumentation unhinterfragt zu Grunde zu legen. Die ethischen Begründungslasten würden dann willkürlich denen aufgebürdet, die eine partielle Umverteilung einer gegebenen inegalitären Risiko- und Einkommensverteilung rechtfertigen wollen, mit der Folge, dass die von Rawls so genannten *burdens of judgment*,<sup>30</sup> die Schwierigkeiten einer allgemeinverbindlichen moralischen Urteilsbildung unter Bedingungen des Pluralismus, einseitig *gegen* eine Pflicht zum Solidarausgleich ins Feld geführt werden können. Libertaristische Vertragstheorien, die dem Vorwurf eines Sein-Sollens-Fehlschlusses entgehen wollen, müssen deshalb zunächst die Vertragsbedingungen, beispielsweise die vorfindliche Verteilung von Einkommen und

---

<sup>30</sup> Vgl. Rawls 2001, S. 35 ff.

gesundheitsbezogenen Folgerisiken, als ethisch gerechtfertigt erweisen. Hierzu bedarf es unter anderem einer Rechtfertigung der primären Aneignung von Eigentum sowie eines empirisch und normativ überzeugenden Nachweises der Gerechtigkeit der faktischen bestehenden Mechanismen des Austauschs von Eigentum. Die libertaristischen Antworten auf diese anspruchsvollen Rechtfertigungsaufgaben können letztlich jedoch nicht überzeugen,<sup>31</sup> soweit sie sich mit ihnen befassen.<sup>32</sup>

*Fairnessbezogene Vertragstheorien* wie diejenige von John Rawls eliminieren die Auswirkungen faktischer Differenzen bezüglich individueller Lebenschancen, indem sie die hypothetischen Vertragspartner hinter einem sogenannten „Schleier des Nichtwissens“ (*veil of ignorance*) platzieren. Dies bedeutet, dass die fiktiven Parteien, die sich im „Urzustand“ (*original position*) vor dem Hintergrund ihrer wohlwollenen Interessen über die normative Grundstruktur ihrer Gesellschaft einigen sollen, nicht wissen, welche Position sie innerhalb der Gesellschaft tatsächlich einnehmen werden. Sie werden deshalb einen hypothetischen Rollentausch vornehmen und die Auswirkungen alternativer gesellschaftlicher Grundstrukturen von der Warte aller möglichen gesellschaftlichen Positionen aus – mithin unparteilich – bewerten. Vertragstheorien wie diejenige von Rawls ersetzen sozusagen das Faktizitäts-Apriori durch ein in das Modell des Urzustands eingelassenes ‚Unparteilichkeits-Apriori‘. Dieses Unparteilichkeits-Apriori wird im Rahmen der Rawlschen Gerechtigkeitstheorie allerdings nicht willkürlich vorausgesetzt. Rawls sucht es durch den Hinweis zu begründen, dass es den wohlwollenen Fairness-Vorstellungen der Bürger einer demokratischen Gemeinschaft entspricht, so dass sich im Rahmen eines vernünftigen öffentlichen Verständigungsprozesses ein Überlegungsgleichgewicht (*reflective equilibrium*) einstellen würde. Die von Rawls vorgeschlagene Methode der Moralbegründung beansprucht insofern keine unbedingte, schlechthin unbestreitbare Verbindlichkeit, sondern nur Verbindlichkeit vor dem Hintergrund eines faktischen Konsenses über grundlegende Prinzipien fairer Konfliktregelung. *Auf der Grundlage fairnessbezogener Vertragstheorien lassen sich gute Argumente für ein Gesundheitssystem gewinnen, das eine Pflicht zur Beteiligung an einem am Solidarprinzip orientierten System der Gesundheitsversorgung*

---

<sup>31</sup> Vgl. die Probleme der elaboriertesten libertaristischen Eigentumstheorie, der „Entitlement-Theory“ Robert Nozicks, formuliert v.a. in Nozick 1974, v.a. Kap. 7; zur Kritik vgl. u. a. Kymlicka 2002, S. 102-165; Cohen 1995 sowie die Beiträge von Lyons und Ryan in Paul; Nozick 1981. Ein Grundproblem libertaristischer Erwerbstheorien liegt in der Schwierigkeit, im Rahmen komplexer, hochgradig arbeitsteiliger Wirtschaftszusammenhänge den „wahren Anteil“ individueller Beiträge zur Wertschöpfung zu bestimmen; vgl. hierzu Hinsch 2002, Kap. 8 sowie Gosepath 2004, S. 381 ff.

<sup>32</sup> Unzureichend reflektiert wird das Problem der Begründung der faktischen Vertragsbedingungen in Engelhardt 1996.

*vorsieht*. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man mit Wolfgang Kersting unterstellen darf, dass Bürger der Erhaltung und gegebenenfalls der Wiederherstellung ihrer Gesundheit vernünftigerweise einen hohen Wert beimessen werden, da Gesundheit, über ihren intrinsischen Wert hinaus, als ein „transzendentes Gut“<sup>33</sup> die Bedingung der Realisierung beliebiger anderer persönlicher Werte darstellt. Es erscheint dann plausibel, anzunehmen,

daß sich innerhalb dieses vertragstheoretischen Szenarios folgende Standardüberlegung entwickeln läßt: Da ich nicht weiß, ob ich reich oder arm sein werde, möchte ich nicht, daß die Befriedigung meines fundamentalen Gesundheitsbedürfnisses von der Höhe meiner finanziellen Mittel abhängt. Damit ist zumindest für den Bereich der Gesundheitsversorgung der Markt durch das Solidargemeinschaftsprinzip ersetzt. Die Verteilung der Gesundheitsversorgungsleistungen wird nicht über den Marktpreis reguliert, sondern orientiert sich direkt an der Bedürftigkeit; und die Finanzierung des Gesundheitsversorgungssystems wird in die Hände der politischen Gemeinschaft gelegt.<sup>34</sup>

Wenig aussichtsreich erscheint *prima facie* der Versuch, Solidarpflichten im Rahmen des *Utilitarismus* zu begründen, denn das utilitaristische Kriterium der Maximierung des Gesamtnutzens bzw. Durchschnittsnutzens ist Verteilungsfragen gegenüber grundsätzlich indifferent, es behandelt Effizienz vorrangig gegenüber Gerechtigkeit. Dieser kommt, wie allen übrigen Werten außer dem Gesamt- bzw. Durchschnittsnutzen selbst, aus Sicht des Utilitarismus lediglich eine instrumentelle Bedeutung zu. Gleichwohl können utilitaristische Überlegungen unter bestimmten Randbedingungen für einen finanziellen Lastenausgleich im Rahmen eines gemeinschaftlichen Gesundheitssystems sprechen. Das gilt zunächst deshalb, weil eine Verteilung nach Verdienst bzw. nach dem je eigenen Vermögensbeitrag nicht das primäre Verteilungsprinzip des Utilitarismus darstellt und nur indirekt begründet werden kann, während der jeweilige Nutzen von Gesundheitsleistungen und somit der individuelle Behandlungsbedarf unmittelbar ethisch relevant ist. Zudem ist es plausibel anzunehmen, dass das Prinzip des abnehmenden Grenznutzens gerade in Bezug auf Gesundheitsleistungen Gültigkeit hat. Der Nutzen von Aufwendungen von Gesundheitsleistungen bezogen auf eine Person steigt mit kontinuierlich ansteigendem Mitteleinsatz von einem bestimmten Punkt an nur noch unterproportional an. Je höher der Versorgungsgrad bereits ist, desto geringer wird der zusätzliche Nutzen, der mit einem bestimmten Mitteleinsatz erzielt werden kann. Dies kann ein Argument für eine eher egalitäre Gesundheitsversorgung sein. Allerdings ist die

---

<sup>33</sup> Siehe Anm. 168.

<sup>34</sup> Kersting 2002a, S. 44 f. Weitergehende „egalitaristisch-“wohlfahrtsstaatliche Ambitionen, die Kersting bei Rawls zu erblicken meint, möchte Kersting indes nicht teilen; vgl. auch Kersting 2000a. Auf einen Kontraktualismus Rawlsscher Provenienz stützt Norman Daniels seine Überlegungen zur Begründung einer sozialstaatlich organisierten Gesundheitsversorgung; vgl. u. a. Daniels 1985.

utilitaristisch hergeleitete, effizienzbasierte „Gleichverteilungspräferenz“ von kontingenten Randbedingungen abhängig und insofern keineswegs zuverlässig. Es ist nicht prinzipiell ausgeschlossen, dass eine grob inegalitäre Verteilung medizinischer Ressourcen im Einzelfall einen größeren Gesamtnutzen oder auch Durchschnittsnutzen mit sich bringt als eine egalitäre. Überdies würden sich in einer rein utilitaristischen Perspektive auch moralisch kontraintuitive Verteilungskonsequenzen ergeben. So hätten im Rahmen eines konsequenten Glücksutilitarismus Menschen mit depressiver Veranlagung *prima facie* einen geringeren Anspruch auf lebenserhaltende medizinische Ressourcen als solche, die ein glücklicheres Leben zu erwarten hätten. Der utilitaristischen Orientierung an Effizienz im Sinne einer Maximierung des Gesamtnutzens würde überdies eine Vernachlässigung der Gesundheitsversorgung von Personen mit ungünstigem Risikoprofil entsprechen, sofern deren Versorgung bei hohen Kosten nur einen vergleichsweise geringen Beitrag zur Erhöhung des Gesamt- bzw. Durchschnittsnutzens verspricht:

Eine utilitaristische Allokation setzt die Prioritäten so, daß Patienten beziehungsweise Patientengruppen, bei denen sich mit dem relativ geringsten Aufwand das größte Maß an Leidensminderung erreichen läßt, bevorzugt werden. Tendenziell werden dadurch jüngere gegenüber älteren Patienten bevorzugt [...]. Tendenziell werden Patienten mit häufigen Erkrankungen gegenüber Patienten mit selteneren Erkrankungen bevorzugt, da sich der Aufwand zur Behandlung häufigerer Erkrankungen infolge von Mengeneffekten in der Regel verringert.<sup>35</sup>

Im Rahmen eines entfalteten Modells utilitaristischer Ethik lassen sich grob kontraintuitive Konsequenzen zwar durch zusätzlich eingefügte Praxisnormen, Brückenprinzipien o.ä. zwar vermeiden. Dies wird jedoch durch eine zusätzliche Abschwächung der Begründungskraft des utilitaristischen Begründungsversuchs in Richtung einer bloßen kontextbezogenen Plausibilitätsargumentation erkaufte.<sup>36</sup> Ohnehin wird das utilitaristische Moralprinzip in aller Regel nur mit Plausibilitätsargumenten gerechtfertigt, der Anspruch auf ‚zwingende‘ Gültigkeit utilitaristischer Argumente wird auch von den Befürwortern dieser Position nicht erhoben.<sup>37</sup> Soweit sich aus utilitaristischen Argumenten überhaupt ein tentatives Fazit bezüglich der Bewertung eines Ausgleichs von Einkommens- und Risikodifferenzen gemäß dem Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung gewinnen lässt, erscheint dieses zwiespältig: *Utilitaristische Argumente sprechen tendenziell für eine Pflicht zum Einkommensausgleich, aber gegen eine Pflicht zum Ausgleich unterschiedlicher Risikoprofile.*

---

<sup>35</sup> Vgl. Birnbacher 2002a, hier: S. 97 f.

<sup>36</sup> Vgl. Lübke 2002.

<sup>37</sup> Vgl. Birnbacher 2002b.

Im Rahmen von *Ethiken kantischen Typs* lassen sich unterschiedliche Argumente für die Bewertung einer Pflicht zum Einkommens- und Risikoausgleich in der Gesundheitsversorgung mobilisieren. Kant selbst hat in der Abwehr paternalistischer Staatskonzepte keine Rechtfertigung des Sozialstaats formuliert.<sup>38</sup> Seine Theorie bietet jedoch Ansatzpunkte für eine solche Rechtfertigung. Aus dem für Kants Rechtstheorie zentralen Konzept bürgerlicher Freiheit lassen sich nicht nur Abwehrrechte, sondern auch politische Teilhabe- und soziale Rechte legitimieren, soweit diese Rechte als Bedingungen für die Wahrnehmung der grundlegenden bürgerlichen Freiheitsrechte verstanden werden können. Auch lässt sich aus der Pflicht zur gleichen, unparteilichen Achtung des Selbstzweckcharakters eines jeden Vernunftwesens die Verpflichtung gewinnen, die Subsistenzbedingungen und Entfaltungsmöglichkeiten von Personen gegenüber schicksalhaften Bedrohungen zu sichern. Moderne Weiterentwicklungen und Varianten der kantischen Ethik haben vielfach die Ansatzpunkte einer freiheitsbasierten Rechtfertigung des Sozialstaates ausgebaut. So erscheint beispielsweise in der mit starken Begründungsansprüchen operierenden *Diskursethik* und Diskurstheorie des Rechts die sozialstaatliche Demokratie als unverzichtbares Korrelat des freiheitlichen Rechtsstaats,<sup>39</sup> und aus der handlungsreflexiven *Ethik Alan Gewirths*<sup>40</sup> ergibt sich ein umfangreiches System sozialer Rechte, das die Gesellschaft zur Gewährleistung einer solidarischen Gesundheitsversorgung verpflichtet.<sup>41</sup> Charakteristisch für Sozialstaatsbegründungen im Rahmen kantischer Ethiken ist, dass soziale Anspruchsrechte zumindest auch als Bedingungen der Möglichkeit der Wahrnehmung personaler Freiheitsrechte und Selbstentfaltungsmöglichkeiten betrachtet werden. Deshalb sind solche Ethiken zugleich sensibel für die Gefahren der freiheitsbedrohenden Wirkungen eines wohlfahrtsstaatlichen Paternalismus, welcher die Selbstbestimmungsräume der Bürger beschränkt oder die Bürger auf ein vorgegebenes Konzept des guten Lebens verpflichten will. In diesem Zusammenhang ist jedoch wiederum der Sonderstatus der Gesundheit als eines „transzendentalen Gutes“, also als Bedingung der Möglichkeit der Realisierung *unterschiedlicher* Konzepte des guten Lebens, zu beachten.<sup>42</sup> Dieser Sonderstatus minimiert die Gefahr, dass eine Pflicht zur solidarischen Finanzierung eines gemeinschaftlichen Systems der Gesundheitsvorsorge als unverhältnismäßige Einschränkung der Freiheitsräume der Bürger bzw. auf eine einseitige

---

<sup>38</sup> Vgl. u. a. Kant 1968b.

<sup>39</sup> Vgl. Habermas 1992, S. 484 ff.; Ulrich 2001a, S. 259 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Gewirth 1978, Steigleder 1997.

<sup>41</sup> Vgl. Gewirth 1996, Bobbert 2003.

<sup>42</sup> Siehe Anm. 168.

Bevorzugung bestimmter Konzepte des guten Lebens hinausläuft. *Aus Ethiken kantischen Typs lassen sich insgesamt gute Gründe für ein sozialstaatliches System medizinischer Versorgung gewinnen.*

In jüngerer Zeit wird zunehmend der Begriff des *Egalitarismus* für eine bestimmte, nicht immer klar umrissene Gruppe von Gerechtigkeitstheorien gebräuchlich, von deren Positionen die Gruppe der sogenannten Anti-Egalitaristen sich abzugrenzen sucht. Mit dem Begriff des Egalitarismus wird also keine eigene ethische Theorie bezeichnet, sondern (meist in kritischer Absicht) eine Gruppe von Theorien, die in der (traditionell kaum bestrittenen) Annahme übereinstimmen, dass Gerechtigkeit grundsätzlich an Gleichheit gebunden ist. Darüber hinaus zielen egalitaristische Ethiken explizit darauf ab, unverdiente Benachteiligungen auszugleichen („to eliminate [...] disadvantage for which the sufferer cannot be held responsible, since it does not appropriately reflect choices that he has made“<sup>43</sup>). Als Index der Gleichverteilung dient entweder das Wohlbefinden (Wohlfahrts-Egalitarismus), die Verfügung über gesellschaftliche Ressourcen (Güter-Egalitarismus), die Lebenschancen (Chancen-Egalitarismus) oder die Fähigkeiten (Fähigkeits-Egalitarismus). Der Wohlfahrts-Egalitarismus wird selten vertreten und auch von den Vertretern anderer egalitaristischer Ethiken häufig kritisiert. Die Vertreter des Ressourcen-Egalitarismus treffen zusätzliche Vorkehrungen, um natürliche Ungleichheiten im persönlichen Ressourcenbedarf, wie sie beispielsweise in der Folge von Krankheiten oder Krankheitsdispositionen entstehen, zu kompensieren.<sup>44</sup> Der Chancen-Egalitarismus kann hinsichtlich der Reichweite von Kompensationsforderungen weiter gehen als ein Fähigkeits-Egalitarismus, der nur eine Gleichheit bezüglich basaler menschlicher Fähigkeiten anstrebt. Hinsichtlich der Implikationen für die Frage der Legitimität einer Pflicht zur solidarischen Gesundheitsvorsorge bestehen jedoch keine dramatischen Differenzen zwischen Ressourcen-, Chancen- und Fähigkeits-Egalitarismus. *Da die grundlegende Intuition des Egalitarismus in der Auffassung besteht, dass unverdiente Benachteiligungen auszugleichen sind, erscheint aus egalitaristischer Sicht eine Pflicht zum Solidarausgleich in der Krankenversicherung grundsätzlich gerechtfertigt.* Als problematisch erscheint in solchen Theorien eher die Eingrenzung denn die Begründung des Solidarausgleichs.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Cohen 1989, S. 916.

<sup>44</sup> Vgl. Dworkin 1981b.

<sup>45</sup> Vgl. beispielsweise die Revisionen, die Norman Daniels an seiner Theorie der Gerechtigkeit im Gesundheitswesen vorgenommen hat, nachdem er 1985 eine an Rawls Konzept der Chancengleichheit orientierte Position vertreten hatte; vgl. Daniels 1985, Daniels; Sabin 2002.

Eingrenzungsprobleme ähnlicher Art stellen sich freilich auch im Rahmen von *anti-egalitaristischen und Grundbedürfnistheorien*. Da die anti-egalitaristischen bzw. nonegalitaristischen Theorien nur in der Ablehnung einer auf die Angleichung unverdienter Benachteiligungen zielenden Position einig sind, ist das Spektrum dieser Ansätze überaus heterogen. Angelika Krebs grenzt in ihrem Übersichtswerk die Position der „neuen“ Nonegalitaristen von einem Libertarismus nozickscher Prägung ab und führt aus:

Bei den neuen Nonegalitaristen hat der Staat nicht nur die negative Freiheit aller zu schützen. Er hat auch dafür zu sorgen, dass niemand unter elenden Umständen existieren muss. Jeder muss Zugang zu Nahrung, Obdach, medizinischer Grundversorgung, persönlichen Nahbeziehungen, sozialer Zugehörigkeit, Differenz und privater wie politischer Autonomie haben. Allen muss ein menschenwürdiges Leben effektiv ermöglicht werden.<sup>46</sup>

Krebs betont weiterhin, dass dies „nicht einfach mit der unbedingten Garantie eines humanitären Sockels für alle zusammenfallen“ müsse. „Dem Sockel nachgeordnet“ könnten „vielmehr diverse Verteilungsprinzipien rangieren, wie das Verdienstprinzip, das Qualifikationsprinzip oder das Prinzip der Tauschfreiheit.“<sup>47</sup> Damit zeichnet sich freilich ab, dass *anti-egalitaristische Theorien und Grundbedürfnistheorien zwar eine Grundsicherung, aber nicht unbedingt eine am Prinzip des solidarischen Risiko- und Einkommensausgleich orientierte Grundsicherung vorsehen*. Vereinbar mit der von Krebs charakterisierten Position wäre offenbar auch ein Gesundheitssystem, das keinen Ausgleich von Krankheitsrisiken oder Einkommensdifferenzen vornimmt, so lange nicht einzelne Personen in absolute Armut fallen oder gar nicht mehr fähig sind, das ihnen zuerkannte Minimum an Gesundheitsleistungen zu finanzieren. Als problematisch stellt sich in solchen Theorien die genaue Bestimmung dieses *decent minimum of health care*<sup>48</sup> dar, da komparative Argumentationen, die auf die Herstellung eines *gleichen* Zugangs zu Gesundheitsleistungen zielen, abgelehnt werden. Die Frage der rationalen Fundierung non-egalitärer Ethiken kann aufgrund der Heterogenität dieser Ansätze kaum zusammenfassend beurteilt werden; häufig geht die anti-egalitaristische Position jedoch mit einer Ablehnung starker Begründungsansprüche einher und begnügt sich dementsprechend ihrerseits mit Plausibilitätsargumenten.

*Kommunitaristische Theorien* bestreiten den Vorrang von Gerechtigkeitsfragen vor Fragen des guten Lebens. Die Frage der Rechtfertigbarkeit eines Systems der solidarischen

---

<sup>46</sup> Krebs 2000, S. 31.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> So eine Formulierung Allen Buchanans; vgl. Buchanan 1984, vgl. dt. Buchanan 2003.



Gesundheitsversorgung erscheint deshalb an die moralischen Überzeugungen und die faktische Solidaritätsbereitschaft der Bürger gebunden. Prinzipiell wird freiwilligen Formen solidarischer Nächstenhilfe der Vorrang vor staatlichen Zwangssystemen gegeben; der Kommunitarismus betont das Prinzip der Subsidiarität. Ob eine Pflicht zur Beteiligung an einem System der solidarischen Krankenversicherung gerechtfertigt werden kann, lässt sich in kommunitaristischer Perspektive wie auch in der Perspektive hermeneutischer Ethiken nicht unabhängig von den Wertüberzeugungen der jeweiligen Gemeinschaft entscheiden. Der hohen Akzeptanz des solidarischen Systems der Krankenversicherung in der deutschen Bevölkerung kommt aus kommunitaristischer Sicht daher erhebliche normative Bedeutung zu. *Kommunitaristische Ethiken weisen zu Recht darauf hin, dass die Legitimierbarkeit einer gemeinschaftlichen Gesundheitsvorsorge davon abhängt, inwieweit die Ziele des Gesundheitssystems tatsächlich den Vorstellungen der Bürger von ihrem guten Leben entsprechen.*<sup>49</sup>

### **3. Zusammenfassung und eigene Bewertung**

Innerhalb des Spektrums normativ-ethischer Theorien lehnt nur der Libertarismus eine Pflicht zur Beteiligung an einem System solidarischer Krankenversicherung (ebenso wie jede steuerliche Umverteilung) eindeutig ab. Diese Position, die etwa vom frühen Robert Nozick und Tristram J. Engelhardt repräsentiert wird, ist jedoch von einer Theorie absoluter Eigentumsrechte abhängig, deren Begründung nicht überzeugen kann.<sup>50</sup>

Im Rahmen des Utilitarismus kommt Gerechtigkeitsüberlegungen nur ein instrumenteller Charakter zu; das Ziel der Nutzenmaximierung ist letztlich allein ausschlaggebend. *Prima facie* begünstigen utilitaristische Argumente eine Pflicht zum Einkommensausgleich (soweit diese die Effizienz des Gesamtsystems erhöht), aber nicht zum Risikoausgleich. Durch pragmatische Zusatzargumente und die Einschaltung von ‚Praxisnormen‘ erscheinen aber – in Abhängigkeit von abweichenden empirischen Prämissen – recht unterschiedliche institutionelle Arrangements utilitaristisch rechtfertigbar. Ähnlich uneindeutig sind die Implikationen kommunitaristischer Ethiken für die Bewertung einer Solidaritätspflicht, da die ethische Bewertung sozialer Institutionen im Kommunitarismus an die faktisch vorliegenden

---

<sup>49</sup> Emanuel 1991.

<sup>50</sup> Nozick hat sich von seiner in *Anarchy, State und Utopia* vertretenen radikalen Auffassung später distanziert, da sie der Bedeutung gesellschaftlicher Institutionen für die Stabilität sozialer Kooperationsbeziehungen nicht Rechnung getragen habe: „The libertarian position I once propounded now seems to me seriously inadequate“; Nozick 1989, S. 286.

Wertorientierungen innerhalb konkreter Gemeinschaften gebunden wird. Einerseits präferieren kommunitaristische Ethiken freiwillige subsidiäre Selbsthilfesysteme gegenüber sozialstaatlichen Zwangsinstitutionen; andererseits spricht die weitreichende faktische Akzeptanz der solidarischen Krankenversicherung in der deutschen Bevölkerung aus kommunitaristischer Sicht für die Legitimität dieses Systems. Grundbedürfnistheorien und mit ‚absoluten Standards‘ operierende ‚anti-egalitaristische‘ Ethiken liefern zumindest Rechtfertigungen für eine sozial finanzierte Mindestversorgung, die jeder Person zustehen sollte. Darin ist eine Pflicht zum vollen Solidarausgleich, wie ihn das Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung vorsieht, nicht notwendig eingeschlossen; einige Vertreter dieser Position bemühen sich jedoch um eine solche weitergehende Begründung. Im Rahmen von Ethiken kantischen Typs sowie zumal im Rahmen fairnessbezogener Vertragsethiken sowie im Rahmen ‚egalitaristischer‘ Ethiken, welche auf den Ausgleich unverschuldeter Benachteiligungen zielen, lassen sich starke Argumente für ein am Solidarprinzip orientiertes Gesundheitssystem gewinnen. Entgegen den Auffassungen des Utilitarismus und des Kommunitarismus halten die Autoren des vorliegenden Gutachtens aus prinzipiellen moralphilosophischen Gründen am prinzipiellen Vorrang von Fragen der Gerechtigkeit vor Fragen des Gesamt- und Durchschnittsnutzens wie auch vor Fragen des gemeinschaftlichen guten Lebens fest. Sie teilen die grundlegende moralische Intuition, wonach Gemeinschaften *prima facie* verpflichtet sind, Benachteiligungen einzelner Mitglieder auszugleichen, sofern diese Benachteiligungen unverschuldet sind oder aus guten Gründen den jeweils Benachteiligten nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werden sollten.<sup>51</sup> Akzeptiert man diese moralische Intuition, so erscheint eine Pflicht zur Beteiligung an einem System der solidarischen Krankenversicherung gerechtfertigt, die auf der Einnahmenseite nach dem Prinzip der Einkommensproportionalität und auf der Leistungsseite nach dem Prinzip der Bedürfnisgerechtigkeit verfährt. Die ethische Rechtfertigung dieser Intuition kann zum einen auf den Sozialbezug aller individuellen Beiträge zur Wertschöpfung und zum anderen auf die Tatsache verweisen, dass die Zuteilung sozialer Rechte nicht (bzw. nicht ohne zusätzliche Begründung) von kontingenten Umständen abhängig gemacht werden darf. Sie darf allerdings nicht im Sinne eines Glücks- oder Wohlfahrts-Egalitarismus ausgelegt werden, der auf einen vollständigen Ausgleich von Wohlfahrtsdifferenzen zielt und diesem Verteilungsprinzip alle anderen Verteilungsaspekte unterordnet, denn dies würde zu einer illegitimen Beeinträchtigung der Freiheitsspielräume der Bürger führen. Aufgabe einer

---

<sup>51</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Eigenverantwortung, S. 60 ff.

Krankenversicherung ist es indes nicht, einen vollständigen Ausgleich unverschuldeter Wohlfahrtsdifferenzen herzustellen. Das Gesundheitssystem insgesamt kann vielmehr lediglich einen begrenzten Beitrag zum Ausgleich grundlegender Benachteiligungen leisten, die sich auf grundlegende Fähigkeiten (*capabilities*), grundlegende Voraussetzungen individueller Lebenschancen und grundlegende Bedingungen eines guten Lebens (wie Freiheit von Schmerz oder von schwerem psychischen Leid) beziehen. Dass der Ausgleich unverschuldeter oder nicht als Verschulden zurechenbarer Benachteiligungen hinsichtlich solcher grundlegenden Voraussetzungen solidarisch finanziert werden soll, welche die Nutzung individueller Freiheitsspielräume erst ermöglichen, erscheint auch im Ausgang von den Prinzipien einer Freiheitsordnung im Sinne Kants gut begründbar. Akzeptiert man diese prinzipielle Position, ergeben sich als Anschlussfragen zum einen die Frage des genauen Umfangs der solidarisch zu finanzierenden Leistungen, zum anderen die Frage der Ressourcenallokation innerhalb des derart eingegrenzten Systems der medizinischen Versorgung.

#### **IV. Interferenzen zwischen Äquivalenz- und Solidarprinzip**

Wie gezeigt unterscheiden sich die Wertimplikationen eines Systems der freiwilligen Versicherung gemäß dem Äquivalenzprinzip in grundlegender Weise von denen eines Systems der Pflichtversicherung gemäß dem Solidarprinzip. Das deutsche System der Krankenversicherung ist von einem Nebeneinander beider Systeme geprägt. Erstens besteht für gesetzlich Versicherte die Möglichkeit, eine private Zusatzversicherung abzuschließen, um im Bedarfsfall Leistungen in Anspruch zu nehmen, die nicht Bestandteil des Leistungskatalogs ihrer gesetzlichen Krankenkasse sind (Privatversicherung als Zusatzversicherung). Zweitens sind Personen mit einem monatlichen Einkommen, das über 3.825,- Euro liegt, von der Versicherungspflicht befreit und haben die Möglichkeit einer privaten Vollversicherung gegen Krankheitsrisiken, während Personen unterhalb dieser Grenze normalerweise der Pflicht zur Beteiligung am System der solidarischen Krankenversicherung unterliegen. Betrachtet man den Bereich der Krankenversicherung für sich und blendet mögliche Implikationen systemfremder Einflüsse aus, so ist die erste Möglichkeit potentiell ethisch legitim, während die zweite Möglichkeit ethisch inkonsistent und daher nicht zu rechtfertigen ist. *Die Einschränkung einer Solidarpflicht auf Personen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze erscheint willkürlich, und zwar ganz unabhängig*

von der *ethischen Basistheorie, die der Einschätzung zu Grunde gelegt wird*. Aus Sicht von ethischen Positionen, welche die Solidarpflicht für gerechtfertigt halten, lassen sich keine Gründe dafür gewinnen, dass Personen oberhalb einer bestimmten Einkommensgrenze von der Solidarpflicht befreit werden sollten. Ganz im Gegenteil entspricht es ja dem Solidarprinzip, dass Personen je nach Leistungsfähigkeit belastet werden, so dass einkommensstärkere Personen sogar besonders in der Pflicht stehen. Geht man hingegen von einer libertaristischen Position aus, so erscheint die Solidarpflicht, der Personen unterhalb der Einkommensgrenze unterliegen, als ethisch verwerflich. Freilich ist das Fazit, wonach das Nebeneinander verschiedener Vollversicherungssysteme für Mitglieder verschiedener Einkommensgruppen ethisch verwerflich ist, nur dann zwingend, wenn das Gesundheitssystem für sich betrachtet und Interferenzen mit anderen Systemen des Lastenausgleichs ausgeblendet werden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Faktoren aus anderen gesellschaftlichen Bereichen die Ungleichbehandlung von Personen diesseits und jenseits der Versicherungspflichtgrenze legitimieren. Auf den ersten Blick sind allerdings keine solchen Faktoren zu erkennen. Auch wenn derartige Faktoren existieren sollten, wäre das Nebeneinander zweier grundsätzlich verschiedener Versicherungssysteme der normativen Transparenz der Sozialpolitik abträglich.

## **B. Eigenverantwortung und Subsidiarität**

### **I. Zur Ausgestaltung des Prinzips der Mitverantwortung und Eigenverantwortung Recht der GKV**

Die generelle *Mitverantwortung der Versicherten für ihre Gesundheit* ist im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung als zentrales Leitprinzip etabliert: „Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mitverantwortlich“, heißt es im SGB V, „sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden.“ (§ 1 S. 2 SGB V). Die den Versicherten an dieser Stelle zugesprochene Mitverantwortung ist also nicht auf die Interaktion innerhalb des Gesundheitssystems beschränkt, sondern bezieht sich auf ihr gesundheitsrelevantes Verhalten insgesamt.

Diese generelle Mitverantwortung der gesetzlich Versicherten für ihre Gesundheit kann unter Umständen auch zur Begrenzung ihrer Ansprüche gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung herangezogen werden, oder auch zur Rechtfertigung von Eigenleistungen, welche die gesetzlich Versicherten im Krankheitsfall erbringen müssen. Aus der Gesundheits-Mitverantwortung der Versicherten wird mitunter eine partielle *Finanzierungs-Eigenverantwortung* abgeleitet. Diese Finanzierungs-Eigenverantwortung kann verschiedene Ausprägungen annehmen. Sie kann beispielsweise in Form einer *pauschalen Leistungsausgrenzung* realisiert werden. Entsprechend lautet § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V: „Die Krankenkassen stellen den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden.“ Dass bestimmte Leistungen der Eigenverantwortung der Versicherten zugeschrieben werden, bedeutet an dieser Stelle, dass sie nicht im Sinne des Umlageverfahrens der gesetzlichen Krankenversicherungen solidarisch finanziert werden. Als Konkretisierung des Bereichs der Leistungen, die vom Gesetzgeber „der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden“, lässt sich beispielsweise die Ausgliederung nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel in § 34 SGB V verstehen. Ein anderes Mittel, Versicherten eine Finanzierungs-Mitverantwortung zuzuschreiben, sind die in § 53 SGB V vorgesehenen Möglichkeiten von *Selbstbehalt und Beitragsrückzahlung*. Dort heißt es:

Die Krankenkasse kann in ihrer Satzung vorsehen, dass freiwillige Mitglieder, die Kostenerstattung in Anspruch nehmen (§ 13), jeweils für ein Kalenderjahr einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten übernehmen können (Selbstbehalt). Die Beiträge mit Ausnahme der nicht vom Mitglied zu tragenden Anteile und der Beitragszuschüsse nach § 106 des Sechsten Buches sowie § 257 Abs. 1 Satz 1 sind für diese Mitglieder entsprechend zu ermäßigen.

In die Rubrik der „Finanzierungs-Eigenverantwortung“ fallen schließlich auch die *Zuzahlungen* gemäß § 61 SGB V.

Ein Element des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung, das eindeutig auf das Leitprinzip der Mitverantwortung der Versicherten für ihren Gesundheitszustand bezogen ist, ist die in § 52 SGB V vorgesehene Möglichkeit der *Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden*: „Haben sich Versicherte“, so lautet diese Regelung, „eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen, kann die Krankenkasse sie an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe

beteiligen und das Krankengeld ganz oder teilweise für die Dauer dieser Krankheit versagen und zurückfordern.“

Die den Versicherten zuerkannte Mitverantwortung für ihre eigene Gesundheit konstituiert auf der Seite der Kostenträger nicht nur Rechte bzw. Entlastungen von Ansprüchen der Versicherten. Der den Versicherten in § 1 S. 2 SGB V zugesprochenen Gesundheitsverantwortung, ihrer Verpflichtung zu Prävention und Compliance, korrespondiert vielmehr auch eine Verpflichtung der Gesetzlichen Krankenkassen, durch geeignete Maßnahmen aktiv zum gesundheitsbezogenen *Empowerment der Versicherten* beizutragen, sie also zum mitverantwortlichen Gesundheitsverhalten zu befähigen: „Die Krankenkassen haben den Versicherten dabei durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken.“ (§ 1 S. 3 SGB V ) Diese Verpflichtung wird unter anderem in § 20 Abs. 4 SGB V konkretisiert. Den Krankenkassen wird dort die Förderung von „Selbsthilfegruppen, -organisationen und -kontaktstellen“ auferlegt, „die sich die Prävention oder die Rehabilitation von Versicherten [...]“ bezüglich berufsbezogener Erkrankungen „zum Ziel gesetzt haben.“ (§ 20 Abs. 4 S. 1 SGB V). Eine Konkretisierung der genannten Verpflichtung der Krankenkassen zur Förderung der Gesundheits-Mitverantwortung der Versicherten stellt auch § 65b SGB V dar; den Gesetzlichen Krankenkassen werden dort wiederum Maßnahmen zur „Förderung von Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung“ auferlegt.

## **II. Die Eigenverantwortung Versicherter in ethischer Perspektive**

Im Folgenden wenden wir uns zunächst dem Konzept der Gesundheits-Mitverantwortung im Sinne des § 1 S. 2 SGB V zu. Im Anschluss gehen wir auf das Konzept der Finanzierungseigenverantwortung im Sinne des *cost-sharing* ein, wie es in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V verankert ist. Beide Konzepte sind unterschiedlichen Charakters und müssen daher zunächst gesondert analysiert werden. Nur dann können auch die Zusammenhänge deutlich werden, die zwischen den beiden Konzepten bestehen.

## 1. Ethische Aspekte der Gesundheits-Mitverantwortung im Sinne von § 1 S 2 SGB V

### a) Begriffliche Klärungen

Schon der allgemeine Verantwortungsbegriff gilt zu Recht als überaus vieldeutig; er bedarf näherer Erläuterungen. Bezüglich des Konzepts der Mitverantwortung bzw. Eigenverantwortung gesetzlich Krankensversicherter ergibt sich zusätzlicher Klärungsbedarf, da von der Verantwortung Versicherter im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in unterschiedlichen Zusammenhängen gesprochen wird. Für den gesundheitspolitischen und gesundheitsökonomischen Diskurs gilt dies noch in stärkerem Maße. Zwar hat „derzeit kaum ein Reformkonzept eine vergleichbare Konjunktur [...] wie das Thema Eigenverantwortung“, doch entspricht dem „bislang kein einheitliches, systematisch ausgearbeitetes und damit klar definiertes Konzept“<sup>52</sup>.

### b) Gesundheits-Mitverantwortung gemäß § 1 S 2 SGB V als Form prospektiver Verantwortung

Bedeutsam ist zunächst die Unterscheidung zwischen der retrospektiven und der prospektiven Verwendungsweise des Verantwortungsbegriffs.<sup>53</sup> Interpretiert man *Mitverantwortung im retrospektiven Sinne*, so bedeutet die Aussage „Person P ist für ihre Gesundheit mitverantwortlich“ so viel wie: P hat ihren Gesundheitszustand durch aktives Tun oder Unterlassen in einer Weise mitverursacht, der ihr normativ (z. B. rechtlich oder ethisch) zugerechnet werden kann; oder, verkürzt gesagt: Person P ist mitschuldig an ihrem Gesundheitszustand. Die Behauptung, dass P in diesem Sinne für ihren Gesundheitszustand mitverantwortlich ist, setzt mindestens dreierlei voraus: Erstens muss zwischen dem Tun oder Unterlassen von P einerseits und Ps Gesundheitszustand andererseits eine kausale Beziehung bestehen. Zweitens muss P diese Beziehung zwischen ihrem Handeln und ihrem Gesundheitszustand gekannt haben; zumindest aber muss sie die Möglichkeit gehabt haben, sich Kenntnis von diesem Zusammenhang zu verschaffen. Drittens muss P über die Freiheit verfügt haben, den Verlauf ihres gesundheitsrelevanten Handelns absichtsvoll zu beeinflussen. Versteht man *Mitverantwortung im prospektiven Sinne*, so bedeutet die Aussage: „Person P ist für ihre Gesundheit mitverantwortlich“ nicht, dass P ihren Zustand faktisch in irgendeiner Weise beeinflusst hat oder hätte beeinflussen können, sondern dass P

---

<sup>52</sup> Marckmann et al. 2004, hier S. 715.

<sup>53</sup> Vgl. zur Übersicht Werner 2002b. Die retrospektive Verantwortung wird auch mit dem Begriff der Imputationsverantwortung oder Rechenschaftsverantwortung bezeichnet, die prospektive Verantwortung wird auch als Fürsorge- oder Aufgabenverantwortung genannt; vgl. etwa Höffe 1993.

verpflichtet ist, ihre Gesundheit zu bewahren, zu fördern oder wiederherzustellen. Die Zuschreibung prospektiver Verantwortung ist also nicht eine Art Schuldzuschreibung, sondern die Zuschreibung einer Aufgabe, Zuständigkeit oder Verpflichtung. Dass retrospektive und prospektive Verantwortung zweierlei sind, beweist die Möglichkeit, P *gleichzeitig* Verantwortung für ihre Krankheit und Verantwortung für ihre Gesundheit zuzuschreiben. P kann retrospektiv für ihre Krankheit (z. B. einen leichtsinnig herbeigeführten Beinbruch) und zugleich prospektiv für ihre Gesundheit verantwortlich sein (z. B. dafür, das geschiente Bein nicht wieder zu früh zu belasten). Prospektive Verantwortung darf mit retrospektiver Verantwortung also nicht verwechselt werden. Zugleich besteht jedoch eine eindeutige Korrelation zwischen prospektiver und retrospektiver Verantwortung. Personen können nur für Dinge retrospektiv zur Verantwortung gezogen werden, die zum Bereich ihrer prospektiven Verantwortung gehört haben. Umgekehrt können Personen auch nur für dasjenige prospektiv verantwortlich sein, wofür man sie retrospektiv verantwortlich machen könnte. Daraus folgt, dass einer Person auch prospektive Verantwortung nur für Dinge zugeschrieben werden kann, die sie willentlich und wissentlich beeinflussen kann. Bei der in § 1 S. 2 SGB V statuierten Mitverantwortung der Versicherten für ihre Gesundheit handelt es sich zweifellos um eine prospektive Verantwortung. Den gesetzlich Versicherten wird dadurch eine prospektive Verpflichtung auferlegt: „sie sollen [...] dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden.“

*c) Gesundheits-Mitverantwortung als Verpflichtung gegenüber der eigenen Person?*

Verantwortungsverhältnisse, gleich ob ethischen oder juristischen Charakters, sind mehrstellige Relationen, zu deren konstitutiven Elementen neben dem Verantwortungs*subjekt* (einem „Wer“ der Verantwortung) und dem Verantwortungs*gegenstand* (einem „Wofür“ der Verantwortung) auch eine Verantwortungs*instanz* (ein „Gegenüber“ der Verantwortung) gehört. Die Verantwortung der Versicherten für ihre eigene Gesundheit kann in ethischer Perspektive entweder als Verpflichtung des jeweiligen Versicherten gegenüber seiner eigenen Person oder als eine Verpflichtung gegenüber Dritten verstanden werden.

Im ethischen Diskurs der Gegenwart wird mehrheitlich bezweifelt, dass „Pflichten gegenüber sich selbst“ einer rationalen Begründung zugänglich sind. Zeitgenössische Autoren betrachten zumeist nur dasjenige Verhalten als moralisch relevant, von dem außer der Akteurin bzw.



dem Akteur noch weitere moralisch zu achtende Wesen betroffen sind.<sup>54</sup> Im Utilitarismus wird allerdings eine ethische Verpflichtung zur Förderung des eigenen Nutzens postuliert, soweit dadurch *prima facie* auch der Gesamtnutzen maximiert wird.<sup>55</sup> Im Rahmen der normativen Ethik Kants gelten Verpflichtungen gegenüber der eigenen Person als begründbar, so dass Suizid und andere Arten selbstschädigenden Verhaltens als moralisch verwerflich erscheinen.<sup>56</sup> Auch modernere Varianten der kantischen Ethik beschränkten den Bereich des moralisch Verbindlichen daher häufig auf den Bereich der intersubjektiven Beziehungen und verzichten auf den Versuch einer Rechtfertigung von Pflichten gegenüber der eigenen Person.<sup>57</sup> Im Rahmen kontraktualistischer Ethik-Ansätze sind moralische Verpflichtungen gegenüber der eigenen Person prinzipiell nicht begründbar, da die Basis der moralischen Bewertung ja gerade in der Möglichkeit eines intersubjektiv akzeptierbaren Vertrages liegt.

d) *Gesundheits-Mitverantwortung als tugendethisches ‚Gebot der Klugheit‘*

Nahe liegend erscheint hingegen eine tugendethische Deutung der Verantwortung für die eigene Gesundheit.<sup>58</sup> Ein verantwortlicher Umgang mit der eigenen Psyche und Physis ist tugendethisch geboten, insofern physische und psychische Gesundheit generelle Bedingungen eines guten Lebens darstellen, weitgehend unabhängig davon, welchen besonderen Lebensentwurf eine Person im Übrigen zu realisieren trachtet.<sup>59</sup> Freilich erscheint der Erhalt der eigenen Gesundheit in tugendethischer Perspektive nur insofern ‚geboten‘, als Personen ohnehin ein Interesse an ihrem guten Leben haben. Eine Tugendpflicht in diesem Sinne des Begriffs ist also lediglich ein ‚Gebot der Klugheit‘, nicht jedoch eine Verpflichtung, deren

---

<sup>54</sup> Die von Bernard Gert formulierte Definition von Moral ist in dieser Hinsicht repräsentativ für die Mehrzahl der zeitgenössischen Ethiken: „Morality is an informal public system applying to all rational persons, governing behavior that affects others, and includes what are commonly known as the moral rules, ideals, and virtues and has the lessening of evil and harm as its goal.“ Gert 1998, S. 13.

<sup>55</sup> Vgl. Birnbacher 2002b. Intuitiv erscheint die Vorstellung, dass es im engen Sinne moralisch geboten ist, den eigenen Nutzen zu fördern, auch wenn niemand sonst davon betroffen ist, eher unplausibel. Da utilitaristische Ethiken in der Regel nur durch Plausibilitätsüberlegungen begründet werden, ist dies kein trivialer Einwand.

<sup>56</sup> Vgl. Kant 1968a. Die Rechtfertigung von Verpflichtungen gegenüber der eigenen Person ist im Rahmen der kantischen Ethik auf das Konzept der „Doppelnatur“ des Menschen als Sinnenwesen und transzendentes Wesen gestützt; ein Konzept, das im Rahmen der ethischen Diskussion der Gegenwart mehrheitlich zurückgewiesen wird.

<sup>57</sup> Das gilt beispielsweise für die Diskursethik, welche Kants Konzeption des transzendentalen Subjekts im Sinne einer unbegrenzten Dialoggemeinschaft rekonstruiert; vgl. Habermas 1983, Apel 1988. Dadurch erscheinen auch die bei Kant als Pflichten gegenüber der eigenen Person interpretierten Obligationen als intersubjektive Verpflichtungen gegenüber den Mitgliedern einer Diskursgemeinschaft. Eine Verteidigung der Konzeption von Pflichten gegenüber der eigenen Person versucht hingegen Gewirth 1978, S. 330-338.

<sup>58</sup> Vgl. Aristoteles 2001, 1119a, Nussbaum 1998.

<sup>59</sup> Otfried Höffe und Wolfgang Kersting sprechen insofern von Gesundheit als einem „transzendentalen“ Gut, insofern Gesundheit eine notwendige Bedingung der Möglichkeit der Realisierung vieler weiterer Güter darstellt; vgl. Kersting 2000b, S. 26 ff.; Kersting 2002b, S. 144; Höffe 2002, S. 58.

Einhaltung *strictu sensu* moralisch geboten wäre, von Dritten eingefordert oder sogar juristisch eingeklagt werden könnte. Unter normalen Bedingungen wäre es im Sinne der Prinzipien einer klugen Lebensplanung sehr unklug, keinen Wert auf die Erhaltung bzw. Wiederherstellung der eigenen Gesundheit zu legen. Dies gilt zumindest für denjenigen Kernbereich der Gesundheit, der eine Bedingung für die Verfolgung (nahezu) beliebiger Lebenspläne darstellt. Freilich gilt das Gesagte nicht uneingeschränkt. Bestimmte exzentrische Lebenskonzepte lassen sich möglicherweise sogar besser unter Bedingungen eingeschränkter Gesundheit verfolgen. Die Behauptung, dass es unter allen Umständen unvernünftig wäre, keinen Wert auf die eigene Gesundheit zu legen, wäre daher zu weitgehend. Ohne Zweifel ist es aber typischerweise vernünftig, gesund bleiben oder werden zu wollen. Wer sein Leben rational plant, wird ein hochrangiges Interesse an seiner Gesundheit haben.<sup>60</sup> Freilich wird man aus tugendethischer Sicht auch Bedenken gegen eine übertriebene Gesundheitsorientierung geltend machen müssen. Wer innerhalb seiner normalen Alltagspraxis beständig mit dem Bemühen beschäftigt ist, seine Gesundheit zu erhalten oder zu fördern, ohne eigentlich krank zu sein oder besondere Krankheitsrisiken zu tragen, handelt zweifellos nicht vernünftig. Übertriebene Sorge um die eigene Gesundheit kann irrational sein. Eine beständige ängstliche Sorge um die eigene Gesundheit kann Möglichkeiten der personalen Selbstentfaltung beschränken, statt sie zu erhalten. Unter Umständen kann sie auch hinsichtlich des Ziels der Gesunderhaltung kontraproduktiv wirken oder sogar selbst Ausdruck einer psychischen Störung, beispielsweise Symptom einer hypochondrischen Störung oder Zwangsstörung, sein. In tugendethischer Hinsicht erstrebenswert erscheint vor allem eine Internalisierung und positive emotionale Besetzung von Verhaltensweisen, die objektiv zur Gesunderhaltung oder Gesundheitsförderung beitragen können, ohne dass dabei das Ziel der Gesunderhaltung beständig präsent sein muss; zu denken ist hier beispielsweise an gesundheitsförderliche Arten von Breitensport.

Aus Sicht der Gesundheitspolitik sind die tugendethischen Überlegungen insofern von Bedeutung, als sie die Frage aufwerfen, inwieweit eine *Pflicht* zur Gesundheits-Mitverantwortung überhaupt statuiert werden muss. Was ohnehin im rationalen Eigeninteresse der Versicherten liegt, muss ihnen nicht eigens als Verpflichtung auferlegt werden. Sehr viel eher zielführend ist es dann, (a) die allgemeine Einsicht zu befördern, dass die Gesundheits-Mitverantwortung tatsächlich im eigenen Interesse liegt, (b) Gesundheits-

---

<sup>60</sup> Vgl. für viele Schopenhauer 1988, Bd. IV, S. 324: „Überhaupt [...] beruhen 9/10 unseres Glückes allein auf der Gesundheit.“

Aufklärung in dem Sinne zu betreiben, dass die Kompetenz der Versicherten erhöht wird, ihre Verantwortung auch wahrzunehmen, (c) dazu beizutragen, dass äußere und innere Hemmnisse und Widerstände gegen die Wahrnehmung von Gesundheits-Mitverantwortung abgebaut werden. Hier liegen also neben sozialpolitischen Aufgaben auch Aufgaben der Bildungs- und allgemeinen Gesellschaftspolitik.

e) *Gesundheits-Mitverantwortung als Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft*

Die Möglichkeit, im Rahmen einer säkularen Ethik eine Gesundheits-Mitverantwortung im Sinne einer einklagbaren moralischen Pflicht gegenüber der eigenen Person zu begründen, ist, wie oben ausgeführt, insgesamt skeptisch zu beurteilen. Hingegen lässt sich zeigen, dass ein vernünftiges Maß an Sorge für die eigene Gesundheit zu den Prinzipien kluger Lebensplanung gehört. Aus der *Perspektive theologischer Ethik* schließlich erscheint die Verantwortung für die eigene Gesundheit als Verantwortung nicht gegenüber der eigenen Person, sondern gegenüber Gott: „Leben ist ein Geschenk Gottes. [...] Viel für den Erhalt seiner Gesundheit oder seine Gesundung zu tun und zu wünschen, ist nicht nur verständlich, es ist berechtigt und sogar geboten, wenn man ernst nimmt, dass der Mensch das Geschenk von Leben und Gesundheit schützen und bewahren soll.“<sup>61</sup>

Ein liberaler Rechtsstaat kann nun weder die Einhaltung von Tugendpflichten noch die Erfüllung religiöser Gebote einfordern. Allenfalls kann eine Aufgabe des Staates darin gesehen werden, Bürgerinnen und Bürger in der Realisierung ihres guten Lebens zu unterstützen, er kann sie aber nicht zum guten Leben zwingen. Die ethische Grundlage der im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung geforderten *Pflicht* zur Gesundheits-Mitverantwortung liegt insofern nicht so sehr in Verpflichtungen der Versicherten gegenüber der eigenen Person. Als ethische Begründungsbasis kommen viel eher die Pflichten der Versicherten gegenüber der Gemeinschaft in Frage. Unmittelbar einschlägig sind dabei ihre *Verpflichtungen gegenüber der Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung*. Gesundheits-Mitverantwortung lässt sich als Teil der Verpflichtungen einzelner Versicherter gegenüber der Gemeinschaft der Versicherten verstehen, soweit die folgenden vier Annahmen berechtigt sind:

- erstens die Annahme, dass jede/r Versicherte unter Normalbedingungen ein vernünftiges Eigeninteresse einerseits an möglichst geringen Beitragssätzen und

---

<sup>61</sup> Deutsche Bischofskonferenz 2003, S. 5.

andererseits an einer bestmöglichen medizinischen Versorgung hat, dass also jede/r Versicherte an der maximalen Effizienz des Einsatzes medizinischer Leistungen interessiert ist;

- zweitens die Annahme, dass Moralsubjekte keine Verhaltensweise wählen dürfen, die sie bei anderen Moralsubjekten in vergleichbarer Situation mit guten Gründen missbilligen würden, sofern nicht besondere Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen;
- drittens die Annahme, dass die Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung durch die Versicherten die Gesamteffizienz des Mitteleinsatzes im Gesundheitswesen befördert;
- viertens die Annahme, dass die mit der Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung verbundenen Freiheitseinschränkungen sowie die evtl. sich ergebenden sonstigen Nebenwirkungen vor dem Hintergrund der damit verfolgten Ziele zumutbar sind.

Nimmt man die erste und die zweite Annahme zusammen, so ergibt sich, dass Versicherte *prima facie* verpflichtet sind, einen Beitrag zur Effizienz des Einsatzes der solidarisch aufgebrachten Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung zu leisten, da sie ein entsprechendes Verhalten aller übrigen Versicherten wünschen müssen. Die erste Annahme dürfte unproblematisch sein. Die zweite Annahme ist als einzige nicht empirischen, sondern normativen Charakters. Sie basiert auf einem einfachen Universalisierungsprinzip, das im Diskurs der Moralphilosophie nahezu unstrittig anerkannt ist.<sup>62</sup> Unter Hinzunahme der dritten Annahme lässt sich eine *Prima-facie*-Pflicht zur Gesundheits-Mitverantwortung gewinnen. Die dritte Annahme, der zufolge durch ein Verhalten im Sinne der Gesundheits-Mitverantwortung die Gesamteffizienz der solidarfinanzierten medizinischen Leistungen erhöht wird, ist plausibel; es liegt hierzu allerdings keine verlässliche Datenbasis vor. Die dritte Annahme impliziert nicht zwangsläufig, dass durch die Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung in jedem Fall Kosten eingespart werden; denn auch „die entschlossene Nutzung der vorhandenen Therapiemöglichkeiten kann durchaus Ausdruck einer verantwortlichen Vorsorge für die eigene Gesundheit sein.“<sup>63</sup> Zu bedenken ist aber, dass Versicherte kein Interesse an Kostenersparnis schlechthin haben. Vielmehr sind sie einerseits

---

<sup>62</sup> Die Ablehnung des Prinzips würde nämlich einen ethischen Egoismus bzw. Partikularismus implizieren, der sich nicht auf konsistente Weise vertreten lässt; vgl. hierzu klassisch Medlin 1957; zum Thema Universalisierung vgl. allgemein Wimmer 2002.

<sup>63</sup> Evangelische Kirche in Deutschland 1994, S. 28.

an Kostenersparnis, andererseits aber auch an einer guten Gesundheit interessiert; sie haben also vor allem ein Interesse an der *Effizienz* des Einsatzes der von ihnen aufgebrauchten Mittel. Für die Begründung einer generellen Pflicht zur Gesundheits-Mitverantwortung genügt daher die Annahme, dass die Effizienz des Einsatzes der solidarisch finanzierten medizinischen Leistungen durch Gesundheits-Mitverantwortung tendenziell zunimmt. Die im dritten Schritt gewonnene *Prima-facie*-Pflicht zur Gesundheits-Mitverantwortung wird im vierten Schritt insoweit aktualisiert, als die mit der Wahrnehmung dieser Mitverantwortung verbundenen Freiheitseinschränkungen und sonstigen Nebenwirkungen zumutbar sind. Inwieweit dies der Fall ist, kann im Einzelfall kontrovers bewertet werden. Da die Erhaltung und Förderung der eigenen Gesundheit indes ein Ziel ist, der jede vernünftige Person einen hohen Rang einräumen wird, und da die Wahrnehmung von Gesundheits-Mitverantwortung ohnehin bereits deshalb angezeigt scheint, weil für viele Gesundheitsbeeinträchtigungen keine (hinreichende) medizinische Abhilfe oder Kompensation möglich ist, dürfte die Zumutbarkeit zumindest weniger aufwändiger Formen von Gesundheits-Mitverantwortung schwer zu bestreiten sein.

## **2. Ethische Aspekte der Finanzierungs-Eigenverantwortung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V**

### *a) Verhältnis zwischen Finanzierungs-Eigenverantwortung und Gesundheits-Mitverantwortung*

Wie oben bemerkt ist im Sozialgesetzbuch sowohl von der Gesundheits-Mitverantwortung der Versicherten als einer Art genereller Einstellung als auch von der Eigenverantwortung der Versicherten im Sinne einer Finanzierungs-Eigenverantwortung die Rede. Beide Arten der Verantwortung sind nicht identisch. Die Finanzierungs-Eigenverantwortung kann auch nicht ohne weiteres als konkretisierende Ausgestaltung der Gesundheits-Mitverantwortung begriffen werden. Medizinische Leistungen der Eigenverantwortung der Versicherten zuzuordnen, wie dies etwa in § 34 SGB V der Fall ist, besagt lediglich, dass die Versicherten unmittelbar für die Finanzierung von Leistungen aufzukommen haben, die sie selbst in Anspruch nehmen. Eigenverantwortung in diesem Sinne bedeutet also eine zusätzliche, d.h. über die ohnehin gezahlten Versicherungsbeiträge hinausgehende, private Beteiligung an den Kosten für Gesundheitsleistungen im Beanspruchungsfall – kurz gesagt: finanzielle Selbstbeteiligung bzw. *cost-sharing*. *Finanzierungs-Eigenverantwortung impliziert nicht Gesundheits-Mitverantwortung*. Eigenverantwortung im Sinne des *cost-sharing* beinhaltet

weder die Kompetenz noch die Bereitschaft, die in § 1 S. 2 SGB V statuierte Mitverantwortung für die eigene Gesundheit wahrzunehmen. Dies betont auch der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: „Gegen Mitte der neunziger Jahre war es [...] politisch üblich geworden, von der »Eigenverantwortung der Patienten« immer dann zu reden, wenn es um finanzielle Selbstbeteiligungen ging, unabhängig davon, ob damit ein Entscheidungsspielraum für Patienten eröffnet würde oder nicht.“<sup>64</sup>

Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass die Aussicht, sich im Krankheitsfall an den Behandlungskosten beteiligen zu müssen, auch ein Anreiz für die Übernahme von Gesundheits-Mitverantwortung durch die Versicherten sein kann.<sup>65</sup> Denkbar ist aber ebenso, dass eine Selbstbeteiligung an den Kosten von Gesundheitsleistungen die Wahrnehmung von Gesundheits-Mitverantwortung erschwert bzw. unwahrscheinlicher macht. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Versicherten aufgrund ökonomischer Überlegungen Gesundheitsdienste zu spät in Anspruch nehmen oder auf sinnvolle Maßnahmen der Früherkennung und Prävention verzichten. Es kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Ausgliederung von Leistungen aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung der Zugang zu individuellen Beratungsleistungen erschwert wird, die geeignet sind, ein kompetentes und dadurch potentiell verantwortliches Gesundheitsverhalten der Versicherten zu befördern. Tatsächlich existieren Belege dafür, dass die Ausgliederung von Gesundheitsleistungen aus dem Spektrum der solidarfinanzierten Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (also ‚Zurechnung‘ dieser Gesundheitsleistungen ‚zur Eigenverantwortung der Versicherten‘ gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V) unter Umständen kontraproduktiv im Sinne der Gesundheits-Mitverantwortung (gemäß § 1 S. 2 SGB V) wirken kann. Beispielsweise ist die Finanzierungs-Eigenverantwortung der Versicherten für Untersuchungen zur Früherkennung von Hautkrebs als kontraproduktiv im Sinne der Gesundheits-Mitverantwortung bewertet worden:

---

<sup>64</sup> Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen 2003, S. 90. Im Anschluss formuliert der Sachverständigenrat eine positive Bewertung der Ansätze des GKV-Reformgesetzes 2000, die mit dem Ziel unternommen wurden, Eigenverantwortung und Kompetenz der Patientinnen und Patienten sowie der Versicherten durch aktive Maßnahmen zu fördern. Die „Reduzierung des Begriffs Eigenverantwortung auf fiskalische Aspekte“ kritisieren auch Thielmann et al. 2002, S. 43. Mitunter wird bereits vorausgesetzt, dass unter Eigenverantwortung letztlich „Individualisierung und Entsolidarisierung sozialer Dienste und Risiken“ zu verstehen sei; vgl. Holst; Laaser 2003, S. A3358.

<sup>65</sup> Intrinsische Motive für eine gesundheitsbewusste Lebensweise dürften jedoch in fast allen Fällen schwerer wiegen als die extrinsische Motivation durch finanzielle Anreize. Verglichen mit der Drohung von Gesundheitsschäden dürfte die Drohung finanzieller Belastung in der Regel nur wenig ins Gewicht fallen.

Zu den IGEL-Leistungen zählt in der Regel auch die Untersuchung zur Früherkennung von Hautkrebs sowie die Beratung über UV-Exposition und Hauttyp. In einem sehr allgemeinen Sinn könnte man auch hier von einer »Eigenverantwortung« der Versicherten sprechen. Legt man allerdings den oben explizierten, philosophisch gehaltvollen Begriff von Eigenverantwortung zugrunde, so wird deutlich, dass es sich hier weder um eine prospektive noch um eine retrospektive Form der Eigenverantwortung handelt, sondern lediglich um eine Übernahme finanzieller Lasten. Die Kompetenz der Versicherten im Hinblick auf die primäre und sekundäre Prävention von Hautkrebs wird nicht gefördert, im Gegenteil: Die private Kostenübernahme erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass nicht einmal Risikopatienten eine Hautkrebsvorsorgeuntersuchung in Anspruch nehmen, weil sie die Kosten dafür scheuen. Dies kann zu einer verspäteten Diagnose eines malignen Melanoms mit deutlich schlechterer Prognose der Patienten führen.<sup>66</sup>

Wie bereits bemerkt, existiert eine Fülle unterschiedlicher Möglichkeiten, durch die eine finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten gewährleistet werden kann. Im Folgenden können nur die grundlegenden ethischen Aspekte einer Finanzierungs-Eigenverantwortung in den Blick genommen werden. Eine detaillierte Betrachtung der verschiedenen Beteiligungsmodelle ist an dieser Stelle nicht möglich.

#### *b) Argumente für finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten im Krankheitsfall*

Die Befürworter von Selbstbeteiligung führen vor allem folgende Argumente ins Feld: Finanzielle Selbstbeteiligungen wirken einem Strukturproblem von Versicherungssystemen entgegen, das üblicherweise mit dem Schlagwort *moral hazard* bezeichnet wird.<sup>67</sup> Die Theorie des *moral hazard* besagt Folgendes: Sofern Versicherte nicht selbst wenigstens einen Anteil der von der Versicherung abgedeckten Leistungen im Beanspruchungsfall selbst bezahlen müssen, werden sie kein Interesse an der Vermeidung von Risiken bzw. der Vermeidung von Situationen haben, in denen sie Leistungen beanspruchen müssen bzw. können. Im Sinne egoistischer Nutzenmaximierung werden sie im Gegenteil sogar bestrebt sein, das für sie kostenlos verfügbare Angebot möglichst umfassend auszuschöpfen. Ihren Versicherungsbeitrag haben sie ja ohnehin entrichtet, und ihr eigenes Verhalten wird sich kaum spürbar auf die Festsetzung des von ihnen selbst zu erbringenden Beitrags auswirken. Die Theorie geht also davon aus, dass Versicherte ähnlich handeln wie Menschen an einem Büffet, die übermäßig viel essen, weil sie ohnehin schon einen festen Beitrag gezahlt haben und nun sozusagen auf ihre Kosten kommen wollen oder auch anderen missgönnen, dass sie einen höheren Nutzen aus ihrem Beitrag ziehen als sie selbst. Diesem *moral hazard* sollen

---

<sup>66</sup> Marckmann et al. 2004, S. 720.

<sup>67</sup> Klassisch Arrow 1963; kritisch Pauly 1968; vgl. Dranove 2003, Kap. 2, Hänlein 2002, Schaper 1978.

Selbstbeteiligungen entgegenwirken, indem sie die Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen unattraktiv machen und insofern Anreize zu deren Vermeidung setzen. Dadurch tragen Selbstbeteiligungen in Krankenversicherungssystemen zugleich zu einer stärker selektiven Inanspruchnahme medizinischer Leistungen bei. Wer wirklich krank ist, wird auch dann medizinische Leistungen in Anspruch nehmen, wenn dafür ein finanzieller Eigenbeitrag zu entrichten ist. Im Fall von geringfügigen Gesundheitsbeeinträchtigungen werden Versicherte hingegen den Weg zum Arzt scheuen bzw. auf teure Medikamente verzichten, wenn sie einen Teil der Kosten selbst übernehmen müssen. Ferner sollen finanzielle Selbstbeteiligungen das Gesundheitsbewusstsein schärfen, also vorteilhaft im Sinne der in § 1 S. 2 SGB V geforderten Gesundheits-Mitverantwortung wirken. Schließlich bringen Selbstbeteiligungen schon als solche zusätzliche Finanzmittel in das Versicherungssystem und verringern somit den Druck zur Erhöhung der Beitragssätze. Dies ist im Fall der gesetzlichen Krankenversicherung besonders erwünscht, weil damit auch der Druck zur Erhöhung der Lohnnebenkosten nachlässt. Als weiteres Argument wird angeführt, dass Selbstbeteiligungen zusätzliche Wahlmöglichkeiten eröffnen, weil Versicherte nun selbst entscheiden können, welche medizinische Leistung ihnen so wichtig ist, dass sie dafür Geld ausgeben wollen, während Versicherte bei einer Vollversicherung ohne Eigenanteil gezwungen sind, das gesamte Spektrum der im Leistungskatalog enthaltenen medizinischen Leistungen im vollen Umfang mitzufinanzieren, auch wenn sie selbst gar kein Interesse an bestimmten Leistungen haben.

*c) Argumente gegen finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten im Krankheitsfall*

Die Gegner von *Cost-sharing*-Modellen in der Krankenversicherung machen unter anderem Folgendes geltend: Anders als in anderen Versicherungszusammenhängen ist das Volumen der Inanspruchnahme von Leistungen im Kontext der Krankenversicherung viel weniger nachfragegetrieben als angebotsgetrieben. Es bestimmen sehr viel weniger die Patienten als vielmehr die Ärzte über das Ausmaß, in dem Leistungen in Anspruch genommen werden. Deshalb müssen auch Kostendämpfungsmaßnahmen prinzipiell auf der Anbieterseite ansetzen. Eingewandt wird auch, dass die Theorie des *moral hazard* keineswegs eine Art Naturgesetz beschreibe, sondern eine egoistische Orientierung der Versicherten unterstelle, die keineswegs durch Empirie gedeckt sei.<sup>68</sup> In jedem Fall sei zu bedenken, dass das *moral hazard* im Rahmen der Krankenversicherung zumindest deutlich geringer ausfallen müsse als

---

<sup>68</sup> Vgl Braun 1996; Reiners 2002.



im Kontext anderer Versicherungen (z. B. einer Haftpflichtversicherung), da es erstens in jedem Fall irrational sei, leichtfertig oder gar mutwillig Risiken für die eigene Gesundheit in Kauf zu nehmen, also einen Versicherungsfall heraufzubeschwören, und da es zweitens für Gesunde keine Anreize für die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen gebe, die ihnen gar nicht wirklich nutzen könnten. Ein weiteres Argument besagt, dass Versicherte gar nicht selbst unterscheiden können, welche medizinischen Leistungen sinnvoll sind und welche nicht, so dass finanzielle Eigenbeteiligungen, wenn sie denn eine geringere Inanspruchnahme medizinischer Leistungen zur Folge haben, auch zur Vermeidung notwendiger medizinischer Maßnahmen führen. Dies sei nicht nur unmittelbar ethisch problematisch, sondern führe zudem zu einer indirekten finanziellen Belastung des Versicherungssystems, weil kostenträchtige Folgeschäden drohen. Ein weiteres Problem wird darin gesehen, dass die Versicherten nicht in der Lage sind, die Qualität medizinischer Leistungen zu beurteilen, das Interesse der Krankenversicherungen an einer effizienten Qualitätskontrolle aber in dem Maße nachlassen könnte, in dem sie nicht mehr selbst für die Kosten der angebotenen Leistungen aufkommen müssen. Ein prinzipielles Argument besagt schließlich, dass jede Form der finanziellen Selbstbeteiligung bzw. Finanzierungs-Eigenverantwortung derjenigen, die Versicherungsleistungen in Anspruch nehmen, gegen den Solidaritätsgedanken verstößt. Der Solidaritätsgedanke in Systemen der Krankenversicherung bedeutet einen Ausgleich von Risiken zwischen Gesunden und Kranken sowie, im System der gesetzlichen Krankenversicherung, zusätzlich einen partiellen Einkommensausgleich. *Jede Eigenbeteiligung*, die nur im Fall der Inanspruchnahme fällig wird, belastet einseitig die Kranken, *widerspricht also unmittelbar der Solidaritätsidee* sogar in der eingeschränkten Fassung, die der privaten Krankenversicherung zugrunde liegt. Hinzu kommt, dass finanzielle Selbstbeteiligungsmodelle in der Regel die sozial Schwächeren relativ betrachtet stärker belasten, wodurch die ohnehin vorhandene deutliche Ungleichverteilung von Gesundheitsrisiken zuungunsten benachteiligter Gruppen weiter verstärkt wird.<sup>69</sup>

#### *d) Empirische Studien und Einschätzung*

Angesichts argumentativer Dissense wie des hier dargestellten liegt die Versuchung nahe, eine Antwort in empirischen Befunden zu suchen. Zu bedenken ist allerdings, dass nicht alle der genannten Argumente in gleichem Maße von empirischen Annahmen abhängig sind und dass darüber hinaus nicht alle empirischen Annahmen im gleichen Maße überprüfbar sind. Ob

---

<sup>69</sup> Rosenbrock; Gerlinger 2004, S. 94 ff., 181.

finanzielle Selbstbeteiligung zu einer geringeren Inanspruchnahme medizinischer Leistungen führt oder nicht, lässt sich prinzipiell empirisch überprüfen (wenngleich entsprechende Studien keineswegs einfach durchzuführen sind). Inwieweit Versicherte fähig sind, sinnvolle medizinische Leistungen von weniger sinnvollen oder unsinnigen zu unterscheiden, ist schon etwas schwieriger zu ermitteln und zu bewerten. Untersuchungen des objektiven *outcomes* verschiedener Gesundheitssysteme, also der objektiven Folgen für den Gesundheitszustand der betreffenden Versicherten, setzen langfristige vergleichende Gesamtuntersuchungen unter kontrollierten Randbedingungen voraus, die kaum zu realisieren sind. Wichtiger ist noch, dass die verschiedenen *outcomes* einer ethischen Gesamtbewertung unterzogen werden müssen, wobei verschiedene Perspektiven und Gewichtungen möglich sind. Normative Argumente wie dasjenige, dass jede Eigenbeteiligung dem Solidargedanken widerspricht, sind weitgehend unabhängig von empirischen Untersuchungen; sie können nur auf der Grundlage ethischer Argumente rational beurteilt werden.

Auch Kritiker bestreiten nicht, dass durch *cost-sharing* gewisse Einspareffekte zu erzielen sind,<sup>70</sup> wobei die Kritiker diese Effekte teils als nur geringfügig ansehen, teils darauf verweisen, dass das Verhalten der Versicherten sich nach der Einführung von Zuzahlungen nur kurzzeitig ändere und sich dann wieder (zumindest nahezu) auf dem vorherigen Stand einpendle, es sei denn, die finanziellen Belastungen seien auf inakzeptable Weise gravierend.<sup>71</sup> Auch Befürworter bestreiten nicht, dass *cost-sharing* nur unzureichend selektiv in dem Sinne ist: es wird nicht nur auf unnötige medizinische Leistungen verzichtet; vielmehr werden neben fragwürdigen auch sinnvolle medizinische Maßnahmen unterlassen, und zwar insbesondere durch ältere Menschen und Angehörige niedriger Einkommensgruppen.<sup>72</sup> Dieses Ergebnis hatte bereits die über zwanzig Jahre alte, methodisch aber recht aufwändige Studie der *RAND Corporation* gezeigt.<sup>73</sup> Die Meinungsdivergenzen beziehen sich bezüglich der negativen Gesundheitsfolgen von *cost-sharing* weniger auf die empirischen Ergebnisse als auf deren normative Bewertung. Befürworter bewerten die gesundheitlichen Schäden, welche durch die verminderte Inanspruchnahme medizinischer Leistungen (insbesondere durch Hypertonie-Patientinnen und -Patienten) aufgrund von *cost-sharing* entstanden sind, als

---

<sup>70</sup> Rasell 1995, Richardson 1991, Bertelsmann Stiftung 2004, Rasell 1995.

<sup>71</sup> Vgl. Holst; Laaser 2003.

<sup>72</sup> So Nolting et al. 2004, S. 144: „Die reduzierte Inanspruchnahme ist für den überwiegenden Teil der Bevölkerung – für den »Durchschnittsbürger« – nicht mit gesundheitlichen Nachteilen verbunden. Letzteres gilt jedoch nicht für die Gruppe der »Armen und Kranken« [...]. Die Autoren des RAND-Health-Insurance-Experiments schätzen den Anteil der Bevölkerung, bei dem Selbstbeteiligungen mit negativen Effekten auf die Gesundheit verbunden sind, auf etwa sechs Prozent.“

<sup>73</sup> Keeler 1992.

weniger gravierend als die Kritiker.<sup>74</sup> Teilweise schlagen die Befürworter finanzieller Selbstbeteiligung auch vor, durch zusätzliche Aufklärungs- und Bildungsmaßnahmen die gesundheitlichen Folgeschäden zu minimieren, die bei einer Ausweitung der Eigenverantwortung Versicherter zu befürchten sind; *cost-sharing* wird von diesen Autoren also wieder an ein anspruchsvolleres Konzept von Mitverantwortung zurückgebunden, das auch gezielte Maßnahmen der Förderung von Kompetenz beinhaltet und die Verantwortung der Versicherten nicht auf Zahlungsverpflichtungen reduziert.<sup>75</sup> Dabei sollten die Möglichkeiten gesundheitlicher Aufklärungsprogramme allerdings nicht allzu idealistisch eingeschätzt werden; insbesondere gilt dies im Hinblick auf die ethische Verpflichtung zum Schutz vulnerabler Gruppen. Eine Gesundheitspolitik, die sich am Prinzip der Solidarität orientiert, sollte nicht in Kauf nehmen, dass eine adäquate medizinische Versorgung ein Privileg der Klügeren wird.

Ein wichtiges Argument der Befürworter liegt in der Zunahme von Wahlfreiheit der Versicherten, die im Rahmen von Modellen finanzieller Eigenbeteiligung zumindest partiell entscheiden können, welche Leistungen sie tatsächlich (co-)finanzieren wollen und welche nicht. Dies wäre ein starkes Argument, wenn die Gesundheitspräferenzen als solche sehr stark differieren würden, diese Präferenzen also in einem nicht vernachlässigbaren Umfang eine Frage des persönlichen Lebensstils wären.<sup>76</sup> Empirische Befunde sprechen allerdings dafür, dass Präferenzen hinsichtlich des Leistungskatalogs von Gesundheitsversicherungen vor allem durch zwei Faktoren determiniert sind: zum einen durch die subjektive Zahlungsfähigkeit, zum anderen durch die subjektive Einschätzung des eigenen Gesundheitszustandes: Wer nicht erwartet, selbst eine bestimmte Gesundheitsstörung zu erleben oder/und wer im Ernstfall die Möglichkeit sieht, eine Behandlung notfalls privat zu finanzieren, hält die Versicherung dagegen für weniger wichtig als diejenigen, die daran leiden und nicht meinen, privat für die Behandlung aufkommen zu können. Das Argument der Wahlfreiheit weist allerdings darauf hin, dass die Einbeziehung von medizinischen Leistungen in das Angebot solidarfinanzierter Leistungen einer zusätzlichen Rechtfertigung bedarf, wenn auch ein signifikanter Anteil derjenigen, bei denen eine Indikation zur Inanspruchnahme dieser Leistungen besteht, kein starkes Interesse an diesen Leistungen hat.

---

<sup>74</sup> Vgl. die Kontroverse zwischen Edith Rasell, Robert J. Rubin und Daniel N. Mendelsohn: Rasell 1995; Rubin; Mendelsohn 1995.

<sup>75</sup> May; Wasem 2003.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in diesem Gutachten zum Krankheitsbegriff.

Nicht überzeugend ist die Auffassung, dass die Erweiterung von Selbstbeteiligungselementen im Gesundheitswesen legitim sei, weil sie einem gesellschaftlichen Wertewandel entspreche.<sup>77</sup> Diese Annahme findet sich im Rahmen der Bertelsmann-Studie:

„Bis vor kurzem galt es oftmals als die grundsätzlich beste Lösung, zwecks Abwendung von Nachteilen für besonders »vulnerable« Bevölkerungsgruppen gleich die gesamte Population einer einheitlichen und solidarischen Regelung zu unterwerfen. Und zwar auch dann, wenn die große Mehrheit dieses Schutzes nicht wirklich bedurfte und nennenswerte Fehlallokationen zu befürchten waren. Als Begründung wurde zumeist angeführt, dass die sichere Vermeidung von negativen Effekten für die Benachteiligten Priorität haben müsse. Mittlerweile – so jedenfalls deuten wir die berichteten Ergebnisse – wird einer zielgerichteten Solidarität, als der Begrenzung auf die tatsächlich Bedürftigen und der Vermeidung von Fehlallokation zumindest von der Mehrheit der Interessenvertreter größere Priorität einräumt.“

Erstens ist die empirische Behauptung nicht auf repräsentative Erhebungen gestützt. Die einschlägige Studie von Carsten G. Ulrich konnte hingegen eine nach wie vor sehr hohe Akzeptanz des Solidarprinzips seitens der Krankenversicherten in Deutschland feststellen.<sup>78</sup> Zweitens ist fraglich, wie die postulierte zielgerichtete Solidarität zugunsten der „tatsächlich Bedürftigen“ mit der von den Autoren selbst erwähnten Tatsache vereinbar ist, dass *cost-sharing* gerade „für die Gruppe der »Armen und Kranken«, gesundheitliche Nachteile mit sich bringt.<sup>79</sup> Drittens darf die faktische Akzeptanz einer Regelung nicht mit ihrer ethischen Akzeptabilität gleichgesetzt werden. Falls tatsächlich „die Mehrheit der Interessenvertreter“ einer Regelung zustimmen würde, welche eben dieser Mehrheit Vorteile bringt, eine besonders vulnerable Minderheit aber benachteiligt, so könnte darin wohl kaum ein Argument für die ethische Akzeptabilität dieser Regelung gewonnen werden.

Ein Bericht des Health Evidence Network (HEN), des europäischen Büros der World Health Organization (WHO), aus dem Jahr 2004 fasst wichtige aktuelle Ergebnisse aus internationalen Untersuchungen über die Auswirkungen von Privatversicherungssystemen und privater Beiträge zu den Gesundheitsausgaben im Sinne von *cost-sharing* zusammen.<sup>80</sup> Der Bericht kommt zu folgendem Fazit:

---

<sup>77</sup> Nolting et al. 2004, S. 145.

<sup>78</sup> Ullrich 2000.

<sup>79</sup> Nolting et al. 2004, S. 144, s.o. Anm. 64.

<sup>80</sup> WHO Regional Office for Europe's Health Evidence Network (HEN) 2004. Zu einem ähnlichen Fazit kommen Rosenbrock; Gerlinger 2004, S. 96 f.: „Befürworter von Zuzahlungen argumentieren, dass damit ein gesundheitsbewusstes Verhalten und eine verantwortungsvolle Inanspruchnahme von Leistungen gefördert werde [...]. Dass Zuzahlungen einen solchen Effekt haben, konnte bisher empirisch nicht nachgewiesen werden. Der vorliegende Wissensbestand über die Einflussfaktoren auf das Gesundheitsverhalten spricht vielmehr gegen diese Behauptung [...] Es deutet nichts darauf hin, dass gesundheitsschädliche

Cost sharing is widely used in western European health systems to moderate demand and/or raise revenue. However, the theoretical case for cost sharing is weak, particularly when applied to health services requiring referral or prescription. In practice it shifts costs to individuals and reduces the use of both appropriate and inappropriate health care, which has negative implications for equity and efficiency. Because cost sharing creates financial barriers to access, it should be accompanied by mechanisms to protect heavy users of health care and people in lower income groups. Exemption systems require administrative capacity and may generate significant transaction costs. Extensive exemptions combined with transaction costs limit the potential of cost sharing to raise revenue. There is little evidence to show that cost sharing is an effective means of containing costs. Rather, cost sharing may encourage inefficient patterns of health care use. However, some forms of cost sharing – for example, differential charges for pharmaceutical products – can be used to direct people away from the use of health care that is not cost-effective.<sup>81</sup>

Auch wenn der geforderte Schutzmechanismus in den aktuellen Reformen mit der Zuzahlungsgrenze grundsätzlich gegeben ist, bleibt über Leistungsausschlüsse ein problematischer Bereich, in dem keinerlei Leistung übernommen wird, und keine Anrechnung auf die Zuzahlungsgrenze stattfindet<sup>82</sup>. Die Argumente, die gegen Modelle finanzieller Selbstbeteiligung vorgebracht worden sind, sollten auch in Zeiten der Euphorie über – möglicherweise teilweise nur kurzfristig – erzielte Kostenentlastungen ernst genommen werden. Aus ethischer Sicht ist insbesondere zu bedenken, dass finanzielle Selbstbeteiligungen grundsätzlich dem Solidaritätsgedanken eines Risikoausgleichs zwischen Gesunden und Kranken widersprechen. Die meisten Selbstbeteiligungsregelungen widersprechen zusätzlich dem Solidaritätsgedanken eines Einkommensausgleichs, da die Eigenbeteiligungen zumeist nicht einkommensproportional angelegt sind. Dadurch wird das finanzielle Folgerisiko von Erkrankungen gerade für diejenigen erhöht, die ohnehin ein überproportionales Krankheitsrisiko tragen. Bedeutsam erscheint ebenfalls, dass Laien nicht

---

Lebensgewohnheiten aus finanziellen Motiven aufgegeben werden [...]. Die Gefahr, dass Versicherte, die individuell nicht an ihren Behandlungskosten beteiligt werden, zu einer übermäßigen Inanspruchnahme von Leistungen neigten (moral hazard) ist [bei] chronischen bzw. schweren Erkrankungen oder risikoreichen Operationen ohnehin nicht gegeben [...]; allenfalls könnte man sie bei Bagatellerkrankungen vermuten, aber auch hier ist die Inanspruchnahme von Leistungen in aller Regel mit Eingriffen in den Tagesablauf und anderen Unannehmlichkeiten verbunden [...] Was die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen angeht, deuten empirische Untersuchungen darauf hin, dass sie vor allem dann Steuerungseffekte haben, wenn sie für die Patienten finanziell spürbar sind [...]. In diesem Fall treffen sie aber insbesondere sozial schwache Bevölkerungsschichten [...] und bergen darüber hinaus die Gefahr, dass medizinisch notwendige Behandlungen aus finanziellen Gründen unterbleiben oder verzögert werden. Aber auch ungeachtet dessen stellen Zuzahlungen eine Verletzung des Solidarprinzips dar, weil sie Kranke und vor allem chronisch Kranke finanziell überproportional belasten und im Ergebnis die paritätische Finanzierung von Krankenbehandlungskosten aushöhlen.“ Eine Auswahl vor allem deutschsprachiger Literatur vorzugsweise aus Sicht der Befürworter von Zuzahlungen bietet Sehlen 2004, eine Auswahl vor allem kritischer Arbeiten findet sich bei Holst; Laaser 2003.

<sup>81</sup> WHO Regional Office for Europe's Health Evidence Network (HEN) 2004.

<sup>82</sup> BMGS, <http://www.gesundheitsreform.de>; Nicklas-Faust 2004.

in der Lage sind, sinnvolle und notwendige von weniger sinnvollen oder sinnlosen medizinischen Leistungen zuverlässig zu unterscheiden, und noch weniger, die Qualität dieser Leistungen korrekt zu beurteilen. Programme zur gesundheitlichen Aufklärung sind vor diesem Hintergrund positiv zu bewerten; es darf freilich nicht erwartet werden, dass alle Versicherten sich selbst zu medizinischen Experten weiterbilden wollen oder können. Im Sinne der Transparenz der Gesundheitspolitik sollten die Ziele von *Cost-sharing*-Programmen klar definiert und offen gelegt werden. Wenn das Konzept der Eigenverantwortung bzw. Mitverantwortung der Versicherten nur noch im Sinne der Kostenentlastung der Versicherungssysteme durch die Privatisierung finanzieller Krankheitsfolgen verwandt wird, ist dies für die Bereitschaft, Gesundheits-Mitverantwortung zu übernehmen, nicht förderlich.

### **3. Erste Ergebnisse der finanziellen Beteiligung von Patienten im Rahmen des GMG**

Analysiert man das GMG, so finden sich dort einige Versuche über Zuzahlungen und Eigenleistungen die Mitverantwortung von Patienten für eine effiziente Mittelverwendung im Gesundheitssystem zu bewirken. Bisher wurden etwa 5,2% der Gesundheitsausgaben durch Zuzahlungen aufgebracht, dieser Anteil soll die Maßnahmen des GMG auf etwa 7,2% steigern. Damit läge Deutschland unter dem durchschnittlichen Anteil der Finanzierung der Gesundheitsausgaben in Dänemark, Frankreich, den Niederlanden, Österreich und der Schweiz, der bei 8,1% liegt.<sup>83</sup> Die Zuzahlungsregelungen des GMG sollen jedoch vorrangig steuernde Wirkung entfalten: Im internationalen Vergleich lag die Zahl der Arztbesuche mit 9 Besuchen pro Jahr und Versichertem im internationalen Vergleich sehr hoch, die Zahl in den Niederlanden lag in dieser Untersuchung bei 5,8 Besuchen.<sup>84</sup> Mit dem GMG wurde eine Praxisgebühr von 10 Euro für jeden Arztbesuch eingeführt, deren Zahlung bei Vorlage einer Überweisung entfällt. Damit soll die Inanspruchnahme von Ärzten koordiniert ablaufen und die Zahl der Arztbesuche verringert werden. Ein Jahr nach Einführung der Praxisgebühr zeigt sich ein Rückgang der Fallzahlen um 8,7%, sehr variabel in den unterschiedlichen Fachgruppen. So sind bei Gynäkologen und Hautärzten die Fallzahlen mit 15,1% bzw. 17,5% Rückgang am stärksten, bei Kinderärzten mit 1,2% am geringsten ausgeprägt.<sup>85</sup> Die Arztbesuche insgesamt sind jedoch nur um 2,9% und damit deutlich weniger

---

<sup>83</sup> Scheider, M. et al.: Zuzahlungen im internationalen Vergleich, BASYS 2004.

<sup>84</sup> Scheider, M. et al.: Zuzahlungen im internationalen Vergleich, BASYS 2004.

<sup>85</sup> Zentralinstitut für die kassenärztliche Vereinigung 2005.

zurückgegangen.<sup>86</sup> Damit scheint sich eher eine Schwelle vor dem ersten Arztbesuch auszubilden, ist dieser jedoch erfolgt, sind weitere Arztbesuche mithilfe einer Überweisung ohne erneute Zahlung einer Praxisgebühr möglich und finden vermehrt statt. Damit entfällt die Schwellenwirkung an dieser Stelle und der *moral hazard* könnte zum Tragen kommen. So steigt der Anteil an Überweisungen über alle Fachgruppen von unter 10% auf über 40%.<sup>87</sup> Bei näherer Untersuchung zeigt sich eine klare Altersabhängigkeit des Rückganges, so ist der Fallzahlrückgang bei 20-29jährigen mit 16,2% am stärksten, bei Kindern fällt er dagegen mit 4,7% am geringsten aus.<sup>88</sup> Unterschiedliche Daten scheinen zu der Frage vorzuliegen, ob die Arztbesuche besonders bei sozial Schwachen rückläufig sind.<sup>89</sup> Dies wäre kontraproduktiv, da Armut ohnehin ein Krankheitsrisiko darstellt und bei Unterlassen notwendiger Arztbesuche aus Kostengründen das Risiko mit dem Preis schwerwiegender Folgekrankheiten weiter zunehmen könnte.<sup>90</sup> Der Leistungsausschluss nicht verschreibungspflichtiger Medikamente hat zu einem erheblichen Umsatzrückgang dieser Präparate geführt.<sup>91</sup> Gleichzeitig gingen die Ausgaben der GKV für Arzneimittel mit 9,5% pro Mitglied deutlich zurück, was auch auf eine gestiegene Zuzahlungspflicht und die Einführung weiterer Festpreise zurückzuführen ist.<sup>92</sup> Ob ein Ausweichen von nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten zu verschreibungspflichtigen Arzneimitteln erfolgt ist<sup>93</sup>, lässt sich zur Zeit noch nicht beurteilen, wäre aber weder rechtlich zulässig noch medizinisch vertretbar. Der Rückgang bei Hilfsmitteln ist vorrangig auf die Einschränkung des Leistungsanspruchs auf Sehhilfen zurückzuführen<sup>94</sup>, weiterhin sind die Fahrtkosten und Sterbegeldzahlungen erwartungsgemäß rückläufig. Dagegen sind die Aufwendungen für Früherkennungsmaßnahmen um 22,8% angestiegen. Insgesamt sind die Ausgaben der Krankenkassen für 2004 deutlich niedriger ausgefallen, ob sich jedoch dauerhafte Umsteuerungen im gewünschten Sinne ergeben und

---

<sup>86</sup> Ebd.

<sup>87</sup> Ebd.

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Pressemeldung der Bundesärztekammer vom 15.2.2005: Wegen der Praxisgebühr verzichteten auch chronisch Kranke auf den Arztbesuch sagte Hoppe, ähnlich Richter-Reichhelm auf dem Symposium Ärzte und Juristen, dagegen die Stellungnahme dortselbst von Knieps vom BMGS, es sei keine soziale Häufung des Verzichts auf den Arztbesuch festzustellen.

<sup>90</sup> Helmert 2000; Richter 2000; Informationen des BMG unter: <http://www.gfp-kommunikation.com/html/full-service/f-internet/armut/news/fakten.htm>

<sup>91</sup> BT Drucksache 15/3995, Antrag der FDP Fraktion, S. 2.

<sup>92</sup> Krankenkassen mit 4 Milliarden Euro Überschuss – Ulla Schmidt: Die Gesundheitsreform wirkt, Pressemeldung des BNGS vom 2.3.2005

<sup>93</sup> BT Drucksache 15/3995, Antrag der FDP Fraktion, S.2.

<sup>94</sup> Finanzentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung im 1.-3. Quartal 2004, Pressemeldung des BMGS vom 2.12.2004.

welche Folgen dies auf die Qualität der medizinischen Versorgung hat, ist zur Zeit noch nicht zu beurteilen.<sup>95</sup>

#### 4. Überlegungen zu Leistungsausschlüssen bei Selbstverschulden gemäß § 52 SGB V

Abschließend zur Untersuchung der Verantwortung Versicherter soll knapp der *Sonderfall von Leistungsausschlüssen bei Selbstverschulden* betrachtet werden. *Prima facie* erscheinen solche Leistungsausschlüsse, verglichen mit pauschalen finanziellen Selbstbeteiligungen, sehr viel besser geeignet, die Gesundheits-Mitverantwortung der Versicherten zu fördern. Durch solche Leistungsausschlüsse kann ein nicht gesundheitsbewusstes Verhalten zielgerichtet negativ sanktioniert werden. Der *prospektiven* Gesundheits-Mitverantwortung entspräche dann ein greifbares *retrospektives* Zur-Verantwortung-Ziehen derjenigen, die dieser Verantwortung nicht nachgekommen sind. Den Möglichkeiten einer ethisch legitimen negativen Sanktionierung nicht gesundheitsbewussten Verhaltens durch Leistungsausschlüsse o.ä. sind jedoch *sehr enge Grenzen gesetzt*. Erstens ist der Nachweis, dass eine Gesundheitsbeeinträchtigung selbstverschuldet ist, kaum stringent zu führen, da Krankheitsgeschehen nahezu immer multifaktoriell bedingt sind<sup>96</sup> – hinreichend klare Fälle wie der Beinbruch beim Skifahren oder der Brustabszess nach Brustwarzenpiercing sind eher die Ausnahme als die Regel. Zweitens gehört zum Nachweis *schuldhaften* Fehlverhaltens auch der Nachweis, dass den Akteuren Verhaltensalternativen zur Verfügung standen, dass sie die Möglichkeit hatten, diese Alternativen tatsächlich zu ergreifen und dass sie fähig und verpflichtet waren, sich das nötige Wissen über die Folgen ihres Handelns zu verschaffen. Die Unterstellung der Freiwilligkeit ist jedoch gerade bei Suchtstörungen problematisch, die häufig im Mittelpunkt der Diskussion über Leistungsausschlüsse aufgrund Selbstverschuldens stehen.<sup>97</sup> Ein drittes Problem erscheint noch gravierender: Sollen negative Sanktionen im Fall von Selbstverschulden effizient sein, so müssen auch Ärzte eine Kontrollfunktion übernehmen, also beispielsweise die Stichhaltigkeit von Erklärungen der Patienten in Frage stellen, überprüfen und Verdachtsfälle an die Kostenträger melden. Dies ist mit einer am traditionellen ärztlichen Ethos orientierten vertrauensvollen Arzt-Patienten-Beziehung kaum zu vereinbaren. Leistungsausgrenzungen im Falle von Selbstverschulden kommen aus den genannten Gründen daher wohl nur in seltenen Extremfällen in Frage. Derzeit wird in der

---

<sup>95</sup> Krankenkassen mit 4 Milliarden Euro Überschuss – Ulla Schmidt: Die Gesundheitsreform wirkt, Pressemeldung des BNGS vom 2.3.2005.

<sup>96</sup> Vgl. Marckmann et al. 2004.

<sup>97</sup> Vgl. Vossenkuhl 2003.



Regel nicht einmal dann, wenn durch nicht sachgerecht durchgeführte Tätowierungen oder Piercings Gesundheitsschäden entstehen, § 52 SGB V geltend gemacht.<sup>98</sup>

### III. Das Subsidiaritätsprinzip

Im Gegensatz zu den Prinzipien der Solidarität und der Eigenverantwortung, die im fünften Buch des Sozialgesetzbuchs als zentrale Wertgrundlagen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung benannt werden (§ 1 SGB V), kommt der Begriff der „Subsidiarität“ im SGB V nicht vor. Indes wird er in der gesundheitspolitischen Diskussion häufig in Anspruch genommen; auch wird er in anderen Zusammenhängen des Sozialrechts verwandt. Das Subsidiaritätsprinzip ist auch kein Verfassungsrechtssatz,<sup>99</sup> wohl aber ein sinnvoller verfassungspolitischer Grundsatz. Zwar wird das Prinzip der Subsidiarität immer wieder explizit oder stillschweigend mit dem Prinzip der Eigenverantwortung gleichgesetzt,<sup>100</sup> diese Gleichsetzung wird jedoch dem Gehalt des Subsidiaritätsprinzips nicht gerecht.<sup>101</sup> Dies gilt vor allem (aber nicht nur) dann, wenn Eigenverantwortung ihrerseits auf deren negative Seite der Zuweisung von Zuständigkeit, zum Beispiel für die Finanzierung von Gesundheitsleistungen, verkürzt wird, während die komplementäre Verpflichtung, die Förderung individueller Verantwortungsfähigkeit durch Aufklärungsmaßnahmen, geeignete Strukturbedingungen und nötigenfalls auch „Hilfe zur Selbsthilfe“, aus dem Blick gerät. Denn während das Prinzip der Eigenverantwortung für sich genommen individualistischen Charakters ist, wird das Subsidiaritätsprinzip als Bauprinzip einer Gemeinschaft verstanden, die zwischen Individualismus und Kollektivismus die rechte Mitte finden soll.

Das Prinzip der Subsidiarität (aus lat. *subsidium* Hilfeleistung, Beistand) gehört zum „sozialethischen Erbe der Menschheit“<sup>102</sup> und lässt sich bis auf die Bibel und auf die politische Philosophie des Aristoteles zurückführen. Seine aktuelle Ausprägung erhielt der Subsidiaritätsgedanke vor allem durch die Katholische Soziallehre; seine klassische

---

<sup>98</sup> Jacobs et al. 2003.

<sup>99</sup> Das wird in der Literatur immer wieder einmal anders gesehen, wobei die Befürworter durch das Subsidiaritätsprinzip in Art. 3b Abs. 2 EGV einen gewissen Auftrieb erhalten haben. Kennzeichnend für die einschlägige Literatur ist die Diskrepanz zwischen der weit ausholenden Beweisführung und der Kargheit des Ergebnisses; vgl. Butzer 2001 ), S. 484: Die Heranziehung des Subsidiaritätsgedankens führe „kaum zu eindeutigen Ergebnissen“. Die von Roman Herzog gegen einen Verfassungsrechtssatz „Subsidiarität“ vorgetragene Argumente sind noch immer unwiderlegt. Herzog 1963; vgl. hierzu Neumann 2005.

<sup>100</sup> Vgl. May; Wasem 2003.

<sup>101</sup> Vgl. Bobbert 2003, S. 9.

<sup>102</sup> Roos 1993, S. 1046.

Formulierung fand er in der Enzyklika *Quadragesima Anno Pius'* XI.<sup>103</sup> Deren einschlägige Passagen lauten:

Wenn es [...] auch zutrifft [...], daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch [...] jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz fest gehalten werden [...]: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen [...]. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen. Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung, die nur zur Abhaltung von wichtigeren Aufgaben führen müßten, soll die Staatsgewalt also den kleineren Gemeinwesen überlassen. Sie selbst steht dadurch nur umso freier, stärker und schlagfertiger da für diejenigen Aufgaben, die in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, weil sie allein ihnen gewachsen ist: durch Leitung, Überwachung, Nachdruck und Zügelung, je nach Umständen und Erfordernis. Darum mögen die staatlichen Machthaber sich überzeugt halten: je besser durch strenge Beobachtung des Prinzips der Subsidiarität die Stufenordnung der verschiedenen Vergesellschaftungen innegehalten wird, um so stärker stehen gesellschaftliche Autorität und gesellschaftliche Wirkkraft da, um so besser und glücklicher ist es auch um den Staat bestellt.<sup>104</sup>

Hintergrund der maßgeblich von Oswald von Nell-Breuning<sup>105</sup> beeinflussten Formulierungen der 1931 erschienenen Enzyklika war die Abwehr totalitärer Staatsmodelle, denen ein organisches Staatsverständnis gegenübergestellt wurde. Dem Subsidiaritätsprinzip kommt innerhalb der gesellschaftlichen Organisation eine doppelte Bedeutung zu: Zum einen versagt es übergeordneten Institutionen die Kompetenz, Aufgaben an sich zu ziehen, die ebenso gut von einer untergeordneten Institution erfüllt werden können. In dieser *negativen* Funktion schützt das Subsidiaritätsprinzip also die Selbständigkeit untergeordneter Einheiten – des Individuums, der Familie, der Kommune etc. – gegenüber Zugriffen der jeweils übergeordneten. Zum anderen, und dies ist die *positive* Funktion des Subsidiaritätsprinzips, verpflichtet es die übergeordneten Einheiten zu Hilfe und Unterstützung: Können untergeordnete Gesellschaftseinheiten bestimmte Aufgaben nicht zuverlässig erfüllen, so müssen die übergeordneten Gesellschaftseinheiten Hilfe zur Selbsthilfe leisten. Sind die untergeordneten Einheiten aus strukturellen Gründen nicht zur Erfüllung bestimmter

---

<sup>103</sup> Vgl. zu Definition und Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips v.a. Waschkuhn 1995, sowie Lecheler 1993, Utz 1956, Link 1955, Riklin; Binswanger 1994. Für Versuche einer Aktualisierung des Prinzips vgl. Asam, Heck 1985, Heinze 1986.

<sup>104</sup> Pius XI 1931, Art. 79f.

<sup>105</sup> Vgl. Nell-Breuning 1990.

Aufgaben in der Lage, so sind diese Aufgaben dauerhaft den übergeordneten Institutionen zuzuweisen:

Der Subsidiaritätsgedanke enthält [...] nicht nur ein Kompetenzanmaßungsverbot der größeren Einheiten, sondern auch ein Gebot der notwendigen Unterstützung der kleineren Einheiten, wo ihre Eigenkräfte zur Aufgabenbewältigung nicht ausreichen.<sup>106</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip wird von der Katholischen Soziallehre als eines der „Bauprinzipien“ einer von unten nach oben sich ‚organisch‘ entwickelnden Gesellschaft verstanden, die durch ihren komplexen Stufenbau zwischen Individualismus und Kollektivismus vermitteln soll.<sup>107</sup> Im Rahmen der katholischen Soziallehre wird das Subsidiaritätsprinzip, das die ‚vertikale‘ Gliederung der Gemeinschaft bestimmt, mit dem Prinzip der Solidarität als einem ‚horizontalen‘ Organisationsprinzip verknüpft.<sup>108</sup> Das Subsidiaritätsprinzip regelt dabei das Verhältnis von Solidarität und Eigenverantwortung gemäß der sozialen Gerechtigkeit. Subsidiarität besagt nicht, dass Individuen und untergeordneten gesellschaftlichen Einheiten alle Aufgaben zuzuordnen seien, die sie überhaupt irgend tragen können.<sup>109</sup> Subsidiarität tariert die Grenzen zwischen Solidarität und Eigenverantwortung der kleineren Einheiten vielmehr nach Maßgabe dessen aus, von wem welche Leistung gerechterweise erwartet und verlangt werden kann. In Bezug auf die Verteilung von Krankheitsrisiken betrachtet die Deutsche Bischofskonferenz das Prinzip der Subsidiarität dementsprechend als „[e]ine Regel für das rechte Maß zwischen dem, was der Einzelne für seine Gesundheit selbst tun kann und muss, und dem, was gerechterweise von der Gemeinschaft erwartet werden darf“<sup>110</sup> und sieht dieses Prinzip weitgehend durch die Organisation des deutschen Gesundheitswesens verwirklicht, in der „allen Kranken eine gute, das Notwendige gewährende Versorgung zuteil werden kann und die finanziellen Lasten gerecht verteilt werden“<sup>111</sup>. Durch die hier explizit gemachte Rückbindung des Subsidiaritätsprinzips an Kriterien sozialer Gerechtigkeit kommt vor dem Hintergrund kontroverser Gerechtigkeitsüberzeugungen eine gewisse Unbestimmtheit ins Spiel, die sich in Differenzen zwischen Subsidiaritätskonzepten eher wirtschaftsliberaler und solchen eher sozialliberaler oder kommunitaristischer Prägung

---

<sup>106</sup> Deutsche Bischofskonferenz 2003, S. 9.

<sup>107</sup> Vgl. Nell-Breuning 1985.

<sup>108</sup> Nell-Breuning 1957.

<sup>109</sup> Dies nimmt Claus Wendt an, der hieraus konsequenterweise folgert, dass sozialstaatliche Gesundheitssysteme nicht nach dem Subsidiaritätsprinzip organisiert sind, da weder die Krankenbehandlung selbst noch deren Finanzierung letztlich den Patientinnen und Patienten bzw. ihren Familien überlassen bleibe; Wendt 2003, S. 49.

<sup>110</sup> Deutsche Bischofskonferenz 2003, S. 9.

<sup>111</sup> Ebd., S. 3.

widerspiegelt.<sup>112</sup> Der Rekurs auf das Subsidiaritätsprinzip kann deshalb Differenzen bezüglich des Kriteriums sozialer Gerechtigkeit nicht kompensieren. Kontroverse Gerechtigkeitsvorstellungen müssen vielmehr als solche offen gelegt und in ihrem eigenen Felde diskutiert werden. Bezüglich der möglichen institutionellen Strukturen, durch die soziale Gerechtigkeit geschaffen werden kann, bringt das Subsidiaritätsprinzip jedoch zusätzliche Gesichtspunkte nicht nur ethischer, sondern auch pragmatischer Natur ins Spiel. Der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen hat in seinem Gutachten 2000/01 diese pragmatische Dimension des Subsidiaritätsprinzips hervorgehoben und den Effizienzbezug dieses Prinzip betont.<sup>113</sup> Er hat jedoch auch deutlich gemacht, dass die Effizienzunterstellung zugunsten der kleineren Einheiten nicht in jedem Fall gerechtfertigt ist:

Bei der Frage, welche Akteure sich für die gesundheitspolitische Zielbildung jeweils am besten eignen, fordert das Subsidiaritätsprinzip eine möglichst dezentrale Verankerung der Willensbildung und Entscheidungsfindung. Für eine dezentrale gesundheitspolitische Zielbildung sprechen neben politischen Aspekten der föderativen Gewaltenteilung auch Effizienz- und Effektivitätsargumente, denn dezentrale Einheiten verfügen gerade bei hochkomplexen Sachzusammenhängen über problembezogenere und zeitnähere Informationen sowohl hinsichtlich der Präferenzen der Betroffenen als auch im Hinblick auf allfällige Mängellagen und Erfordernisse. [...] Grenzen finden dezentrale Entscheidungen in ökonomischer Hinsicht bei Projekten, die in erheblichem Umfang externe Effekte in Form von regionalen *spillovers* erzeugen. Bei solchen Projekten fällt ein beachtlicher Teil der Kosten als negative und/oder der Nutzen als positive externe Effekte nicht beim Verursacher, sondern bei nicht an der Entscheidung Beteiligten an, sodass die Gefahr von Fehlallokationen nahe liegt. Zudem lehrt die Erfahrung, dass sich im Rahmen der politischen Willensbildung Überkapazitäten im stationären Sektor wegen der damit verbundenen Beschäftigungseffekte auf regionaler Ebene noch schwerer abbauen lassen als auf der Länder-Ebene. Solange hier der Wettbewerb auf dezentraler Ebene infolge der gegebenen Rahmenbedingungen nicht hinreichend greift, besitzt unbeschadet der Vorzüge einer dezentralen Zielbildung bei der Ressourcenplanung die übergeordnete (Landes-)Ebene Vorteile.<sup>114</sup>

Als „gelebte Subsidiarität, Instrument für die bessere Einhaltung ärztlicher Verordnungen (compliance) und Ansatzpunkt für finanzielle Einsparungen“<sup>115</sup> hat der Sachverständigenrat die Tätigkeit von Selbsthilfeorganisationen im Gesundheitswesen gewürdigt.

---

<sup>112</sup> Vgl. Vanberg 1997.

<sup>113</sup> Vgl. Dölken 1992.

<sup>114</sup> Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen 2001a, S. 29.

<sup>115</sup> Ebd., S. 163 mit Verweis auf Rosenbrock 1999.

## C. Krankheitsbegriff

### I. Der Krankheitsbegriff als Kriterium für die Eingrenzung des Leistungsspektrums

Die zentrale Aufgabenbestimmung der gesetzlichen Krankenversicherung in § 1 S. 1 SGB V definiert als Aufgabe der Krankenversicherung als Solidargemeinschaft das Ziel, „die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern.“ Korrespondierend ergibt sich daraus der in § 11 Abs. 1 SGB V festgeschriebene „Anspruch“ gesetzlich Versicherter, „auf Leistungen [...] zur Verhütung von Krankheiten und von deren Verschlimmerung [...], zur Früherkennung von Krankheiten“ sowie „zur Behandlung einer Krankheit“. Der Krankheitsbegriff bzw. die Unterscheidung „krank/gesund“ dient mithin als *zentrales Kriterium für die Eingrenzung des Leistungsspektrums der gesetzlichen Krankenversicherung*. Zugleich existiert im Sozialrecht jedoch keine Legaldefinition des Krankheits- oder Gesundheitsbegriffs. Der Krankheitsbegriff ist ein *unbestimmter Rechtsbegriff*, der durch die Rechtsprechung der Sozialgerichte auszufüllen ist.<sup>116</sup>

### II. Der sozialrechtliche Krankheitsbegriff

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts „ist unter Krankheit im Sinne des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung ein regelwidriger [...] Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der ärztlicher Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat [...].“<sup>117</sup> Als regelwidrig gilt dabei ein Körper- oder Geisteszustand, der von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht.

---

<sup>116</sup> Vgl., auch zu den nachfolgenden Ausführungen, v.a. Mazal 1992; ferner Haan 1989; Mathern 1982; Seewald 1989; Seewald 1981, Kap. 1. Für interdisziplinäre Perspektiven vgl. die Beiträge in Mazouz et al. 2004.

<sup>117</sup> SKAT-Urteil des Bundessozialgerichts, Az: B 8 KN 9/98 KR R mit Verweis auf BSG vom 13. Februar 1975, BSGE 39, 167, 168 mwN - schwangerschaftsverhütende Mittel bei medizinischer Indikation -; BSG vom 20. Oktober 1972, BSGE 35, 10, 12 - Kiefer- oder Zahnstellungsanomalie -; BSG vom 28. April 1967, BSGE 26, 240, 242 f - Einengung der Zeugungsfähigkeit; entsprechend auch die Begründung zu § 27 SGB V im Entwurf zum Gesundheits-Reformgesetz <GRG>, BT-Drucks 11/2237, S 170.

## 1. Das Kriterium der „Regelwidrigkeit“

Von den Teilkriterien, die in der Sozialrechtsprechung zur Interpretation des Krankheitsbegriffs angeführt werden – Regelwidrigkeit, Behandlungsbedürftigkeit, Arbeitsunfähigkeit – sind vor allem die beiden ersten umstritten. Zwar entspricht der Begriff der *Regelwidrigkeit* einer verbreiteten Intuition, wonach Krankheit grundsätzlich als Normabweichung verstanden werden müsse. Kriteriellen Gehalt erhält der Begriff der Regelwidrigkeit jedoch nur, soweit geklärt ist, was unter Norm oder Normalität verstanden werden kann,<sup>118</sup> ob es sich beispielsweise um einen statistischen Begriff im Sinne eines Durchschnittswertes, um einen evaluativen (wertenden) oder um einen präskriptiven (vorschreibenden) Sinn von Normalität handelt. Sofern ein evaluativer oder normativer Sinn von Normalität zugrunde gelegt wird, ist zusätzlich anzugeben, wodurch die jeweiligen Wertungen bzw. Normen gerechtfertigt sind: Sind sie aus dem System der positiven und/oder Grundrechtsnormen zu schöpfen? Sind sie Gegenstand der biomedizinischen Erkenntnis oder der moralphilosophischen Erkenntnis? Entstammen sie der Selbstdeutung und freien Bewertung der Betroffenen oder der Arzt-Patient-Kommunikation? Oder sind sie Produkte gesellschaftlicher Zuschreibung (bzw. eines sozialen *labeling*) oder Resultate politischer Setzung? In der medizinteoretischen und philosophischen Diskussion zum Krankheitsbegriff sind alle genannten Positionen vertreten worden, ohne dass sich eine einzelne hätte durchsetzen können. Der Ausdruck „Regelwidrigkeit“ scheint auf einen *statistischen Normbegriff* hinzudeuten; Krankheit wäre demzufolge als eine über bestimmte Schwellenwerte hinausgehende Abweichung von Durchschnittswerten zu verstehen. Tatsächlich spielen statistische Durchschnittswerte im Rahmen sehr vieler spezifischer Krankheitsdiagnosen eine Rolle. So wird ein Blutdruck unterhalb einer bestimmten Abweichung vom Durchschnitt als krankhafte Hypotonie, bei einer bestimmten Überschreitung des Durchschnittswerts als krankhafte Hypertonie angesehen; Ähnliches gilt bei einer großen Anzahl weiterer Krankheitsdiagnosen. Eine rein statistische Deutung der krankheitsrelevanten Regelwidrigkeit ist jedoch offenkundig unzureichend. Erstens lassen sich gegen die Gleichsetzung von Regelabweichung und Krankheit Gegenbeispiele anführen. Zahllose Abweichungen von der Durchschnittsnorm (z. B. seltene Blutgruppen, überdurchschnittliche Intelligenz) sind nicht als Krankheit zu werten. Umgekehrt werden einige statistisch normalen Zustände, etwa kariesbefallene Zähne, als

---

<sup>118</sup> Lanzerath 2000, S. 140; vgl. v.a. Canguilhem 1996; sowie Bobbert 2000, S. 410 ff.; Mordacci 1995, S. 478 ff.

krankhaft angesehen.<sup>119</sup> Zweitens ist zu klären, wer als Bezugsgruppe der statistischen Erhebung zu gelten hat. Das elf Monate alte Kind ist nicht krank, wenn sein Sprachvermögen im Vergleich zur Gesamtbevölkerung unterdurchschnittlich ist. Jedoch kommt es „zu einem bunten Normalitätsreigen [...] des Neugeborenen, des Greises, des Sportlers“<sup>120</sup> oder der Schwangeren<sup>121</sup> etc., sobald man eine differenziertere Zuordnung versucht. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen ‚normalen‘ Alterserscheinungen und Krankheit. Sie ist sowohl medizinisch schwer fassbar<sup>122</sup> als auch umstritten im Hinblick auf ihre Bedeutung für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Einerseits wird argumentiert, naturbedingte Beeinträchtigungen des Leitbildes des gesunden Menschen könnten keinen regelwidriger Körper- oder Geisteszustand begründen. Der Alterungsprozess sei naturbedingt, so dass altersbedingte Beeinträchtigungen, wie die Einschränkung des Hör- und Sehvermögens, nicht als Regelwidrigkeiten gelten könnten. Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen beziehe sich daher nicht auf Maßnahmen, die gegen statistisch ‚normale‘ Alterserscheinungen gerichtet sind.<sup>123</sup> Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts steht mit dieser Auffassung jedoch nicht in Einklang. So heißt es im SKAT-Urteil des BSG:

Das BSG hat bereits entschieden, daß als Krankheit im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung solche Regelwidrigkeiten nicht ausgeschlossen sind, die auf einen Alterungsprozess zurückzuführen sind (BSG vom 12. Oktober 1988 - 3/8 RK 28/87, NZA 1989, 287, 288; dort zur Argumentation, altersbedingte Wirbelsäulenveränderungen könnten nicht verschiedenartige Beschwerden zu »derselben Krankheit« verklammern, die zur Aussteuerung aus dem Krankengeldanspruch führt). So ist auch bei Alterserscheinungen wie der Minderung des Seh- und Hörvermögens und ähnlichen Erscheinungen unbestritten, daß insoweit die gesetzliche Krankenversicherung einzustehen hat.<sup>124</sup>

Das Bundessozialgericht definiert den Begriff der Regelwidrigkeit seit einer Entscheidung zur Bewertung eingeschränkter männlicher Fertilität aus dem Jahre 1967 als Abweichung von der durch das *Leitbild des gesunden Menschen* geprägten Norm.<sup>125</sup> Mit dieser Formel wurde laut Wolfgang Mazal „zum ersten Mal eine nähere Auseinandersetzung mit dem [Kriterium der]

---

<sup>119</sup> Vgl. Boorse 1981, S. 546; D'Amico 1995, S. 557.

<sup>120</sup> Göckenjan 1985, S. 59.

<sup>121</sup> Vgl. Lanzerath 2000, S. 140; Mazal 1992, S. 53 f.

<sup>122</sup> Vgl. Caplan 1981; Johnson 1985.

<sup>123</sup> Vgl. Seewald 1989.

<sup>124</sup> BSG Az: B 8 KN 9/98 KR R mit Verweis auf Höfler in: Kasseler Komm, § 27 SGB V, RdNr 14 mwN, Stand: 1993; ohne weitere Änderung auch die Neubearbeitung, Stand: 1998.

<sup>125</sup> Entscheidung vom 28.4.1967, BSGE 26, 240, 242; vgl. Schroeder-Printzen 1979, S. 129, 132; Fichte 1993, S. 97, 100.

Regelwidrigkeit“<sup>126</sup> versucht. Da die Unterscheidung zwischen Krankheit und Gesundheit im Rechtssystem als eine vollständige Dichotomie aufgefasst wird (wer nicht krank ist, ist gesund und umgekehrt), trägt der Verweis auf Gesundheit zur Erläuterung des Krankheitsbegriffs nichts bei. Mit dem Begriff des Leitbilds wurde hingegen ein neues Element in die Definition eingeführt, das über eine rein statistische Deutung der Regelwidrigkeit hinauszudeuten scheint in Richtung einer evaluativen oder soziologischen Interpretation des Krankheitsbegriffs. So wird gelegentlich die Ansicht vertreten, dass durch die Bezugnahme auf das Leitbildkonzept „der Umfang des Versicherungsrisikos der GKV abhängig“ werde „vom Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen“. Einen derart „dynamischen Krankheitsbegriff“<sup>127</sup> als zentrales Kriterium der Einschränkung des Leistungsspektrums der gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde zu legen, würde allerdings darauf hinauslaufen, dass die Sozialrechtsprechung sich in jedem Fall den gesellschaftlichen und medizinisch-technischen Entwicklungen anpassen müsste. Die Steuerungsfunktion des Sozialrechts würde sich darauf beschränken, Ansprüche dort abzuweisen, wo sie – noch – nicht von einer breiten gesellschaftlichen Erwartungshaltung getragen werden. Der sozialrechtliche Krankheitsbegriff würde damit seine eigenständige normative Substanz einbüßen. Mit gutem Grund hat sich das Bundessozialgericht daher um eine andere Deutung des Leitbildkonzepts bemüht und betont, dass „nicht jede Abweichung von der [...] Idealnorm [...] schon eine Regelwidrigkeit im Sinne des aufgezeigten Krankheitsbegriffes dar[stellt]“<sup>128</sup>; vielmehr bedinge erst das Vorliegen von *Funktionsstörungen* die Regelwidrigkeit. Diese liege erst dann vor, wenn eine wesentliche körperliche oder psychische Funktion nicht (mehr) im befriedigenden Umfang ausgeübt werden könne.<sup>129</sup> Zu klären bleibt demnach, was wesentliche physische oder psychische Funktionen sind und wann von einem befriedigenden Umfang der Funktionsausübung gesprochen werden kann. Die prominenteste medizintheoretische Antwort auf diese doppelte Frage ist Christopher Boorses biomedizinisches bzw. *biostatistisches Krankheitskonzept*.<sup>130</sup> Krankheit wird hier als Zustand eines Organismus verstanden, der funktional auf die Ziele individuelles Überleben und Fortpflanzung ausgerichtet ist. Krank ist dieser Organismus dann, wenn seine Fähigkeit, die genannten Ziele zu erreichen, signifikant unter dasjenige Maß

---

<sup>126</sup> Mazal 1992, S. 61.

<sup>127</sup> Schimmelpfeng-Schütte 2000, S. 513.

<sup>128</sup> BSGE 35, 10, 12.

<sup>129</sup> Vgl. Mazal 1992, S. 63.

<sup>130</sup> Boorse 1976; Boorse 1977; Boorse 1981; Boorse 1997; vgl. Schramme 2000.



herabgemindert ist, das bei einer adäquaten Vergleichsgruppe von Organismen derselben Art, desselben Alters und Geschlechts, statistisch normal ist. Gesund ist er dann, wenn seine Fähigkeit zur Funktionserfüllung im Rahmen des in diesem biostatistischen Sinne Normalen und Natürlichen liegt.<sup>131</sup> Da die Referenzgruppe von Boorse nicht nur artspezifisch, sondern auch altersspezifisch definiert ist, werden ‚statistisch normale‘ Alterserscheinungen grundsätzlich nicht als Krankheit verstanden. Boorses biostatistisches Krankheitskonzept bietet eine vergleichsweise plausible Interpretation des Kriteriums der Regelwidrigkeit. Zu widersprechen ist jedoch Boorses ‚naturalistischer‘ Auffassung, dass die Unterscheidung zwischen Krankheit und Gesundheit vollständig ‚wertfrei‘ getroffen werden könne.<sup>132</sup> Zum einen hat die Zuschreibung von Organismuszielen nämlich nicht den Charakter einer deskriptiven Feststellung, wie Boorse behauptet.<sup>133</sup> Die Zuschreibung solcher Ziele stellt vielmehr eine wertende Deutung biologischer Organismen dar.<sup>134</sup> Zum anderen ist auch die Festlegung von Referenzgruppen nicht durch die Natur der Sache erzwungen, sondern impliziert ebenfalls eine mehr oder weniger plausible Wertentscheidung. Eine Wertentscheidung liegt deshalb auch der vom biostatistischen Krankheitsmodell gestützten Auffassung zugrunde, dass statistisch normale Alterserscheinungen nicht als Krankheiten gelten könnten. Freilich kann die wertende Deutung von Organismen als im Hinblick auf bestimmte Ziele funktional integrierter Einheiten mehr oder weniger kohärent mit biologischen Befunden sein. Zugleich können die jeweiligen Wertbezüge mehr oder weniger konkordant mit ethischen oder rechtlichen Normen und Werten sein.

## **2. Das Kriterium „Behandlungsbedürftigkeit“**

Auch das Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit ist als Teilkriterium des Krankheitsbegriffs nicht unproblematisch. Denn unter Berufung auf den Krankheitswert des jeweiligen Körper- oder Geisteszustandes soll ja ein Behandlungsanspruch der Versicherten begründet werden. Den Behandlungsbedarf als definatorisches Merkmal des Krankheitsbegriffs zu statuieren besagt also, dass Versicherte Anspruch auf Behandlung derjenigen Körper- oder Geisteszustände haben, die der Behandlung bedürfen. Welche Zustände dies sind, kann aus

---

<sup>131</sup> „The state of an organism is theoretically healthy, i.e. free of disease, insofar as its mode of functioning conforms to the natural design of that kind of organism.“ Boorse 1981, S. 551. Gesundheit ist also „the statistical normality of function, i.e., the ability to perform all typical physiological functions with at least typical efficiency“ Boorse 1977, S. 542, vgl. ebd. S. 567.

<sup>132</sup> Zur Kritik vgl. u.v.a. Bobbert 2000; Engelhardt 1981; Lanzerath 2000; Nordenfelt 1987.

<sup>133</sup> Boorse 1981.

<sup>134</sup> Vgl. für eine allgemeine Begründung Searle 1995, S. 13 ff.

einem derartigen Krankheitsbegriff nicht ohne weiteres abgeleitet werden.<sup>135</sup> Die Aussage, dass Versicherte Anspruch auf die Behandlung derjenigen Körper- oder Geisteszustände haben, die der Behandlung bedürfen, wirkt zunächst deshalb wenig erhellend, weil die im medizinischen Kontext formulierten Urteile über das Vorliegen von Behandlungsbedürftigkeit in aller Regel wiederum an Krankheitsdiagnosen und mithin an eine Definition des Krankheitsbegriffs gebunden sind. Das Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit definiert somit den Krankheitsbegriff durch etwas, das zumeist selbst unter Rekurs auf den Krankheitsbegriff bestimmt wird.<sup>136</sup> Hinsichtlich der sozialrechtlichen Interpretation dieses Kriteriums lässt sich ein historischer Wandel feststellen. Das Reichsversicherungsamt hatte eine ärztliche Behandlung nur dann als notwendig angesehen, wenn ohne sie „eine Besserung des Leidens ausgeschlossen oder dessen Verschlimmerung zu erwarten ist“.<sup>137</sup> Diese Voraussetzung wurde nur im Fall einer „augenblicklichen Behandlungsbedürftigkeit“ bejaht. Das BSG hat dieses Erfordernis mit guten Argumenten schon frühzeitig aufgegeben.<sup>138</sup> Das hatte indes zur Folge, dass ein regelwidriger Zustand häufig bereits dann als behandlungsbedürftig angesehen wurde, wenn er der Behandlung zugänglich war. Bei regelwidrigen Geisteszuständen wurde aber implizit am Merkmal der Notwendigkeit festgehalten, wenn die Behandlungsbedürftigkeit nur im Falle eines Leidensdrucks bejaht wurde. Derzeit gilt ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand dann als behandlungsbedürftig im Sinne des Sozialrechts, wenn er nicht ohne ärztliche Hilfe behoben, gebessert oder vor Verschlimmerung bewahrt werden kann, oder wenn ärztliche Behandlung erforderlich ist, um Schmerzen oder sonstige Beschwerden zu lindern oder das Leben des Patienten zu verlängern.<sup>139</sup> Eine Funktion des Kriteriums der Behandlungsbedürftigkeit darf demnach wohl in der Abwehr von Medikalisierungstendenzen gesehen werden. Auch die zuletzt angeführte Interpretationsformel bringt allerdings Probleme mit sich. Im ersten Teil weist sie auf das seinerseits interpretationsbedürftige Kriterium der Regelwidrigkeit zurück. Der zweite Teil lässt erkennen, dass das Ziel der Lebensverlängerung, der Schmerzlinderung und der Linderung sonstiger Beschwerden einen Behandlungsbedarf begründen kann. Dies bietet tatsächlich eine gewisse normative Orientierung. Allerdings erscheint das Ziel der Linderung sonstiger Beschwerden als zu weit gefasst. Denn sicher können nicht irgendwelche

---

<sup>135</sup> Vgl. Schäfer 1976, S. 19 f.

<sup>136</sup> Vgl. Lanzerath 2000; Wieland 1995.

<sup>137</sup> RVA AN 1920, 319, 321.

<sup>138</sup> BSGE 13, 134, 136.

<sup>139</sup> BSGE 26, 288, 289; DOK 1966, 364, 366; BSG, Urteil vom 20. Oktober 1972 – Az: 3 RK 92/71 – in SozR Nr 52 zu § 182 RVO.

‚sonstigen‘ Beschwerden, sondern nur *krankheitsbedingte* Beschwerden gemeint sein. Da von den ‚sonstigen Beschwerden‘ aber in einer Formel die Rede ist, die selber erst Krankheit definieren soll, wäre eine entsprechende Ergänzung ebenfalls problematisch. Damit hängt alles an der Formulierung, dass ärztliche Behandlung ‚erforderlich ist‘, ohne dass klar wird, was dies genau heißt. Dass bestimmte Beschwerden durch ärztliche Behandlung gelindert werden *könnten*, impliziert ja noch nicht, dass ärztliche Behandlung ‚erforderlich ist‘. Es könnte ja sein, dass andere, sinnvollere Möglichkeiten zur Beseitigung dieser Beschwerden existieren. Da „X ist erforderlich“ im üblichen Sprachgebrauch genauso viel heißt wie „es besteht ein Bedarf nach X“, erscheint die Formulierung als tautologisch: Behandlungsbedarf wird als Bedarf an einer Behandlung definiert.

### **III. Wertimplikationen von Krankheitsdefinitionen im Sozialrecht**

Die Wertimplikationen des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs weisen in zwei Richtungen. Zum einen sind viele Krankheitsdefinitionen, die zur Interpretation des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs herangezogen werden (könnten) insofern ethisch gehaltvoll, als sie einen intrinsischen Wertbezug aufweisen. Häufig wird der Krankheitsbegriff auf grundlegende menschliche Übel bezogen wie vorzeitigen Tod, die Einschränkung grundlegender Fähigkeiten und Handlungskompetenzen oder psychisches und physisches Leiden. Zum anderen ist der Krankheitsbegriff deshalb ethisch relevant, weil im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung die Zuerkennung von Ansprüchen auf solidarisch finanzierte medizinische Leistungen von ihm abhängig gemacht wird. Der sozialrechtliche Krankheitsbegriff bzw. die zur Interpretation dieses unbestimmten Rechtsbegriffs herangezogene Krankheitsdefinition lässt sich als ein Vermittlungskonzept verstehen, das den sozialrechtlichen mit dem medizinischen und dem ethischen Diskurs durch eine gemeinsame Wertorientierung verzahnt. Eine Krankheitsdefinition kann nur dann zur Interpretation des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs herangezogen werden, wenn ihre Wertimplikationen auch im Gesamtzusammenhang des sozialrechtlichen Normen- und Wertgefüges plausibel erscheinen. *Eine Krankheitsdefinition ist genau dann zur Interpretation des unbestimmten sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs geeignet, wenn (a) diese Interpretation zu sozialrechtlichen Entscheidungen führen würde, die juristisch wie ethisch überzeugend sind, und (b) wenn die intrinsischen Wertbindungen des Krankheitsbegriffs plausibel zu machen*

*vermögen, warum der Krankheitsbegriff überhaupt die kriteriale Rolle spielen sollte, die ihm im Rahmen des Sozialrechts zugeschrieben wird.*

#### **IV. Definitionskontroverse in Medizintheorie und Philosophie**

Häufig knüpfen die Argumentationen der Sozialgerichte an medizinische Krankheitsbegriffe an.<sup>140</sup> Die medizintheoretische und philosophische Diskussion über das allgemeine Krankheitskonzept ist indes von einer Vielfalt unterschiedlicher und teils unvereinbarer Definitionsvorschläge gekennzeichnet. Dass diese Kontroversen nicht ohne praktische Konsequenzen sind, haben die Kontroversen um den Krankheitswert der Infertilität (vor der 1990 erfolgten Einführung des § 27a SGB V) und der erektilen Dysfunktion deutlich gemacht.<sup>141</sup> Umstritten ist schon die Frage, ob eine allgemeingültige Krankheitsdefinition überhaupt möglich ist, oder ob Krankheit ein vollständig kulturrelativer Begriff ist. Während sich die Vertreter der relativistischen Position durch den Wandel des Krankheitsbegriffs bestätigt sehen – ihre Standardbeispiele sind Masturbation,<sup>142</sup> Homosexualität oder *Drapetomania*<sup>143</sup> – verweisen die Krankheitsuniversalisten darauf, dass ein hinreichend großer Kernbereich vom Wandel des Krankheitsbegriffs ausgenommen sei. Neben der Unterscheidung zwischen Universalisten und Relativisten lässt sich zwischen normativistischen und naturalistischen Krankheitskonzepten unterscheiden. Die ‚Naturalisten‘ behaupten, dass die Unterscheidung zwischen Gesundheit und Krankheit schlechthin ‚wertfrei‘ getroffen werden könne, während die ‚Normativisten‘ meinen, dass diese Unterscheidung stets auf bestimmte Wertungen oder Normen bezogen sei. Naheliegenderweise vertreten alle Naturalisten auch eine universalistische Position. Der Normativismus impliziert jedoch nicht notwendig eine relativistische Position. Es ist auch möglich zu behaupten, dass der Krankheitsbegriff auf Normen oder Werte bezogen ist, die universelle Gültigkeit haben. Innerhalb der einzelnen Definitionstypen ist abermals eine große Vielfalt spezifischer Krankheitskonzepte anzutreffen. Das gilt vor allem für die normativistischen Krankheitskonzepte. Sie unterscheiden sich untereinander in wenigstens drei Hinsichten: Erstens bezüglich der Frage, wessen Wertungen bzw. Normierungen es sind, auf die im Rahmen des Krankheitskonzepts jeweils rekurriert wird; zweitens bezüglich der

---

<sup>140</sup> Seewald 1989, S. 651.

<sup>141</sup> Vgl. Werner; Wiesing 2002; Werner 2003.

<sup>142</sup> Engelhardt 1974.

<sup>143</sup> Eine besonders ausgeprägte Neigung von Sklaven, sich der Sklaverei zu entziehen, die von Samuel Cartwright 1851 als psychische Krankheit definiert wurde; Cartwright 1981, vgl. hierzu Bynum 2000.

Frage, welcher Art diese Wertungen bzw. Normierungen sind; drittens in Bezug auf die Frage, welche Bedeutung den Werturteilen bzw. Normen im Rahmen des Gesamtkonzepts zukommt. Die erste Frage wird von manchen Normativisten mit dem Hinweis auf die jeweils Betroffenen beantwortet,<sup>144</sup> von anderen mit dem Hinweis auf die Gesellschaft oder bestimmte politische Akteure,<sup>145</sup> und wieder andere sehen die entscheidenden Wertungen aus Aushandlungsprozessen in der Arzt-Patient-Kommunikation hervorgehen.<sup>146</sup> Nicht weniger bedeutsam sind Unterschiede bezüglich der Frage nach der ‚Natur‘ der Werte und/oder Normen, auf die Normativisten rekurren. Diese werden teils als subjektive Präferenzen verstanden,<sup>147</sup> teils als Werte im Sinne einer quasi-aristotelischen Theorie natürlicher Güter,<sup>148</sup> teils als universell gültige Normen im Sinne einer deontologischen Ethik<sup>149</sup>. In Bezug auf die Bedeutung, die den Wert- oder Normurteilen im Rahmen der Krankheitskonzepte insgesamt zugesprochen wird, lässt sich mit Boorse<sup>150</sup> zwischen ‚stark‘ und ‚schwach normativistischen‘ Krankheitskonzepten unterscheiden: Erstere deuten Krankheitszuschreibungen ausschließlich als Ausdruck von Wertungen oder normativen Urteilen, letztere sehen Krankheitsurteile als ‚gemischte‘ Urteile an, in denen auch deskriptive Anteile enthalten sind. Schließlich kann man alle Vorschläge für eine Definition des Krankheitsbegriffs, gleich ob naturalistisch oder normativistisch, nach ihrer Intention unterscheiden: Geht es lediglich darum, den faktischen Sprachgebrauch zu rekonstruieren? Oder geht es darum, einen bestimmten Krankheitsbegriff zur Verwendung zu empfehlen, auch wo er partiell vom faktischen Sprachgebrauch abweicht?

Die prominenteste der naturalistischen Krankheitskonzeptionen, Boorses biostatistisches Krankheitsmodell, ist im Zusammenhang mit dem sozialrechtlichen Krankheitskriterium der Regelwidrigkeit bereits vorgestellt worden.<sup>151</sup> Einer der schärfsten Kritiker des boorseschen Naturalismus ist Lennart Nordenfelt. Er definiert Gesundheit wie folgt: Eine Person „P ist gesund, wenn und nur wenn P, unter normalen Umweltbedingungen, fähig ist, seine maßgeblichen Ziele zu erreichen. Ps maßgebliche Ziele legen die Menge der Zustände fest,

---

<sup>144</sup> Nordenfelt 1987.

<sup>145</sup> Margolis 1976, v.a. S. 252; vgl. auch Göckenjan 1985, S. 59 ff.

<sup>146</sup> Honnefelder 1996; Lanzerath 2000.

<sup>147</sup> Nordenfelt 1987.

<sup>148</sup> Fedoryka 1997.

<sup>149</sup> Bobbert 2000.

<sup>150</sup> Boorse 1981.

<sup>151</sup> Ein anderer prominenter Vertreter einer gemäßigt naturalistischen Position ist Wakefield 1992a; Wakefield 1992b.

die nötig und insgesamt hinreichend sind für Ps minimales Glück.“<sup>152</sup> Nordenfelts Position ist die eines Normativismus individualistischer Spielart. Maßgeblich sind die Wertorientierungen der Betroffenen selbst. Die Definition ist überdies gemäßigt relativistisch. Welche Ziele eine Person für ihr Wohlbefinden erreichen muss, kann unterschiedlich sein, aber es gibt Nordenfelt zufolge deutliche Überlappungen; bestimmte Ziele wollen alle, oder zumindest nahezu alle, Personen erreichen. Dass nur ein ‚minimales Glück‘ erforderlich ist, unterscheidet Nordenfelts Position von der heftig umstrittenen Formulierung in der Präambel der WHO, wonach „Gesundheit“ einen „Zustand vollkommenen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens“<sup>153</sup> bezeichnet. Vielfach werden auch Krankheits- oder Gesundheitsmodelle vertreten, die stärker relativistisch sind als dasjenige Nordenfelts. So möchte Horst Baier Gesundheit schlicht „als persönliches Lebenskonzept“ verstanden wissen,<sup>154</sup> und Lawrie Reznek formuliert: „Wenn wir darüber entscheiden, ob ein bestimmter Zustand eine Krankheit ist, entscheiden wir im Grunde darüber, was für eine Art Mensch wir sein wollen“<sup>155</sup>. Andere bemühen sich aus kulturelrelativistischer Perspektive um die vollständige Dekonstruktion des Krankheitsbegriffs. Der Krankheitsbegriff bringt ihnen zufolge lediglich ideologiekritisch erklärbare Werturteile der Mehrheit oder herrschender Gruppen der Gesellschaft zum Ausdruck.<sup>156</sup> Eine gänzlich andere, nämlich universalistische Spielart des Normativismus vertritt Monika Bobbert, die das Krankheitskriterium vor allem in der Einschränkung grundlegender Handlungskompetenzen sieht. Dabei geht sie mit Alan Gewirth von einem letztbegründbaren Grundrecht auf die Bedingungen der Handlungsfähigkeit aus. Der Krankheitsbegriff wird somit an eine ethische Norm gebunden, die als allgemein zustimmungsfähig angesehen wird.<sup>157</sup>

## V. Relevanz für die Leistungseingrenzung

Vor dem Hintergrund des oben festgehaltenen doppelten Wertbezugs sozialrechtlicher Krankheitsbegriffe sind vor allem zwei Merkmale von Krankheitsdefinitionen von Bedeutung: Zum einen die *Extension der Krankheitsdefinition*, zum anderen die Stellung zur

---

<sup>152</sup> Nordenfelt 1993, S. 8, Übersetzung durch die Autoren.

<sup>153</sup> Aus der Präambel der Verfassung der WHO, Übersetzung durch die Autoren.

<sup>154</sup> Baier 1997 ; Baier 1999.

<sup>155</sup> Reznek 1987, S. 166, Übersetzung durch die Autoren.

<sup>156</sup> „Zwar haben Fachleute einen wichtigen Einfluss auf die Meinungsbildung; letztlich ist es aber das Urteil der Mehrheit der Gesellschaft, das darüber entscheidet, ob einige ihrer Mitglieder als krank, kriminell, exzentrisch oder unmoralisch anzusehen sind.“ Gregory 1968, S. 32, Übersetzung durch die Autoren.

<sup>157</sup> Vgl. Bobbert 2000; vgl. kritisch Thielmann 2001.

Universalismus/Relativismus-Kontroverse. Was die Extension des Krankheitsbegriffs betrifft, so käme man unter Zugrundelegung der boorseschen Krankheitsdefinition zu einer engeren Eingrenzung des Leistungsspektrums als etwa im Ausgang von Nordenfelts Definition. Boorse zufolge zählen Befindlichkeitsstörungen oder Leidenszustände, denen keine Funktionsstörung zu Grunde liegt, ebenso wenig als Krankheiten wie biostatistisch normale Alterserscheinungen; es bestünde bezüglich solcher Zustände also kein Behandlungsanspruch. Hingegen schwimmt in Nordenfelts Krankheitsdefinition die Grenze zwischen Therapie und *Enhancement* (einer Eigenschaftsverbesserung über das Maß des Normalen hinaus), da sein Krankheitsbegriff an individuelle *vital goals* gebunden ist.<sup>158</sup> Dies würde tendenziell zu einer Ausdehnung des derzeitigen Leistungsspektrums führen.<sup>159</sup> Unabhängig von der Frage der Extension der Krankheitsdefinition ist auch die Frage von Bedeutung, ob und inwiefern Krankheit *relativistisch oder universalistisch* definiert wird. Wenn Krankheitszuschreibungen im Sinne der kulturellrelativistischen Deutung *nichts anderes* als die Vorurteile bestimmter sozialer Gruppen widerspiegeln würden, wäre es bedenklich, bei der Eingrenzung des medizinischen Leistungsspektrums den Krankheitsbegriff heranzuziehen. Wenn Krankheit gar, gemäß der individualistischen Spielart des Relativismus, vollständig als eine Sache der Selbstausslegung der Betroffenen verstanden werden müsste und die individuellen Krankheitsdeutungen grundlegend verschieden wären, wäre ein solidarisches Gesundheitssystem kaum mehr tragfähig. Ein Solidarsystem dürfte nämlich zumindest sehr viel schwieriger zu rechtfertigen sein, wenn man nicht davon ausgehen könnte, dass sich die Mitglieder eine Absicherung gegen mehr oder weniger vergleichbare Risiken erhoffen. Daher ist es kein Zufall, dass diejenigen, die ein individualistisch-relativistisches Krankheitskonzept vertreten, zugleich für ein weitgehend marktförmig organisiertes Gesundheitswesen eintreten und solidarische Systeme der Absicherung gegen Krankheitsrisiken ablehnen.<sup>160</sup> Diejenigen, die für sozialstaatliche Lösungen plädieren, benötigen hingegen Kriterien für Leistungseingrenzungen, die für alle gleichermaßen akzeptabel sind. Eine Krankheitsdeutung, die zumindest in einem Kernbereich eine starke Überlappung individueller Krankheitsverständnisse annimmt, ist hierbei zumindest hilfreich.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Vgl. Lenk 2002, S. 214, 217 ff.

<sup>159</sup> Vgl. exemplarisch am Beispiel der Reproduktionsmedizin Zeiler 2003.

<sup>160</sup> Prominentestes Beispiel ist Tristram J. Engelhardt; vgl. Engelhardt; Wildes 1995; Engelhardt 1981; Engelhardt 1994; Engelhardt 1996. Eine ähnliche Kombination findet sich in Deutschland bei Baier 1997; Baier 1999.

<sup>161</sup> So beruft sich beispielsweise Norman Daniels als Vertreter einer sozialstaatlichen Krankenversicherung auf das Krankheitskonzept von Christopher Boorse; v.a. dazu u. a. Daniels 1985 und Daniels 2000.

Die mangelnde Trennschärfe des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs führt in Verbindung mit den medizintheoretischen und philosophischen Kontroversen über die Krankheitsdefinition zu Unsicherheiten bezüglich der Eingrenzung des Leistungsspektrums der gesetzlichen Krankenversicherung. Daher ist vorgeschlagen worden, die Frage der Eingrenzung des Leistungsspektrums ganz vom Krankheitsbegriff zu entkoppeln und nach anderen Kriterien für die Zuerkennung von Leistungsansprüchen zu suchen.<sup>162</sup> Diese Option kann erst beurteilt werden, wenn hinreichend klare Alternativkriterien benannt sind, die einen funktionalen Ersatz bieten könnten. Es dürfte schwierig sein, Ersatzkriterien zu finden, die nicht mit ähnlichen Problemen behaftet sind wie der Krankheitsbegriff selbst. Interessanterweise sind Kriterien, die derzeit als Alternativen vorgeschlagen werden, ohnehin schon als Interpretamente des sozialrechtlichen Krankheitsbegriffs in Gebrauch.<sup>163</sup>

Eine wohlwollende Interpretation der Sozialrechtsprechung wird den sozialrechtlichen Krankheitsbegriff auf folgende drei auch verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte beziehen dürfen: *Leben, Freiheit von nicht nur geringfügigem subjektivem Leiden und allgemeine Handlungsfähigkeit* (letztere als Inbegriff von „Arbeitsfähigkeit“ und Freiheit von „sonstigen Beschwerden“).<sup>164</sup> Dem Kriterium der Regelwidrigkeit lässt sich eine exaktere Bedeutung geben, wenn man es nach dem Muster der biostatistischen Normalität interpretiert. Boorse hat das biostatistische Normalitätsverständnis zwar im Rahmen eines problematischen Naturalismus entwickelt; kombiniert man seine teleologische Organismusdeutung jedoch mit der Orientierung an den genannten Grundwerten Leben, Leidfreiheit und Handlungsfähigkeit, so lässt sich ein plausibler Krankheitsbegriff gewinnen, der die Probleme des Boorseschen ‚Naturalismus‘ weitgehend vermeidet. Krankheit lässt sich dann als *ein vom biostatistisch normalen Funktionieren des Organismus abweichender physischer oder psychischer Zustand verstehen, der lebensbedrohlich ist und/oder die Handlungsfähigkeit einschränkt und/oder ein nicht nur geringfügiges subjektives Leiden zur Folge hat*. Dem biostatistischen Normalitätskriterium kommt dabei eine anspruchsbegrenzende Funktion gegenüber Maßnahmen des *Enhancement* zu.

Allerdings ist auch ein in dieser Weise interpretierter Krankheitsbegriff allein nicht hinreichend, um die Außengrenzen des sozial finanzierten medizinischen Leistungsspektrums

---

<sup>162</sup> Vgl. Hesslow 1993; vgl. stärker zur ärztlichen Praxis Wiesing 1998; Wiesing 2004.

<sup>163</sup> So hat Dieter Birnbacher als Ersatz für das Krankheitskriterium das Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit vorgeschlagen, das ohnehin schon Bestandteil der sozialrechtlichen Krankheitsdefinition ist; vgl. Birnbacher 2002.

<sup>164</sup> Gert 1998.



auf eine unkontroverse Weise zu bestimmen. Zum einen werden faktisch nicht alle Maßnahmen finanziert, die der Behandlung von Krankheiten dienen. Man denke an den Ausschluss der sogenannten Bagatellarzneimittel in § 34 SGB V. Dass jemand krank ist, begründet also nur einen *Prima-facie*-Anspruch auf medizinische Leistungen. Angesichts knapper Ressourcen erscheint eine Einschränkung von Leistungen zur Behandlung weniger gravierender Krankheiten auch in ethischer Hinsicht als nicht per se illegitim. Zum anderen finanzieren die gesetzlichen Krankenkassen in manchen Fällen mit guten Gründen auch die Behandlung von Zuständen, die nicht ohne weiteres unter die genannte Krankheitsdefinition fallen. Von den in SGB V eigens geregelten Ausnahmen abgesehen, gilt dies vor allem für biostatistisch normale Alterserscheinungen. Wie oben bemerkt, handelt es sich bei der Auswahl der Referenzgruppe, anhand derer die biostatistische Normalität des Funktionierens eines Organismus bemessen wird, um eine Wertentscheidung. Es gibt kein schlechthin objektives und wertfreies Kriterium dafür, ob beispielsweise ‚statistisch normale‘ Alterssichtigkeit als Krankheit zu werten ist oder nicht. In ethischer Perspektive darf dabei die Frage des Krankheitswerts eines Zustandes, nicht die eigentlich entscheidende Frage verdecken, ob eine Ausgrenzung von medizinischen Leistungen zur Behandlung dieses Zustandes aus dem Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung legitim ist oder nicht. Dies hängt zum einen von der Frage ab, ob es ethisch gute Gründe für die Ungleichbehandlung von jüngeren und älteren Patienten bzw. Patientinnen gibt. Zum anderen geht es um die Frage, für welche Möglichkeiten einer medizinisch induzierten Lebenswertsteigerung (und evtl. auch Lebensverlängerung) die gesetzlich Versicherten gemeinschaftlich Vorsorge treffen wollen. Was eine entsprechende Entscheidung in ethischer Hinsicht problematisch erscheinen lässt, ist die sich hier ergebende Durchdringung von Gerechtigkeitsfragen mit Fragen des guten Lebens. Zunächst lässt sich argumentieren, dass die Frage, inwieweit ein Anspruch auf die Behandlung statistisch normaler Alterserscheinungen besteht, primär als eine Frage der klugen Verteilung medizinischer Ressourcen über die gesamte Lebensspanne der einzelnen Versicherten hinweg zu verstehen sei. Da ältere Menschen auch einmal jung gewesen seien, gehe es nicht um eine Frage der Verteilung zwischen verschiedenen Gruppen, sondern um eine Frage der klugen Lebensplanung.<sup>165</sup> Gerechtigkeitsfragen können sich gleichwohl dann ergeben, (a) wenn ein Teil der jüngeren Versicherten, z. B. aufgrund einer bekannten Krankheitsdisposition,

---

<sup>165</sup> Vgl. Norman Daniels' Konzept des *prudential lifespan account* in Daniels 1988; vgl. auch Kondratowitz 1990.

ohnehin nicht damit rechnen kann, ein höheres Alter zu erreichen, (b) wenn mit unterschiedlichen individuellen Präferenzen der Versicherten bezüglich der Allokation medizinischer Ressourcen über die eigene Lebensspanne hinweg zu rechnen ist oder (c) wenn im Rahmen eines Solidarsystems die Inklusion bzw. Ausklammerung medizinischer Leistungen in das Spektrum des solidarfinanzierten Leistungsangebots zugleich zu Umverteilungen zwischen verschiedenen Gruppen führt.<sup>166</sup>

Wenn man den Krankheitsbegriff in der vorgeschlagenen Weise auf die Grundwerte Leben, Handlungsfähigkeit und Freiheit von schwerem Leiden bezieht, bewirkt dies eine Relativierung der Gesundheitsversorgung im Hinblick auf andere Politikbereiche. Ansprüche auf solidarisch finanzierte medizinische Leistungen können *prima facie* jedenfalls nicht so weit reichen, dass aufgrund der Vernachlässigung anderer Gemeinschaftsaufgaben (z. B. Bildung oder Umweltschutz) die Gesamtbilanz für Leben, Handlungsfreiheit und Wohlergehen der Bürger, verglichen mit anderen Ressourcenverteilungen, deutlich negativ ausfällt. Derartige Überlegungen transformieren die gesundheitspolitische Rationierungsaufgabe auf der Makroebene gewissermaßen in eine gesamtpolitische Rationalisierungsaufgabe. In ethischer Hinsicht bringen sie freilich das Problem mit sich, auch heterogene Werte – Leben, Handlungsfähigkeit und Freiheit von schwerem Leiden – gegeneinander abwägen zu müssen. Dieses Problem stellt sich erst recht auf der Mesoebene der Prioritätensetzung innerhalb des Gesundheitssystems. Zwar dürften Unterscheidungen zwischen schweren und leichteren Erkrankungen häufig konsensfähig sein; dies gilt jedoch nicht zuverlässig. Verschiedene Formen des Leidens, verschiedene Einschränkungen der Handlungsfähigkeit können unterschiedlich wahrgenommen oder gewichtet oder unterschiedlich gegen einander oder gegen Lebensrisiken abgewogen werden. Ob jemand eine bestimmte Einschränkung seiner Handlungsfähigkeit, ein bestimmtes Maß an Schmerzen oder eine bestimmte Minderung seiner Lebenserwartung als gravierender ansieht, ist in weiten Grenzen eine Frage des guten Lebens, auf die es keine allgemeingültigen Antworten gibt. Gleichwohl müssen hinsichtlich der Gesundheitsversorgung Gewichtungen vorgenommen werden, die für alle gleichermaßen verbindlich sind. Jenseits einer schon grundrechtlich garantierten Mindestversorgung besteht hinsichtlich der Gewichtung der verschiedenen *Prima-facie*-Ansprüche ein Spielraum, der durch gesundheitspolitische Prioritätensetzung auszufüllen ist. Deren ethische Legitimität ist indes zumindest von der Einhaltung

---

<sup>166</sup> Vgl. zum Kontext Marckmann 2003.

prozeduraler ethischer Standards abhängig.<sup>167</sup> Prioritätensetzungen im Gesundheitswesen jenseits des unstrittigen Kernbereichs der Krankheitsbehandlung sollten zumindest möglichst transparent und partizipativ organisiert sein, beispielsweise durch die Einbeziehung öffentlicher Leitbilddiskurse in den Prozess der politischen Entscheidungsfindung.

Mit einer hohen Übereinstimmung hinsichtlich eines Kerngehalts des Krankheitsbegriffs ist zu rechnen, weil Leben, allgemeine Bedingungen der Handlungsfähigkeit und Freiheit von schwerem Leiden nicht nur selbst hohe Werte darstellen, sondern auch als allgemeine Bedingungen zur Realisierung anderer subjektiver Werte zu betrachten sind. Wolfgang Kersting und Otfried Höffe bezeichnen in diesem Sinne *Gesundheit als ein transzendentes Gut* bzw. sprechen von einem transzendentalen Interesse an der Erhaltung der Gesundheit.<sup>168</sup> Soweit Gesundheit eine gemeinsame Bedingung für die Realisierung von Lebensplänen sehr unterschiedlichen Charakters darstellt, sieht sich die gemeinschaftliche Organisation eines Systems der Gesundheitsfürsorge nicht dem Vorwurf ausgesetzt, partikulare Entwürfe des guten Lebens auf Kosten abweichender Lebensentwürfe zu bevorzugen. Im Gegenteil kann ein weithin gemeinsames Interesse an einer effizienten Gesundheitsfürsorge unterstellt werden. Eine radikal subjektivistisch-relativistische Interpretation des Krankheitsbegriffs erscheint vor diesem Hintergrund als dramatisierende Verallgemeinerung eines in den Randbereichen durchaus bestehenden Abgrenzungsproblems.

## **D. Gebot der Wirtschaftlichkeit**

### **I. Normativer Befund**

Die Leistungen, auf die der Versicherte im Krankheitsfall Anspruch hat, werden in § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V durch das *Wirtschaftlichkeitsgebot* näher bestimmt: „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“. Eine weitere Aussage zum Wirtschaftlichkeitsgebot findet sich in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V: „Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten

---

<sup>167</sup> Vgl. Daniels; Sabin 2002.

<sup>168</sup> Vgl. Kersting 2002b, S. 144; Kersting 2000a, S. 477; Kersting 2002a; Höffe 2002, S. 58; vgl. hierzu Werner 2002a.

Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen“. Kaum nachvollziehbar ist, warum § 2 Abs. 4 SGB V mit abweichenden Begriffen das Wirtschaftlichkeitsgebot neu umschreibt: Krankenkassen, Leistungserbringer und Versicherte haben darauf zu achten, „dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht und nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden“. <sup>169</sup> Dagegen regelt § 70 Abs. 1 SGB V die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern wieder in der vertrauten Begrifflichkeit: „Die Krankenkassen und Leistungserbringer haben eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Die Versorgung der Versicherten muss ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden“.

An diesen Definitionen, Umschreibungen und Bezugnahmen fällt auf, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot Elemente enthält, die dem haushaltsrechtlichen Prinzip der Wirtschaftlichkeit, das auch in vielen Bereichen des Sozialrechts Anwendung findet, fremd sind. Dort meint Wirtschaftlichkeit schlicht und einfach eine Zweck-Mittel-Relation, die in einem doppelten Sinne verstanden werden kann: Nach dem Minimalprinzip ist ein vorgegebener Zweck mit dem geringstmöglichen Einsatz an Mitteln zu erreichen, nach dem Maximalprinzip ist mit gegebenen Mitteln der größtmögliche Nutzen zu erzielen. <sup>170</sup>

## **II. Die vier Teilelemente**

Das Bundessozialgericht unterscheidet nicht immer streng zwischen den vier Teilelementen des Wirtschaftlichkeitsgebots, sondern stellt gelegentlich eine Gesamtbetrachtung an, die wenig zur Klärung der Probleme beiträgt, sondern sie eher verdunkelt. <sup>171</sup> Auch aus diesem Grund ist eine Verständigung über den Inhalt der Teilelemente angezeigt.

---

<sup>169</sup> Zu Recht merkt Kruse in: Kruse; Hänlein 2003, § 2 Rz. 8 an, dass in den „Einweisungsvorschriften“ des SGB V auf eine einheitliche Terminologie mit deckungsgleichen Bezeichnungen hätte geachtet werden müssen.

<sup>170</sup> Neumann 1992, S. 126.

<sup>171</sup> BSGE E 17, 79 (84); E 76, 194 (201) – Remedacen.

## 1. Ausreichend

Die Versorgung ist *ausreichend*, wenn sie nach Art und Umfang hinreichende Chancen für einen Heilerfolg bietet.<sup>172</sup> Garantiert wird dadurch ein *Mindeststandard* der Leistungen, also die qualitative und quantitative Untergrenze der Versorgung, die auf gar keinem Fall unterschritten werden darf.<sup>173</sup>

## 2. Maß des Notwendigen

*Notwendig* sind nur diejenigen Leistungen, die nach Art und Umfang unentbehrlich, unvermeidlich und unverzichtbar sind.<sup>174</sup> Dieses Teilelement schließt überflüssige Leistungen aus und markiert damit die Obergrenze des Versicherungsschutzes. Nicht alles was für die Behandlung wünschenswert oder förderungsfähig wäre, fällt in den gesetzlichen Leistungskatalog.<sup>175</sup> Die Krankenkassen schulden auch bei einer Auslandsbehandlung (Nierentransplantation in den USA) keine Versorgung, die alle dort bestehenden Behandlungsmöglichkeiten bis an ihre medizinisch technische Grenzen um jeden Preis ausschöpft. Vielmehr sei die bedarfsgerechte Versorgung ebenso wie im Inland an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Notwendigkeit gebunden.<sup>176</sup> Das bedeutet im konkreten Fall, dass für die Transplantation von Organen in Deutschland eine gleichartige und gleichwertige Therapie zur Verfügung steht, obwohl mit einer längeren Wartezeit auf das Spenderorgan als in den USA zu rechnen ist. Das gilt aber nur, wenn die längere Wartezeit zumutbar mit einer Dialysebehandlung überbrückt werden kann.

Genau besehen wird mit der Notwendigkeit auch der Vorrang der Heilung vor der Linderung von Krankheitsbeschwerden begründet. Deshalb ist die Drogensubstitution nur dann notwendig, wenn sie dem Hauptziel des Drogenentzugs untergeordnet ist.<sup>177</sup> Um die Notwendigkeit geht es auch bei der Aussage, der Versicherte habe nur Anspruch auf gesundheitliche Maßnahmen, die „gezielt der Krankheitsbekämpfung dienen“, weil es nicht Aufgabe der GKV sei, ihm „sonstige wegen einer Krankheit notwendig werdende Hilfe im Bereich der Lebensführung zu bieten“.<sup>178</sup> Eine gewisse Bedeutung hat die Prüfung der

---

<sup>172</sup> BSGE 55, 188 (194); Jörg in: Schnapp; Wigge 2002, § 10 Rz. 51 f.

<sup>173</sup> Höfler in: Kasseler Kommentar, § 12 SGB V Rz. 22.

<sup>174</sup> Jörg in: Schnapp; Wigge 2002, § 10 Rz. 56.

<sup>175</sup> BSGE 73, 271 (279).

<sup>176</sup> BSG 17. 2. 2004 SGB 2004, 704 (706).

<sup>177</sup> BSGE 78, 70 (86) - Methadon; E 76, 194 (201) – Remedacen.

<sup>178</sup> BSG 12. 3. 1996 NZS 1996, 388 (389); BSGE 42, 229 (231)..

Notwendigkeit auch bei der Versorgung mit Hilfsmitteln erlangt: Hilfsmittel, die nur in unwesentlichem Umfang eine Funktionsbeeinträchtigung ausgleichen können, sind nicht notwendig.<sup>179</sup>

### 3. Zweckmäßig

*Zweckmäßig* sind Leistungen, die darauf gerichtet und dazu geeignet sind, ein zulässiges Behandlungsziel zu erreichen. Weitgehend synonym mit Zweckmäßigkeit wird die Wirksamkeit genannt, die wiederum in einer engen Beziehung zur Qualität der Leistung steht.<sup>180</sup> Eine zweckmäßige Behandlung verlangt den Einsatz hinreichend wirksamer Mittel.<sup>181</sup>

Was zweckmäßig und wirksam ist, bestimmt § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V: „Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten Standard der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen“.<sup>182</sup> Diese Bestimmung schließt nicht ausreichend erprobte Leistungen aus dem Katalog der GKV aus, da es nicht die Aufgabe der GKV ist, die medizinische Forschung zu finanzieren.<sup>183</sup> Auch darf den Versicherten nicht zugemutet werden, sich den erhöhten Risiken einer Behandlung mit experimentellem Charakter auszusetzen.<sup>184</sup> Der Standardbegriff ist ein rechtlicher Rahmen, der von der Medizin ausgefüllt wird: „Es ist die sachverständige Medizin, die aufgrund der allgemeinen und normativen Aussage, etwas sei Standard, sich selbst, d. h. die in Rede stehende individuelle Behandlung, im rechtlichen Rahmen beurteilt“.<sup>185</sup> Der allgemein anerkannte Standard der medizinischen Erkenntnisse meint den jeweiligen Standard der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungszieles erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Der Standardbegriff hat also drei Elemente, nämlich die wissenschaftliche Erkenntnis, die ärztliche Erfahrung und die professionelle Akzeptanz.<sup>186</sup> Die Bewährung in der Erprobung setzt „einen Erfolg der Behandlungsmethode in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen voraus“. „Dabei muss sich der Erfolg aus

---

<sup>179</sup> BSGE 42, 229 (230).

<sup>180</sup> BSGE 73, 271 (279); Wahl 2001, S. 58.

<sup>181</sup> BSGE 85, 56 (61) - Amalgam; BSGE 70, 24 (27).

<sup>182</sup> Mittelbar wirkt sich dieser Satz auch auf die Teilelemente „ausreichend“ und „notwendig“ aus.

<sup>183</sup> BT-Drs. 11/2237, S. 157.

<sup>184</sup> BSGE 81, 54 (67 f.). Zur Abgrenzung von Standardbehandlung, Heilversuch und wissenschaftlichem Experiment am Menschen Hart, 1998, S. 9.

<sup>185</sup> Hart 1998, S. 9.

<sup>186</sup> Ebd., S. 10.

wissenschaftlich einwandfrei geführten Statistiken über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der neuen Methode ablesen lassen“.<sup>187</sup> Aus dem Wortlaut („allgemein anerkannt“) folgt auch, dass die Akzeptanz, die eine Methode in der Medizin gefunden hat, auch dann nicht unberücksichtigt bleiben darf, wenn aussagekräftige klinische Versuche bisher unterblieben sind. Umgekehrt bedürfen die Ergebnisse klinischer Versuche einer kritischen Betrachtung durch die medizinische Praxis.

Die gebotene Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts bedeutet nicht, dass Leistungen erbracht werden dürfen, deren Wirksamkeit noch erforscht wird, über die somit noch keine gesicherten Erkenntnisse vorliegen. Vielmehr wird damit klargestellt, dass die Versicherten am medizinischen Fortschritt teilhaben und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Kosten Anspruch auf diejenige Behandlung haben, die dem neuesten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht.<sup>188</sup> Das Gebot der Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts kann auch eine leistungsbeschränkende Funktion haben: Leistungen, die bisher zum anerkannten Standard der Medizin gehörten, dürfen nicht mehr erbracht werden, wenn neue Untersuchungen gefährliche Nebenwirkungen belegen.

Die Anforderungen an die Zweckmäßigkeit/Wirksamkeit eines ärztlich verordneten Mittels werden bei schweren Erkrankungen nicht geklärter Genese deutlich herabgesetzt. Wenn die Schulmedizin keinen Rat weiß, wird die Wirksamkeit bereits dann bejaht, wenn das Mittel in Einzelfällen positive Wirkung entfaltet. Auf den Nachweis genereller Wirksamkeit kommt es in diesen Fällen ausnahmsweise nicht an.<sup>189</sup>

Das Privatversicherungsrecht trägt zur Begriffsverwirrung in Sachen „Wirtschaftlichkeitsgebot“ bei. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 MB/KKL 76 ist ein die Leistungspflicht des Versicherers auslösender Versicherungsfall „die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen“.<sup>190</sup> *Notwendig* meint hier ersichtlich das, was im SGB V mit zweckmäßig bzw. wirksam gemeint ist. Eine Behandlung ist notwendig, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung vertretbar ist, sie als medizinisch notwendig anzusehen. Das ist im allgemeinen der Fall, wenn eine wissenschaftlich allgemein anerkannte Behandlungsmethode zur Verfügung steht, die geeignet ist, die Krankheit in dem

---

<sup>187</sup> BSGE 76, 194 (199) - Remedacen; E 81, 54 (66); E 85, 56 (61).

<sup>188</sup> BSG 19. 11. 1997 NJW 1999, 1811 (1812) - Hyperthermie.

<sup>189</sup> BSGE 70, 24 (27) – Ney-Tumorin. Vgl. auch BSGE 64, 255 (257 f.); E 63, 102 (105 f.).

<sup>190</sup> Zur Parallelisierung des Privatversicherungsrechts mit den Einzelelementen des Wirtschaftlichkeitsgebots des SGB V Steffen in: Brandner 2000, S. 494-498.

beschriebenen Sinne zu heilen oder zu lindern.<sup>191</sup> Das Privatversicherungsrecht orientiert sich an der „negativen Leitbildfunktion des Standards der gesetzlichen Krankenversicherung“: Mindestens all das ist als medizinisch notwendig anzusehen, was im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung als notwendig gilt.<sup>192</sup>

Der Bundesgerichtshof rezipiert auch die sozialgerichtliche Rechtsprechung zu den schweren Erkrankungen nicht geklärter Genese. Bei schweren, lebensbedrohenden oder gar lebenszerstörenden Krankheiten dürfe nicht darauf abgestellt werden, ob die Behandlung zur Erreichung des vorgegebenen Behandlungsziels tatsächlich geeignet ist. Vielmehr sei die objektive Vertretbarkeit der Behandlung bereits dann zu bejahen, wenn sie nach medizinischen Erkenntnissen im Zeitpunkt ihrer Vornahme als wahrscheinlich geeignet angesehen werden kann, auf eine Verhinderung der Verschlimmerung der Erkrankung oder zumindest auf ihre Verlangsamung hinzuwirken. Zustimmend werden die einschlägigen Entscheidungen des Bundessozialgerichts zitiert: Es sei nicht zu fordern, dass der Behandlungserfolg näher liegt als sein Ausbleiben. Es reiche vielmehr aus, wenn die Behandlung mit nicht nur ganz geringer Erfolgsaussicht die Erreichung des Behandlungsziels als möglich erscheinen lässt.<sup>193</sup>

#### **4. Wirtschaftlich im engeren Sinne**

Das Teilelement „*wirtschaftlich im engeren Sinne*“ hat die gleiche Bedeutung wie im Haushaltsrecht, meint also eine Zweck-Mittel-Relation. Da § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V den Zweck der Krankenbehandlung (Krankheit erkennen und heilen, ihre Verschlimmerung verhüten, Beschwerden lindern) vorgibt, kann nur die Wirtschaftlichkeit im Sinne des Minimalprinzips gemeint sein, d. h. es ist ein vorgegebener Zweck mit dem geringstmöglichen Einsatz an Mitteln zu erreichen.<sup>194</sup> In der Literatur wird die Geltung des Minimalprinzips bezweifelt und vermutet, der Gesetzgeber habe mit der Budgetierung der Gesamtvergütung gemäß § 85 SGB V zu erkennen gegeben, dass er das Maximalprinzip bevorzuge, wonach mit vorgegebenen Mitteln der größtmögliche Nutzen zu erreichen sei.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> BGH 10. 7. 1996 MedR 1997, 172 (173); BGH 29. 5. 1991 NJW-RR 1991, 1244; BGH 17, 12, 1886 MedR 1987, 182 (183).

<sup>192</sup> OLG Stuttgart 15. 5. 1992 VersR 1992, 1080 (1082). Allerdings gibt es einige wenige Gesundheitsstörungen, die in der GKV als Krankheiten gelten, in der PKV aber nicht. Zu Einzelheiten Knott-Thiemann 2003.

<sup>193</sup> BGH 10. 7. 1996 MedR 1997, 172 (173 f.).

<sup>194</sup> BSGE 55, 277 (279); E 56, 197 (198 f.); Wahl 2001, S. 56 f.

<sup>195</sup> Seewald in: Schnapp; Wigge 2002, § 19 Rz. 92.



Diese Zweifel sind unberechtigt. Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V bezieht sich auf Leistungen, nicht aber auf das Vergütungssystem des Vertragsarztrechts.

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip im Sinne des Minimalprinzips verlangt einen Vergleich. In diesen Vergleich sind alle Leistungen einzustellen, die zur Erreichung der Behandlungsziele des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V geeignet, d. h. wirksam, und notwendig sind, d. h. nicht über das gebotene Maß hinausgehen. Wirtschaftlich ist dann diejenige Behandlung, die das konkrete Behandlungsziel mit den geringsten Kosten erreicht.<sup>196</sup> Das muss nicht zwingend die wirksamste Methode sein. Der Anspruch kann also auf eine weniger wirksame Therapie mit längerer Behandlungszeit beschränkt werden. Solche Kosten-Nutzen-Vergleiche nimmt die Rechtsprechung insbesondere bei der Versorgung mit Hilfsmitteln vor: Es müsse eine „begründbare Relation zwischen Kosten und Heilerfolg“ bestehen<sup>197</sup>, Wirkungen und Kosten verschiedener Methoden seien in der Art einer „Gesamtbilanz“ einander gegenüberzustellen.<sup>198</sup>

Wenn nur eine wirksame und notwendige Behandlungsform vorhanden ist, gelangt das Prinzip der Wirtschaftlichkeit nicht zur Anwendung, weil kein Vergleich möglich ist.<sup>199</sup> Pointiert gesprochen: Auf die Kosten einer notwendigen und wirksamen Behandlung kommt es in diesem Fall nicht an.<sup>200</sup>

Bis hierher besteht kein Gegensatz zwischen der vom Gesetz gebotenen „Sicherung und Verbesserung der Qualität“ und der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne.<sup>201</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass ein kostengünstigerer Erfolg sich auch durch die Absenkung des gebotenen medizinischen Standards erreichen lässt. Deshalb macht es Sinn, die Qualitätssicherung als funktionalen Antipoden der Wirtschaftlichkeit zu verstehen.

### **III. Außenseitermethoden**

§ 2 Abs. 1 S. 2 SGB V stellt fest, dass Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmittel der besonderen Therapierichtungen nicht vom Leistungsspektrum der GKV ausgeschlossen sind.

---

<sup>196</sup> BSGE 78, 70 (85) - Methadon.

<sup>197</sup> BSGE 52, 70 (75); BSG 21. 11. 1991 SozR 3-2500 § 33 Nr. 4 S. 9 f.; BSG 23. 8. 1995 SozR 3-2500 § 33 Nr. 16 S. 79 f.; BSG 17. 1. 1996 SozR 3-2500 § 33 Nr. 18 S. 94; BSG 17. 1. 1996 SozR 3-2500 § 33 Nr. 20 S. 109.

<sup>198</sup> BSGE 52, 134 (139).

<sup>199</sup> Wahl 2001, S. 58; Steffen 2000, S. 496.

<sup>200</sup> So im Ergebnis auch BSGE 78, 70 (85 f.) – Methadon.

<sup>201</sup> Seewald in: Schnapp; Wigge 2002, § 19 Rz. 93.

Bei diesen sog. Außenseitermethoden stellt sich die Frage, ob die Wirksamkeit im *Einzelfall* oder anhand von *Erfahrungssätzen* zu beurteilen ist. Außenseitermethoden sind Behandlungsverfahren, deren Wirksamkeit nicht allgemein anerkannt ist und die in der Regel von der Schulmedizin abgelehnt werden.<sup>202</sup> Abgrenzungskriterium zur Schulmedizin ist die fehlende naturwissenschaftliche Grundlage.<sup>203</sup>

§ 2 Abs. 1 S. 2 SGB V wurde erst durch das Gesundheitsreformgesetz eingeführt. Davor hatte die Rechtsprechung den Anspruch auf Krankenbehandlung lange Zeit auf das Behandlungsspektrum der Schulmedizin beschränkt. In den 80er Jahren ist sie von dieser restriktiven Haltung abgerückt und hat einen Anspruch auf eine nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode schon dann bejaht, wenn im Einzelfall ein positiver Wirkungsnachweis erbracht wurde<sup>204</sup>. Dieser Ansatz ließ sich nicht durchhalten. Denn bezahlt werden musste alles, was *im Nachhinein* geholfen hat. Damit lässt sich ein optimales Verhältnis von Leistung und finanziellem Einsatz kaum erreichen. Erstens lässt sich der Placebo-Effekt nicht ausschließen. Zweitens ist die *Ex-post*-Betrachtung nicht mit dem Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung zu vereinbaren. Denn nach diesem Prinzip ist die Leistung sicherzustellen, bevor sie verlangt oder benötigt wird<sup>205</sup>.

Diese Rechtsprechung ließ sich nach dem Gesundheitsreformgesetz nicht mehr halten. § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V lassen die besonderen Therapierichtungen zu, verlangen aber einen Nachweis der Qualität und Wirksamkeit der Leistungen. Beispielhaft werden für diese Therapierichtungen in § 34 Abs. 2 S. 3 SGB V homöopathische, phytotherapeutische und anthroposophische Arzneimittel genannt. Das BSG verlangte zunächst den Nachweis der Wirksamkeit in einer „*statistisch relevanten Zahl von Fällen*“<sup>206</sup>. Das klingt überzeugend, wirft aber erhebliche Probleme auf. Denn der Nachweis ist nur dann gelungen, wenn Spontanhandlungen und Placeboeffekte ausgeschlossen werden können. Praktiker schlagen sog. Doppelblindstudien bzw. randomisierte Studien vor. Einer Vergleichsgruppe wird die Behandlung vorenthalten, die andere erhält sie. Kein Proband weiß, zu welcher Gruppe er gehört. Es versteht sich, dass diese Studien grundrechtliche Probleme aufwerfen.

Diese und andere Unsicherheiten haben das Bundessozialgericht veranlasst, die strengen Anforderungen etwas zurückzunehmen. Es verlangt jetzt, dass die unkonventionelle

---

<sup>202</sup> BSGE 63, 102 (103); 64, 255 (257 f.).

<sup>203</sup> BSGE 81, 54 (72).

<sup>204</sup> BSGE 52, 70 (74 f.); 52, 134 (137 / 139).

<sup>205</sup> Busse 2000, S. 65.

<sup>206</sup> BSGE 76, 194 (198 f.).

Behandlungsmethode einer *besonderen Therapierichtung* angehört, worunter nur ein *umfassendes therapeutisches Konzept* zu verstehen ist, das auf einem *eigenen*, sich von der Schulmedizin abgrenzenden *Denkansatz* beruht und bei einem größeren Teil der Ärzteschaft und weiten Bevölkerungskreisen *Anerkennung* findet<sup>207</sup>. Hauptkriterium ist also die Akzeptanz. Damit werden die „Exoten“ unter den Außenseitermethoden, aber keineswegs alle von der Schulmedizin abgelehnten Methoden verworfen.

#### **IV. Rangfolge der vier Teilelemente**

Die Frage nach einer Rangfolge der vier Teilelemente stellt sich nach den obigen Darlegungen eigentlich nicht. Dennoch hat das Bundessozialgericht wiederholt dazu Stellung genommen, wohl um Missverständnisse gar nicht erst aufkommen zu lassen. Neben dem Verbot der Verordnung unwirtschaftlicher Leistungen stehe – „nach dem ärztlichen Berufsethos, aber auch unter dem Blickwinkel der kassenärztlichen Pflichten *noch bedeutsamer* – die Verpflichtung, dem Versicherten eine zweckmäßige und ausreichende, d. h. gründliche und sorgfältige ärztliche Versorgung zuteil werden zu lassen“.<sup>208</sup> In einer späteren Entscheidung heißt es, die Leistungen müssten „*zunächst* [...] zweckmäßig, d. h. nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst objektiv geeignet sind. [...] Sie müssen *ferner* im engeren Sinne wirtschaftlich sein“.<sup>209</sup> Und in einer Entscheidung aus dem Jahre 1987 ist dieser Satz nachzulesen: „*Letztlich ist entscheidend*, welcher Behandlungsbedarf *medizinisch* veranlasst war“.<sup>210</sup> Noch einmal sei die Hyperthermie-Entscheidung zitiert: Die Versicherten haben „*grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Kosten* Anspruch auf diejenige Behandlung [...], die dem neuesten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht“.<sup>211</sup> Wenn also nach einer Rangfolge der Teilelemente gefragt wird, muss die Antwort lauten, dass die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne nachrangig ist.<sup>212</sup>

---

<sup>207</sup> BSGE 81, 54 (72).

<sup>208</sup> BSGE 22, 218 (220). Hervorhebung der Autoren.

<sup>209</sup> BSG 1. 3. 1979 SozR 2200 § 368n Nr. 19 S. 53. Hervorhebung der Autoren.

<sup>210</sup> BSGE 62, 24 (26). Hervorhebung der Autoren

<sup>211</sup> BSG 19. 11. 1997 NJW 1999, 1811 (1812) - Hyperthermie. Hervorhebung der Autoren.

<sup>212</sup> Clemens in: Schulin 1994b, § 35 Rz. 17.

## V. Wirtschaftlichkeit und Arzthaftung

Aus den Ausführungen zum Wirtschaftlichkeitsgebot und zur Rangfolge seiner Elemente sollte klar geworden sein, dass Kollisionen zwischen dem Teilelement der Wirtschaftlichkeit und dem Arzthaftungsrecht kaum denkbar sind.<sup>213</sup> Sollte dennoch einmal eine wirtschaftliche Verordnungsweise zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung des Versicherten führen, trägt das Haftungsrecht der Ressourcenknappheit bei der Bestimmung der Behandlungsstandards Rechnung. Im „Halsrippenurteil“ ging es um das Unterlassen einer Röntgenaufnahme, mit der man vor dem geplanten operativen Eingriff ein bestimmtes Risiko hätte ausschließen können, welches bei maximal 1%, möglicherweise sogar weit darunter lag. Der Bundesgerichtshof nahm eine Risikoabwägung vor, in welche die statistische Häufigkeit der gefahrdrohenden Anomalie, das Gewicht der verwirklichten Gefahr, aber eben auch der mit einer Feststellung des Risikos verbundene wirtschaftliche Aufwand eingestellt wurden.<sup>214</sup> In einer anderen Entscheidung wurde ein Behandlungsfehler verneint, wenn aus Kapazitätsgründen die Amniozentese zur Früherkennung von Morbus Down an eine Altersgrenze der Schwangeren gebunden wird, von der ab ein erhöhtes Risiko besteht.<sup>215</sup> In einer Entscheidung aus den 1980er Jahren sind diese Sätze nachzulesen: „Selbstverständlich kann nicht jederzeit jedem Patienten eine Behandlung nach den neuesten Erkenntnissen, mit den modernsten Apparaten und durch ausgesuchte Spezialisten geboten werden. Solche, möglicherweise überzogenen Erwartungshaltungen können im medizinischen Alltag nicht befriedigt werden.“<sup>216</sup> Die Unterlassung der Überweisung in ein besser ausgestattetes Krankenhaus wird aber zu einem Behandlungsfehler, wenn sich die apparative Ausstattung im behandelnden Krankenhaus in der unteren Bandbreite des ärztlichen Behandlungsstandards bewegt.<sup>217</sup> Wenn ein Behandlungsfehler auf eine personelle Unterbesetzung der Anästhesieabteilung zurückzuführen ist, worauf die behandelnden Ärzte immer wieder hingewiesen haben, haftet der Krankenhausträger aus Organisationsverschulden, aber nicht der behandelnde Arzt.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> So auch Clemens in: Schulin 1994b, § 35 Rz. 19: „sehr selten“.

<sup>214</sup> BGH 8. 10. 1974 VersR 75, 43.

<sup>215</sup> BGH 7. 7. 1987 NJW 1987, 2923.

<sup>216</sup> BGH 22. 9. 1987 NJW 1988, 763 (765). Allerdings hat diese Entscheidung insoweit Kritik gefunden, als die Richter eine Pflicht des behandelnden Arztes zur Aufklärung darüber verneinten, dass andernorts bessere Therapiemöglichkeiten zu Verfügung stehen. Damm 1989, S. 744. Vgl. auch BGH 28. 2. 1984 NJW 1984, 1810. Weitere Nachweise der Rechtsprechung bei Steffen 2000, S. 496 f.

<sup>217</sup> BGH 30. 5. 1989 NJW 1989, 2321 f.

<sup>218</sup> BGH 18. 6. 1985 NJW 1985, 2189 (2191).

Auch die Literatur ist mit unterschiedlichen Ansätzen um einen „Gleichklang“ von Haftungsrecht und Sozialrecht bemüht.<sup>219</sup> So wird einem Konflikt mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot durch eine „harmonisierende Auslegung“ vorgebeugt. Dasjenige, was im Sinne des Haftungsrechts erforderlich sei, könne auch als wirtschaftlich aufgefasst werden. Umgekehrt könnten die durch das Wirtschaftlichkeitsgebot geschützten Interessen bei der Auslegung des Haftungsrechts berücksichtigt werden. Anzusetzen sei vor allem an der dogmatischen Figur des „erlaubten Risikos“.<sup>220</sup> Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Krankenträger und der behandelnde Arzt haftungsrechtlich entlastet sind, wenn die vorhandenen Kapazitäten eine Basisschwelle nicht unterschreiten und die Gründe angegeben werden, warum bestimmte Patienten behandelt werden und andere nicht.<sup>221</sup> Die Aussage, der Vertragsarzt befinde sich in einer „ausweglosen Situation“ zwischen haftungsrechtlichen Anforderungen und sozialrechtlichen Beschränkungen, ist also deutlich überzogen.<sup>222</sup> Rechtsprechung und Literatur sind sich vielmehr weitgehend einig, dass es nicht die Sache der Ärzte sein kann, „haftungsrechtlich auszubaden, was rigide Kostendämpfung den Patienten an Verminderungen von Behandlungsstandards beschert“.<sup>223</sup>

In der Literatur wird die hypothetische Frage diskutiert, wie haftungsrechtlich zu verfahren sei, wenn eine Richtlinie aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung Rationierungen anordnet. Die Antwort lautet, dass das Haftungsrecht dieser Systementscheidung durch den Ausschluss eines Behandlungsfehlers Rechnung tragen muss. Allerdings soll in diesem Fall der Arzt informationspflichtig werden, d. h. er hat eine Aufklärungspflicht gegenüber seinem Patienten.<sup>224</sup> Dieter Hart hat für diese Information den anschaulichen Begriff „Organisationsaufklärung“ geprägt: „Wenn die GKV den Leistungsanspruch des Versicherten begrenzt, in der Medizin aber effektive Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, dann muss der Patient wissen, dass und wie er sich solcher Leistungen versichern kann“. Die Organisationsaufklärung kompensiert in diesen Fällen den auf der Behandlungsebene zurückgenommenen Patientenschutz auf der Informationsebene.<sup>225</sup>

---

<sup>219</sup> Steffen 2000, S. 493 f.

<sup>220</sup> Götze 1989, S. 202; Künschner 1992, S. 217-248.

<sup>221</sup> Taupitz 1998, S. 104 f.

<sup>222</sup> Schimmelpfeng-Schütte 2002, S. 289.

<sup>223</sup> Künschner 1992, S. 247.

<sup>224</sup> Hart 2002, S. 294 f. mit Nachweisen zum Meinungsstand in Fn. 83.

<sup>225</sup> Hart 1999, S. 50.

## E. Sachleistungsprinzip und Kostenerstattung

### I. Sachleistungsprinzip

Ein „grundsätzliches Strukturelement“ der GKV ist das seit ihrer Einrichtung im Jahre 1883 im wesentlichen unverändert geltende und für ihr System und ihre Arbeitsweise zentrale Sach- bzw. Naturalleistungsprinzip.<sup>226</sup> Vor der Normierung in § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V galt dieses Prinzip der Rechtsprechung als „übernormatives Grundprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung“.<sup>227</sup> Das Bundesverfassungsgericht meinte, die GKV beruhe „seit ihren Anfängen auf dem Sachleistungsprinzip, d. h. auf der Gewährung freier ärztlicher Behandlung und kostenloser Arzneimittel“.<sup>228</sup> Nach diesem Prinzip werden den Versicherten die Leistungen von den Krankenkassen zur Verfügung gestellt (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V), und zwar grundsätzlich als Naturalleistungen und eben nicht als Geldleistungen mit der Möglichkeit der nachträglichen Kostenerstattung (§ 2 Abs. 2 S. 1, § 13 Abs. 1 SGB V). Da die Krankenkassen die Sach- und Dienstleistungen nicht selbst vorhalten, bedienen sie sich zu ihrer Erbringung dritter Personen und/oder Institutionen (Leistungserbringer), mit denen sie aufgrund ihrer Leistungsverschaffungspflicht<sup>229</sup> Verträge über die Erbringung der Leistungen abschließen (§ 2 Abs. 2 S. 3, §§ 69 ff. SGB V). Den Versicherten wird – von besonders geregelten Ausnahmen abgesehen – die gesamte Krankenbehandlung als Sach- bzw. Dienstleistung zur Verfügung gestellt.

Die Pflicht der Krankenkassen zur Leistungserbringung in Natur und die Einbindung der Leistungserbringer in diese Aufgabe hat den Schutz der Versicherten vor mangelnder medizinischer Versorgung infolge der damit eintretenden finanziellen Belastungen des einzelnen zum Ziel<sup>230</sup>: „Wenn die Krankenkassen die Beschaffung der ärztlichen Behandlung ihren Mitgliedern überließe und lediglich die Behandlungskosten übernehme, könnte der Fall eintreten, dass Versicherte, die nicht über hinreichende finanzielle Mittel verfügen, aus diesem Grunde von der Inanspruchnahme versicherungsmäßiger Leistungen Abstand

---

<sup>226</sup> BSGE 88, 20 (24 f.). Zur Auseinandersetzung um das Sachleistungsprinzip in der Entstehungsgeschichte der GKV s. Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 107.

<sup>227</sup> BSGE 69, 170 (173).

<sup>228</sup> BVerfGE 11, 30 (31).

<sup>229</sup> BSGE 69, 170 (172 f.).

<sup>230</sup> BSGE 88, 20 (25).

nähmen“.<sup>231</sup> Der erste Sinn des Prinzips ist also der möglichst umfassende soziale Schutz vor dem Krankheitsrisiko.

Das Sachleistungsprinzip dient aber auch der Sicherstellung einer bedarfsgerechten und gleichmäßigen ärztlichen Versorgung und der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung.<sup>232</sup> Die Kasse hat jedenfalls im Grundsatz vor der Bewilligung der Leistungen zu prüfen, ob sie „geeignet, ausreichend und zweckmäßig sind und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“. Bei der unmittelbaren Inanspruchnahme des Vertragsarztes wird vorausgesetzt, dass dieser „die der vertragsärztlichen Versorgung zuzurechnenden wesentlichen Leistungen seines Fachgebiets im Rahmen des Systems – d. h. unter Einhaltung des Naturalleistungsprinzips, also ohne Verlangen einer gesonderten Honorierung – anbietet und diese bei Bedarf auch bei den Versicherten tatsächlich ausführt“.<sup>233</sup> Umgesetzt wird das Sachleistungsprinzip in der Verpflichtung von Ärzten und Krankenkassen, die vertragsärztliche Versorgung der Versicherten gemeinsam sicherzustellen (§ 72 Abs. 1 S. 1 SGB V). Das hierfür vorgesehene Regelungsinstrument ist der Abschluss der diversen Verträge mit den Leistungserbringern, insbesondere der Verträge zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 72 Abs. 2 SGB V), die von den Vertragsärzten zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben der vertragsärztlichen Versorgung zu bilden sind (§ 77 Abs. 1 S. 1 SGB V).<sup>234</sup> Für *Bertram Schulin* wird erst in diesem Zusammenspiel von Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht die Bedeutung des Sachleistungsprinzips voll erkennbar.<sup>235</sup>

Ein Nebeneffekt des Sachleistungsprinzips ist die Freistellung der Leistungserbringer von dem Inkassorisiko ihrer Vergütung.<sup>236</sup> Ursprünglich diente auch dieser Effekt dem sozialen Schutz der Versicherten.<sup>237</sup> Zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts sollte das Sachleistungsprinzip verhindern, dass Ärzte die „vielfach minderbemittelten Kassenpatienten wegen der möglichen Gefährdung ihrer Honorarforderung“ nicht behandelten. Daher sollten die Krankenkassen in der Lage sein, „mit Ärzten in Beziehung (zu) treten und vertraglich eine

---

<sup>231</sup> BSGE 42, 117 (119). Ebenso bereits Reichsversicherungsamt AN 1914, 379 (380).

<sup>232</sup> BSGE 53, 150 (155 f.); E 55, 188 (193 f.); E 69, 170 (176); E 73, 271 (275); E 81, 54 (59 f.).

<sup>233</sup> BSGE 88, 20 (26 f.).

<sup>234</sup> Engelmann 2000, S. 204 f.

<sup>235</sup> Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 114.

<sup>236</sup> Fischwasser 1982, S. 75.

<sup>237</sup> Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. S. 112 f.

rechtliche Bindung der Ärzte wegen der Gewährung ärztlicher Hilfe zu Gunsten erkrankter Kassenmitglieder“ herbeizuführen.<sup>238</sup>

Das Sachleistungsprinzip gilt und galt schon immer nicht ungebrochen. Das Gegenprinzip ist die Kostenerstattung, die der Devise folgt: „Beschaffe selbst und liquidiere bei der Kasse“<sup>239</sup> „Nach der Rechtsprechung des 3. Senats zum Krankenversicherungsrecht der RVO konnten die Ersatzkassen durch Satzungsrecht für ihre freiwillig versicherten Mitglieder die Kostenerstattung einführen.“<sup>240</sup> Mit Urteil vom 9. 9. 1981 hatte der gleiche Senat die Ermächtigung zur Einführung der Kostenerstattung für freiwillige Mitglieder auf die Betriebskrankenkassen und implizit auf alle RVO-Kassen ausgedehnt. Die Begründung lautete, dass der Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips, nämlich der soziale Schutz bedürftiger Kassenmitglieder, jedenfalls bei solchen freiwillig Versicherten nicht zutrefte, deren Einkommen die Versichertenpflichtgrenze übersteigt.<sup>241</sup> Zu Recht hat der 1. Senat dieser Aussage mit dem Argument widersprochen, dass das Sachleistungsprinzip „zumindest gleichwertig“ der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Versicherten diene.<sup>242</sup> Das Gesundheits-Reformgesetz legalisierte die Kostenerstattung für die freiwillig Versicherten der Ersatzkassen und ermächtigte alle Krankenkassen, im Rahmen einer befristeten Erprobungsregelung die Kostenerstattung als Alternative vorzusehen.<sup>243</sup> Das Gesundheits-Strukturgesetz ließ in § 13 Abs. 2 SGB V die Wahl der Kostenerstattung für alle freiwillig Versicherten zu.<sup>244</sup> Das 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 23. 6. 1997 räumte dieses Wahlrecht dann allen Versicherten ein.<sup>245</sup> Diese Neuregelung wurde nach der Bundestagswahl durch das GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz vom 19. 12. 1998<sup>246</sup> beseitigt und die Rechtslage nach dem GSG wiederhergestellt. Das GMG ist zum Rechtszustand von 1997 zurückgekehrt und räumt in § 13 Abs. 2 SGB V allen Versicherten das Recht auf Wahl von Kostenerstattung ein.

Eine zweite Ausnahme vom Sachleistungsprinzip ist § 13 Abs. 3 SGB V. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die langjährige Rechtsprechung zur Selbstbeschaffung zu

---

<sup>238</sup> Reichsversicherungsamt 6. 12. 1913 AN 1914, 379.

<sup>239</sup> BSGE 73, 271 (275).

<sup>240</sup> BSGE 25, 195 (201).

<sup>241</sup> BSG 9. 9. 1981 SozR 2200 § 182 Nr. 74, S. 132.

<sup>242</sup> BSGE 69, 170 (176).

<sup>243</sup> § 64 SGB V und Art. 61 des GRG vom 20. 12. 1988 (BGBl. I S. 2477).

<sup>244</sup> Vom 21. 12. 1992 (BGBl. I S. 2266).

<sup>245</sup> BGBl. I, S. 1520.

<sup>246</sup> BGBl. I, S. 3853.



Unrecht abgelehnter Leistungen aufgegriffen.<sup>247</sup> Danach sind dem Versicherten Kosten zu erstatten, die dadurch entstehen, dass die Kasse eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann oder eine Leistung zu Unrecht abgelehnt hat und der Versicherte sich deshalb die Leistung selbst beschafft hat. Es gibt daneben noch einige weitere, aber weniger bedeutsame Ausnahmen. Dabei sind – aber das sei hier nur angedeutet – Kostenerstattungsregelungen von Sachleistungsansprüchen mit Eigenbeteiligung abzugrenzen, was nicht immer ganz einfach ist.<sup>248</sup> Der Gesetzgeber hatte einige dieser Regelungen eingeführt, weil er von ihnen eine Kostendämpfung erwartete. Der partielle Übergang zu einem System der Kostenerstattung solle „die sparsame Leistungsanspruchnahme durch den Versicherten mit der Sicherstellung der medizinisch notwendigen Leistungserbringung verbinden“.<sup>249</sup> Alles in allem ist festzuhalten, dass nach wie vor das Sachleistungsprinzip das dominante Strukturprinzip der GKV ist.

## II. Kostenerstattung in der PKV

Die private Krankenversicherung arbeitet nach dem *Prinzip der Kostenerstattung*: Der Versicherungsnehmer lässt sich ärztlich oder stationär behandeln und legt dann die Rechnung seiner privaten Krankenversicherung zur Kostenerstattung vor. Deshalb gibt es in der PKV keinen Behandlungsanspruch, sondern (nur) einen Erstattungsanspruch des Versicherungsnehmers. Der Versicherer ist verpflichtet, dem Versicherungsnehmer den durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachten Vermögensschaden zu ersetzen. Der Versicherungsnehmer ist vertraglich verpflichtet, dem Versicherer Beiträge zu entrichten. Mit dem Arzt oder Krankenhaus ist er über den Behandlungsvertrag verbunden. Dagegen bestehen zwischen der Versicherung und dem Arzt grundsätzlich keinerlei rechtliche Bindungen.<sup>250</sup> Allerdings darf nicht verschwiegen werden, dass die PKV von den im Sachleistungssystem der GKV gestalteten und aufgebauten Infrastruktureinrichtungen profitiert und aus fast allen Maßnahmen, die die GKV für ihre Versicherten gegenüber den Leistungserbringern durchgesetzt hat, Nutzen zieht.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> BSG 16. 12. 1993 NZS 1994, 507 spricht von einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch aus Garantiehaftung der Krankenkassen. Grundlegend zur zulässigen Selbstbeschaffung BSGE 53, 144 (148 f.).

<sup>248</sup> Instruktiv Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 8-11.

<sup>249</sup> Entwurf des Gesundheits-Reformgesetzes, BT-Drs. 11/2237, S. 146.

<sup>250</sup> Knott-Thiemann 2003, S. 37.

<sup>251</sup> Pfaff 1995, S. 16-18.

Es gibt auch in der PKV eine vorsichtige Tendenz in Richtung Sachleistungsprinzip. Das zeigt die Einführung der Krankenkassenzurückhaltungskarte in den 80er Jahren und die Ergänzung durch die Karte für den ambulanten Bereich in den 90er Jahren. Anzeichen dafür sind auch Bemühungen um eine vertragliche Grundlage für die Gebührenordnung der Ärzte.<sup>252</sup>

### III. Kostenerstattung statt Sachleistungsprinzip?

Über der Frage, ob auch die GKV die Kostenerstattung einführen soll, ist ein Glaubenskrieg entbrannt. *Jürgen Wasem* hat die Argumente der Befürworter der Kostenerstattung und die Gegenargumente der Verteidiger des Sachleistungsprinzips prägnant zusammengefasst<sup>253</sup>:

(1) Die Kostenerstattung sichere dem Versicherten die *Transparenz* von Art und Umfang der erbrachten Leistungen. Diese Transparenz sei die Voraussetzung für eigenverantwortliches Handeln des Versicherten und eine *zurückhaltende Inanspruchnahme* der GKV-Leistungen.

Die Verteidiger des Sachleistungsprinzips räumen ein, dass die Kenntnis der Kosten bei den Versicherten höher ist, wenn sie die Rechnung erhalten und selbst bezahlen müssen. Sie bestreiten aber, dass die Gedankenkette Transparenz - Kostenkenntnis - Kostenbewusstsein – zurückhaltendere Inanspruchnahme theoretisch und empirisch aufrechtzuerhalten sei, da sie der zentralen Annahme der Gesundheitsökonomie widerspreche, wonach der Versicherte nutzenmaximierend denkt und handelt. Bessere Kostenkenntnis führe keineswegs zu einer Zurückhaltung bei der Inanspruchnahme, sondern zu einem „Grolleffekt“ und höheren Kosten: Der Versicherte vergleicht die geringen Kosten, die er selbst verursacht, mit den Beiträgen, die er bezahlt, und gelangt zu der Folgerung, dass er mehr an Leistung verlangen kann.

(2) Die Pflicht des Versicherten, die Rechnung zunächst einmal selbst zu bezahlen, schaffe Anreize für eine zurückhaltende Inanspruchnahme und für gesundheitsbewusstes Verhalten (*Liquiditätseffekt*).

Die Verteidiger des Sachleistungsprinzips bestreiten diesen Effekt nicht. Sie bestreiten aber, dass der Liquiditätseffekt etwas mit Wirtschaftlichkeit zu tun hat, und sprechen statt dessen von einem „einkommensabhängigen Rationierungseffekt“: Wer wenig Geld hat, wird den Gang zum Arzt oder ins Krankenhaus, wenn irgend möglich, vermeiden.

---

<sup>252</sup> Nachweise bei Wasem 2000, S. 473.

<sup>253</sup> Kostenerstattung und Sachleistung aus ökonomischer Sicht, MedR 2000, 472 (474-477).

(3) Die Kostenerstattung erhöhe die Fähigkeit und Bereitschaft des Versicherten, *anbieterinduzierte Leistungen zurückzudrängen*.

Die Gegenseite hält dagegen, dass diese These unter der Perspektive einer Nutzenmaximierung für den Versicherten nicht einleuchte. Wenn der Arzt Therapien verordne, die nicht unbedingt nötig sind, werde der Versicherte so lange keinen Widerstand entgegensetzen, wie der durch die zusätzliche Behandlung für ihn bewirkte Nutzen positiv ist. Selbst wenn er Abrechnungsmanipulationen erkenne, werde er doch erwägen, ob die Sache den Ärger wert ist, der mit einem Aktiv-Werden einher gehen kann. Die Leistungserbringer aber hätten ein Interesse an möglichst hohen Preisen der Gesundheitsleistungen. Deshalb liege die Vermutung nahe, dass Befürworter der Kostenerstattung im allgemeinen nicht die Effizienz steigern, sondern Leistungserbringern zusätzliche Einkommenschancen eröffnen wollten.

Das Schicksal der sozialen Krankenversicherung ist nicht untrennbar mit dem Sachleistungsprinzip verbunden. Das lehrt der rechtsvergleichende Blick auf unsere Nachbarn Frankreich und die Schweiz, deren soziale Krankenversicherungen seit jeher nach dem Prinzip der Kostenerstattung arbeiten.<sup>254</sup> Der Rechtsvergleich lehrt auch, dass es Tendenzen in Richtung einer Konvergenz der beiden Prinzipien gibt. Einerseits neigen Systeme mit Kostenerstattung dazu, bei bestimmten Leistungen oder im Falle der Bedürftigkeit den Weg der Direktabrechnung der Krankenversicherungen mit den Leistungserbringern zu beschreiten. Andererseits sind in Systemen mit Sachleistungsprinzip Experimente mit einer begrenzten Einführung der Kostenerstattung anzutreffen. Das Musterbeispiel dafür ist die deutsche Krankenversicherung, die seit jeher und verstärkt im GMG um eine Schärfung des Kostenbewusstseins der Versicherten durch die Einführung von Elementen des Prinzips der Kostenerstattung bemüht ist.

Was sagt das Verfassungsrecht zu der Alternative Sachleistungsprinzip oder Kostenerstattung? Im Festbetragsurteil sind diese Sätze nachzulesen: „Eine Abkehr vom Sachleistungsprinzip wäre von so erheblicher Tragweite für das System der gesetzlichen Krankenversicherung, dass nur der Gesetzgeber selbst sie verantworten könnte. Er hat diese Entscheidung ersichtlich nicht getroffen und sie auch – ungeachtet der Frage nach ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – nicht in das Gestaltungsmessen der Verbände

---

<sup>254</sup> Dazu Hänlein 2000 S. 230 f.

gegeben“.<sup>255</sup> Folglich darf nur der parlamentarischer Gesetzgeber selbst in einer hinreichend bestimmten Regelung diese Grundsatzentscheidung treffen. Ein Systemwechsel „durch die Hintertür“ ist also unzulässig.<sup>256</sup> Was die angeschnittene Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Abkehr vom Sachleistungsprinzip anbelangt, so lässt sie sich nicht abstrakt im Sinne von „Sachleistungsprinzip oder Kostenerstattung“ beantworten. Es kommt vielmehr darauf an, in welchem Maße der soziale Schutz der Versicherten, den bisher das Sachleistungsprinzip gewährleistet, auch in einem System der Kostenerstattung erhalten bleibt.

## F. »Wertimplikationen«

Der Implikationsbegriff wird meist im spezifischen Sinne formallogischer Beziehungen gebraucht. Logische Implikationen sind strikte Zusammenhänge: Wenn A B logisch impliziert, so folgt aus der Gültigkeit von A notwendig die Gültigkeit von B. Im Rahmen dieses Gutachtens wird der Implikationsbegriff nur selten in diesem formallogischen Sinn, sondern meist in einer weiteren Bedeutung verstanden. Als Wertimplikationen werden hier (1) begriffliche, (2) begründungslogische oder (3) praktische Beziehungen zwischen Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen einerseits und generelleren moralischen, ethischen und (grund-)rechtlichen Normen, Prinzipien und Werten andererseits verstanden.

Eine *begriffliche Wertimplikation* liegt dann vor, wenn ein Allokationsprinzip als bloße Spezifikation eines allgemeineren, z. B. grundrechtlichen, Prinzips verstanden werden kann, das Allokationsprinzip also durch bloße Begriffsanalyse aus einem allgemeineren Prinzip zu gewinnen ist. Dieser Typ von Wertimplikation entspricht am ehesten dem formallogischen Implikationsverständnis. Unstrittige Fälle begrifflicher Wertimplikationen sind selten, da die Spezifikation allgemeinerer Begriffe häufig mehr oder minder große Interpretationsspielräume und damit Raum für Applikations- bzw. Anwendungskontroversen eröffnet. Im Fall kontroverser Begriffsverständnisse verwandeln sich Diskussionen über begriffliche Wertimplikationen zumeist in Kontroversen über begründungslogische Wertbeziehungen (s.u.).

---

<sup>255</sup> BVerfGE 106, 275 (309 f.).

<sup>256</sup> Hänlein 2003, S. 309.

Von *begründungslogischen Wertbeziehungen* bzw. begründungslogischen Wertimplikationen soll im folgenden die Rede sein, entweder

- a) wenn Allokationsregeln, -verfahren oder -entscheidungen mit dem Verweis auf bestimmte ethische oder (grund-)rechtliche Werte, Normen oder Prinzipien tatsächlich und auf plausible Weise gerechtfertigt werden oder gerechtfertigt worden sind oder
- b) wenn diese Allokationsregeln, -verfahren oder -entscheidungen ihrem Sinn nach unter Rekurs auf bestimmte ethische oder (grund-)rechtliche Werte, Normen oder Prinzipien gerechtfertigt werden können.

Berücksichtigung finden im Gutachten auch sozusagen negative begründungslogische Wertbeziehungen, nämlich Fälle, in denen unter Berufung auf bestimmte ethische oder (grund-)rechtliche Werte, Normen oder Prinzipien gegen bestimmte Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen im deutschen Gesundheitswesen

- c) auf plausible Weise argumentiert wird oder
- d) argumentiert werden könnte.

Mit der Rede von „Wertbeziehungen“ verbinden die Verfasser des Gutachtens nicht den im Neukantianismus, insbesondere von Heinrich Rickert und Max Weber erhobenen Anspruch, dass solche Wertbeziehungen unter gänzlichem Verzicht auf eigene Werturteile ermittelt und interpretiert werden könnten.<sup>257</sup> Die Identifikation von Wertbeziehungen setzt ein Verständnis der jeweiligen Werte voraus. Der Sinn von Werten ist indes nicht ablösbar von den für deren Gültigkeit jeweils aufgegebenen Begründungen. Das Verstehen von Werten ist daher nicht unter gänzlichem Verzicht auf urteilende Stellungnahmen möglich. Diese können sich auf die Konsistenz der untersuchten Wertsysteme, auf die Schlüssigkeit der aus bestimmten Werten gezogenen Konsequenzen und auf die mit Wertstellungen verwobenen Gültigkeitsansprüche beziehen.<sup>258</sup> Diese Überlegungen sind der Grund für die Aufnahme des Kriteriums der Plausibilität von behaupteten Wertbeziehungen in den oben aufgeführten Fällen a) und d): Faktisch behauptete Wertbeziehungen, die ihrem Sinn nach unplausibel wären, können im vorliegenden Gutachten unberücksichtigt bleiben. Trotz des Ausschlusses unplausibler Behauptungen ist das Feld begründungslogischer Wertbeziehungen der

---

<sup>257</sup> Vgl. Weber 1988, insbes. S. 146-214, 489-540.

<sup>258</sup> Vgl. Oakes 1994. Wie Habermas betont, stehen „auch die Parteinahmen und Sensibilitäten von Wünschen und Gefühlen, die in Werturteilen ausgedrückt werden können in einer internen Beziehung zu Gründen und Argumenten“. Habermas 1981, S. 37.

Allokationsregeln, -verfahren und -entscheidungen im deutschen Gesundheitswesen sehr weit. Im Gutachten können nur Wertbeziehungen von grundlegender Relevanz thematisiert werden, wobei die von den Gutachtern zugrunde gelegten Relevanzkriterien selbstverständlich kritisierbar bleiben.

Von *praktischen Wertbeziehungen* bzw. Wertimplikationen soll die Rede sein, wenn die Einführung oder Befolgung bestimmter Allokationsregeln, die Beachtung oder Etablierung bestimmter Allokationsverfahren oder das Treffen bestimmter Allokationsentscheidungen (voraussichtlich) mit Folgen oder Nebenwirkungen verbunden ist, welche für die Befolgung einer generelleren ethischen oder rechtlichen Norm oder eines entsprechenden Prinzips oder für die Realisierung eines entsprechenden Wertes (voraussichtlich) entweder

- a) zuträglich oder
- b) abträglich sind.

Anders als im Fall der begründungslogischen Wertbeziehungen geht es im Falle der praktischen Beziehungen nicht um Sinn- und Begründungszusammenhänge, sondern auch um erwartbare Tatsachenzusammenhänge. Soweit in Begründungen auch auf intendierte Tatsachenzusammenhänge Bezug genommen wird, können „praktische Wertbeziehungen“ freilich zugleich eine Rolle in „begründungslogischen Wertbeziehungen“ spielen, sie müssen dies jedoch nicht. Da das Feld möglicher praktischer Wertbeziehungen extrem weit ist, können im Rahmen dieses Gutachtens nur besonders gravierende Beziehungen dieser Art berücksichtigt werden.

Der Begriff der „Wertimplikationen“ war durch die Ausschreibung des Gutachtens vorgegeben. Die Autoren verstehen den Wertbegriff im weiten Sinne und verwenden ihn sowohl für Werte im engeren *evaluativen* Sinn (als Zielbestimmungen und Elemente eines guten Lebens), als auch für *instrumentelle* sowie (vor allem) *deontische* (Sollens-) Normen und Prinzipien rechtlichen oder ethischen Charakters. Fragt man in diesem Sinne nach Wertimplikationen von Allokationsprinzipien, -prozeduren und -entscheidungen, so sind hinsichtlich der relevanten Normen, Prinzipien und Werte verschiedene Differenzierungen zu beachten:

Erstens ergibt sich eine vertikale Differenzierung im Sinne einer Architektonik aufeinander aufbauender Normen, Prinzipien und *Werte unterschiedlichen Allgemeinheitsgrades*. Normen, Prinzipien und Werte können unterschiedlich generell oder spezifisch formuliert sein.

Spezifischere Normen, Prinzipien und Werte beziehen ihre Begründungskraft in der Regel aus allgemeineren Normen, Prinzipien oder Werten; umgekehrt bedürfen allgemeinere Orientierungspunkte einer genaueren Ausgestaltung in Form detaillierterer Bestimmungen.

Zweitens müssen *positive und nicht-positive Werte*, Prinzipien und Normen unterschieden werden. Die Unterscheidung zwischen positiven (z. B. rechtlichen) und nicht-positiven (z. B. moralischen) Normen, Prinzipien und Werten betrifft nicht primär deren Inhalt, sondern vielmehr ihren Begründungsanspruch und Geltungsmodus. Die Gültigkeit positiver Werte, Normen oder Prinzipien ist zumindest teilweise der Legitimität eines Verfahrens entlehnt, durch das sie explizit in Kraft gesetzt werden. Die Gültigkeit nicht-positiver Werte ist hingegen eine rationale Gültigkeit, die vollständig von der Kraft von (verschiedenen Typen von) Argumenten abhängt. Rechtliche und ethische Normen, Prinzipien und Werte können ihrem Inhalt nach identisch sein (z. B. Tötungsverbot als ethische und rechtliche Norm). Gleichwohl gehören sie zu verschiedenen Normsystemen. Allerdings bleiben rechtliche Normen in verschiedener Weise an nicht-positive (moralische) Normen zurückgebunden. Zudem ist die Befolgung rechtlicher Normen in einem legitimen Rechtsstaat *prima facie* stets auch als solche moralisch geboten.

Hinsichtlich der nicht-positiven Gültigkeit von Werten, Normen oder Prinzipien ist drittens eine Differenzierung bezüglich ihres jeweiligen *Rationalitätstyps* erforderlich. Im Anschluss an Kant ist zu unterscheiden zwischen ( $\alpha$ ) instrumentellen, ( $\beta$ ) evaluativen und ( $\gamma$ ) moralischen Werten, Normen und Prinzipien.<sup>259</sup> *Instrumentelle Werte* ( $\alpha$ ) erhalten ihre Schätzung dadurch, dass ihre Realisierung zur Realisierung anderer Werte beiträgt. Instrumentelle Werte höchsten Allgemeinheitsgrades sind beispielsweise Effektivität und Effizienz: Effektivität hinsichtlich der Verfolgung eines Ziels, das nicht selbst wertvoll ist, wäre ihrerseits wertlos. *Evaluative Werte* ( $\beta$ ), also Werte im engeren Sinne, werden hingegen um ihrer selbst willen erstrebt, weil sie sich für Individuen oder Gemeinschaften als Elemente eines guten Lebens darstellen. Aufgrund des Pluralismus von Lebensentwürfen und Idealen des guten Lebens ist hinsichtlich evaluativer Werte mit einem Pluralismus zu rechnen, der auch antagonistische Züge aufweisen kann („Wertpluralismus“). Gleichwohl darf man mit einem erheblichen intersubjektiven und interkulturellen Überlappungsbereich<sup>260</sup> hinsichtlich grundlegender Elemente eines guten Lebens rechnen.<sup>261</sup> Für gesundheitsbezogene Werte

---

<sup>259</sup> Kant 1968a, S. 385-464, Habermas 1991b, S. 100-118.

<sup>260</sup> Rawls 1992, S. 293-332.

<sup>261</sup> Vgl. aus unterschiedlicher Perspektive Gert 1998, Macklin 1999, Nussbaum; Sen 1993, Seel 1995.

dürfte dies sogar in besonderem Maße gelten. Von evaluativen Werten müssen *moralische* ( $\gamma$ ) strikt unterschieden werden. Moralische Werte erhalten ihre Orientierungskraft nicht dadurch, dass sie als Elemente eines guten Lebens erstrebt werden. Sie beziehen sich vielmehr auf unbedingte Sollensforderungen, auf dasjenige, was Menschen (allgemein oder in spezifischen Rollen oder Situationen) einander schulden. Während evaluative Werte nur für diejenigen „verbindlich“ sind, denen sie als wertvoll erscheinen, richtet sich die Verbindlichkeit moralischer Werte, Normen und Prinzipien unterschiedslos an alle Adressaten und ist nicht von partikularen Entwürfen guten Lebens abhängig. Anderen gegenüber moralische Werte zu vertreten, hat nicht lediglich den Charakter der Beratung; es bedeutet vielmehr, ethische Ansprüche zu erheben oder Forderungen zu stellen. Differenzen über moralische Werte haben daher den Charakter von Kontroversen bzw. Dissensen über dasjenige, wofür die verschiedenen Vertreter jeweils einen *Anspruch auf universelle Gültigkeit* erheben.

Eine eindeutige Zuschreibung von Implikationsbeziehungen ist am ehesten hinsichtlich *rechtlicher* Normen möglich und hier wiederum leichter innerhalb der spezifischeren Rechtsbereiche denn auf der generelleren Ebene des Verfassungsrechts. Je generelleren Charakters die Normen, Prinzipien und Werte sind, hinsichtlich derer Implikationsbeziehungen bestehen, desto weiter wird der Interpretationsspielraum bei der Analyse dieser Beziehungen und somit auch der Raum möglicher Kontroversen bezüglich behaupteter Implikationsbeziehungen. Hinsichtlich evaluativer und moralischer Normen, Prinzipien und Werte verschärft sich das Problem, da eine unstrittige Kodifizierung dieser Normen, Prinzipien und Werte nicht zur Verfügung steht, und auch grundlegende Prinzipien Gegenstand theoretischer Kontroversen sind. Generell ist hinsichtlich des Themenbereichs von einem komplexen Netzwerk verschiedener Implikationsbeziehungen auszugehen: Einzelne Allokationsregelungen, -prozeduren oder -entscheidungen können im Hinblick auf verschiedene Werte, Normen oder Prinzipien gleichzeitig unterschiedliche Wertimplikationen aufweisen. Die in diesem Gutachten angestrebte Offenlegung ambivalenter Implikationsbeziehungen und Wertantagonismen soll eine rationale politisch-ethische Güterabwägung ermöglichen.



# ZWEITER TEIL: ALLOKATIONSREGELN, -VERFAHREN UND -ENTSCHEIDUNGEN

## A. Allokationsentscheidungen des Gesetzgebers

### I. Die Grundregel und ihre Folgen

#### 1. Anspruch auf Krankenbehandlung

Der Bundesgesetzgeber hat gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG die Gesetzgebungskompetenz über die Materie „Sozialversicherung“ und damit über die gesetzliche Krankenversicherung<sup>262</sup>. Auch ist die Regelung durch Bundesgesetz zur Wahrung sowohl der Rechtseinheit als auch der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich (Art. 72 Abs. 2 GG). Es ist also der Bundesgesetzgeber, der über die Verteilung (Allokation) von Mitteln und Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung sowie über die Verfahren, wie diese Mittel und Leistungen im einzelnen zu verteilen sind, entscheidet.

Die Grundregel des SGB V lautet, dass Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung haben, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V). Der Anspruch erstreckt sich grundsätzlich auf alle Leistungen, die ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die diesen Voraussetzungen nicht genügen, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen (§ 12 Abs. 1 SGB V). Das Gebot der Wirtschaftlichkeit ändert nichts daran, dass der Bedarf des Versicherten die

---

<sup>262</sup> Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. 11. 2003 (BGBl. I S. 2190) wurde darüber hinaus auf die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11 und 19a GG gestützt. Vgl. BT-Drs. 15/1170, S. 60.

entscheidende Voraussetzung der Leistungsgewährung ist. Auf die Kosten der notwendigen Leistung kommt es grundsätzlich nicht an. Wenn dem Versicherten eine notwendige Leistung im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung nicht rechtzeitig erbracht werden kann oder sie ihm zu Unrecht vorenthalten wird, kann er sie sich – grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten der EU - selbst beschaffen und von der Krankenkasse die Erstattung der Kosten der selbstbeschafften Leistung verlangen (§ 13 Abs. 3 SGB V).

Was ein notwendiger Bedarf ist, bestimmt im wesentlichen die Medizin. Das bestätigt ein Blick auf den Begriff der Krankheit, welcher der gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde liegt. Nach ständiger Rechtsprechung ist Krankheit ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der entweder Behandlungsbedürftigkeit oder zugleich oder allein Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.<sup>263</sup> Ein regelwidriger Körperzustand<sup>264</sup> wird häufig schon dann als behandlungsbedürftig angesehen, wenn er der medizinischen Behandlung zugänglich ist. In der Rechtsprechung wird dieses Kriterium durch die Anforderung ergänzt, dass der Zustand nicht ohne ärztliche Hilfe behoben, gebessert oder vor Verschlimmerung bewahrt werden kann, oder dass ärztliche Behandlung erforderlich ist, um Schmerzen oder sonstige Beschwerden zu lindern oder das Leben des Patienten zu verlängern.<sup>265</sup>

## **2. Politik der Kostendämpfung**

Die primär an medizinischen Bedarfszuschreibungen orientierte Grundregel hat im Zuge des medizinischen Fortschritts in den vergangenen Jahrzehnten zu Ausweitungen der Leistungen und zu entsprechenden Kostensteigerungen und in deren Folge zu Erhöhungen des Beitragssatzes beigetragen.<sup>266</sup> Der Gesetzgeber reagiert darauf seit 1977 mit einer Politik der Ausgabendämpfung.<sup>267</sup> Primäres Ziel der getroffenen Maßnahmen ist der Abbau von Überkapazitäten. Der Gesetzgeber geht von der Annahme aus, dass das System der Vergütung

---

<sup>263</sup> St. Rspr. vgl. nur BSGE 59, 119 (121); BSG 20. 9. 1999 – B 8 KN 9/98 KR R.

<sup>264</sup> Ein regelwidriger Geisteszustand wird in einigen Entscheidungen erst dann als Krankheit gewertet, wenn ein Leidensdruck hinzutritt, BSGE 62, 83 (84). Allerdings kommt der Behandlungsfähigkeit auch bei psychischen Regelwidrigkeiten eine entscheidende Bedeutung zu: Eine psychisch bedingte Sprachstörung ist eine Krankheit, weil ihre Heilung durch den Einsatz hochspezialisierten Fachwissens und Fachkönnens möglich ist, nämlich „durch ärztlich überwachte Fachkräfte wie Psychologen, Logopäden, Psychagogen“, BSGE 50, 47 (49).

<sup>265</sup> BSGE 26, 288 (289); E 35, 10 (12).

<sup>266</sup> Pointiert Oberender 1998, S. 13: „Da die mit jeder medizinischen Neuerung verbundene Leistungsausweitung finanziert werden muss, treibt der medizinische Fortschritt das öffentliche Gesundheitswesen an den Rand des finanziellen Ruins“.

<sup>267</sup> Eine Darstellung der einschlägigen Gesetzgebung bis 1999 bei Kopetsch 2001, S. 22-30. Für die Zeit danach Kruse in: LPK-SGB V, 2. Aufl. 2003, Einleitung Rz. 31-41. Zum GKV-Modernisierungsgesetz v. 14. 11. 2003 s. Kruse; Hänlein 2004.

und die Zahl der Beteiligten an der medizinischen Versorgung zu ungerechtfertigten Ausweitungen der Menge der verordneten Leistungen führen. Insbesondere würden durch das grundsätzlich einzelleistungsbezogene Vergütungssystem die Ausgaben auch mit steigender Zahl der niedergelassenen Vertragsärzte steigen.<sup>268</sup> Als nach der Beseitigung der Zulassung nach Verhältniszahlen aufgrund des Kassensarzt-Urteils<sup>269</sup> aus dem Jahre 1961 die Zahl der zugelassenen Vertragsärzte im ambulanten Bereich bis 1986 um 75 % angestiegen war, führte der Gesetzgeber regional wirkende Zulassungsregeln ein, um einer Konzentration der Überversorgung in bestimmten Gebieten entgegen zu wirken (vgl. § 368 t RVO). Das erschien notwendig, da die Ausgaben der Krankenkassen je Versichertem umso höher lagen, je höher die Versorgungsdichte mit Ärzten war („angebotsinduzierte Nachfrage“).<sup>270</sup> Mit dem Gesundheits-Reformgesetz vom 20. 12. 1988<sup>271</sup> wurde in § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V die Zulassung und Ermächtigung von Ärzten ausgeschlossen, die das 55. Lebensjahr vollendet haben. Es wurde befürchtet, dass solche Ärzte, die ihre Tätigkeit ja nur relativ kurze Zeit ausüben können, die Amortisation ihrer Praxisinvestitionen durch gesteigerte und unwirtschaftliche Tätigkeiten zu erreichen versuchen.<sup>272</sup> In der stationären Versorgung wurden Überkapazitäten durch die Krankenhausbedarfsplanung abgebaut.<sup>273</sup> Änderungen im Vergütungssystem sollen ebenfalls Wirtschaftlichkeitsreserven ausschöpfen. Einsparungen sollen aber auch durch andere Maßnahmen erreicht werden. Den Versicherten werden Zuzahlungen abverlangt, mit den Festbeträgen wird auf das Preisgefüge bei Arznei- und Hilfsmitteln Einfluss genommen und bestimmte Sachleistungen werden überhaupt nicht mehr zu Lasten der GKV erbracht. Das Bundesverfassungsgericht hat lapidar festgestellt, keine dieser Maßnahmen habe „nachhaltig“ gewirkt<sup>274</sup>, und prognostiziert, dass auch in der Zukunft mit steigenden Kosten als Folge der zunehmenden Alterung der Gesellschaft, der hiermit verbundenen Abnahme der Beitragszahler aus aktiver Erwerbsarbeit und der Steigerungseffekte aus dem medizinischen und medizinisch-technischen Fortschritt gerechnet werden müsse.<sup>275</sup> Das GKV Modernisierungsgesetz vom 14. 11. 2003 hat diese Prognose bestätigt.

---

<sup>268</sup> So auch BVerfGE 103, 172 (175, 177).

<sup>269</sup> BVerfGE 11, 30.

<sup>270</sup> BT-Drs. 10/5630, S. 7 f.; 10/6444, S. 4.

<sup>271</sup> BGBl I, S. 2477.

<sup>272</sup> BT-Drs. 11/2237, S. 195.

<sup>273</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 82, 209.

<sup>274</sup> BVerfGE 103, 172 (189).

<sup>275</sup> BVerfGE 103, 172 (174).

Die Politik der Kostendämpfung war dominant. Allerdings wurde in den 1980er Jahren der Ruf nach einer besseren medizinischen Versorgung immer stärker. Das Jahresgutachten 1989 des Sachverständigenrats formulierte die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Versorgung als ein eigenes Reformziel.<sup>276</sup> Das Gesundheits-Reformgesetz legte die Grundlagen in den §§ 135-139 SGB V.<sup>277</sup> § 135 Abs. 1 SGB V bestimmt seitdem für den ambulanten Bereich, dass neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nur erbracht werden dürfen, wenn sie vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen empfohlen sind. Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Qualitätssicherung hat das Bundessozialgericht mit dem Argument ausgeräumt, dass diese Aufgabe den Sicherstellungsauftrag umsetzt und zum Kernbereich des Vertragsarztrechts gehört, das der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG regeln darf.<sup>278</sup> Das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 weitete die Qualitätssicherung auf die gesamte ärztliche Leistungserbringung aus.<sup>279</sup> Die zentrale Norm des § 135a SGB V verpflichtet heute Vertragsärzte, medizinische Versorgungszentren, zugelassene Krankenhäuser, Erbringer von Vorsorgeleistungen oder Rehabilitationsmaßnahmen und Einrichtungen mit Versorgungsvertrag zur Beteiligung an einrichtungsübergreifenden Maßnahmen der Qualitätssicherung und zur Einführung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements.<sup>280</sup>

### 3. Gesundheitsökonomische Prognosen zur Ausgabenentwicklung

Der so genannte *Double-aging*-Prozess, der ‚von unten‘ durch die Alterung der Gesellschaft aufgrund des Geburtenrückgangs und ‚von oben‘ durch die Alterung aufgrund steigender Lebenserwartung charakterisiert ist, führt zu einer deutlichen Veränderung der Altersstruktur in Deutschland. Bezüglich des durchschnittlichen Gesundheitszustands dieser alternden Bevölkerung und damit des Einflusses des demographischen Wandels auf die Beitragssätze der gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) werden zwei konkurrierende Hypothesen vertreten: Die ‚*Medikalisierungsthese*‘ und die ‚*Kompressionsthese*‘ bzw. ‚*Rektangularisierungsthese*‘.<sup>281</sup> Während Vertreter der ersteren eine Steigerung der altersspezifischen Morbidität und damit einen überproportionalen Anstieg der Gesundheitsausgaben aufgrund des demographischen Wandels prognostizieren, nehmen

<sup>276</sup> Sachverständigenrat 1989, S. 34-45.

<sup>277</sup> Vom 22. 12. 1988 (BGBl. I S. 2477).

<sup>278</sup> BSGE 82, 55 (58 f.).

<sup>279</sup> Vom 22. 12. 1999 (BGBl. I S. 2626).

<sup>280</sup> Einzelheiten bei Mengel 2004, S. 52 ff.; Seewald in: Schnapp; Wigge 2002, § 19.

<sup>281</sup> Vgl. Deutscher Bundestag 2002, S. 184; vgl. auch Marckmann 2003.

Befürworter der Kompressionsthese an, das Erkrankungsrisiko nehme im Alter nur geringfügig zu; bei den zusätzlich gewonnenen Jahren handele es sich überwiegend um gesund verbrachte Lebensjahre.

Für die Kompressionsthese – verhaltene Kostenerhöhung aufgrund hinzugewonnener gesunder Jahre – spricht die Annahme, dass hohe Ausgabensteigerungen im Alter in erster Linie in unmittelbarer Nähe des Todeszeitpunkts auftreten; durch den meist nicht sehr erfolgreichen Versuch, den Tod noch einmal abzuwenden bzw. noch etwas zu verzögern. Vertreter dieser Richtung erteilen der Annahme eines proportionalen Anstiegs der Krankheits- und Behinderungslast für das gesundheitliche Versorgungssystem deshalb eine Absage, räumen jedoch moderate Kostensteigerungen aufgrund durch den Alterungsprozess höherer Anforderungen an die GKV ein. Diese kommen unter anderem durch die Zunahme der absoluten Anzahl an Krebspatienten, die wachsende Inanspruchnahme ambulanter Versorgung und des steigenden Arzneimittelkonsums, bedingt durch den Wandel der medizinischen Versorgung in Richtung funktioneller Kompensation, sowie den steigenden Kosten für Kranken- und Altenpflegepersonal<sup>282</sup> aufgrund der wachsenden Anzahl kinderloser Paare<sup>283</sup> zustande.<sup>284</sup> Vertreter der Medikalisierungsthese weisen auf die Versteigerung der Ausgabenprofile bei älteren Versicherten hin, die aus den Wechselwirkungen zwischen demographischer Entwicklung und medizinisch-technischem Fortschritt resultiere.<sup>285</sup> Während die demographischen Effekte, isoliert betrachtet, nur zu einem undramatischen Beitragsanstieg für die GKV um 3-4 Prozentpunkte bis 2040 führten, wirke der technische Fortschritt stark ausgabenerhöhend und sei somit der entscheidende Faktor in der Ausgabendynamik.<sup>286</sup> Volker Ulrich rechnet in seinem Aufsatz von 2001 mit einer Beitragssatzentwicklung um bis zu 23% und korrigiert diese Angabe aufgrund neuerer Forschung in einem späteren Beitrag auf 23-26% bzw. noch darüber liegend.<sup>287</sup> In jüngster Zeit wurde auch eine Synthese aus Kompressions- und Medikalisierungsthese, der *Bi-modale Ansatz*<sup>288</sup> formuliert. Hier wird davon ausgegangen, dass sich der Gesundheitszustand zukünftiger Generationen verbessern wird, gleichwohl aber mit einem Anstieg pflegebedürftiger Menschen zu rechnen ist. Angenommen wird zudem, dass die

---

<sup>282</sup> Ulrich 2005.

<sup>283</sup> Dinkel 1999.

<sup>284</sup> Kurth 2001.

<sup>285</sup> Kopetsch 2001, S. 45 ff.

<sup>286</sup> Ulrich 2001b.

<sup>287</sup> Ulrich 2003.

<sup>288</sup> Deutscher Bundestag 2002, S. 184.

Entwicklungen nicht unabhängig von der sozialen Schicht verlaufen werden, so dass für die Bessergestellten eher die Kompressionsthese zutrifft, während in den unteren Einkommensschichten eher die Medikalisierungsthese greifen würde.<sup>289</sup>

## II. Rationierung oder Rationalisierung

In der Literatur mehren sich die Stimmen, die meinen, dass Rationalisierungen, auf die der Gesetzgeber bisher überwiegend gesetzt hat, nicht mehr ausreichen, um die finanzielle Stabilität der GKV zu sichern, sondern eine Rationierung, die immer eine Verweigerung von potentiellen Heilerfolgen für Patienten darstellt, unumgänglich sei.<sup>290</sup> Andere sagen, dass die Frage nach der Notwendigkeit von Rationierungen längst entschieden sei – „wenn wir es auch nicht wahrhaben wollen“.<sup>291</sup>

### 1. Begriffsklärung

Rationierung meint „jede institutionelle Regelung, die gewisse Individuen vom Zugang zu Ressourcen ausschließt“.<sup>292</sup> Bei marktlichen Allokationsprozessen erfolgt die Rationierung schlicht und einfach über den Preis. Im System der gesetzlichen Krankenversicherung hat hingegen jeder Versicherte einen Rechtsanspruch auf die notwendige Krankenbehandlung und damit auf den gleichen Zugang zu Gesundheitsleistungen nach dem neuesten Stand des medizinischen Wissens. Rationierung besteht hier in Entscheidungen, die auf das Vorenthalten als wirksam anerkannter, von den betroffenen Patienten erwünschter Maßnahmen hinauslaufen.<sup>293</sup> Rationierung – so wird gesagt – sei die Rückseite jener Medaille, die den Anspruch auf Krankenbehandlung auf ihrer Vorderseite trägt. „Rationierung bedeutet somit die Beschränkung individueller Ansprüche bzw. Anspruchsrechte“.<sup>294</sup> Beispiele für Rationierungen durch den Gesetzgeber sind unstreitig die Ausschlüsse der sog. Bagatellarzneimittel (§ 34 Abs. 1 S. 6 SGB V) und von Arzneimitteln,

---

<sup>289</sup> Vgl. zu schichtspezifischen Unterschieden des Morbiditätsrisikos Rosenbrock; Gerlinger 2004, S. 41 ff.

<sup>290</sup> Oberender 1998, S. 16; Kuhlmann 1998, S. 11: „Durch Ausschöpfen von Rationalisierungsreserven allein können die Knappheitsprobleme zwar zeitlich verzögert, jedoch keineswegs gelöst werden“.

<sup>291</sup> Uhlenbruck 1995, S. 429.

<sup>292</sup> Kopetsch 2001, S. 73.

<sup>293</sup> Fuchs 1998, S. 43: Von einer Rationierung in der Medizin sei auszugehen, „wenn die von der Solidargemeinschaft abgedeckten Leistungen unter dem Niveau des anerkannt medizinisch Notwendigen liegen. Bezogen auf die Mikroebene ist dann von Rationierung auszugehen, wenn aus Gründen der Mittelknappheit an sich notwendige medizinische Maßnahmen vorenthalten werden müssen“. Vgl. auch Beske 1998, S. 73; Landry et al. 2004 S. 225-228.

<sup>294</sup> Kopetsch 2001, S. 74.

bei deren Anwendung eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht („Lifestyle-Arzneimittel“, § 34 Abs. 1 S. 7-9 SGB V). Es handelt sich deshalb unzweifelhaft um Rationierungen, weil einerseits § 27 Abs. 1 SGB V einen Anspruch auf die notwendige Krankenbehandlung gewährt, andererseits Arzneimittel, die für die Behandlung von Krankheiten notwendig sind, von der Gewährung gesetzlich ausgeschlossen werden.

Der Gegenbegriff zur Rationierung ist die Rationalisierung. In einem allgemeinen Sinne ist darunter die wirtschaftlichere Gestaltung von Arbeitsabläufen zur Steigerung der Leistung oder Senkung des Aufwands durch Technisierung, Automatisierung, Arbeitsteilung und andere Maßnahmen zu verstehen.<sup>295</sup> Rationalisierung in der GKV meint die Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven. Der ehemalige Bundesgesundheitsminister Seehofer hatte Rationalisierungsreserven in Höhe von 25 Mrd. DM ausgemacht und als Ursachen strukturelle Probleme wie die mangelnde Verzahnung ambulanter und stationärer Leistungen oder die unrationelle Leistungserbringung in Form von Doppeluntersuchungen genannt.<sup>296</sup> In der juristischen<sup>297</sup> und gesundheitsökonomischen<sup>298</sup> Literatur wird gesagt, dass Rationierungen erst erfolgen dürfen, wenn alle Rationalisierungsreserven ausgeschöpft sind. Allerdings könne bei weiterer Ausgabenzunahme gleichwohl der Zeitpunkt kommen, zu dem über die Mobilisierung von Wirtschaftlichkeitsreserven keine weiteren Einsparungen möglich seien. Dann würde sich das Problem der Rationierung erneut stellen.<sup>299</sup> Deshalb – so wird weiter gesagt – könne man der harten Frage nach Rationierung nicht mehr durch die „weiche Formel“ Rationalisierung vor Rationierung ausweichen.<sup>300</sup>

Die klare Unterscheidung zwischen Rationierung und Rationalisierung wird in der gesundheitsökonomischen Literatur durch die Unterscheidung zwischen expliziter und impliziter Rationierung verwischt. Eine Rationierung ist explizit, „wenn durch direkte administrative Entscheidung die Verfügbarkeit bestimmter Leistungen beschränkt wird, bestimmte Personen bzw. Personengruppen nach bestimmten Kriterien eine Leistung versagt wird, oder wenn gewisse Leistungen grundsätzlich aus der Versicherung herausgenommen werden“. Die oben erwähnten Leistungsausschlüsse von Bagatell- und Lifestyle-Arzneimitteln sind explizite Rationierungen. Bei der impliziten Rationierung würden

---

<sup>295</sup> Rebscher 1998, S. 27, S. 29 f.

<sup>296</sup> Beske et al. 1996, S. 21 f.

<sup>297</sup> Taupitz 1998, S. 105; Uhlenbruck 1995, S. 429.

<sup>298</sup> Rebscher 1998, S. 28.

<sup>299</sup> Beske et al. 1996, S. 22.

<sup>300</sup> Schmidt-Aßmann 2001, S. 20.

Leistungen durch institutionelle Regelungen knapp gemacht, ohne dass spezifiziert werde, „welche medizinischen Leistungen angeboten werden sollen und welche nicht, es wird nicht konkretisiert, welche Abwägungen getroffen bzw. nach welchen Kriterien die Anbieter medizinischer Leistungen Rationierungschancen fällen sollen“.<sup>301</sup>

## **2. Grundsatz der Beitragssatzstabilität**

Dass die Abgrenzung Rationalisierung – implizite Rationierung undeutlich ist, lehren Maßnahmen der Ausgabendämpfung, die der Gesetzgeber eindeutig als Rationalisierung konzipiert hat, die aber in Teilen der Literatur als implizite oder heimliche Rationierung gewertet werden.<sup>302</sup> Das erste Beispiel ist der erstmals im Gesundheits-Reformgesetz vom 1.1.1989 verankerte und danach mehrfach geänderte *Grundsatz der Beitragssatzstabilität*. Danach haben die Krankenkassen und die Leistungserbringer die Vereinbarungen über die Vergütung der Leistungen so zu gestalten, dass Beitragssatzerhöhungen ausgeschlossen werden. Der 2. Halbsatz des § 71 Abs. 1 S. 1 SGB V stellt jedoch klar, dass diese Pflicht endet, wenn die notwendige medizinische Versorgung nach Ausschöpfung aller Rationalisierungsreserven nur noch durch Beitragssatzerhöhungen gewährleistet ist. Die Beitragssatzstabilität soll also der Ausschöpfung aller Wirtschaftlichkeitsreserven dienen, aber keine Rationierungen durch nicht mehr kostendeckende Vergütungen bewirken. Das Gleiche gilt für den durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14. 11. 2003 eingeführten § 4 Abs. 4 SGB V, der Beitragserhöhungen ausschließt, es sei denn, die notwendige medizinische Versorgung wäre auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven ohne Beitragssatzerhöhungen nicht zu gewährleisten.

## **3. Richtgrößen und gedeckelte Gesamtvergütungen (»Budgetierung«)**

Strittig ist vor allem, ob die *Richtgrößen* und die Deckelung der Gesamtvergütung Rationierungsinstrumente sind. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen vereinbaren mit den Kassenärztlichen Vereinigungen für das auf das Kalenderjahr bezogene Volumen der je Arzt verordneten Arznei- und Verbandmittel arztgruppenspezifische fallbezogene Richtgrößen als Durchschnittswerte (§ 84 Abs. 6 S. 1

---

<sup>301</sup> Kopetsch 2001, S. 76.

<sup>302</sup> Ebsen 1997, S. 72). Vorsichtiger Kopetsch 2001, S. 17: „Die Budgetierung der Gesundheitsausgaben in Deutschland *führt* unweigerlich zur (impliziten) Rationierung medizinischer Leistungen“. Hervorhebung der Autoren.



SGB V).<sup>303</sup> Die Richtgrößen sind arztgruppenspezifisch sowie „je Arzt“ festzulegen, so dass sowohl die Bildung einheitlicher Richtgrößen für alle Arztgruppen als auch die Bildung fachgruppengenereller Richtgrößen ausgeschlossen ist. Richtgröße ist das einem Arzt entsprechend seiner Arztgruppe für jeden Behandlungsfall in einem Kalenderjahr (durchschnittlich) für Verordnungen von Arznei-, Verband- und Heilmitteln zustehende Volumen. Das Richtgrößenvolumen ist also die Summe aller fallbezogenen Richtgrößen eines Arztes im Kalenderjahr.

Rechtsfolge einer Überschreitung dieses Volumens ist nicht die Erstattung des Mehraufwands, sondern eine Wirtschaftlichkeitsprüfung (§ 106 Abs. 5a SGB V). Die Prüfung führt nur dann zu einer Erstattungspflicht des Arztes, wenn der Mehraufwand nicht durch Praxisbesonderheiten begründet ist (§ 106 Abs. 5a S. 3 SGB V). Der Überschreitung des Volumens kommt lediglich die Wirkung eines Anscheinsbeweises zu. Die dadurch ausgelöste Vermutung der Unwirtschaftlichkeit kann durch besondere Umstände widerlegt werden. Solche Umstände können in einer bevorzugten Anwendung bestimmter Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden beziehungsweise in einer besonderen Praxisausrichtung liegen oder auf einer von der Regelpraxis abweichenden Zusammensetzung des Patientengutes beruhen.<sup>304</sup> Die Richtgrößen leiten den Vertragsarzt bei seinen Entscheidungen über die Verordnung nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Sie sind also Maßnahmen der Rationalisierung, aber nicht der Rationierung.

Zur *Deckelung der Gesamtvergütung* muss man wissen, dass das Vergütungssystem des Vertragsarztrechts zweigeteilt ist. Die Krankenkasse entrichtet mit befreiender Wirkung eine Gesamtvergütung an die Kassenärztliche Vereinigung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung (§ 85 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die Kassenärztliche Vereinigung verteilt sodann nach § 85 Abs. 4 S. 1 SGB V diese Gesamtvergütung an die Vertragsärzte. Dabei verwendet sie einen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen vereinbarten Verteilungsmaßstab an (§ 85 Abs. 4 S. 2 SGB V). Der Zahlungsanspruch des Vertragsarztes ist ausschließlich gegen die Kassenärztliche Vereinigung und nicht gegen die Krankenkasse gerichtet.

---

<sup>303</sup> Zu Einzelheiten Engelhard 2004, S. 572.

<sup>304</sup> BSG 21. 6. 1995 SozR 3-2500 § 106 Nr. 27, S. 150 (153 f.); BSG 12. 10. 1994 MedR 1996, S. 138 f.

Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 wird die Gesamtvergütung gedeckelt, wobei die Regelungstechnik des Gesetzes mehrfach geändert wurde.<sup>305</sup> Ab dem 1. 1. 2000 bindet § 71 Abs. 2 und 3 SGB V die Weiterentwicklung von Vergütungsvereinbarungen und damit auch die gesamtvertraglich zu vereinbarenden Veränderungen der Gesamtvergütung an eine Obergrenze, die nach Maßgabe der durchschnittlichen Veränderungsdaten der beitragspflichtigen Einnahmen aller Mitglieder der Krankenkassen des gesamten Bundesgebietes festgesetzt wird.<sup>306</sup> Während der Behandlungsanspruch des Versicherten auf das medizinisch Notwendige gerichtet ist, wird der Etat, aus dem die Vergütung der Behandlung finanziert wird, nach Maßgabe der beitragspflichtigen Einkommen und damit letztendlich der wirtschaftlichen Entwicklung bestimmt.

Aufgrund dieser Diskrepanz werden die Budgetierungen des SGB V als „echte Knappheitsfaktoren“ bezeichnet, obwohl durchaus gesehen wird, dass ihr Sinn und Zweck die Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven ist, sie also keine Rationierung, sondern Rationalisierung bewirken sollen.<sup>307</sup> Die Aufnahme neuer medizinischer Verfahren in den Leistungskatalog kann eine weitere Verknappung bewirken, da die Spareffekte durch neue Methoden in Diagnostik und Therapie sich meist erst mittel- bis langfristig auswirken.<sup>308</sup> Zwar werden seit Ende der 90er Jahre im Rahmen der Health Technology Assessment Berichte auch ökonomische Gesichtspunkte bei der Aufnahme in den Leistungskatalog geprüft, vorrangig wird dort jedoch – neben dem Kostenvergleich mit Alternativmethoden – eine Kosten-Nutzenanalyse durchgeführt. Ist durch eine neue Methode ein hoher Nutzen zu erwarten, wird auch ein höherer Preis toleriert.<sup>309</sup> Das alles mögen Gründe sein, die dafür sprechen, dass die Scheidelinie zwischen gewollter Rationalisierung und faktisch bewirkter Rationierung schwierig zu bestimmen ist. „Schlechterdings nicht definierbar“ ist diese Linie aber nicht.<sup>310</sup> Das Gesetz verlangt diese Unterscheidung und hält mit den Gutachten des

---

<sup>305</sup> Das GMG hat die auf mitgliederbezogenen Kopfpauschalen basierenden Honorarbudgets abgeschafft und damit das Morbiditätsrisiko von den Vertragsärzten auf die Krankenkassen verlagert. Zum Ausgleich werden die Abrechnungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfungen verstärkt und Anreize zur Ausweitung der Leistungsmenge gemindert. Ab 2007 sollen die budgetierten Gesamtvergütungen durch arztgruppenbezogene Regelleistungsvolumina ersetzt werden. Einzelheiten bei Kruse; Hänlein 2004, S. 113-122.

<sup>306</sup> Zu Einzelheiten und zum Verhältnis von § 71 Abs. 2 und 3 zu § 85 Abs. 3 SGB V s. Hess, in Schnapp; Wigge, 2002, § 15 Rz 48-52.

<sup>307</sup> Ebsen 1997, S. 71 f. Als Rationierung wird die Budgetierung auch gewertet von Oberender 1998, S. 21; Kuhlmann 1998, S. 70: „Die Ergebnisse dieser Untersuchung erhärten die These, dass der durch Budgetierung erzeugte Kostendruck Rationierungsmaßnahmen unvermeidbar macht“.

<sup>308</sup> Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, 2003; Müller-Oerlinghausen 1997, A 673-5.

<sup>309</sup> Gibis; Rheinberger 2002 (2), S. 82-90; Goodman 2004; <http://www.nlm.nih.gov/nichsr/hta101/hta101.pdf>

<sup>310</sup> So aber Ebsen 1997, S. 72.

Sachverständigenrats für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen auch ein Instrument für die Feststellung von Versorgungsdefiziten und Überversorgungen bereit (§ 142 Abs. 2 SGB V), also ein Instrument, mit dessen Hilfe einer Rationierung infolge von Rationalisierung vorgebeugt werden soll. Um zu verhindern, dass vereinzelt und in bestimmten Indikationsbereichen (z. B. bei der Versorgung chronisch Kranker oder in der onkologischen Versorgung) eine verdeckte Rationierung eintritt, müssen Budgetierungen von flankierenden Qualitätssicherungsinstrumenten begleitet werden.<sup>311</sup>

Wenn die Vergütungen oder Leistungsvolumina budgetiert sind, kann der Fall eintreten, dass der Vertragsarzt nicht für jede erbrachte Leistung eine gewinnbringende oder auch nur kostendeckende Vergütung erhält. Nun ist aber das vertragsärztliche Vergütungssystem von vornherein so gestaltet, dass der Vertragsarzt nicht für jede einzelne Leistung eine solche Vergütung erwarten darf. Denn dem Zuschnitt der vertragsärztlichen Vergütung liegt eine „Mischkalkulation“ zugrunde, die es zulässt, dass es Leistungen geben kann, bei denen selbst für eine kostengünstig organisierte Praxis kein Gewinn zu erzielen ist. Dem Vertragsarzt steht lediglich ein Anspruch auf eine leistungsgerechte Teilhabe an der Gesamtvergütung zu, der in aller Regel dazu führt, dass das aus der vertragsärztlichen Tätigkeit erzielbare Einkommen Ärzten hinreichenden Anreiz bietet, an der vertragsärztlichen Versorgung mitzuwirken.<sup>312</sup> Deshalb ist der Vertragsarzt nicht berechtigt, Leistungen für die Versicherten zu verweigern oder dafür Zuzahlungen zu verlangen, weil diese Leistungen ihm im Einzelnen nicht kostendeckend vergütet werden oder weil er bei verordneten Leistungen mit einem Regress wegen Überschreitung von Budgets, Richtwerten oder Regelleistungsvolumina rechnen muss.<sup>313</sup> Das kann auch nicht anders sein, weil dem einzelnen Vertragsarzt aus § 72 Abs. 2 SGB V grundsätzlich kein Anspruch auf eine angemessene Vergütung erwächst. Denn der kollektivvertragliche Zusammenhang, in dem das Gebot der angemessenen Vergütung steht, verweist auf eine objektivrechtliche Regelung, die nur ausnahmsweise dem Schutz der individuellen Rechte des einzelnen Vertragsarztes zu dienen bestimmt ist.<sup>314</sup> Der Ausnahmefall tritt erst ein, wenn das vertragsärztliche System als Ganzes und damit auch die berufliche Existenz der einzelnen Ärzte gefährdet ist.<sup>315</sup>

---

<sup>311</sup> Rebscher 1998, S. 34.

<sup>312</sup> BSGE 88, 20 (24).

<sup>313</sup> BSGE 88, 20 (29 f.). Vgl. auch BSG 14. 3. 2001 – B 6 KA 67/00 R; BSG 14. 3. 2001 – B 6 KA 36/00 R. Instruktiv Francke; Schnitzler 2002, S. 84.

<sup>314</sup> BSGE 75, 187 (190 f.); E 76, 6 (11); E 78, 191 (199).

<sup>315</sup> BSGE 75, 187 (190 f.); E 78, 191 (199). Einzelheiten und Kritik bei Hess in: Schnapp; Wigge 2002, § 15 Rz 13-20.

Für den Bereich der stationären Versorgung gilt nichts anderes. Auch Krankenhäuser dürfen innerhalb der medizinischen Standardversorgung den Umfang ihrer (durch den Pflegesatz abgeregelter Leistungen) nicht frei bestimmen, sondern müssen unabhängig davon, ob Leistungen im Einzelfall für sie finanziell lukrativ sind oder nicht, alle medizinisch notwendigen Leistungen entweder selbst bereitstellen oder sich diese sonst auf ihre Kosten beschaffen.<sup>316</sup> Wenn ein Chefarzt eines Krankenhauses in der Mitte des Haushaltsjahres aus Gründen der Mittelknappheit anordnet, auf preiswertere Maßnahmen zurückzugreifen und statistische Risiken einzugehen, die im Einzelfall noch vertretbar sind, weil sie das Maß des Notwendigen noch nicht unterschreiten, wäre es überzogen, ein solches Ausnutzen von Ermessensspielräumen als Rationierung zu bezeichnen.<sup>317</sup>

Die Literatur folgt dem Bundessozialgericht überwiegend nicht und räumt dem Vertragsarzt einen aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abgeleiteten Anspruch auf eine angemessene Vergütung gegen die Kassenärztliche Vereinigung ein.<sup>318</sup> Allerdings folgt daraus nicht, dass der Gesetzgeber zur Einführung eines Vergütungssystems verpflichtet wäre, das dem Vertragsarzt auf jede einzelne Leistung eine gewinnbringende oder zumindest kostendeckende Vergütung zugesteht. Denn die Vertragsärzte unterliegen wie alle anderen Leistungserbringer auf Grund ihrer „Beteiligung“ am System der gesetzlichen Krankenversicherung in erhöhtem Maße der Einwirkung sozialstaatlicher Gesetzgebung<sup>319</sup>. Mit der Zulassung sind für den Vertragsarzt deutliche Begünstigungen verbunden: Ihm wird der Zugang zu dem ca. 87 % der Bevölkerung ausmachenden Kreis der GKV-Versicherten als potentielle Patienten eröffnet und es werden ihm sichere, insolvenzgeschützte und – auf der Basis statistischer Veröffentlichungen in der KÄBV – auch auskömmliche Einkommen von öffentlich-rechtlichen Institutionen als Schuldner gewährt.<sup>320</sup> Wer Beteiligter und Nutznießer des Sachleistungssystems ist, muss im Interesse der Erhaltung dieses Systems Eingriffe in seine Grundrechte hinnehmen, die ein auf einem freien Markt tätiges Unternehmen nicht hinnehmen müsste<sup>321</sup>.

---

<sup>316</sup> BSGE 88, 20 (24), E 44, 244 (250). Zur Vergütung belegärztlicher Leistungen s. BSG 31. 1. 2001 SozR 3-2500 § 121 Nr. 3.

<sup>317</sup> Fuchs 1998, S. 48.

<sup>318</sup> Isensee 1995, S. 342, 350. Weitere Nachweise bei Wimmer 2004, S. 49 in Fn. 8).

<sup>319</sup> BVerfGE 70, 1, 31; E 103, 177, 185 f.

<sup>320</sup> BSGE 88, 20 (24).

<sup>321</sup> BVerfGE 70, 1, 30 f.; E 68, 193, 200 f.; E 103, 172, 185 f. Prägnant Schulin 1997, S. 43, 55: „Je geringer [...] das wirtschaftliche Risiko des Arztes ist, desto stärker kann und muss seine ärztliche Tätigkeit für die Versicherten kontrolliert und damit reglementiert werden“.

Das BSG zieht den Rechtfertigungstopos des „sozialstaatlich begünstigten Berufs“<sup>322</sup> vor allem bei der Rechtfertigung von Honorarabsenkungen heran: Bei Vergütungsregelungen sei zu beachten, dass es nicht um die Festsetzung von Preisen gehe, die Gegenstand freien Aushandelns auf einen freien Markt sind, sondern um Bedingungen der „Teilnahme“ an einem von anderen finanzierten Leistungssystem<sup>323</sup>. Das wird in der Literatur, die dem Vertragsarzt einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung einräumt, ebenso gesehen.<sup>324</sup> Die den ärztlichen Leistungserbringern in der GKV zur Verfügung gestellte Gesamtvergütung müsse lediglich so bemessen sein, dass sie in der Nähe der üblichen Vergütung vergleichbarer Tätigkeiten liegt.<sup>325</sup> Die Kassenärztliche Bundesvereinigung hatte im Jahre 1994 ihren betriebswirtschaftlichen Kalkulationen für den Einheitlichen Bewertungsmaßstab einen angemessenen Arztlohn von 180.000 DM (nach Kostenerstattung) im Jahr zugrunde gelegt.<sup>326</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2001 das Statistische Bundesamt zitiert, wonach Ärzte unter den Freiberuflern im Durchschnitt zu den gut verdienenden Personen zählen.<sup>327</sup> Überhaupt dürften Leistungserbringer, die vortragen, eine bestimmte gesetzliche Maßnahme der Kostendämpfung bedrohe ihre wirtschaftliche Existenz, in Karlsruhe schlechte Karten haben. *Udo Steiner*, Richter am Bundesverfassungsgericht, hat jüngst dargelegt, dass in den letzten 50 Jahren viele Verfassungsbeschwerdeführer ihre Existenzbedrohung durch Gesetzeseingriffe im Gesundheitswesen geltend gemacht und – dankenswerterweise – diese Eingriffe überlebt hätten.<sup>328</sup>

Budgetierungen sind keine Rationierungen. Damit wird nicht die Möglichkeit bestritten, dass Budgetierungen einmal zu Rationierungen führen können. Wer den Eintritt dieser Möglichkeit behauptet, trägt dafür jedoch die Argumentationslast.

### **III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für Leistungskürzungen**

#### **1. Sozialstaatsprinzip**

Das BVerfG hat wiederholt betont, dass das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) den Gesetzgeber zur Sicherstellung einer medizinischen Versorgung der Bevölkerung

---

<sup>322</sup> Neumann 1992, S. 55 f.

<sup>323</sup> BSGE 78, 185, 189, E 80, 215, 229 f.

<sup>324</sup> So ausdrücklich Wimmer 2004, S. 55.

<sup>325</sup> Wimmer 2004, S. 56.

<sup>326</sup> Zitiert nach Wimmer 2004, S. 54.

<sup>327</sup> BVerfGE 103, 172 (192). Vgl. auch BVerfG v. 15. 1. 2003 – 1 BvQ 54/02.

<sup>328</sup> Steiner 2003, S. 6.

verpflichtet<sup>329</sup>. Es hat aber stets hinzugefügt, dass der Gesetzgeber dabei über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt<sup>330</sup>, da das Sozialstaatsprinzip in Widerspruch zum Demokratieprinzip gerät, „wenn der politischen Willensbildung eine so und nicht anders einzulösende verfassungsrechtliche Verpflichtung vorgegeben wäre.“<sup>331</sup> Das Sozialstaatsprinzip steht unter einem doppelten Vorbehalt, nämlich dem Vorbehalt des Finanzierbaren, also dem „Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann“<sup>332</sup>, und dem Vorbehalt des Gewollten, womit der weite Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Gestaltung der Sozialordnung gemeint ist. Dieser Spielraum wird solange nicht überschritten, wie der Staat für ein öffentliches Gesundheitssystem sorgt, das nicht offensichtlich mangelhaft ist.<sup>333</sup> Und als Grundlage konkreter Leistungsansprüche kann das Sozialstaatsprinzip ohnehin nicht herangezogen werden.<sup>334</sup>

Wegen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers kann mit dem Sozialstaatsprinzip keine institutionelle Garantie des Systems der sozialen Sicherheit und damit eben auch nicht der gesetzlichen Krankenversicherung begründet werden. Das Sozialstaatsprinzip verwehrt dem Gesetzgeber also nicht, auch „Formen der sozialen Sicherheit zu wählen, die von herkömmlichen Modellen abweichen“<sup>335</sup>. Auch die diversen Erwähnungen der Träger der Sozialversicherung in den Kompetenznormen des Grundgesetzes zur Gesetzgebung, Verwaltung und Finanzverfassung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Art. 87 Abs. 2, Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG) gewähren der gesetzlichen Krankenversicherung keinen institutionell-organisatorischen Bestandsschutz: „Das Grundgesetz gebietet eine weitgehende Aufgliederung in selbständige, voneinander unabhängige und nach dem Selbstverwaltungsprinzip organisierte Versicherungsträger nicht“<sup>336</sup>.

Was zu einer institutionell-organisatorischen Garantie der gesetzlichen Krankenversicherung gesagt wurde, gilt in gleichem Maße für die Frage nach einem Bestandsschutz sozialer Rechte in einem einmal gegebenen Umfang. In der Literatur wird diese Frage unter dem Titel

---

<sup>329</sup> BVerfGE 25, 236 (247); E 44, 353 (375); E 57, 70 (99); E 68, 193 (209).

<sup>330</sup> BVerfGE 29, 221 (235); 43, 13 (19), 50, 57 (108); E 56, 1 (21); 59, 231 (263), 70, 278 (288).

<sup>331</sup> BVerfGE 5, 85 (198); E 59, 231 (263).

<sup>332</sup> BVerfGE 33, 303 (333).

<sup>333</sup> Höfling 1998, S. 147.

<sup>334</sup> BVerfGE 65, 182 (193).

<sup>335</sup> BVerfGE 53, 313 (326).

<sup>336</sup> BVerfGE 36, 383 (393); vgl. auch BVerfGE 39, 302 (314 f.).

„soziales Rückschrittsverbot“ erörtert.<sup>337</sup> Das Bundessozialgericht hatte sich bereits in einer frühen Entscheidung skeptisch geäußert: „Wollte man schon in jeder Verschlechterung des Besitzstandes einen Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip erblicken, so könnte der Gesetzgeber solche Positionen in Zukunft nur noch verbessern“. Das aber würde „die einfache Gesetzgebung weitgehend blockieren und eine Anpassung des Rechts an die Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse hintanhalt“.<sup>338</sup> In die gleiche Richtung weist das Bundesverfassungsgericht, wenn es immer wieder betont, dem Sozialstaatsprinzip sei kein Gebot zu entnehmen, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren.<sup>339</sup> Heute besteht in der Literatur weitgehende Einigkeit, dass ein soziales Rückschrittsverbot mit dem offenen und dynamischen Sozialstaatsprinzip nicht begründbar ist.<sup>340</sup>

## 2. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

### a) *Soziales Leistungsrecht?*

Das Recht auf Gesundheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist in erster Linie ein Eingriffsabwehrrecht, das Leben und Gesundheit des Bürgers gegen Eingriffe des Staates schützt. Allerdings hat dieses Grundrecht auch eine objektiv-rechtliche Dimension. Das BVerfG hat in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit einmal gefragt, „ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen [...] ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazität für die verschiedenen Studienrichtungen folgt“ und „ob sich aus diesem Verfassungsauftrag unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf Schaffung von Studienplätzen herleiten ließe“.<sup>341</sup> Diese Frage hat einzelne Autoren veranlasst, eine Pflicht des Gesetzgebers zur Gewährleistung einer „bestmöglichen Versorgung“ der Krankenversicherten und einen entsprechenden Individualanspruch des Bürgers zu begründen.<sup>342</sup> Das BVerfG ist diesem Vorstoß nicht gefolgt: Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG verbürgt die freie Selbstbestimmung des Patienten über ärztliche Heileingriffe. Daraus ergibt sich jedoch kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkasse auf Bereitstellung entsprechender medizinischer Versorgung oder auf Gewährung finanzieller Leistungen

---

<sup>337</sup> Schlenker 1986.

<sup>338</sup> BSGE 15, 71 (76).

<sup>339</sup> BVerfGE 94, 241 (263) m. w. Nachw.

<sup>340</sup> Schmidt-Aßmann 2001, S. 32 f.; Zacher 2004, § 28 Rz. 84; Sauer 1991, 236 f.; Neumann 1998, S. 401.

<sup>341</sup> BVerfGE 33, 303 (333).

<sup>342</sup> Seewald 1982, S. 10 unter Berufung auf den Vorlagebeschluss des LSG Bremen vom 10. 7. 1980 – L 1 Kr 15/79 u. a.

hierfür.<sup>343</sup> Auch in der Literatur ist die Diskussion um Grundrechte als soziale Leistungsrechte weitgehend verstummt bzw. hat sich in die Schutzpflicht-Dogmatik verlagert.

### *b) Schutzpflicht*

Das BVerfG hat aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit die Pflicht des Staates abgeleitet, „sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Anderer zu bewahren“<sup>344</sup>. Also könnte daran gedacht werden, diese Schutzpflicht auch auf leistungsrechtliche Gehalte zu beziehen und den Gesetzgeber zu verpflichten, ein möglichst umfassendes Leistungsspektrum in der gesetzlichen Krankenversicherung zu erhalten. Allerdings stößt diese Folgerung auf zwei Einwände.

In der Literatur wird die grundrechtliche Schutzpflicht vielfach auf die Dreieckskonstellation „Staat-Störer-Opfer“ beschränkt. Auch in der ersten einschlägigen Entscheidung des BVerfG wurde die Schutzpflicht für eine solche Konstellation entwickelt: Der Staat habe mittels des Strafrechts das Leben des Nasciturus gegen die abbruchwillige Schwangere zu schützen.<sup>345</sup> Der private Übergriff erscheint in solchen Konstellationen als Äquivalent des hoheitlichen Eingriffs.<sup>346</sup> Fälle einer „gegnerlosen Not“, wie sie typischerweise bei Krankheiten gegeben sind, würden danach keine staatliche Schutzpflicht auslösen.

Das BVerfG hat von Anfang an die Schutzpflicht nicht auf solche Dreieckskonstellationen beschränkt. Das zeigt bereits die oben zitierte Formulierung, der Staat müsse die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG „insbesondere“ vor Eingriffen Dritter bewahren. In der Entscheidung Schwangerschaftsabbruch II heißt es dann ausdrücklich, dass der Staat in Verfolgung seiner Schutzpflicht nicht nur Angriffen wehrt, die dem ungeborenen Leben von anderen Menschen drohen, sondern er auch Gefahren entgegentreten muss, die für „dieses Leben in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen der Frau und der Familie begründet liegen“<sup>347</sup>. Diese Erweiterung überzeugt schon deshalb, weil dem Wort „Schützen“ sich nicht nur gefahr- und beeinträchtigende Maßnahmen zuordnen lassen, „sondern auch Tätigkeiten, die zu einer Mehrung der Grundrechtsverwirklichung oder zumindest zur

---

<sup>343</sup> BVerfG (Kammer) 5. 3. 1997 NJW 1997, 3085 – Edelfosin.

<sup>344</sup> BVerfGE 56, 54 (73) – Fluglärm; 39, 1 (42) – Fristenlösung; 46, 160 (164) – Schleyer; 88, 203 (251) – Abtreibung II; 90, 145 (195) – Cannabis.

<sup>345</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>346</sup> Cremer 2002, S. 283.

<sup>347</sup> BVerfGE 88, 203 (258).



Mehrung der Chancen der Grundrechtsverwirklichung führen“<sup>348</sup>. Das sieht auch das BVerfG so: „Es kann davon ausgegangen werden, dass aus dem objektivrechtlichen Gehalt des Art. 2 Abs. 2 GG die Pflicht des Staates zum Schutz von Leben und Gesundheit gegenüber den durch die Aids-Krankheit bewirkten Gefahren folgt“.<sup>349</sup> Und in einem Kammerbeschluss wird dargelegt, dass die Auslegung des geltenden Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung sich an der aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG folgenden Schutzpflicht zu orientieren hat.<sup>350</sup> Die Schutzpflicht schließt also auch Leistungen ein.

Allerdings – und damit sind wir beim zweiten Einwand - wird den zuständigen staatlichen Stellen bei der Umsetzung der Schutzpflicht ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt.<sup>351</sup> Der mit der Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch kann nur darauf gerichtet sein, „dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutze des Grundrechts trifft, die nicht völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich sind. Nur in diesen Grenzen kann das BVerfG die Erfüllung der Schutzpflicht überprüfen“<sup>352</sup>. Diese Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung überzeugt, weil es regelmäßig eine höchst komplexe Frage ist, wie eine Schutzpflicht, die erst auf dem Wege der Verfassungsinterpretation aus dem Grundrecht hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist.<sup>353</sup> Deshalb äußert sich auch die Literatur zurückhaltend zu leistungsrechtlichen Gehalten des Grundrechts. Zwar soll das Grundrecht einschlägig sein, wenn es um einen Anspruch auf medizinische Versorgung geht, sei es im Sinne der Vorsorge oder der Vorhaltung lebenserhaltender Einrichtungen und Geräte in Not-, Unglücks- oder Krankheitsfällen. Dann wird aber zugleich hinzugefügt, dass in beiden Alternativen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG keine tragfähige Grundlage für subjektive Ansprüche, sondern ein „wertsetzendes Programm für staatliches Handeln“ sei.<sup>354</sup>

---

<sup>348</sup> Seewald 1982, S. 61 f.

<sup>349</sup> BVerfG (Kammer) 28. 7. 1987 NJW 1987, 2287 – Aids. Vgl. auch BVerfG (Kammer) 19. 3. 2004 NZS 2004, 527 f. – Immunadsorptionsbehandlung; BVerfG (Kammer) 22. 11. 2002 – 1 BvR 1586/02, Rz 9 – *Off-label use*.

<sup>350</sup> BVerfG (Kammer) 5. 3. 1997 NJW 1997, 3085 – Edelfosin.

<sup>351</sup> Schulze-Fielitz in: Dreier 2004, Art. 2 II Rz. 86.

<sup>352</sup> BVerfG (Kammer) 5. 3. 1997 NJW 1997, 3085 – Edelfosin; BVerfGE 77, 170 (215); E 79, 174 (202); E 85, 191 (212).

<sup>353</sup> BVerfG (Kammer) 28. 7. 1987 NJW 1987, 2287 – Aids.

<sup>354</sup> Kunig in: Münch; Kunig 2000, Art. 2 Rz. 60.

### 3. Derivatives Teilhaberecht aus Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

#### a) Dogmatische Grundlegung

Bei der leistungsrechtlichen Dimension des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit geht es um originäre grundrechtliche Ansprüche auf Versorgung mit knappen Gütern, also auf eine Ausweitung der vorhandenen Kapazitäten. Solche Ansprüche bestehen nach ganz überwiegender Ansicht nicht. Dagegen zielen derivative Teilhaberechte auf die gleiche Teilhabe an bestehenden Systemen der Leistungs- und Nutzungsgewährung.<sup>355</sup> Die verfassungsgerichtliche Leitentscheidung zu dieser grundrechtsdogmatischen Funktion ist das Numerus-Clausus Urteil. Da der Staat im Hochschulwesen über ein faktisches Monopol an Ausbildungsplätzen verfügt und für den Bürger der Zugang zur Hochschulausbildung zugleich eine notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist, kann es nicht den staatlichen Organen überlassen sein, den Kreis der Begünstigten nach Gutdünken abzugrenzen und einen Teil der Staatsbürger von den Vergünstigungen auszuschließen. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (und dem Sozialstaatsprinzip) ein Recht aller Bürger mit Hochschulreife auf Zulassung zu einem Studium ihrer Wahl. Im Ergebnis hat jeder Bürger ein Recht, an der damit gebotenen *Lebenschance prinzipiell gleichberechtigt beteiligt zu werden*. Allerdings ist dieses Recht auf die vorhandenen Ausbildungsmöglichkeiten beschränkt und steht unter dem bereits erwähnten Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.<sup>356</sup>

Ähnlich verhält es sich mit der gesetzlichen Krankenversicherung: Die Krankenkassen versichern als Körperschaften der mittelbaren Staatsverwaltung etwa 87 % der Bevölkerung<sup>357</sup> und nehmen damit ein faktisches Monopol ein. Und die Teilhabe an den Leistungen ist zwar nicht in jedem Behandlungsfall, aber doch häufig genug eine notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Ein Versicherungssystem wie die GKV muss also „für die Versicherten im Wesentlichen Gleichbehandlung garantieren“.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> Enders in: Friauf; Höfling, C vor Art. 1 Rz. 72.

<sup>356</sup> BVerfGE 33, 303 (332).

<sup>357</sup> BSGE 88, 20 (24).

<sup>358</sup> BVerfGE 106, 275 (308 f.).

Der allgemeine Gleichheitssatz ist ein modales Abwehrrecht, das nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ staatlichen Handelns betrifft.<sup>359</sup> Er schützt also nur sozial differenzierte Relationen der Menschen untereinander. Je genereller direkte Rationierungen (Leistungskürzungen) vorgenommen werden, desto schwieriger wird es, eine Vergleichsgruppe zu finden. Rationierungen sind also in Ansehung des Gleichheitssatzes unbedenklich, wenn sie aus der *Ex-ante*-Sicht jeden Versicherten treffen können. Dann liegt regelmäßig keine Ungleichbehandlung vor, weil eine begünstigte Vergleichsgruppe fehlt.<sup>360</sup>

Eine weitere Hürde für die Anwendung des Gleichheitssatzes auf direkte Rationierungen ist seine modale Unbestimmtheit.<sup>361</sup> Der Gesetzgeber kann Gleichheit entweder durch die Aufhebung der Entziehung oder durch ihre Ausdehnung auf die gleichheitswidrig verschont gebliebene Gruppe wiederherstellen. Der Gleichheitssatz enthält deshalb keine Aussage über die Schutzwürdigkeit des sozialen „Status quo“.<sup>362</sup> Das Bundesverfassungsgericht erklärt gleichheitswidrige Begünstigungen oder Benachteiligungen nur dann für nichtig, wenn ausnahmsweise anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber mit Sicherheit diese Regelung gewollt hätte.<sup>363</sup>

#### *b) Leistungsausschlüsse im geltenden Recht am Beispiel der Arzneimittelversorgung*

##### *aa) Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel*

§ 34 Abs. 1 S. 1 SGB V schließt nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung aus. Arzneimittel sind gemäß §§ 48, 49 AMG verschreibungspflichtig, wenn von ihren Inhaltsstoffen Gefahren ausgehen. Die Gesetzesbegründung lehrt, dass die fehlende Verschreibungspflicht als Typisierungsmerkmal eingesetzt wird: Bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln handele es sich „um Arzneimittel im unteren Preisbereich von durchschnittlich weniger als 11 Euro je Packung“.<sup>364</sup> Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass die Versicherten diese Arzneimittel zumutbar selbst bezahlen können. Bei Typisierungen empfiehlt es sich, Regelungen für „Ausreißer“ vorzusehen, d. h. für

---

<sup>359</sup> BVerfGE 60, 154 (150). Nachweise des Meinungsstands bei Huster 1993, S. 406, 424-426; Osterloh in: Sachs 2003, Art. 3 Rz. 38.

<sup>360</sup> Instruktiv BVerfG 19. 3. 2004 NZS 2004, 527 zur Verfassungsbeschwerde einer Versicherten gegen die Nichtzulassung eines bestimmten Blutreinigungsverfahrens für die Behandlung gerade ihrer Krankheit: „In Bezug auf die Rüge einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes hat die Beschwerdeführerin weder plausibel vorgetragen, gegenüber welchen Personengruppen sie sich benachteiligt sieht, noch Anhaltspunkte für Willkür aufgezeigt“.

<sup>361</sup> Lübke-Wolff 1988, S. 244.

<sup>362</sup> Osterloh in: Sachs 2003, Art. 3 Rz. 42.

<sup>363</sup> BVerfGE 27, 391 (399); E 74, 9 (28); E 85, 191 (212); Osterloh in: Sachs 2003, Art. 3 Rz. 131.

<sup>364</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 86.

diejenigen Normadressaten, die nicht aufgrund des primären Regelungsziels, sondern allein aufgrund des Typisierungsmerkmals von der Norm erfasst werden bzw. nicht erfasst werden. Deshalb ermächtigt § 34 Abs. 1 S. 2 SGB V den Gemeinsamen Bundesausschuss zu Festlegungen, welche solcher Arzneimittel bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen vom Vertragsarzt ausnahmsweise verordnet werden dürfen.

Bei der Grundregel von Satz 1, dem generellen Leistungsausschluss, gelangt der Gleichheitssatz nicht zur Anwendung, da alle betroffen sind, also eine Vergleichsgruppe fehlt. Die Ausnahmeregelungen von Satz 2 und Satz 5 (Kinder und bestimmte Jugendliche) sind zwar Ungleichbehandlungen, die aber ohne großen Begründungsaufwand sachlich gerechtfertigt werden können. Bei schwerwiegenden Erkrankungen sollen nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, die als Therapiestandard gelten, verordnet werden dürfen, da hier die Bezahlung nicht zugemutet wird, auch weil typischerweise Arzneimittel in größerem Umfang benötigt werden. Kinder haben typischerweise kein eigenes Einkommen, Jugendliche mit Entwicklungsstörungen benötigen Arzneimittel im größeren Umfang, für die in der Regel kein eigenes Einkommen vorhanden ist. Überdies hat der Gesetzgeber mit den letztgenannten Ausnahmeregelungen die besonderen Belange von Familien mit Kindern berücksichtigt, wozu ihn das Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG anhält.

Eine Umgehung des grundsätzlichen Ordnungsverbots durch die Verordnung vergleichbarer verschreibungspflichtiger Arzneimittel ist dem Vertragsarzt übrigens nicht anzuraten. Denn Grund der Verschreibungspflicht ist die Gefährlichkeit der Inhaltsstoffe. Die Verordnung einer gefährlichen Therapie statt des Rats, eigenverantwortlich und auf eigene Kosten ein ungefährliches Mittel einzunehmen, kann die Arzthaftung auslösen.<sup>365</sup>

#### *bb) Bagatellarzneimittel*

§ 34 Abs. 1 S. 6 SGB V schließt bestimmte Bagatellarzneimittel von der Verordnung für Personen aus, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Die Vorgängerregelung des § 182 f. Abs. 2 und 3 RVO hatte noch Ausnahmen für Härtefälle vorgesehen, die im geltenden Recht gestrichen sind, weil sie – was immer das heißen mag – „nicht in die Systematik ausgegrenzter Leistungen passen“. Außerdem seien wegen der geringen medizinischen Bedeutung der ausgeschlossenen Mittel eine Eigenversorgung zumutbar.<sup>366</sup> Die Begünstigung von Kindern und Jugendlichen ist sachlich gerechtfertigt, da diese Personen in der Regel nicht

---

<sup>365</sup> Adelt in Kruse; Hänlein 2004, Rz. 223.

<sup>366</sup> BT-Drs. 11/2237, S. 174.

über die Mittel verfügen, die eine Eigenversorgung möglich macht. Dass die Eltern nicht belastet werden, ist Ausdruck der aus Art. 6 Abs. 1 GG abgeleiteten Pflicht des Staates zur Förderung der Familie und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das Gesetz sieht – wie dargelegt - keine Härtefallregelung mehr vor. In der Literatur wird berichtet, dass das zuständige Bundesministerium, die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Aufsichtsbehörden der Länder abgesprochen haben, das bis zum 31. 12. 1988 praktizierte Verfahren gemäß der Härtefallrichtlinien nach § 182f Abs. 1 S. 3 RVO weiterhin anzuwenden.<sup>367</sup> Danach sollen die Krankenkassen bei besonderen Patientengruppen die Kosten für bestimmte Arzneimittel übernehmen.<sup>368</sup> Dieses Verfahren ist in Ansehung des sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalts des § 31 SGB I nicht unproblematisch.

cc) „Lifestyle-Arzneimittel“

Rationierungen bewirken eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung, wenn das Risiko, die ausgeschlossene Leistung im Bedarfsfall zu benötigen, sich auf bestimmte Gruppen konzentriert.<sup>369</sup> Viagra ist ein Arzneimittel, das der Heilung der erektilen Dysfunktion dient, die das Bundessozialgericht im SKAT-Urteil als Krankheit gewertet hat.<sup>370</sup> § 34 Abs. 1 S. 8 SGB V schließt nun aber die Verordnung von Arzneimitteln aus, die der Behandlung eben dieser Krankheit dienen. Benachteiligt werden Männer, so dass sogar eine kaum rechtfertigungsfähige Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts vermutet werden könnte (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG).<sup>371</sup> Genau besehen ist das aber nicht der Fall, da die erektile Dysfunktion nur ein Unterfall der ausgeschlossenen „Anreizung sowie Steigerung der Potenz“ ist und dieser Ausschluss auch Frauen betrifft. Übrigens nehmen auch Frauen das Arzneimittel Viagra ein. Da von den Ausschlüssen in den Sätzen 7 und 8 alle Versicherten potentiell betroffen sind, fehlt eine begünstigte Vergleichsgruppe, so dass keine Ungleichbehandlung vorliegt. Der Gesetzgeber hat mit den Ausschlüssen aus dem Leistungskatalog seiner Auffassung Ausdruck verliehen, „dass diese sog. ‚Lifestyle-Präparate‘ vornehmlich nicht der als Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft aufgefassten

---

<sup>367</sup> Adelt in: Kruse; Hänlein 2003, § 34 Rz. 5.

<sup>368</sup> Ein Beispiel sind Abführmittel bei Patienten, die Pressen bei der Darmentleerung vermeiden sollen.

<sup>369</sup> Ebsen 1997, S. 79.

<sup>370</sup> BSGE 85, 36, 38 f. Der Widerspruch zwischen der umfassenden Gewährleistung des § 27 Abs. 1 und dem Leistungsausschluss in § 34 Abs. 1 S. 7-9 SGB V ist nach der „*Lex-specialis*-Regel“ zu lösen: Der Ausschluss geht als speziellere Regel dem allgemeinen Anspruch auf Krankenbehandlung vor. Vgl. VGH Kassel 11. 10. 2004 NDV-RD 2004, 130 (131).

<sup>371</sup> Generell ist zu bedenken, dass Männer und Frauen biologisch unterschiedlich ausgestattet sind, so dass gute Argumente dafür sprechen, in der medizinischen Versorgung nicht auf den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, sondern auf das Recht auf Gesundheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurückzugreifen.

Krankenbehandlung des Einzelnen zuzuordnen sind, sondern ganz überwiegend der persönlichen Lebensführung und Lebensgestaltung dienen, wofür nicht Mittel der Allgemeinheit aufgewandt, sondern die finanziellen Aufwendungen hierfür der jeweiligen Individualsphäre zugerechnet werden sollen“.<sup>372</sup> Diese Erwägungen sind in Ansehung des derivativen Teilhaberechts nicht zu beanstanden.

c) *Verhaltensbezogene Leistungsausschlüsse*

aa) *Eigenverantwortung, Solidarität, Versicherung, sozialer Ausgleich*

Die gesetzliche Krankenversicherung geht von dem Grundsatz aus, dass das Verschulden des Versicherten an der Herbeiführung der Krankheit keine Relevanz für die Leistungsgewährung hat, weil anders ein umfassender sozialer Schutz vor dem Versicherungsfall Krankheit nicht zu erreichen ist.<sup>373</sup> Allerdings liegt es auf der Hand, dass das Krankenversicherungsrecht die vielfältigen Einflussmöglichkeiten des Versicherten auf die Entstehung von Leistungsansprüchen nicht völlig außer acht lassen kann. Dass es gute Gründe gibt, der (schuldhaften) Mitwirkung des Versicherten an der Herbeiführung des Versicherungsfalles rechtliche Schranken zu setzen, lehrt das Privatversicherungsrecht. Dort wird beobachtet, dass der Versicherte nach dem Abschluss des Versicherungsvertrags ein sorgloseres Verhalten an den Tag legt, bis dahin selbstverständliche Schadensverhütungsmaßnahmen reduziert und mehr Leistungen in Anspruch nimmt.<sup>374</sup> Für die GKV gilt im Grundsatz nichts anderes. Also ist eine rechtliche Trennungslinie zwischen risikobehaftetem Verhalten, das von der Versichertengemeinschaft noch mitgetragen wird, und Handlungen, die aus dieser Verantwortung herausfallen, zu ziehen.

In einem allgemeinen Sinne wird diese Trennungslinie durch das Prinzip der *Eigenverantwortung* gezogen.<sup>375</sup> Die Versicherten sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden und ihre Folgen zu überwinden (§ 1 Satz 2 SGB V). Ergänzend bestimmt § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V, dass die Krankenkassen den Versicherten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zur Verfügung stellen, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung zugerechnet werden. Das Prinzip der

---

<sup>372</sup> VGH Kassel 11. 10. 2004 NDV-RD 2004, 130 (131).

<sup>373</sup> Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 52.

<sup>374</sup> Mahr 1977, S. 212 f.

<sup>375</sup> Voelzke 2004, S. 33 f.; Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 50-55.

Eigenverantwortung des Versicherten wird dem Solidaritätsprinzip gegenüber gestellt (§ 1 S. 1 SGB V). Beide Prinzipien stehen in einem engen Zusammenhang: Derjenige, mit dem Solidarität im Krankheitsfall geübt werden soll, ist gehalten, sich seinerseits solidarisch zu verhalten.

Die gesetzlichen Regelungen zur Eigenverantwortung haben lediglich programmatischen Charakter.<sup>376</sup> Materielle Bedeutung kommt ihnen allenfalls bei der Auslegung der besonderen Vorschriften des SGB V sowie bei der Konkretisierung der Mitwirkungspflichten nach den §§ 62-64 SGB I zu. Keinesfalls ermächtigen sie zu Sanktionen wie die Versagung von Leistungen bei Verstößen gegen das Prinzip der Eigenverantwortung. Dem steht bereits der sozialrechtliche Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I entgegen, der nicht durch die Berufung auf allgemein gehaltene Rechtsgrundsätze unterlaufen werden darf.

In der GKV gilt das *Versicherungsprinzip*, das allerdings durch den *sozialen Ausgleich* deutlich korrigiert wird.<sup>377</sup> Das Versicherungsprinzip besagt, dass zwar die Verwirklichung des versicherten Risikos in seiner Gesamtheit schätzbar ist, die Realisierung der versicherten Gefahr jedoch im Einzelfall unbekannt ist und durch den Versicherten nicht bestimmt werden darf. Eigenverantwortung und Versicherungsprinzip schließen sich nicht aus, sondern weisen deutliche Bezüge zueinander auf. Beide Prinzipien lassen sich auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen: Die nachteiligen Folgen des Verhaltens sollen zu Lasten desjenigen gehen, in dessen Macht- und Verantwortungsbereich sie eintreten.

#### *bb) Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden*

§ 52 SGB V ermächtigt die Krankenkassen, die Versicherten an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe zu beteiligen, wenn sie sich eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen haben.<sup>378</sup> Der Vorsatz schließt *dolus eventualis* ein<sup>379</sup>. Der Eintritt des Erfolges muss also nicht notwendige Folge des Handelns sein, sondern es genügt, wenn der Erfolgseintritt nur als möglich angesehen wurde. Die erste Alternative, also das vorsätzliche „Sich zuziehen“ einer Krankheit, ist eine *subjektive sekundäre Risikoabgrenzung*, die schuldhaft, auf den Eintritt des Versicherungsfalls gerichtete Handlungen mit Sanktionen belegt. Bei der zweiten Alternative, dem „Sich zuziehen“ bei einem vom Versicherten begangenen Verbrechen etc.,

---

<sup>376</sup> Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 51, 54; Hänlein 2002, S. 584.

<sup>377</sup> Butzer 2001, S. 180-243; Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 45-59.

<sup>378</sup> Außerdem kann – was hier nicht interessiert – das Krankengeld versagt und zurückgefordert werden.

<sup>379</sup> BSGE 61, 117 (119).

handelt es sich um eine *objektive sekundäre Risikoabgrenzung*, die bestimmte Gefahren, Interessen oder Schäden sanktioniert.<sup>380</sup>

Ein Blick in die Gesetzeskommentare lehrt, dass es zu § 52 SGB V kaum neuere Rechtsprechung gibt. Deshalb müssen um Vertiefung bemühte Erörterungen des Themas „Selbstverschulden“ auf die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts zu den „Selbsttötungsfällen“ bzw. der Arbeitsgerichte zum Entgeltfortzahlungsgesetz zurückgreifen, wobei hier die Frage der Selbstverschuldung von Suchterkrankungen im Mittelpunkt steht. Grund für die geringe Rechtsprechungshaltigkeit könnte entweder eine zurückhaltende Verwaltungspraxis der Krankenkassen oder der gesetzliche Tatbestand selbst sein. Für die zweite Alternative spricht die unsichere und im Ergebnis zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur parallelen Problematik im Entgeltfortzahlungsgesetz.<sup>381</sup>

Die Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden ist im Hinblick auf den Gleichheitssatz unproblematisch. Es lässt sich gut vertreten, dass bereits keine Ungleichbehandlung vorliegt, da die Eigenverantwortung der Versicherten ein Strukturprinzip der GKV ist, das in § 52 SGB V lediglich konkretisiert wird. Jedenfalls ist die Leistungsbeschränkung durch dieses Prinzip sachlich gerechtfertigt.

#### *cc) Erweiterung der Versagenstatbestände*

Es ist unbestritten, dass das gesundheitsschädigende Verhalten der Versicherten einen Risikofaktor für eine Vielzahl von Krankheiten bildet. Beispiele sind das Verhalten im Zusammenhang mit Unfällen (im Straßenverkehr, Sport, Freizeit und Haushalt), aber auch das Rauchen, falsche Ernährungsgewohnheiten und Bewegungsmangel.<sup>382</sup> Gegen eine Einführung von Leistungsausschlüssen, die an das Verhalten der Versicherten anknüpfen, sprechen jedoch gute Gründe. Der erste Grund ist die Verwaltungseffizienz. Die Krankenkassen wären kaum zu der Prüfung in der Lage, ob die Krankheit in dem zu sanktionierenden Verhalten ihre Ursache hat. Es wird bezweifelt, dass solche verhaltensbezogenen Ausschlüsse „überhaupt rechtlichen Regelungen in einer Weise zugänglich sind, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügt“.<sup>383</sup> Die Berechtigung dieser Zweifel zeigt der medizinische Sachverhalt, dass Krankheiten – abgesehen von einem plötzlichen Unfallgeschehen – in aller Regel multikausal

---

<sup>380</sup> Zur Typologie Voelzke 2004, S. 62.

<sup>381</sup> BAGE 43, 54 (61); E 56, 321.

<sup>382</sup> Deutscher Bundestag 1990, S. 24.

<sup>383</sup> Schulin in: ders. 1994b, § 6 Rz. 51.



sind, wobei das Gewicht der einzelnen Faktoren selten genau bestimmt werden kann.<sup>384</sup> Diese Zweifel haben die Enquête-Kommission „Strukturreform der gesetzlichen Krankenversicherung“ zu der Folgerung veranlasst, dass Vorschläge, die das Selbstverschulden des Versicherten in den Blickpunkt rücken, solange nicht dem Solidaritätsprinzip genügen, wie die damit verbundenen Definitions- und Abgrenzungsprobleme nicht gelöst seien.<sup>385</sup> Damit sind wir beim zweiten Grund, der gegen die beschriebenen Leistungsausschlüsse spricht: Solange die Abgrenzungsprobleme nicht gelöst sind, lassen sich die mit den Ausschlüssen verbundenen Ungleichbehandlungen nicht rechtfertigen. Das Gleichheitsproblem wird dadurch verschärft, dass das vorhandene Bildungsgefälle sich erfahrungsgemäß im Gesundheitsverhalten fortsetzt.<sup>386</sup>

Ein anderer Ansatzpunkt wäre die Ausgliederung bestimmter medizinischer Leistungen, die typischerweise die regelmäßige Folge von missbilligten Verhaltensweisen sind. Ein drastisches Beispiel ist der Ausschluss von Entziehungsmaßnahmen einschließlich Entziehungskuren aus dem Leistungsspektrum der privaten Krankenversicherung.<sup>387</sup> Das missbilligte Verhalten ist der Missbrauch von Alkohol oder die Einnahme verbotener Substanzen. Infolge dieser Typisierung lassen sich die bei verhaltensbezogenen Leistungsausschlüssen auftretenden Beweisschwierigkeiten vermeiden. Typisierungen sind mit dem allgemeinen Gleichheitssatz zu vereinbaren, wenn die Zahl der „Ausreißer“ nicht zu groß ist.<sup>388</sup> Damit haben wir den Grund gefunden, warum von solchen Leistungsausschlüssen nur ein sehr geringer Beitrag zur Lösung der Finanzierungsprobleme der GKV zu erwarten ist: Es gibt schlicht und einfach kaum Behandlungsformen, die ausschließlich oder ganz überwiegend infolge eines bestimmten, zu missbilligenden Verhaltens notwendig werden.

Es bleiben Leistungsausschlüsse bei Unfällen, die bei einer bestimmten Tätigkeit erlitten werden. Auf dem ersten Blick scheint es unproblematisch zu sein, Unfälle beim Sport, im Haushalt oder im Straßenverkehr aus den Versicherungsschutz herauszunehmen. Denn warum soll die Versichertengemeinschaft für Unfälle beim Schifahren oder Drachenfliegen aufkommen? Gilt das aber auch für den leichten Dauerlauf oder das Schwimmen? Das Bundessozialgericht hatte in einer frühen Entscheidung darauf hingewiesen, „dass ausgiebige sportliche Betätigung auch zur Hebung der allgemeinen Volksgesundheit beiträgt, von Staat

---

<sup>384</sup> Deutscher Bundestag 1990, S. 24.

<sup>385</sup> Ebd. S. 162.

<sup>386</sup> Voelzke 2004, S. 241.

<sup>387</sup> § 5 Abs. 1 Nr. 1b MB/KK.

<sup>388</sup> S. o. A III 3 b aa).

und Gemeinden deshalb durch teilweise erhebliche Mittel gefördert wird und im Ergebnis auch zu einer finanziellen Entlastung der Krankenkassen führt“.<sup>389</sup> Und was ist mit dem Behindertensport? Also wird auf Differenzierungen nicht verzichtet werden können. Bei einem Ausschluss von Unfällen im Haushalt lässt sich mit einiger Sicherheit prognostizieren, dass das Bundesverfassungsgericht „mit Feuer und Schwert“ einschreiten wird, soweit die Haushaltsführung mit der Kindererziehung verbunden ist.<sup>390</sup> Und die Verweigerung von Leistungen für ein Kind, das beim Radfahren von einem unfallflüchtigen Autofahrer verletzt wurde, würde zu Recht einen Sturm der Entrüstung in der Öffentlichkeit auslösen. Jedenfalls sind bei den genannten Leistungsausschlüssen soviel Ausnahmen vorzusehen, dass dem Gesetzgeber anzuraten ist, besser darauf zu verzichten. Immerhin könnte an Leistungsausschlüsse bei Risikosportarten nach dem Vorbild des Entgeltfortzahlungsgesetzes gedacht werden. Zweifelhaft ist nur, ob der dadurch herbeigeführte Spareffekt den Aufwand lohnt.

*dd) Ausschluss von Leistungen bei grob fahrlässigem Verhalten?*

Ein Blick auf § 52 SGB V lehrt, dass nach geltendem Recht ein grob fahrlässiges Verhalten des Versicherten keine Leistungsbeschränkungen auslöst. In der Literatur gibt es jedoch Stimmen, die eine Ausdehnung des Versagungsstatbestands auch auf grob fahrlässiges Verhalten befürworten.<sup>391</sup> Dafür scheint zu sprechen, dass in der privaten Schadensversicherung § 61 VVG den Versicherer von der Leistung freistellt, wenn der Versicherte den Versicherungsfall vorsätzlich *oder durch grobe Fahrlässigkeit* herbeiführt. Und § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG verneint einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn den Arbeitnehmer an der Arbeitsverhinderung ein Verschulden trifft, wobei grob fahrlässiges Verhalten ausreicht.

Die durch eine Ausdehnung der Leistungsbeschränkungen auf grob fahrlässiges Verhalten ausgelöste Steigerung des Verwaltungsaufwands ist kein zwingendes Gegenargument.<sup>392</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass die Krankenkassen die objektive Beweislast für das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit tragen würden. Der Nachweis würde ein nur schwer hinnehmbares Eindringen in die private Lebenssphäre der Versicherten erforderlich

---

<sup>389</sup> BSGE 9, 232 (239 f.).

<sup>390</sup> Zur Kindererziehung als Beitrag zur Bestandserhaltung der Systeme der Sozialversicherung s. BVerfGE 87, 1; E 94, 241; E 103, 242.

<sup>391</sup> Rompf 1997, S. 110.

<sup>392</sup> Hänlein 2003, S. 303.

machen.<sup>393</sup> Der Haupteinwand ist die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen grobfahrlässigem und „nur“ fahrlässigem Verhalten. Diese Schwierigkeit hatte bereits 1883 zur Verwerfung des Vorschlags geführt, die Leistungen bei grober Fahrlässigkeit zu verweigern.<sup>394</sup>

Wie schwierig die Abgrenzung von grober und einfacher Fahrlässigkeit ist, zeigt im Privatversicherungsrecht der Meinungsstreit um die Auslegung von § 61 VVG. Grob fahrlässig im Sinne dieser Vorschrift handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.<sup>395</sup> Dass mit dieser Definition die Probleme der einschneidenden Rechtsfolge des § 61 VVG noch nicht abgearbeitet sind, lehrt die Diskussion um das „Augenblicksversagen“, womit ein kurzfristiges Fehlverhalten gemeint ist, das einen verhältnismäßig großen Schaden bewirkt. Von einem „Augenblicksversagen“ wird insbesondere bei Dauertätigkeiten gesprochen, die zwar andauernde Konzentration erfordern, aber gleichwohl zur Routine werden.<sup>396</sup> Die ältere Rechtsprechung hatte hierzu den Grundsatz entwickelt, dass der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit in den typischen Fällen eines Augenblicksversagens nicht zu erheben sei.<sup>397</sup> In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1992 ist der Bundesgerichtshof von diesem Grundsatz abgerückt: Grobe Fahrlässigkeit werde auch bei einem „Augenblicksversagen“ erst ausgeschlossen, wenn weitere, in der Person des Handelnden liegende besondere Umstände hinzukämen, die den Grund des momentanen Versagens erkennen und in einem milderen Licht erscheinen ließen.<sup>398</sup> Eine neuere Entscheidung lässt erkennen, dass der Bundesgerichtshof diese extensive Auslegung aufgibt und sich wieder der älteren Rechtsprechung annähert.<sup>399</sup> Voelzke erkennt in dieser Rechtsprechung ein Indiz für die „strukturelle Schwäche“ des § 61 VVG: „Ob Versicherungsschutz eingreift, ist wegen der schwierigen Abgrenzungsproblematik zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit kaum vorhersehbar und die eingeschränkte Vorhersehbarkeit aus Sicht der Versicherungsnehmer bedenklich“.<sup>400</sup>

---

<sup>393</sup> Boecken 1997, S. 26.

<sup>394</sup> Voelzke 2004, S. 137 f.

<sup>395</sup> BGHZ 119, 147 (149); BGH 8. 2. 1989 NJW 1989, 1354 (1355) m. weit. Nachw.

<sup>396</sup> König 1998, S. 99.

<sup>397</sup> BGH 8. 2. 1989 NJW 1989, 1354 (1355). Weitere Nachweise der umfangreichen OLG-Rechtsprechung in BGHZ 119, 147 (149).

<sup>398</sup> BGHZ 119, 147 (149 f.).

<sup>399</sup> BGH 29. 1. 2003 NJW 2003, 1118 f.

<sup>400</sup> Voelzke 2004, S. 77.

Schließlich sollte zwischen der finanziellen Entlastung durch die Ausweitung der Leistungsbeschränkungen und dem Verlust an finanzieller Sicherheit abgewogen werden. Dabei ist zu bedenken, dass bei behandlungsintensiven Erkrankungen der Verlust des Versicherungsschutzes zur Existenzvernichtung führen kann. Da auch der sorgfältigste Versicherte nicht ein Leben lang ein einmaliges sorgloses Verhalten ausschließen kann, müsste wohl eine zusätzliche Versicherung abgeschlossen werden. Es gibt also sehr starke sozial- und rechtspolitische Argumente gegen eine Erweiterung der Leistungsbeschränkung auf grob fahrlässiges Verhalten. Allerdings lässt sich nicht erkennen, dass eine solche Erweiterung zu einer Ungleichbehandlung führt, die nicht mehr rechtfertigungsfähig wäre.

*ee) Europäisches Wettbewerbsrecht*

Der Europäische Gerichtshof hatte wiederholt zu entscheiden, ob die Monopolstellung nationaler Sozialversicherungsträger mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar ist. In der AOK-Entscheidung hat das Gericht jüngst dargelegt, dass die Verbände der deutschen gesetzlichen Krankenkassen nicht als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag handeln, wenn sie Festbeträge festsetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten von Arzneimitteln übernehmen.<sup>401</sup> Das europäische Wettbewerbsrecht findet also keine Anwendung. Ein wichtiges Merkmal für die wettbewerbsrechtliche Qualifizierung der Sozialversicherungsträger ist die Ausgestaltung der Leistungen und des Verhältnisses von Beitrag zu Leistungen nach den *Kriterien der sozialen Solidarität*.<sup>402</sup> Gesetzliche Leistungsausschlüsse, die sich am Vorbild der Privatversicherung orientieren und Abstriche am Solidarprinzip vornehmen, könnten demnach dazu führen, dass die gesetzlichen Krankenkassen dann doch als wirtschaftliche Unternehmen zu qualifizieren sind und das europäische Wettbewerbsrecht Anwendung findet. Der genaue Punkt, an dem die soziale Solidarität nicht mehr das prägende Strukturprinzip der GKV bildet, lässt sich zwar nicht mit Sicherheit bestimmen. Jedoch bringt jeder Schritt in Richtung Privatversicherung die GKV näher an diesen Punkt heran.

---

<sup>401</sup> EuGH 16. 3. 2004 Rs. C-264/01 u. a. (AOK), RsDE 56 (2004), S. 53 mit Anmerkung Bieback.

<sup>402</sup> EuGH 22. 1. 2002 Rs. C-218/00 (INAIL) RsDE 52 (2003), 93 (Rz. 38-46) mit Anmerkung Bieback ; EuGH 17. 2. 1993 Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-637 (668, Rz. 8-20).

#### *d) Personenbezogene Differenzierungen*

##### *aa) Altersgrenzen*

Das derivative Teilhaberecht des Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gelangt immer dann zur Anwendung, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Personengruppe von den ansonsten allgemein zugänglichen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ausschließt. Ein Beispiel für eine personenbezogene Differenzierung ist der Entzug von Gesundheitsleistungen der GKV bei Erreichen einer Altersgrenze. In der gesundheitsökonomischen Literatur gibt es zwei Erklärungsansätze zum Zusammenhang von Alter und Kostenentwicklung. Die Medikalierungs-These macht für zu erwartende Kostensteigerungen im Gesundheitssystem das Zusammenspiel von zwei Faktoren verantwortlich, nämlich des medizinischen Fortschritts und der demographischen Entwicklung.<sup>403</sup> Daraus wird mitunter der folgende Schluss gezogen, es würden triftige Argumente dafür sprechen, „dass das Lebensalter zumindest als ein wichtiges, wenn nicht als das dominante Abgrenzungskriterium für den Leistungskatalog des Kollektivsystems herangezogen wird“.<sup>404</sup> Dagegen erklärt die Kompressionsthese den Anstieg der Ausgaben mit der Nähe zum Todeszeitpunkt: Die Gesundheitsausgaben würden in den letzten vier Quartalen vor dem Tod progressiv ansteigen, „und zwar unabhängig vom Alter des Individuums“.<sup>405</sup> Folgt man diesem Erklärungsansatz, ist die Forderung nach einer Altersrationierung von vornherein unschlüssig. Jedenfalls werden in der deutschen gesundheitsökonomischen Literatur Altersgrenzen mit so viel Aufwand und teilweise Begeisterung diskutiert, dass es nicht ganz abwegig ist, der Frage nachzugehen, ob es mit den durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verschärften Maßstäben des Gleichheitssatzes zu vereinbaren ist, bestimmte Leistungen nur noch bis zu einer bestimmten Altersgrenze zu gewähren.

---

<sup>403</sup> Kopetsch 2001, S. 48 und 50: „Die Versteigerung der altersspezifischen Ausgabenrelation ist erstens zu einem geringen Teil durch eine Zunahme der Behandlungskosten in den letzten Monaten vor dem Tod bedingt (Sterbekosten). Zweitens kann sie zu einem geringen Teil auf eine Zunahme der Lebenserwartung gegründet werden. Drittens ist sie vor allen Dingen aber darauf zurückzuführen, dass der medizinische Fortschritt, insbesondere bei den älteren Versicherten, zu einer überproportionalen Ausweitung von Diagnose und Therapie-Leistungen geführt hat“. „Die Ursache der Ausgabenexplosion besteht folglich darin, dass der medizinische Fortschritt vor allem den älteren Bürgern zugute kommt, diese aber zugleich keine kostendeckenden Beiträge zahlen. Bei ihnen klafft die Schere zwischen geleisteten Beiträgen und empfangenen Leistungen immer weiter auseinander. Die immer größer werdende Lücke muss dabei von den Erwerbstätigen geschlossen werden“. Der Gesetzgeber sieht das ähnlich, vgl. BT-Drs. 15/1170, S. 55. Zum Anteil der über 60jährigen Versicherten an den Leistungen der GKV Uhlenbruck 1995, S. 432 f.

<sup>404</sup> Breyer; Schultheiss 2003, S. 188.

<sup>405</sup> Zweifel 2001, S. 10. Andere Autoren prognostizieren zwar einen altersbedingten Anstieg der Gesundheitskosten, halten diesen aber nicht für dramatisch hoch. Vgl. Ulrich 2005, S. 13 f.

Das Bundesverfassungsgericht hat für die Rechtfertigung personenbezogener Differenzierungen die Art-und-Gewicht-Formel entwickelt. Danach ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn zwischen den zwei Gruppen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen“<sup>406</sup>. Teile der Literatur folgen dieser neuen Formel nicht, sondern verlangen für Ungleichbehandlungen, die eine bestimmte Intensität aufweisen, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Auch im Bundesverfassungsgericht wird die Art-und-Gewicht-Formel als eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verstanden.<sup>407</sup> Die Intensität der Ungleichbehandlung nimmt zu, je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung einem der nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Kriterien nahe kommt, je weniger der Betroffene das Kriterium der Ungleichbehandlung beeinflussen kann und je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheit erschwert<sup>408</sup>. Mit der Intensität der Ungleichbehandlung wachsen auch die Anforderungen an ihre Rechtfertigung.

Eine Allokation von Gesundheitsleistungen nach dem Alterskriterium ist eine außerordentlich intensive Ungleichbehandlung, die einer verschärften Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss. Die Ungleichbehandlung muss einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und notwendig sein und der Eingriffszweck muss in einem angemessenen Verhältnis zur Eingriffsintensität stehen. Zweck eines Ausschlusses von Leistungen ab einem bestimmten Alter ist die Verhinderung von Kostensteigerungen und von wirtschaftlich nicht mehr tragbaren Beitragserhöhungen. Das Bundesverfassungsgericht erkennt als Zweck vergleichbar wirkender Maßnahmen in ständiger Rechtsprechung die *Sicherung der finanziellen Stabilität der GKV* und wertet diesen Zweck als eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang, der sich der Gesetzgeber nicht entziehen darf.<sup>409</sup> Folgt man der Medikalisierungs-These, ist der Ausschluss auch geeignet, diesen legitimen Zweck zu erreichen.

Allerdings wird in der Literatur der Stufe der Eignung für die Zweckerreichung die Prüfung vorgeschaltet, ob der Staat das eingesetzte Mittel, also hier die Altersgrenze, als solches einsetzen darf<sup>410</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat einmal jegliche Differenzierung der staatlichen Pflicht zum Schutz des Lebens „im Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses

---

<sup>406</sup> BVerfGE 55, 72 (88); E 99, 129 (139).

<sup>407</sup> BVerfGE 74, 9 (30) – abw. Meinung Katzenstein.

<sup>408</sup> Pieroth; Schlink 2002, Rz 438.

<sup>409</sup> BVerfGE 68, 193 (218); E 70, 1 (30); E 82, 209 (230); E 103, 172 (184 f.).

<sup>410</sup> Pieroth; Schlink 2002, Rz 279.

Lebens“ als unvereinbar mit Art. 1 Abs. 1 GG gewertet<sup>411</sup>. Nun geht die Altersgrenze hier nicht mit einem Verbot der medizinischen Behandlung einher, sondern betrifft nur die Übernahme der Kosten durch die Krankenkasse. Das ist zwar – wie ausgeführt – eine außerordentlich intensive Beeinträchtigung. Noch einmal eine andere Frage ist aber, ob dadurch die Menschenwürde verletzt wird. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Würde als verletzt an, wenn der Mensch zum „bloßen Objekt des Staates“ gemacht wird.<sup>412</sup> Der Mangel der Objektformel liegt freilich auf der Hand: Sie ist sehr unbestimmt. Ein neuerer Ansatz in der Literatur versteht Würde als das Recht, Rechte zu haben.<sup>413</sup> Folgt man diesem Ansatz, scheint einiges dafür zu sprechen, eine Verletzung der Menschenwürde durch Altersgrenzen zu bejahen. Denn es werden ja Menschen ab einem bestimmten Alter Leistungsrechte abgesprochen, die alle jüngeren Versicherten in Anspruch nehmen können. Andererseits kennt das Recht zahlreiche Altersgrenzen, auch im Vertragsarztrecht sind solche Grenzen anzutreffen<sup>414</sup>, und genau besehen erfolgt ja auch der oben besprochene Ausschluss der Verordnung von Arzneimitteln auf der Grundlage einer Altersgrenze. Niemand ist bisher auf den Gedanken gekommen, in solchen Altersgrenzen Würdeverletzungen zu erkennen. Die grundrechtliche Prüfung von Rationierungen aufgrund des Alters verlangt nach Differenzierungen, für die die dogmatische Struktur von Art. 1 Abs. 1 GG wenig geeignet ist. Sie ist es deshalb nicht, weil jede Beeinträchtigung der Würde eine Verletzung ist, so dass die Eingriffsdogmatik und mit ihr der hochdifferenzierte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zur Anwendung gelangen.

Ein Leistungsausschluss ab einem bestimmten Alter könnte in der GKV aus einem anderen Grund ein von vornherein unzulässiges Mittel sein. Die GKV ist eine Solidargemeinschaft, deren Leistungen durch Beiträge solidarisch finanziert werden (§ 1 S. 1, § 3 SGB V). Das damit angesprochene Solidarprinzip ist ein Verteilungsprinzip, das der Sozialstaat einsetzt, um einen sozialen Ausgleich zu bewirken. Seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfährt es aus dem Sozialstaatsprinzip. Zwar ist es richtig, dass dieses Prinzip keine verbindliche Aussage trifft, wer mit wem unter welchen Voraussetzungen solidarisch verbunden und damit in den sozialen Ausgleich einbezogen wird.<sup>415</sup> Ein Ausschluss von Personen nur wegen ihres Alters ist mit diesem Prinzip aber jedenfalls dann unvereinbar, wenn diese Personen vor

---

<sup>411</sup> BVerfGE 88, 203 (267).

<sup>412</sup> BVerfGE 9, 167 (171); E 87, 209 (228).

<sup>413</sup> Bieritz-Harder 2001, S. 260 f.; Enders 1997, S. 502.

<sup>414</sup> § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V, dazu BVerfGE 103, 172, § 95 Abs. 7 S. 4 SGB V, dazu BVerfG (Kammer) 31. 3. 1998 NJW 1998, 1778; BSGE 83, 135.

<sup>415</sup> Kingreen 2003, S. 267.

Erreichung der Altersgrenze Beiträge für die Finanzierung der Solidargemeinschaft entrichtet haben.

Es kann offen bleiben, ob vor der Prüfung der Geeignetheit des eingesetzten Mittels nach der Zulässigkeit des Einsatzes dieses Mittels gefragt werden darf. Jedenfalls ist eine Altersgrenze kein erforderliches Mittel. Auf der Prüfungsstufe der Erforderlichkeit oder Notwendigkeit der Ungleichbehandlung wird nach alternativen gleich geeigneten Mitteln gefragt, die weniger belastend wirken. Wenn es solche Mittel gibt, scheidet die Rechtfertigung des Eingriffs. Hierzu gehören so gut wie alle alternativen Mittel, mit deren Hilfe die finanzielle Stabilität der GKV gesichert werden kann. Zu denken ist beispielweise an Zuzahlungen der Versicherten bei Inanspruchnahme von Leistungen, aber auch an die Kürzung von Leistungen, die nicht lebenserhaltend sind und alle Versicherten gleichmäßig betreffen. Und solange es Wirtschaftlichkeitsreserven gibt, ist ihre Ausschöpfung ein milderes Mittel, das Altersgrenzen als nicht erforderliche Mittel qualifiziert. Die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit ist also der grundrechtsdogmatische Ort, an dem die Formel „Rationalisierung vor Rationierung“ ihre verfassungsrechtliche Dignität erhält. Alle genannten Mittel sind bei gleicher Eignung milder als eine Altersgrenze, die von Leistungen gerade in einer Lebensphase ausschließt, in der diese Leistungen in besonderem Maße benötigt werden.

#### *bb) Soziale Stellung und soziale Nützlichkeit*

Art. 3 Abs. 3 GG untersagt in seinem Satz 1 die Benachteiligung oder Bevorzugung einer Person wegen ihres Geschlechts, ihrer Abstammung, ihrer Rasse, ihrer Sprache, ihrer Heimat und Herkunft, ihres Glaubens und ihrer religiösen oder politischen Anschauungen, Satz 2 die Benachteiligung einer Person wegen ihrer Behinderung. Das Bundesverfassungsgericht und die überwiegende Meinung in der Literatur verstehen diese besonderen Gleichheitssätze als Verbot, an eines dieser Merkmale eine rechtliche Ungleichbehandlung bzw. an die Behinderung eine rechtliche Benachteiligung anzuknüpfen.<sup>416</sup> Eine Ungleichbehandlung *wegen* eines Merkmals wird schon dann bejaht, wenn das Merkmal in einem weiten Sinne für die Ungleichbehandlung ursächlich geworden ist. Unerheblich ist also, ob die Ungleichbehandlung und die daraus folgende Belastung bezweckt ist oder nicht.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> BVerfGE 97, 35 (43 f.); E 85, 191 (206); Osterloh in: Sachs 2003, Art. 3 Rz. 250; Rübner in: Dolzer et al., Art. 3 Abs. 2 und 3 Rz. 561.

<sup>417</sup> Osterloh in: Sachs. 2003, Art. 3 Rz. 252; Jarass in: Jarass; Pieroth 2004, Art. 3 Rz 118.



In der deutschen Sozialpolitik gibt es keine Überlegungen oder gar Pläne, Rationierungsmaßnahmen an eines dieser Merkmale anzuknüpfen. Auch die Literatur zu Rationierungen in der GKV geht auf dieses Thema allenfalls am Rande ein. Allerdings wird in fast jedem literarischen Beitrag zur Organallokation erörtert, ob die soziale Stellung oder soziale Nützlichkeit des Patienten ein zulässiges Kriterium für die Vergabe von Spenderorganen ist. Anlass dieser Diskussion sind Berichte aus den USA, wo die Position vertreten werde, dass die Bedeutung einer Person im gesellschaftlichen Umfeld bzw. ihre soziale Nützlichkeit ein zulässiges Kriterium für Allokationsentscheidungen im Gesundheitswesen sein könne.<sup>418</sup> Nur deshalb wird nach der Antwort des Grundgesetzes gefragt, auch wenn schwer vorstellbar ist, wie ein solcher Ausschluss mit der Regelungstechnik der sozialen Krankenversicherung zu vereinbaren ist.

Man könnte daran denken, eine in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotene Benachteiligung wegen der Herkunft anzunehmen. *Herkunft* meint die „ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung“<sup>419</sup>, wobei allerdings die von den „Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht“ gemeint sein soll.<sup>420</sup> Danach würde die Ungleichbehandlung einer Person wegen ihrer sozialen Stellung oder Nützlichkeit schwerlich wegen ihrer Herkunft erfolgen, d. h. das Anknüpfungsverbot wäre wohl nicht einschlägig. Allerdings ist dieses enge Verständnis auf Kritik gestoßen: Die gegenwärtige soziale Lage werde zu schnell und problemlos von der sozialen Herkunft abgekoppelt, d. h. es werde nicht das Weiterwirken der Herkunft für die gegenwärtige soziale Lage in Betracht gezogen.<sup>421</sup>

Aber auch wenn man dem engen Verständnis folgt, bleibt das Anknüpfungsverbot „Herkunft“ für die Beurteilung des Kriteriums „soziale Stellung oder Nützlichkeit“ relevant. Wir hatten gesehen, dass die Ungleichbehandlung um so intensiver wird und die Anforderungen an ihre Rechtfertigung um so strenger werden, je mehr die Benachteiligung einem der nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Kriterien nahe kommt. Das ist bei dem Allokationskriterium „soziale Stellung oder Nützlichkeit“ im Hinblick auf die „Herkunft“ der Fall. Wie bei den Altersgrenzen scheitert auch hier die Rechtfertigung spätestens auf der Prüfungsstufe der Erforderlichkeit.

---

<sup>418</sup> Taupitz 1999, S. 128.

<sup>419</sup> BVerfGE 48, 281 (288); BVerwGE 106, 191 (194).

<sup>420</sup> BVerfGE 9, 124 (129).

<sup>421</sup> Dürig in: Maunz et al., GG, Art. 3 Abs. 3 Rz 88.

Die vorrangige Frage nach der Zulässigkeit des einzusetzenden Mittels, also die Vereinbarkeit des Kriteriums „soziale Stellung oder Nützlichkeit“ mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde stellt sich hier in größerer Schärfe als bei den Altersgrenzen: Menschen wird aufgrund ihrer sozialen Stellung und persönlichen Begabung das grundlegende Recht auf Leben und Gesundheit abgesprochen. Der Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG kann nicht losgelöst von der sozialen Situation erfasst werden, in der er entstanden ist. Der Nationalsozialismus war überwunden, und es galt, in aller Zukunft Verbrechen der Art zu verhindern, zu denen die nationalsozialistische Staatsideologie geführt hatte. Dazu gehörte die Negierung der Lebensberechtigung der „Gemeinschaftsfremden“, die als sozial nutzlos angesehen wurden. Art. 1 Abs. 1 GG untersagt, die Rechtsstellung des einzelnen an das Vorhandensein einer von der Gesellschaft zugeschriebenen „Würdigkeit“ nach Maßgabe der „sozialen Nützlichkeit“ zu binden.<sup>422</sup>

Ein Allokationskriterium „soziale Stellung oder Nützlichkeit“ ist aber noch aus einem weiteren und schlichteren Grunde mit dem Grundgesetz unvereinbar. Wonach soll die „soziale Nützlichkeit“ eines Menschen bemessen werden? Die Anforderungen, die der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) an gesetzliche Regelungen richtet, sind zwar nicht besonders streng; hier aber würden sie eindeutig unterschritten.

#### **4. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit**

##### *a) Versicherungs- und Beitragspflicht*

Die Versicherungspflicht und die damit einhergehende Pflicht zur Entrichtung von Beiträgen sind Eingriffe in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>423</sup> Den Zweck der Versicherungs- und Beitragspflicht erkennt das Bundesverfassungsgericht im Gedanken des sozialen Schutzes und im Solidarprinzip.<sup>424</sup> Andere meinen, Zweck sei der Schutz der Allgemeinheit davor, dass der einzelne keine Vorsorge gegen allgemeine Lebensrisiken trifft und das wirtschaftliche Risiko über die Sozialhilfe den Steuerzahlern aufgebürdet wird.<sup>425</sup> Direkte Rationierungen können durchaus auf die Rechtfertigungsfähigkeit des

---

<sup>422</sup> Bieritz-Harder 2001, S. 235-239.

<sup>423</sup> A. A. Nettlesheim 2002, S. 330 f., der nur die „Mitgliedschaftspflicht“ als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG wertet, die Beitragspflicht hingegen als Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG. Erstens macht eine Versicherungspflicht ohne Beitragspflicht wenig Sinn, zweitens schützt Art. 14 Abs. 1 GG nicht das Vermögen als solches und damit auch nicht vor der Auferlegung von Beiträgen.

<sup>424</sup> BVerfGE 10, 354 (368 f.); E 29, 221 (237, 241); 53, 313 (326), 78, 232 (246).

<sup>425</sup> Schulin 1994a, S. 32.

Grundrechtseingriffs einwirken. So sieht das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG als berührt an, „wenn der Gesetzgeber einerseits durch die Anordnung von Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflichten in einem öffentlich-rechtlichen Verband der Sozialversicherung die allgemeine Betätigungsfreiheit des Einzelnen durch Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht unerheblich einengt [...], andererseits dem Versicherten gesetzlich zugesagte und beitragsfinanzierte Leistungen dieses Verbandes wesentlich vermindert“.<sup>426</sup> Bei der Prüfung der Angemessenheit des Verhältnisses von Eingriffszweck und Eingriffsintensität ist zu fragen, ob aufgrund der Rationierung den Beiträgen noch adäquate Leistungen entsprechen.

Nun ist der Punkt, an dem diese Frage zu verneinen ist, schwer zu bestimmen. Zwei Punkte lassen sich aber setzen: Eine direkte Rationierung, die lebenserhaltende Leistungen ab einem bestimmten Alter generell ausschließt, ist jedenfalls dann ein unangemessener Eingriff, wenn keine zumutbare alternative Versicherungsmöglichkeit eingerichtet wird. Umgekehrt sind verhaltenssteuernde Zuzahlungspflichten der Versicherten rechtfertigungsfähig, wenn etwa durch eine Belastungsgrenze (vgl. § 61 SGB V) den Belangen von chronisch Kranken und Behinderten Rechnung getragen wird.

In der Literatur wird gesagt, die Versicherungs- und Beitragspflicht sei nicht mehr zu rechtfertigen, wenn die Sozialhilfe umfangreichere und bessere Leistungen als die GKV bietet, wenn also die Leistungen der GKV unter dem medizinischen Existenzminimum liegen.<sup>427</sup> Rundum überzeugend ist diese These nicht, da Sozialhilfe immer erst dann einsetzt, wenn eine Finanzierung der medizinischen Leistung aus eigenem Einkommen und Vermögen nicht möglich ist. Deshalb hat auch eine GKV, deren Leistung unterhalb des medizinischen Existenzminimums liegt, noch einen gewissen Wert. Entscheidend für die Rechtfertigung ist, wie weit die GKV dieses Minimum unterschreitet und ob zumutbare alternative Möglichkeiten einer freiwilligen Zusatzversicherung bestehen.

Neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Vertrauensschutz eine Schranken-Schranke, der das in den Schutzbereich eingreifende Gesetz genügen muss. Allerdings dürfen die rechtlichen Tatbestände, auf deren Fortbestand schutzwürdig vertraut werden könnte, nicht überschätzt werden. Die GKV kennt weder Vorversicherungszeiten noch - abgesehen vom Krankengeld - eine Äquivalenz zwischen

---

<sup>426</sup> BVerfGE 97, 271 (286).

<sup>427</sup> Huster 2004, S. 161.

Beiträgen und Leistungen.<sup>428</sup> Und das SGB V gehört zu den Sozialgesetzen, die am häufigsten geändert werden. Deshalb lässt sich hier ein Gebot von Übergangsregelungen, die etwa in der gesetzlichen Rentenversicherung regelmäßig erforderlich sind, allenfalls bei tiefgreifenden Einschnitten in das Leistungsrecht begründen. Jedenfalls würde bei einer Streichung lebenserhaltender Leistungen der Vertrauensschutz greifen und die Einrichtung von oder die Eröffnung des Zugangs zu alternativen Möglichkeiten des Versicherungsschutzes verlangen.

#### *b) Auswahl der Leistungen*

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG schließt die *Freiheit der Versicherten zur Auswahl der Leistungen* ein, die ihnen „als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden“.<sup>429</sup> Wenn der Gesetzgeber im Leistungskatalog Streichungen oder Kürzungen vornimmt oder vornehmen lässt, stehen diese Leistungen nicht mehr zur Verfügung und das Recht kommt nicht mehr zum Zuge. Das Recht der freien Auswahl schützt also nur den Zugang zu den gesetzlich gewährten Leistungen, nicht aber vor direkten Rationierungen des Gesetzgebers. Sehr wohl schützt es aber vor dem Umschlagen von Rationalisierungen in Rationierungen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Festbetrags-Urteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Festbeträge das Sachleistungsprinzip nicht außer Kraft setzen. Wenn also die Festbeträge dazu führen, dass die Versicherten die benötigten Arznei- und Hilfsmittel nicht mehr als Sachleistungen ohne Eigenbeteiligung beziehen können, weil für den Festbetrag kein Mittel auf dem Markt zur Verfügung steht, wären die Verbände der Krankenkassen ihren gesetzlichen Aufgaben nicht gesetzeskonform nachgekommen.<sup>430</sup> Anders formuliert: Es liegt dann ein Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit vor. Die Verhinderung solcher Eingriffe ist Aufgabe der Sozialgerichte, die zu kontrollieren haben, ob die Versorgung der Versicherten durch vertragsgebundene Leistungserbringer noch gewährleistet ist.

---

<sup>428</sup> Deshalb bestehen auch erhebliche Bedenken gegen eine Qualifizierung des Anspruchs auf Krankenbehandlung als sozialversicherungsrechtliches Eigentum i. S. von Art. 14 Abs. 1 GG. Überzeugend Hänlein 2003, S. 304.

<sup>429</sup> BVerfGE 106, 275 (305).

<sup>430</sup> BVerfGE 106, 275 (309 f.).

## 5. Das Recht auf das medizinische Existenzminimum

### a) Dogmatische Grundlegung

Nach mittlerweile gefestigter Verfassungsrechtsprechung verpflichtet die in Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip den Staat zur Sicherung der Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins, also zur Gewährleistung des Existenzminimums.<sup>431</sup> Nach verbreiteter und - soweit ersichtlich - unwidersprochen gebliebener Ansicht schließt diese Pflicht die Gewährung des medizinischen Existenzminimums ein.<sup>432</sup> Mit dieser Pflicht scheinen ein rationaler Maßstab und eine feste Grenze für Rationierungen des Gesetzgebers in der gesetzlichen Krankenversicherung gefunden zu sein.

Allerdings hat das BVerfG sich bis heute nicht eindeutig zu einem Anspruch auf das Existenzminimum geäußert, sondern immer nur von der Pflicht des Staates zur Gewährung desselben gesprochen.<sup>433</sup> In einer Entscheidung hat es die Frage, „ob Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht des Einzelnen auf gesetzliche Regelung von Ansprüchen auf angemessene Versorgung begründen könnte“, ausdrücklich offen gelassen.<sup>434</sup> In der Literatur besteht jedoch eine fast ausnahmslose Übereinstimmung, dass ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf das Existenzminimum zu bejahen ist.<sup>435</sup> So zurückhaltend die Staatsrechtslehre sich gegenüber grundrechtlichen Leistungsansprüchen im allgemeinen äußert, so bereitwillig wird beim Existenzminimum ein solcher Anspruch anerkannt. Denn die Einwände, die gegen verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche sprechen, würden für das Existenzminimum nicht gelten. Hier würde ein verfassungsunmittelbarer Anspruch den Freiheitsbegriff nicht verwässern, die Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG nicht leer laufen lassen und die Staatskasse nicht überfordern. Und er würde die Kompetenzen des Gesetzgebers dann nicht übergehen, wenn er erst zum Zuge kommt, sobald die einfachgesetzliche Konkretisierung offensichtlich hinter dem Existenzminimum zurückbleibt.<sup>436</sup> Obwohl in Ansehung des medizinischen Existenzminimums nicht alle genannten Gründe zutreffen, ist der Literatur im

---

<sup>431</sup> BVerfGE 45, 187 (228); E 82, 60 (85); E 99, 246 (259).

<sup>432</sup> Eine erste vertiefte Begründung bei Seewald 1981, S. 73 ff.; ders. 1982, S. 15 ff. Vgl. auch Schmidt-Aßmann 2001, S. 29; Wahl 2001, S. 120 f.; Kunig in: Münch; Kunig 2000, Art. 2 Rz. 60; Taupitz 1999, S. 121; Ebsen 1997, S. 76 f.

<sup>433</sup> BVerfGE 40, 121 (133); E 82, 60 (85); E 99, 246 (259).

<sup>434</sup> BVerfGE 75, 348 (360).

<sup>435</sup> Jarass in: Jarass; Pieroth 2004, Art. 20 Rz. 113; Di Fabio in: Theodor Maunz et al. (Hg.), Art. 2 II Rz. 45; Starck in: Mangoldt et al. (Hg.), 1999, Art. 1 I Rz. 36; a. A. Enders (im Erscheinen), der die Pflicht zur Gewährung des Existenzminimums allein mit dem Sozialstaatsprinzip begründet.

<sup>436</sup> Breuer 1978, S. 98.

Ergebnis zuzustimmen. Denn es ist nicht vorstellbar, auf der Grundlage der Menschenwürdenorm eine staatliche Pflicht zu begründen, der nicht auch ein Recht des begünstigten Bürgers auf Erfüllung dieser Pflicht entspricht.<sup>437</sup>

Nach Kant gründet die Würde in der Autonomie des vernunftbegabten Menschen. Das Bundesverwaltungsgericht argumentiert in dieser Tradition, wenn es ausführt, die Selbsthilfe sei kein „Abstrich vom Sozialstaatsgedanken, sondern dessen Verdeutlichung und entspricht damit zugleich der Menschenwürde“.<sup>438</sup> Der Anspruch auf Gewährung des Existenzminimums steht unter dem Vorbehalt des Scheiterns vorrangiger Selbsthilfe, d. h. er kommt nicht zum Zuge, solange der Einzelne in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt einschließlich der medizinischen Versorgung durch eigenes Einkommen oder Vermögen zu sichern.<sup>439</sup> Deshalb ist es die Aufgabe des nachrangigen Sozialhilferechts, die zur Sicherung eines menschenwürdigen Lebens erforderlichen Leistungen zu gewähren, sobald die vorrangige Selbsthilfe scheitert. Der Staat könnte also seine Pflicht zur Gewährung des medizinischen Existenzminimums auch dadurch erfüllen, dass er die medizinische Vorsorge dem Einzelnen überlässt und lediglich die medizinischen Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens durch ein öffentlich-rechtliches System der Sozialhilfe gewährleistet.<sup>440</sup>

#### *b) Sozialhilfe und GKV*

Bis hierher könnte man meinen, der Anspruch auf das medizinische Existenzminimum sei als verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab für Rationierungen in der gesetzlichen Krankenversicherung irrelevant. Das ist aber nicht der Fall. Wenn nämlich in der GKV Leistungen gestrichen werden, die zum Existenzminimum gehören, muss der Staat mit Steuermitteln helfen, wenn der Betroffene die Leistungen nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen finanzieren kann. Medizinische Leistungen können so teuer sein, dass die Rücklagen auch eines vorsorgenden Bürgers alsbald aufgebraucht sind. Das ist der erste Grund, warum eine Verständigung über Inhalt und Umfang des medizinischen Existenzminimums angezeigt ist.

Für die Bestimmung des Existenzminimums kommt – so das Bundesverfassungsgericht im Kindergeld-Beschluss – dem Sozialhilferecht „entscheidende Bedeutung“ zu, da dessen

---

<sup>437</sup> Neumann 1995, S. 429.

<sup>438</sup> BVerwGE 23, 149 (153); vgl. auch E 27, 59 (63); E 67, 1 (5).

<sup>439</sup> Neumann 1997, S. 94.

<sup>440</sup> Ebsen 1997, S. 76.

Leistungen, die dieses Existenzminimum gewähren sollen, verbrauchsbezogen ermittelt und regelmäßig den steigenden Lebenshaltungskosten angepasst werden.<sup>441</sup> Also scheint es so zu sein, dass man nur im BSHG bzw. jetzt im SGB XII bei der Krankenhilfe nachschlagen muss, um in Erfahrung zu bringen, was zum medizinischen Existenzminimum gehört und was nicht. Nun bestimmt § 48 S. 1 SGB XII (= § 37 Abs. 1 S. 1 BSHG), dass dem Krankenhilfe Suchenden „Leistungen zur Krankenbehandlung entsprechend dem Dritten Kapitel, Fünften Abschnitt, Ersten Titel des Fünften Buches Sozialgesetzbuch erbracht (werden)“.<sup>442</sup> Das Sozialhilferecht verweist also auf die Leistungen des SGB V, ohne auch nur einen Versuch zur Bestimmung des medizinischen Existenzminimums zu unternehmen. Die Anbindung an das SGB V geht im neuen Recht aber noch weiter. § 48 S. 2 SGB XII lautet: „Die Regelungen zur Krankenbehandlung nach § 264 des Fünften Buches gehen den Leistungen der Hilfe bei Krankheit nach Satz 1 vor“. Danach wird im Regelfall die Krankenbehandlung von nicht krankenversicherten Empfängern von Leistungen des SGB XII organisatorisch und leistungsrechtlich vollständig von den Krankenkassen nach den Vorgaben des SGB V abgewickelt, wobei die Sozialhilfeträger den Krankenkassen die Kosten zu erstatten haben.<sup>443</sup> Und doch gibt es einen zweiten Grund für die Notwendigkeit der Bestimmung von Inhalt und Umfang des medizinischen Existenzminimums, diesmal aus der Sicht der Sozialhilfe. Es ist ja durchaus denkbar, dass die Leistungen des SGB V nicht mehr alles abdecken, was zum medizinischen Existenzminimum gehört, und die Sozialhilfe diese Leistungen gewähren muss.<sup>444</sup>

### *c) Ermittlung des Inhalts des medizinischen Existenzminimums*

In der Literatur sind zwei Auffassungen zur Bestimmung des medizinischen Existenzminimums anzutreffen. Die erste betont den Gesichtspunkt sozialer Gleichheit in der medizinischen Versorgung und gelangt zu dem Ergebnis, dass das Verfassungsrecht dem Gesetzgeber wenig Spielraum lässt, Sozialhilfeempfängern medizinische Leistungen vorzuenthalten.<sup>445</sup> Dieser Auffassung liegt die Prämisse zugrunde, dass Gesundheit ein Grundbedürfnis, sogar ein „transzendentes Gut“ darstellt, und deshalb in einem Sozialstaat eine Differenzierung der medizinischen Versorgung vermieden werden muss, „die die

---

<sup>441</sup> BVerfGE 82, 60 (94).

<sup>442</sup> Dass die Verweisung sich auch auf den im 7. Abschnitt in §§ 55-59 SGB V geregelten Zahnersatz bezieht, folgt aus § 27 Abs. 1 Nr. 2a SGB V. Schlette in: Hauck; Noftz, SGB XII, K § 48 Rz. 39.

<sup>443</sup> Zu Einzelheiten Schlette in: Hauck; Noftz, SGB XII, K § 48 Rz. 3-13.

<sup>444</sup> Bisher ist das trotz der Leistungseinschränkungen durch das GKV-Modernisierungsgesetz nicht anzunehmen. Vgl. Schlette in: Hauck; Noftz, SGB XII, K § 52 Rz. 9; VG Berlin 2. 4. 2004 – VG 8 A 69/04.

<sup>445</sup> So Ebsen 1997, S. 78); vgl. auch Neumann 1998b, S. 410.

Gesellschaft spaltet und einen Teil der Bürger ausgrenzt“.<sup>446</sup> Dieser Auffassung wurde entgegen gehalten, dass die Vorstellung, die Begrenzung auf das Existenzminimum halte die Kosten der medizinischen Versorgung in überschaubarer Größe, sich als trügerisch erweist.<sup>447</sup> Dem lässt sich schlecht widersprechen. Die zweite Auffassung stellt sich eine eng definierte Minimalversorgung vor, die allenfalls die „nackte Existenz“ sichere<sup>448</sup>, und räumt einen Anspruch auf staatliche Hilfe erst ein, „wenn die Vorenthaltung lebensnotwendiger Güter zum Tode führen würde“.<sup>449</sup> Versuche, diese enge Minimalversorgung zu konkretisieren, hinterlassen freilich regelmäßig Ratlosigkeit.<sup>450</sup> Das Recht auf Gesundheit sperrt sich eben gegen die Ausdifferenzierung eines medizinischen Existenzminimums.<sup>451</sup>

*Huster* unterbreitet zur Ermittlung des medizinischen Existenzminimums einen Vorschlag, dessen Grundlage die Rechtsprechung zu der sozialhilferechtlichen Frage ist, welche konkreten Bedarfsgegenstände zu einem menschenwürdigen Leben gehören und als einmalige Leistung zu gewähren sind.<sup>452</sup> Das Kriterium für die Bestimmung des kulturellen Existenzminimums sind die herrschenden Lebensgewohnheiten, wobei darauf Bedacht zu nehmen ist, was sich Personen leisten können, deren Einkommen dem durchschnittlichen Netto-Arbeitsentgelt unterer Lohngruppen zuzüglich bestimmter Sozialleistungen entspricht.<sup>453</sup> Wenn eine annähernde Vollversorgung mit einem Bedarfsgegenstand festgestellt wird, ist er als einmalige Leistung zu gewähren. *Husters* Vorschlag simuliert einen Gesundheitsmarkt. Es wird eine Grundversicherung für alle und eine private Zusatzversicherung eingerichtet, die jeder freiwillig abschließen kann. Diejenigen Leistungen, für die überwiegend Versicherungsschutz freiwillig nachgefragt wird, werden dann in die Mindestsicherung überführt. Auf diese Weise erhalte man – wie bei den einmaligen Leistungen – Auskunft, welche medizinischen Leistungen zu einem menschenwürdigen Leben gehören und welche nicht. Bürger ohne eigenes Einkommen seien auf diesen durchschnittlichen Standard verwiesen, das sei nicht unfair.

---

<sup>446</sup> Huster 2004, S. 166.

<sup>447</sup> Schmidt-Aßmann 2001, S. 29.

<sup>448</sup> Murswiek in: Sachs 2003, Art. 2 Rz. 224; Gröschner in: Dreier 1998, Art. 20 Sozialstaat Rz. 26: „Leben in seiner schlicht physischen Existenz“.

<sup>449</sup> Taupitz, 1999, S. 119; völlig anders aber auf S. 121: Es sei ein Mindestbedarf gemeint, „der die Integrität und Funktionalität des menschlichen Körpers so weit sicherstellt, dass dem Betroffenen ein nicht-stigmatisiertes Leben unter den Mitmenschen ermöglicht wird“.

<sup>450</sup> Vgl. Nettessheim 2002, S. 336.

<sup>451</sup> So treffend Hänlein 2003, S. 308.

<sup>452</sup> Huster 2004, S. 157-170.

<sup>453</sup> BVerwGE 35, 178 (180 f.); E 69, 146 (154); E 92, 112 (114); E 97, 376 (378); E 107, 234 (236). Es gibt in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung allerdings noch einen zweiten Ansatz zur Bestimmung des Existenzminimums, nämlich die Verhinderung von „sozialer Ausgrenzung“. Vgl. BVerwGE 92, 6 (7).



Der Vorzug dieses Vorschlags ist, dass er die Bestimmung des medizinischen Existenzminimums von den Präferenzen des Einzelnen abhängig macht. Allerdings wird nicht hinreichend deutlich gemacht, dass ein nicht unerheblicher Unterschied im Verhältnis zu dem Verfahren besteht, in dem über den Anspruch auf einmalige Leistungen entschieden wird. Die Rechtsprechung nimmt auf das empirische Verbrauchsverhalten von Menschen Bezug, die bestimmte Bedarfsgegenstände hier und heute benötigen und erwerben. Die Entscheidung, freiwillig eine Zusatzversicherung abzuschließen, wird im Regelfall zu einem Zeitpunkt getroffen, in dem es völlig ungewiss ist, ob die zu versichernde Leistung jemals benötigt wird. Es kommt hinzu, dass die Verweigerung einer lebensrettenden Behandlung aus Kostengründen nicht nur ethisch bedenklich, sondern auch von strafrechtlicher Relevanz ist. Der kritische Punkt ist die bei der Grundlegung des vorgeschlagenen Modells zu treffende Entscheidung, welche Leistungen in die Grundversicherung gehören und welche in einer oder in mehreren Zusatzversicherungen freiwillig versichert werden können. Dazu äußert sich *Huster* nicht.

*d) Zur sozialhilferechtlichen Beurteilung von Zuzahlungen und Leistungsausschlüssen*

Im geltenden Recht erfolgt die Prüfung, ob der Hilfe Suchende Anspruch auf eine im SGB V ausgeschlossene medizinische Leistung hat, in drei Schritten. Als erstes ist zu klären, ob diese Leistung zum medizinischen Existenzminimum gehört. Auf der Grundlage des weiten Verständnisses dieses Begriffs und der Rechtsprechung des BVerwG zu den einmaligen Leistungen wird diese Frage für den Großteil der medizinischen Leistungen zu bejahen sein. Der zweite Schritt ist die Prüfung, ob die begehrte Leistung aus dem Regelsatz bestritten werden kann. Wenn diese Frage bejaht werden kann, ist abschließend zu klären, ob die dadurch bewirkte Regelsatzkürzung noch die Führung eines Lebens erlaubt, das der Würde des Menschen entspricht.

Der Gesetzgeber hatte bereits durch Art. 29 des am 1. 1. 2004 in Kraft getretenen Gesundheitsmodernisierungsgesetzes die Leistungen für Kosten der Krankheit in die Regelsätze aufgenommen, soweit diese Leistungen nicht nach §§ 36 bis 38 BSHG übernommen werden. Durch die gleichzeitige Änderung von § 38 BSHG wurde klargestellt, dass der Hilfeempfänger die Praxisgebühr und die diversen Zuzahlungen zu Medikamenten aus seinem Regelsatz bestreiten muss. Die Regelsatzverordnung vom 3. Juni 2004<sup>454</sup> bezieht in § 2 Abs. 2 in Abteilung 06 Verbrauchsausgaben für Gesundheitspflege in den Eckregelsatz

---

<sup>454</sup> BGBl I S. 1067.

ein. Die jährliche Belastungsgrenze beträgt nach § 62 Abs. 1 SGB V 2% des Regelsatzes des Haushaltsvorstandes bzw. 1% für chronisch Kranke. Die Rechtsprechung erkennt in der maximalen Belastung von 71,04 € im Jahr noch keine Unterschreitung des verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums.<sup>455</sup>

Schwieriger zu beurteilen sind Ausschlüsse von Leistungen wie etwa von Brillen. § 33 Abs. 1 S. 5 SGB V sieht für erwachsene Versicherte nur noch die Gewährung von Brillengläsern bei einer schweren Sehbeeinträchtigung vor. Im Ergebnis hat der Versicherte eine Sehhilfe mit weniger als 4 Dioptrien selbst zu tragen. Jeder Brillenträger kann nachvollziehen, dass eine Sehhilfe jedenfalls bei einer Fehlsichtigkeit von 3,0 und 3,5 Dioptrien zum medizinischen Existenzminimum gehört. Die Kosten für Brillengläser und Brillengestelle, die gemäß § 33 Abs. 1 S. 7 SGB V generell aus dem Leistungskatalog gestrichen sind, können leicht einen Betrag erreichen, der nicht mehr aus dem laufenden Regelsatz beglichen werden kann, ohne dass das Existenzminimum unterschritten würde. Hier kommt die Gewährung eines ergänzenden Darlehens gemäß § 37 SGB XII in Frage. Allerdings wird gesagt, dass der Einsatz von Schonvermögen eine vorrangige Selbsthilfe sei.<sup>456</sup>

## **6. Therapiefreiheit der Ärzte**

Gesetzliche Einschränkungen im Leistungsrecht der GKV sind keine Eingriffe in die Berufsfreiheit der Erbringer dieser Leistungen. Diese grundlegende Aussage des Festbetrags-Urteils gilt nicht für die ärztliche Therapiefreiheit, die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.<sup>457</sup> Dennoch ist es richtig, dass die Therapiefreiheit „nicht die zentrale, die Grenzen zulässiger Rationierung bestimmende Frage“ ist.<sup>458</sup> Die Therapiefreiheit ist nämlich kein Privileg des Arztes, sondern von vornherein auf das Behandlungsinteresse und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bezogen.<sup>459</sup> Der Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG gegen Rationierungen des Gesetzgebers kann also nicht mehr gewährleisten als die Grundrechte des Versicherten.

---

<sup>455</sup> VG Hannover 15. 1. 2004 NJW 2004, 873 f.; VG Berlin 2. 4. 2004 – 8 A 69/04.

<sup>456</sup> Nachweise bei Falterbaum in: Hauck; Noftz, SGB XII, K § 47 Rz. 12.

<sup>457</sup> BVerfGE 106, 275 (304).

<sup>458</sup> Ebsen 1997, S. 73.

<sup>459</sup> Wahl 2001, S. 171.

## IV. Allokationsentscheidungen und Parlamentsvorbehalt

### 1. Wesentlichkeitstheorie

Bis hierher wurde die Frage erörtert, welche Allokationsentscheidungen der Bundesgesetzgeber treffen darf. Die Antwort lautete, dass er alles regeln darf, was zur Materie Krankenversicherung gehört, sofern die mit diesen Regelungen verbundenen Eingriffe in Grundrechte und in das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt werden können. Hier geht es um eine andere Frage, nämlich darum, welche dieser Entscheidungen er *selbst regeln muss* und welche er durch den Ordnungsgeber oder durch Organe der gemeinsamen Selbstverwaltung wie etwa den Gemeinsamen Bundesausschuss regeln lassen darf. Die erste Antwort auf diese Frage gibt die vom Bundesverfassungsgericht seit den 1970er Jahren entwickelte Wesentlichkeitstheorie.

Dieser Lehre liegt die Erkenntnis zugrunde, „dass die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muss“<sup>460</sup>, und zwar durch Parlamentsgesetz. Die Wesentlichkeitstheorie weist einen rechtsstaatlichen und einen demokratischen Begründungsstrang auf, wobei der erste der dominante ist. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, *alle wesentlichen Fragen* selbst zu regeln.<sup>461</sup> Nach dem demokratischen Begründungsstrang bestimmt sich die Wesentlichkeit einer Materie nach ihrer politischen Bedeutsamkeit.<sup>462</sup> Die Wesentlichkeit einer Materie entscheidet über das Erfordernis einer Regelung durch Parlamentsgesetz und damit über den Vorbehalt des Gesetzes.

Der erste Einwand gegen diese Lehre liegt auf der Hand: Das Kriterium der Wesentlichkeit ist vage, konturenlos und vieldeutig. Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Kritik alsbald entgegen getreten: Das Wort wesentlich spreche nur eine „Binsenweisheit“ aus, „dass nämlich die wirklich wichtigen Dinge in einem parlamentarisch-demokratischen Staatswesen vor das Parlament gehören“.<sup>463</sup> Wesentlich bedeute „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“<sup>464</sup>. Die verfassungsrechtlichen Kriterien, die eine Materie als eine wesentliche

---

<sup>460</sup> BVerfGE 40, 237 (249).

<sup>461</sup> BVerfGE 49, 89 (126). Vgl. auch E 45, 400 (417 f.); E 47, 46 (78 f.); E 58, 257 (268).

<sup>462</sup> Allerdings führt die Tatsache, dass eine Frage politisch umstritten ist, für sich genommen nicht dazu, dass sie als eine wesentliche angesehen werden müsste. BVerfGE 49, 89 (126); E 98, 218 (251).

<sup>463</sup> BVerfGE 47, 46 (79).

<sup>464</sup> BVerfGE 34, 165 (192); E 41, 251 (260 f.); E 47, 46 (79); E 58, 257 (268).

ausweisen, sind den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen.<sup>465</sup> Entscheidend ist im Regelfall die durch eine Regelung ausgelöste Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung.

Wesentlich ist eine Materie nicht nur dann, wenn es um die Abwehr von Grundrechtseingriffen geht. Vielmehr können auch Regelungen, die normative Verteilungsordnungen einrichten und gestalten, wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung sein. So ist eine parlamentsgesetzliche Regelung des Hochschulzugangs erforderlich, weil die Beteiligung an staatlichen Leistungen die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten darstelle.<sup>466</sup> Wenn der Gesetzgeber sich entschließt, die Regelung des Hochschulzugangs an den Verordnungsgeber zu delegieren, muss er doch „zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und ihr Rangverhältnis untereinander“ selbst festlegen. Wo es um eine „Zuteilung von Lebenschancen“ geht, muss der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten.<sup>467</sup>

Die Wesentlichkeitstheorie erlangt im Medizinrecht wachsende Bedeutung. Bei der Organallokation geht es in einem wörtlichen Sinne um die „Zuteilung von Lebenschancen“ und damit um die Verwirklichung des Grundrechts auf Leben und Gesundheit. Deshalb muss das Parlament die Kriterien und zumindest die Grundstrukturen des Verfahrens der Allokation selbst regeln.<sup>468</sup> Die Organallokation ist nur ein besonders dramatischer Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik der Verteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen. Deshalb gilt auch für Rationierungen, dass der Gesetzgeber selbst die grundlegenden Entscheidungen treffen muss.<sup>469</sup> Dass auch die Sozialleistungsansprüche des Bürgers wesentliche Fragen sein können, lehrt eine Entscheidung des BVerfG, die den Gesetzgeber verpflichtet, im Bereich der Kriegsopferversorgung Regelungen, die für die Betroffenen existentielle Bedeutung haben können, im Wesentlichen selbst zu bestimmen.<sup>470</sup>

Freilich ist nicht jede Rationierung eine Entscheidung „über Leben und Tod“, die „an geradezu existentieller Grundrechtsrelevanz kaum zu überbieten“ sei.<sup>471</sup> In welchem Fall überhaupt und in welchem Umfang eine Regelung durch Parlamentsgesetz erforderlich ist, „lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen

---

<sup>465</sup> BVerfGE 83, 130 (142, 152); E 95, 267 (307 f.).

<sup>466</sup> BVerfGE 33, 303 (337); E 40, 237 (249); E 45, 393 (399).

<sup>467</sup> BVerfGE 33, 303 (345 f.).

<sup>468</sup> Höfling in: ders. 2003, § 16 Rz. 23; Gutmann; Fateh-Moghadam 2003, S. 39 f.

<sup>469</sup> Schmidt-Aßmann 2001, S. 57 f.; Höfling 1998, S. 152 f.

<sup>470</sup> BVerfGE 56, 1 (21).

<sup>471</sup> So aber Höfling 1998, S. 151.

Regelungsgegenstandes beurteilen“.<sup>472</sup> Im Regelfall entscheidet die Intensität der durch die Allokationsentscheidung betroffenen Grundrechtsbeeinträchtigung über die Frage, was der Gesetzgeber selbst regeln muss und was er der Regelung durch den Verordnungs- bzw. Richtliniengeber überlassen darf. Das LSG Niedersachsen zählt Rationierungsentscheidungen jedenfalls dann zu den „wesentlichen Grundentscheidungen“, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind, wenn durch den Ausschluss einer Behandlungsmaßnahme eine Krankheit vollständig aus der Leistungspflicht der Krankenkassen fällt.<sup>473</sup>

## 2. »Dynamischer Grundrechtsschutz«

Die Wesentlichkeitstheorie beantwortet die Frage, was das Parlament selbst regeln muss und was es der Regelung durch untergesetzliche Normgeber überlassen darf, mit der Grundrechtsrelevanz der Regelungsmaterie. Indem sie den Parlamentsvorbehalt und die Regelungsdichte des Parlamentsgesetzes von der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung abhängig macht, dient sie einem effektiven Grundrechtsschutz. Lässt sich also sagen, dass die Grundrechte umso effektiver geschützt werden, desto bestimmter und klarer die parlamentsgesetzliche Regelung ist? Dieser Annahme widerspricht die Lehre vom „dynamischen Grundrechtsschutz“, die das Bundesverfassungsgericht zum Atomrecht entwickelt hat.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG durfte die Genehmigung zur Errichtung von Atomkraftwerken nur erteilt werden, wenn „die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden [...] getroffen ist“. Der Begriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ ist alles andere als hinreichend bestimmt, sondern ein „unbestimmter Rechtsbegriff“. Die Errichtung von Atomkraftwerken ist aber sicherlich eine wesentliche Frage. Also könnte man meinen, dass der Parlamentsgesetzgeber selbst hätte regeln müssen, was dieser „Stand von Wissenschaft und Technik“ nun eigentlich ist, die zitierte Bestimmung also gegen das vorbehaltsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstößt. Anders das Bundesverfassungsgericht: Der unbestimmte Rechtsbegriff diene einem „dynamischen Grundrechtsschutz“. Würde nämlich ein bestimmter Sicherheitsstandard durch die Aufstellung starrer Regeln gesetzlich fixiert, könnte sowohl die Weiterentwicklung der Technik als auch die Entwicklung entsprechender technischer Sicherheitsmaßnahmen

---

<sup>472</sup> BVerfGE 98, 218 (251).

<sup>473</sup> 23. 2. 2000 NZS 2001, 32 (38).

gehemmt werden. Das wäre ein Rückschritt auf Kosten der Sicherheit. Zwar werde durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe eine gewisse Rechtsunsicherheit herbeigeführt. Das sei aber hinzunehmen, wenn der Gesetzgeber ansonsten gezwungen wäre, gänzlich unpraktikable Regelungen zu treffen oder auf Regelungen ganz zu verzichten, was beides zu Lasten eines effektiven Grundrechtsschutzes ginge.<sup>474</sup>

Das Recht der GKV unterliegt einem vergleichbar raschen Wandel wissenschaftlicher Erkenntnisse wie das Umwelt- und Technikrecht. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus: „Was noch vor einiger Zeit als wirkungsvoll und zweckmäßig erschien, kann durch neue Erkenntnisse als schädlich eingestuft werden. Ein Verhalten, das vormals wirtschaftlich war, wird unwirtschaftlich, sobald andere Anbieter therapeutisch gleich wirksame Mittel zu günstigeren Preisen offerieren. Soweit man die Ansprüche in der Krankenversicherung individuell begreift, sind die unbestimmten Rechtsbegriffe deshalb nur für einen konkreten Zeitpunkt und einen konkreten Versicherten verlässlich und exakt ausfüllbar“.<sup>475</sup> Der Parlamentsgesetzgeber wäre überfordert, wenn er über die Anwendbarkeit jeder einzelnen medizinischen Therapie selbst entscheiden müsste. Es sprechen also gute Gründe gegen eine Vergesetzlichung medizinischer Standards im Gesundheitswesen.<sup>476</sup> Das Verfassungsrecht zwingt den Gesetzgeber zu einem Spagat: Einerseits gibt es kaum eine wesentlichere Frage als Leben und Gesundheit, was für eine Regelung durch Parlamentsgesetz spricht. Andererseits erzwingt die Dynamik des medizinischen Fortschritts offene Normprogramme, die einen dynamischen Grundrechtsschutz ermöglichen. Bei Rationierungen ist die Sachlage allerdings eindeutiger, da es um die Nichtgewährung von Leistungen geht, die als medizinisch wirksam erkannt wurden. Diese Entscheidungen kann und muss das Parlament selbst treffen, wobei es nur die Feinabstimmung dem untergesetzlichen Normgeber überlassen darf.

---

<sup>474</sup> BVerfGE 49, 89 (137) – Schneller Brüter Kalkar.

<sup>475</sup> BVerfGE 106, 275 (308).

<sup>476</sup> Schmidt-Aßmann 2001, S. 60.

## **B. Allokationsentscheidungen durch untergesetzliche Rechtsnormen, Allgemeinverfügungen und Leitlinien**

### **I. Allokation durch Rechtsverordnung**

Der Bundesgesetzgeber kann gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG durch ein Gesetz die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen. Der Kreis der genannten drei Ermächtigungsadressaten ist abschließend, d. h. eine Institution wie etwa der Gemeinsame Bundesausschuss kann nicht zum Erlass von Rechtsverordnung ermächtigt werden.<sup>477</sup> Rechtsverordnungen sind wie Parlamentsgesetze generelle und abstrakte Regelungen, die für die Adressaten ebenso verbindlich sind wie ein Parlamentsgesetz. Sie werden in der GKV auch für Allokationsentscheidungen eingesetzt. So kann das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats von der Versorgung weitere Arzneimittel ausschließen, die ihrer Zweckbestimmung nach üblicherweise bei geringfügigen Gesundheitsstörungen verordnet werden (§ 34 Abs. 2 SGB V). Parallele Ermächtigungen finden sich in § 34 Abs. 3 SGB V zum Ausschluss unwirtschaftlicher Arzneimittel und in § 34 Abs. 4 SGB V zur Bestimmung von Heil- und Hilfsmitteln von geringem oder umstrittenem therapeutischen Nutzen oder geringem Abgabepreis, deren Kosten die Krankenkasse nicht übernimmt.

Eine für die Allokation außerordentlich bedeutsame Regelung war § 33a Abs. 1 SGB V a. F., der das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigte, durch Rechtsverordnung eine Liste verordnungsfähiger Arzneimittel zu erlassen. Diese Ermächtigung wurde durch Art. 1 Nr. 21 GMG aufgehoben, nachdem der Gesetzgeber keinen Bedarf mehr für diese „Positivliste“ gesehen hatte.<sup>478</sup> Statt dessen setzt das neue Recht auf finanzielle Anreize zur Steuerung des Ordnungsverhaltens, veränderte Wirtschaftlichkeitsprüfungen, eine Nutzenbewertung von Arzneimitteln durch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen, eine Festbetragsregelung für patentgeschützte Arzneimittel und auf die bereits dargestellte

---

<sup>477</sup> Anders Axer 2000, S. 292-309, der Art. 87 Abs. 2 GG als eine Erweiterung des in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG bestimmten Kreises exekutiver Normsetzer um die sozialen Versicherungsträger interpretiert.

<sup>478</sup> Vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 122.

Herausnahme von Arzneimitteln aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung.

Allokationsentscheidungen durch Rechtsverordnung sind im Grundsatz ebenso unbedenklich oder bedenklich wie parallele Regelungen durch den Parlamentsgesetzgeber selbst. Voraussetzung ist allerdings, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Parlamentsgesetz bestimmt und formelle Anforderungen wie das Zitiergebot eingehalten werden (Art. 80 Abs. 1 S. 2 und 3 GG). Die Bestimmtheitstrias erklärt, warum die Verordnungsermächtigung der Exekutive keine wirkliche Durchbrechung des überkommenen Schemas der Gewaltenteilung ist, demzufolge nur die Legislative Recht setzt. Denn die Exekutive wird hier nicht aus eigenem Recht rechtsetzend tätig, sondern nur auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz. Sinn dieser Delegation der Rechtsetzungsgewalt auf die Exekutive ist die Entlastung des parlamentarischen Gesetzgebers, der längst nicht mehr in der Lage ist, den „Normenhunger der Verwaltung“ selbst zu stillen. Das gilt in besonderem Maße für die GKV.

*Inhalt* meint den *Gegenstand* der übertragenen Regelungsmaterie, er verlangt eine Antwort auf das „Was“<sup>479</sup>. Das Parlament muss selbst entscheiden, welchen Sachbereich es dem Verordnungsgeber zur Regelung überlässt. Nicht ausreichend ist eine pauschale Umschreibung des Sachgebiets, etwa eine gesetzliche Bestimmung, der Verordnungsgeber dürfe alle zur Ausführung des Gesetzes erforderlichen Regelungen treffen. *Zweck* ist das *Ziel*, das mit der Verordnung erreicht werden soll, verlangt also eine Antwort auf die Frage nach dem „Wozu“. Dabei muss der Gesetzgeber die Wertigkeit einzelner, womöglich gegenläufiger Zwecke angeben, um dem Verordnungsgeber den Ausgleich widerstreitender Interessen vorzuzeichnen. Das *Ausmaß* betrifft die Grenzen der Normsetzung durch den Verordnungsgeber, verlangt vom Gesetzgeber, den *Umfang*, die *Reichweite* und die *Intensität* der Regelungsbefugnis im Gesetz festzulegen, verlangt eine Antwort auf die Frage „Wieweit“. Der Gesetzgeber muss selbst entscheiden, welcher Personenkreis der Regelung unterliegen soll und welche Wege beschritten werden können, um den jeweiligen Sachbereich zu regeln. So hat er etwa bei der Verteilung von Leistungen Kriterien vorzugeben, die für die Verteilung zugrunde zu legen sind. Ihm ist untersagt, „maßlose“ Globalermächtigungen auszusprechen, die den zu beschreitenden Weg zur Erreichung des Zieles offen lassen.

---

<sup>479</sup> Axer 2000, S. 368-371.



Die drei Formeln der Bestimmtheitstrias bilden das verfassungsgerichtliche Gerüst, um festzustellen, wann ein zum Erlass von Verordnungen ermächtigendes Gesetz als bestimmt im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG angesehen werden kann<sup>480</sup>. Dabei stuft das BVerfG die Anforderungen an „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ nach Maßgabe der zu regelnden Materie ab<sup>481</sup>. Bisher hat es die Bestimmtheitstrias eher zurückhaltend überprüft. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen nicht ausdrücklich im Text des Gesetzes genannt sein. Vielmehr soll es genügen, wenn sich die drei Formeln aus dem gesamten Gesetz mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln erschließen lassen. Genau besehen wirkt das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG als eine Sperre für Pauschalermächtigungen und Blankovollmachten.

Die *Wesentlichkeitstheorie* gibt nicht nur Auskunft, welche Fragen der Gesetzgeber überhaupt regeln muss, sondern auch wie dicht die Regelungen sein müssen und welche Regelungen er an den Verordnungs- bzw. Richtliniengeber delegieren darf. Sie kann also für wesentliche Materien sogar eine Delegationssperre (Parlamentsvorbehalt) bewirken oder zumindest erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit des ermächtigenden Gesetzes („vorbehaltsrechtliches Bestimmtheitsgebot“)<sup>482</sup> begründen.<sup>483</sup> Allerdings ist das Verhältnis des *vorbehaltsrechtlichen Bestimmtheitsgebots* zur *Bestimmtheitstrias des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG* weitgehend ungeklärt. Das Bundesverfassungsgericht verfährt überwiegend so, dass es die Anforderungen der Bestimmtheitstrias nach der Wesentlichkeit der Regelungsmaterie ausrichtet.<sup>484</sup> Hier genügt die Feststellung, dass die Anforderungen an die Ermächtigungen des SGB V zur untergesetzlichen Normsetzung jedenfalls nicht hinter Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zurückbleiben dürfen.

Blankovollmachten sind die Ermächtigungsnormen des § 34 Abs. 2–4 SGB V mit Sicherheit nicht. Vielmehr sind Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungen hinreichend bestimmt. Bei der Ermächtigung zum Erlass der „Positivliste“ hatte der Gesetzgeber in den 12 Absätzen des § 33a SGB V a. F. sogar deutlich mehr geregelt, als ihm die Bestimmtheitstrias abverlangt. Die niedrigen verfassungsrechtlichen Hürden, die diese Regelungstechnik zu überwinden hat, werfen die Frage auf, warum der Gesetzgeber im SGB V eher selten Allokationsentscheidungen an den Verordnungsgeber delegiert und statt dessen die

---

<sup>480</sup> BVerfGE 8, 274 (307); 10, 20 (51); 19, 354 (362); 24, 1 (15).

<sup>481</sup> BVerfGE 14, 174 (185 f.). Bei Strafgesetzen ist zusätzlich Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten.

<sup>482</sup> Staupe 1986, S. 136–148.

<sup>483</sup> Grundlegend BVerfGE 58, 257 (274).

<sup>484</sup> Cremer, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 und Parlamentsvorbehalt, AöR 122 (1997), 248 (267).

Richtlinienkompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) ständig erweitert. Diese Frage stellt sich umso mehr, als die verfassungsrechtliche Legitimation der Ermächtigungsadressaten des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG außer Zweifel steht, während über die demokratische Legitimation des GBA seit Jahren heftig gestritten wird. Deshalb wird in der Literatur die Rechtsverordnung häufig als Alternative zur problematischen Regelung durch Richtlinie favorisiert. Die Antwort lautet, dass der Gesetzgeber ganz und gar auf die Regelung durch die gemeinsame Selbstverwaltung setzt. Ein Grund ist die Aktivierung des Sachverständigen der am Gesundheitssystem beteiligten Gruppen, ein anderer die Dynamik der medizinischen Entwicklung, die sachnahe Entscheidungsträger empfiehlt. Über einen möglichen weiteren Grund kann nur gemutmaßt werden: Entscheidungen über die Allokation von Gesundheitsleistungen sind politisch außerordentlich brisant. Wenn der Verordnungsgeber Leistungen ausschließt, steht der zuständige Bundesminister im Schussfeld der Kritik. Bei Entscheidungen des GBA kann die Politik sich durch den Verweis auf die sachkundige „gemeinsame Selbstverwaltung“ entlasten.

## **II. Allokation durch Satzung der Krankenkassen**

§ 194 Abs. 1 SGB V nennt in einer nicht abschließenden Aufzählung bestimmte Gegenstände, welche die Krankenkassen durch Satzung regeln. „Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen“.<sup>485</sup> Den Sinn der Satzungsautonomie erkennt das Bundesverfassungsgericht darin, „gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderung er nicht rasch genug reagieren könnte“.<sup>486</sup>

Die Bedeutung von Satzungen der Krankenkassen für das Thema Allokation darf nicht überschätzt werden. Von den in § 194 Abs. 1 SGB V genannten Regelungsgegenständen ist

---

<sup>485</sup> BVerfGE 33, 125 (156).

<sup>486</sup> BVerfGE 33, 125 (156 f.).

nur die Nr. 3 einschlägig: „Art und Umfang der Leistungen, soweit sie nicht durch Gesetz bestimmt sind“. Angesprochen sind damit – neben den Modellvorhaben i. S. des § 63 Abs. 5 SGB V – die „satzungsmäßigen Mehrleistungen“, die ehemals eine nicht unerhebliche Bedeutung hatten, heute aber ein Schattendasein führen.<sup>487</sup> Die „gesellschaftlichen Kräfte“, die durch die Satzungsautonomie aktiviert werden sollen, sind in der GKV eben nicht die Krankenkassen allein, sondern die „gemeinsame Selbstverwaltung“ der Kassen und Ärzte. Das ist ein erneuter Hinweis auf die überragende Stellung des Gemeinsamen Bundesausschusses für die Allokation von Gesundheitsleistungen in der GKV.

Dennoch ist die Satzungsautonomie der Krankenkassen für unser Thema nicht ganz uninteressant. § 194 Abs. 2 SGB V bestimmt: „Die Satzung darf keine Bestimmungen enthalten, die den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung widersprechen. Sie darf Leistungen nur vorsehen, soweit dieses Buch sie zulässt“. Satz 1 nimmt auf den Vorrang des Gesetzes und damit auf eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit Bezug. Satz 2 stellt die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes ausdrücklich klar: Leistungen der GKV bedürfen zwingend einer gesetzlichen Grundlage. Das Bundessozialgericht hat jüngst ausdrücklich klargestellt, dass § 194 SGB V keine Ermächtigung der Kassen ist, in Form einer Satzungsregelung „die Vorschriften über die Gesetzesleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu erläutern oder auszulegen, noch, auf diese Weise die das Leistungsrecht interpretierende Rechtsprechung [...] zur Geltung zu bringen“. Die Kassen dürfen lediglich den Gesetzestext aus Gründen der Transparenz wörtlich wiederholen.<sup>488</sup> Daraus folgt umgekehrt eine Erkenntnis, die oben mit der Wesentlichkeitstheorie begründet wurde: Leistungskürzungen müssen auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes erfolgen.

### **III. Allokation durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA)**

#### **1. Das untergesetzliche Vertragsarztrecht**

Der GBA ist eine Einrichtung des Vertragsarztrechts, das die Summe derjenigen Normen ist, welche die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den bei der Verwirklichung der vertragsärztlichen Versorgung tätig werdenden Personen und Einrichtungen regeln. Diese Personen und Einrichtungen erbringen Leistungen zu Lasten der

---

<sup>487</sup> Aufzählung bei Hänlein in: LPK-SGB V 2003, § 194 Rz. 14.

<sup>488</sup> BSGE 89, 227 (232).

Krankenkassen für die Versicherten, so dass das Vertragsarztrecht – wie der Titel des Vierten Kapitels des SGB V klarstellt – ein Teilbereich des Leistungserbringungsrechts ist. Geregelt ist das Vertragsarztrecht vor allem in den §§ 72–106a SGB V, aber auch in anderen Titeln des Leistungserbringungsrechts wie in den §§ 115–123 und 135–139c SGB V.

Zum Vertragsarztrecht gehören auch die diversen untergesetzlichen Normen der sog. „gemeinsamen Selbstverwaltung“ von Kassenärztlichen Vereinigungen und Verbänden der Krankenkassen. Für diese Normen gilt eine Beobachtung, die zur gesetzlichen Krankenversicherung im Allgemeinen gemacht wurde, in besonderer Weise: Es gibt kaum ein anderes Rechtsgebiet, für das der Gesetzgeber „eine solche Vielfalt von Formen gestufter und arbeitsteiliger Erzeugung rechtlicher Regelungs- und anderer Steuerungsmedien geschaffen hat“.<sup>489</sup> Vielfältig sind auch die Normtypen, die Auswirkungen auf das Leistungsrecht zeitigen. Bereits der von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und den Spitzenverbänden der Krankenkassen abgeschlossene Bundesmantelvertrag lässt mit der Regelung von Modalitäten der ärztlichen Leistungserbringung und von Pflichten der Versicherten deren Leistungsanspruch nicht unberührt. Der Bundesmantelvertrag gibt den allgemeinen Inhalt der auf Landesebene vereinbarten Gesamtverträge vor, die ebenfalls Rechte und Pflichten der Versicherten begründen. Der von den Partnern des Bundesmantelvertrages durch den Bewertungsausschuss zu vereinbarende Einheitliche Bewertungsmaßstab legt fest, welche ärztliche Leistungen zu Lasten der Krankenkassen abgerechnet werden können, und bestimmt damit zugleich den Inhalt der ärztlichen Versorgung auch im Verhältnis zu den Versicherten.<sup>490</sup> Selbst die Qualitätssicherungsvereinbarungen nach § 135 Abs. 2 SGB V betreffen zumindest mittelbar durch die Regelung der Strukturqualität der vertragsärztlichen Versorgung die Rechte der Versicherten.<sup>491</sup>

Auswirkungen auf das Leistungsrecht haben insbesondere die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 92 SGB V (früher: Bundesausschüsse der (Zahn-) Ärzte und Krankenkassen, BA). Von besonderer Brisanz ist § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, der die Erbringung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu Lasten der Krankenkassen erst dann zulässt, wenn der GBA diese Methoden in Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB V als vertragsärztliche Leistungen empfohlen hat. Das 2. GKV-NOG hat in § 135 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V diesen Auftrag um die Ermächtigung zur Überprüfung auch „alter“

---

<sup>489</sup> Ebsen in: Schuln 1994b, § 7 Rdn. 3.

<sup>490</sup> § 87 Abs. 1 und 2 SGB V. Informativ zur Auswirkung auf das Leistungsrecht Ebsen 2000b S. 4 f.

<sup>491</sup> Engelmann 2000, S. 3.

Methoden erweitert. Demnach werden künftig alle Methoden ärztlicher Untersuchung und Behandlung mit Wirkung auch für die Versicherten bewertet. Auf die herausgehobene Stellung der Richtlinien weist bereits der gesetzliche Sicherstellungsauftrag mit der Bestimmung hin, dass die vertragsärztliche Versorgung „im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Richtlinien“ zu regeln sei.<sup>492</sup>

## **2. Zusammensetzung und Aufgaben des GBA**

§ 91 SGB V in der Fassung des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes hat die Bezeichnung, die Zusammensetzung und die Aufgaben des einstigen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen neu geregelt: Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft, die Bundesverbände der Krankenkassen, die Bundesknappschaft und die Verbände der Ersatzkassen bilden einen Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA), der – auch diese Aussage ist neu – rechtsfähig ist (Absatz 1). Das Adjektiv „gemeinsam“ zeigt an, dass der GBA die Rechtsnachfolge der Bundesausschüsse der Ärzte bzw. Zahnärzte und der Krankenkassen, des Ausschusses Krankenhaus<sup>493</sup>, des Koordinierungsausschusses<sup>494</sup> und der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Qualitätssicherung in der Medizin<sup>495</sup> antritt. Durch die Bildung des GBA soll eine Verbesserung der sektorübergreifenden Behandlung, eine Straffung und Vereinfachung der Entscheidungsabläufe und ein effektiverer Einsatz von Personal und sächlichen Mitteln erreicht werden.<sup>496</sup>

§ 91 Abs. 2 SGB V enthält die Grundregel zur Zusammensetzung des GBA und die Benennung der Mitglieder: Neben dem Vorsitzenden gibt es zwei weitere unparteiische Mitglieder. Die Kassenärztliche Bundesvereinigung entsendet vier Vertreter, die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung einen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vier. Diesen insgesamt neun Vertretern der Leistungserbringer sitzen neun Vertreter aus diversen Verbänden der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber. Diese Grundregel wird in den Absätzen 4 bis 7 nach Maßgabe der Gegenstände der Richtlinien modifiziert, wobei aber immer die Parität der „zwei Bänke“ erhalten bleibt.

Eine grundlegende Neuerung ist § 140f Abs. 2 SGB V: Die für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und

---

<sup>492</sup> § 72 Abs. 2 SGB V.

<sup>493</sup> § 137c SGB V a. F.

<sup>494</sup> § 137e SGB V a. F.

<sup>495</sup> § 137b SGB V a. F.

<sup>496</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 106.

behinderter Menschen bundesweit agierenden Patienten- und Behindertenverbände erhalten im GBA ein Antrags- und Mitberatungsrecht. Die Zahl dieser sachkundigen Personen soll höchstens der Zahl der von den Krankenkassen entsandten Mitglieder entsprechen. Ein Stimmrecht haben die Mitglieder dieser „dritten Bank“ nicht. Die Patientenvertreter arbeiten ehrenamtlich und können nicht auf Verwaltungsstrukturen zurückgreifen. Diese strukturelle Ungleichgewichtigkeit ist vorerst hinzunehmen, bis Erfahrungen Auskunft geben, ob und wieweit die Vorgaben und Intentionen des Gesetzgeber umgesetzt werden und eine weitere Professionalisierung der „dritten Bank“ anzustreben ist. Ein zweiter Weg zur Artikulation der Patienteninteressen ist der Patientenbeauftragte, der von der Bundesregierung jeweils für die Dauer einer Legislaturperiode bestellt wird (§ 140h Abs. 1 SGB V), ohne dem Bundestag angehören zu müssen. Der Patientenbeauftragte muss beteiligt, d. h. angehört werden „bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben“ (§ 140h Abs. 3 SGB V).<sup>497</sup> Es gibt für die Patienteninteressen kaum ein wichtigeres Vorhaben als den Erlass von Richtlinien des GBA.

Der Gesetzgeber hat dem GBA nicht nur die Aufgaben der Vorgängerausschüsse, sondern auch neue Aufgaben übertragen. Dazu gehört der Beschluss über Anforderungen an die Qualitätssicherung im ambulanten und stationären Bereich.<sup>498</sup> Eine weitere neue Aufgabe des GBA ist die Errichtung eines Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen<sup>499</sup>. Dieses fachlich unabhängige, rechtsfähige und wissenschaftlich ausgerichtete Institut hat die Aufgabe, „den dynamischen Prozess der Fortentwicklung der medizinischen und pflegerischen Leistungen zu sichern und die kontinuierliche Einbeziehung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse in eine qualitativ gesicherte Leistungserbringung zu gewährleisten“.<sup>500</sup>

Die zentrale Kompetenznorm ist nach wie vor § 92 Abs. 1 S. 1 SGB V: Der GBA beschließt die zur Sicherung der vertragsärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten. Ein weiterer Halbsatz spezifiziert diese Aufgabe: Der GBA kann dabei die Erbringung und Verordnung von Leistungen einschränken oder ausschließen, wenn nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht

---

<sup>497</sup> Zur Vertretung der Patienteninteressen s. Hänlein in: Kruse; Hänlein 2004, S. 154-157.

<sup>498</sup> §§ 136a, 137 SGB V.

<sup>499</sup> §§ 139a ff. SGB V.

<sup>500</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 127.

nachgewiesen sind. Satz 2 nennt dann in einer nicht abschließenden Aufzählung Regelungsgegenstände, über die der GBA Richtlinien beschließen soll. Die folgenden Absätze des § 92 SGB V präzisieren die Ermächtigungen zur Richtlinienggebung, regeln das Verfahren, einzelne Fragen des Rechtsschutzes und vor allem die Beteiligung von Organisationen der Leistungserbringer. § 92 Abs. 8 SGB V bestimmt schließlich, dass die Richtlinien des GBA Bestandteil der Bundesmantelverträge sind.

Die §§ 91, 92 und 94 SGB V gehören zum Vierten Kapitel des SGB V, das die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern regelt. Nun hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren die in der ursprünglichen Systematik des Gesetzes durchgehaltene Trennung von leistungs- und leistungserbringungsrechtlichen Normenkomplexen relativiert, indem er in leistungsrechtlichen Normen auf das untergesetzliche Vertragsarztrecht, insbesondere auf die Richtlinien des GBA verweist.<sup>501</sup> Ziel dieser Verweise ist die Präzisierung der leistungsrechtlichen Anspruchsnormen. Dabei bedient sich der Gesetzgeber unterschiedlicher Regelungstechniken. Eine Technik ist die Normierung des Anspruchs des Versicherten auf eine bestimmte Leistung bei gleichzeitiger Bestimmung, dass der GBA in Richtlinien nach § 92 SGB V das „Nähere über Art, Umfang und Nachweis“ der Leistungen regelt<sup>502</sup>. Eine andere Regelungstechnik ist die Normierung eines grundsätzlichen Anspruchs bei gleichzeitigem Ausschluss bestimmter Leistungsinhalte und der zusätzlichen Ermächtigung des GBA, Ausnahmen von eben diesem Ausschluss zuzulassen<sup>503</sup>. Hier reißt also der Gesetzgeber „Löcher“ in das Leistungsrecht und drückt zugleich dem Bundesausschuss „Nadel und Zwirn“ in die Hand, um einige dieser „Löcher“ zu stopfen. Diese Regelungstechnik stellt deutlicher noch als die erste klar, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Richtlinien für das Leistungsrecht und damit für die Versicherten verbindlich sein sollen. Diese Verbindlichkeit stellt § 91 Abs. 9 SGB V nunmehr auch ausdrücklich klar.

---

<sup>501</sup> Vgl. z. B. §§ 27 a Abs. 4, 28 Abs. 2 Satz 9, 28 Abs. 3, 29 Abs. 4, 30 Abs. 1 Satz 5, 30 Abs. 4 S. 11, 31 Abs. 1 S. 2, 33 Abs. 3 S. 2, 34 Abs. 1 S. 9, 35 Abs. 1, 37 a Abs. 2 SGB V.

<sup>502</sup> § 22 Abs. 5 SGB V. Vgl. auch §§ 25 Abs. 4 Satz 2, 26 Abs. 2, 27 a Abs. 4, 28 Abs. 3 Satz 1, 29 Abs. 4, 37 a Abs. 2 SGB V.

<sup>503</sup> § 28 Abs. 2 Satz 9, 30 Abs. 1 Satz 5, 31 Abs. 1 Satz 2, 33 Abs. 3 Satz 2, 34 Abs. 1 S. 9 SGB V.

### 3. Rechtsnatur der Richtlinien

Das Bundessozialgericht wertet in seiner neueren Rechtsprechung die Richtlinien des GBA als Rechtsnormen.<sup>504</sup> Die Literatur stimmt dieser Wertung überwiegend zu.<sup>505</sup> Den Einwand, es fehle im Verhältnis zu den Versicherten an einer Verbindlichkeitsanordnung<sup>506</sup>, hat der Gesetzgeber mit § 91 Abs. 9 SGB V entkräftet.<sup>507</sup> Strittig war zunächst, welchem Normtypus die Richtlinien zuzuordnen seien. Das Methadon-Urteil wertete sie als Satzung<sup>508</sup>, der 1. Senat als eine Art Verfassungsgewohnheitsrecht.<sup>509</sup> Heute ist dieser Streit durch die Erkenntnis entschieden, dass das Grundgesetz keinen Numerus Clausus der Rechtsnormen enthält, insoweit also „formoffen“ ist.<sup>510</sup> Damit ist gemeint, dass es auch Rechtsnormen akzeptiert, von denen es nicht ausdrücklich spricht. Gleichwohl verlangt es, dass diese Rechtsnormen sich den verfassungsrechtlichen Legitimationsmustern zuordnen lassen.<sup>511</sup> Das wichtigste Legitimationsmuster ist das demokratische Prinzip.

### 4. Demokratische Legitimation des GBA

#### a) Legitimationsdogmatische Grundlinien

Die Richtlinien sind Rechtsnormen. Rechtsetzung ist „amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter“, also Ausübung von Staatsgewalt. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG muss alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen, also demokratisch legitimiert sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in den 80er und 90er Jahren einen von *Böckenförde* konzipierten Demokratiebegriff weitgehend übernommen.<sup>512</sup> Unter „Volk“, von dem das gesetzte Recht „ausgehen“ muss, wird das Gesamtstaatsvolk verstanden. Verbandsvölker wie die Mitglieder der Sozialversicherungsträger sind keine (Teil-) Völker im Sinne von Art. 20

---

<sup>504</sup> BSGE 78, 70 (74 f.) – Methadon; 81, 54 (63) – immunbiologische Therapie; 81, 73 (80 f.) – immunaugmentative Therapie; 82, 41 (46 f.) – Bedarfsplanung.

<sup>505</sup> Anders Schimmelpfeng-Schütte 1999, S. 535: „fachkundige Äußerungen“; Di Fabio 1998, S. 454): „kooperativ zustandgekommene Normzwischenstufen“; Wimmer 1997, S. 227: „keine normative Wirkung“.

<sup>506</sup> Ossenbühl 1997, S. 499.

<sup>507</sup> GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) v. 25. 11. 2003 (BGBl. I S. 2190). Damit sind auch die in der Rechtsprechung geäußerten Bedenken gegen den Rechtsnormcharakter der Richtlinien erledigt. Vgl. LSG Hessen 31. 5. 2001 – L 14 KR /8/98; LSG Niedersachsen 23. 2. 2000 NZS 2001, 32.

<sup>508</sup> BSGE 78, 70.

<sup>509</sup> BSGE 81, 84.

<sup>510</sup> Axer 2000, S. 224.

<sup>511</sup> Hänlein 2001, S. 58 f.

<sup>512</sup> BVerfGE 83, 37 (50-53); E 83, 60 (71-76); E 93, 37 (66-74); Böckenförde in: HStR I, § 22 Rz. 9-57. Eine prägnante Zusammenfassung der Rechtsprechung jetzt in BVerfGE 107, 59 (86-88).



Abs. 2 S. 1 GG.<sup>513</sup> Zwischen dem Volk und der ausgeübten Staatsgewalt muss ein Legitimationszusammenhang bestehen. Dabei wird zwischen der sachlich-inhaltlichen und der personell-demokratischen Legitimation unterschieden, wobei letztere von der persönlichen Bestellung des Staatsgewalt ausübenden Amtswalters durch einen seinerseits demokratisch legitimierte Amtswalter abhängen soll („ununterbrochene Legitimationskette“). An diesem Punkt zeigt sich das zentrale Defizit eines Demokratieverständnisses, das das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG auf das Prinzip der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verkürzt: Bei der Rechtsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften ist der personelle Legitimationsstrang unterbrochen. Die strittige Frage, ob eine Totalsubstitution der personellen Legitimation durch die sachliche möglich ist, kann übergangen werden, da eine solche Substitution eine Regelungsdichte des ermächtigenden Gesetzes voraussetzt, die bei der Rechtsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften keinen Sinn macht. Also müssen die Richtlinien des GBA und mit ihnen fast das gesamte untergesetzliche Sozialversicherungsrecht verfassungswidrig sein. Soweit die Verfassungsrechtsprechung bis zur Emscher-Entscheidung.

In der Literatur versuchten einige Autoren zu retten, was zu retten ist. Nach einem selbstverwaltungsfreundlichen Ansatz soll es möglich sein, dass Selbstverwaltung als ein Realisationsmodus von Demokratie das Defizit der staatsvolkvermittelten Legitimation kompensiert.<sup>514</sup> Andere suchten nach einer Verfassungsnorm, die geeignet ist, das Legitimationsdefizit verfassungsunmittelbar zu rechtfertigen. Der eine wurde in Art. 87 Abs. 2 GG fündig<sup>515</sup>, der andere in Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>516</sup> Wieder andere prüften, ob das personelle Legitimationsdefizit nicht durch das in § 94 SGB V geregelte Beanstandungsrecht der demokratisch legitimierte Ministerialverwaltung kompensiert werden könne.<sup>517</sup> Überwiegend wurde aber die Verfassungsmäßigkeit des untergesetzlichen Richtlinienrechts bezweifelt.<sup>518</sup>

---

<sup>513</sup> Für die kommunale Selbstverwaltung wird eine Ausnahme gemacht, da Kommunen staatsähnliche Gebietskörperschaften, also Teilmölder sind.

<sup>514</sup> Emde 1991, S. 382-405.

<sup>515</sup> Böckenförde in: HStR I, § 22 Rz. 34; mit erheblichen Differenzierung auch Axer 2000, S. 299-309.

<sup>516</sup> Hänlein 2001, S. 151-153.

<sup>517</sup> Tempel-Kromminga 1994, S. 98, 100 f.; Kaltenborn 2000, S. 249.

<sup>518</sup> Nachweise bei Axer in: Schnapp; Wigge 2002, § 9 Rn. 38-69; Hebler 2002, S. 936; Butzer; Kaltenborn 2001, S. 333.

b) BVerfGE 107, 59 (Emscher Genossenschaft)

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Emscher Genossenschaft deutliche Korrekturen an seiner Rechtsprechung zum demokratischen Prinzip angebracht. Kernpunkt ist die Erkenntnis, dass unter dem Grundgesetz das demokratische Prinzip und die funktionale Selbstverwaltung nicht im Gegensatz zueinander stehen.<sup>519</sup> Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt. Der Gesetzgeber darf für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung einrichten, sofern dadurch ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert wird. Denn das Demokratieprinzip wird gestärkt, wenn der im Gesetz manifestierte Volkswille effektiv durchgesetzt wird.<sup>520</sup> Es müssen jedoch durch Regelungen über die Organisationsstruktur Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.<sup>521</sup> Der Gesetzgeber darf auch Selbstverwaltungsträger zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter ermächtigen, in einem allerdings begrenzten Umfang auch für ein Handeln gegenüber Nichtmitgliedern. Den Organen der Selbstverwaltung ist ein solches Handeln aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Dieser Einfluss ist gesichert, wenn die Aufgaben und Befugnisse der Organe *in einem Parlamentsgesetz ausreichend vorherbestimmt* sind und ihre Wahrnehmung der *Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt*.<sup>522</sup>

*Schnapp* hat anhand dieser verfassungsgerichtlichen Vorgaben die demokratische Legitimation des GBA durchgeprüft und im Ergebnis verneint.<sup>523</sup> Nicht alle seiner Argumente sind überzeugend. Die „Rechtsnatur“ des GBA wird jetzt in § 91 Abs. 1 S. 2 SGB V mit der Feststellung seiner Rechtsfähigkeit geklärt. Die gesetzlichen Vorgaben zur Organisationsstruktur und zum Verfahren sind so dürftig nicht.<sup>524</sup> Gleiches gilt für die

---

<sup>519</sup> BVerfGE 107, 59 (92).

<sup>520</sup> BVerfGE 107, 59 (99).

<sup>521</sup> BVerfGE 107, 59 (93).

<sup>522</sup> BVerfGE 107, 59 (94).

<sup>523</sup> Schnapp 2004, S. 504-506.

<sup>524</sup> Vgl. nur § 91 Abs. 3 SGB V.

diversen Ermächtigungen zum Erlass von Richtlinien. Es bleibt die angemahnte „Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter“. Die in § 91 Abs. 10 und in § 94 Abs. 1 SGB V angeordnete Aufsicht durch das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung wurde in der Literatur bisher als ungenügend angesehen.<sup>525</sup> Immerhin stellt § 91 Abs. 10 SGB V nunmehr durch einen Verweis auf das SGB IV klar, dass die Aufsicht sich auch auf die Aufstellung des Haushaltsplans bezieht und welche Prüfungen, Unterrichtungen und Aufsichtsmittel eingeschlossen sind. Neu ist das Erfordernis der Genehmigung der Verfahrensordnung und der Geschäftsordnung des GBA durch das Bundesministerium (§ 91 Abs. 3 SGB V). § 94 Abs. 1 SGB V räumt dem Bundesministerium die Befugnis zur Beanstandung der Richtlinien und zur Ersatzvornahme ein. Diese Befugnisse wurden durch das GMG zwar nicht erweitert, jedoch gibt es Anzeichen, dass das Ministerium die Richtlinien nicht mehr nur abnickt, sondern von seinen Befugnissen auch Gebrauch macht. So hat das Ministerium dem GBA mitgeteilt, dass es die Heilmittel-Richtlinien nicht beanstanden werde, wenn die Richtlinien um einige Regelungen ergänzt bzw. geändert werden.<sup>526</sup> Es ist zwar richtig, dass die Aufsicht nach § 94 SGB V nach überwiegender Meinung nur die Rechtsaufsicht, also nicht die Fachaufsicht einschließt. Es ist aber zu bedenken, dass die parlamentsgesetzlichen Ermächtigungen des GBA dichter als früher geregelt sind und jetzt auch einschlägige Rechtsprechung vorliegt, so dass der Unterschied zwischen Rechts- und Fachaufsicht geringer geworden ist. Deshalb überzeugt auch dieser Einwand nicht. Über die von Schnapp ebenfalls gerügte Unterrepräsentanz der betroffenen Interessen ist sogleich zu sprechen.

### *c) Sachverstand und Interessen im GBA*

#### *aa) Sachverstand*

Dass im GBA Sachverstand anzutreffen ist, liegt auf der Hand. Das gewährleisten die Vertreter der Vertragsärzteschaft und der Krankenhäuser, die in der Regel selbst Ärzte sind, und die Vertreter der Kassen, die beruflich mit den Fragen, über die zu beschließen ist, befasst sind. Sachverstand meint übrigens nicht nur den medizinischen, sondern auch den juristischen, der für die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und der ministeriell genehmigten Verfahrensordnung benötigt wird. Dass Sachverstand auch unter den Interessenvertretern der Patientinnen und Patienten anzutreffen ist, stellen die gesetzlichen

---

<sup>525</sup> Kaltenborn 2000, S. 266 f.

<sup>526</sup> Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherheit, Pressemitteilung Nr. 41 vom 16. 2. 2004.

Vorgaben in § 140f SGB V sicher. Die Aktivierung von Sachverstand für die Beschlüsse des GBA setzt nicht zwingend die Mitgliedschaft in diesem Gremium voraus. § 92 SGB V verpflichtet den GBA, vor Erlass der Richtlinien denjenigen Verbänden und Organisationen, welche die zu regelnden Leistungen erbringen, die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und diese Stellungnahme in die Entscheidung einzubeziehen.<sup>527</sup>

Schwieriger zu beurteilen ist die vom Bundesverfassungsgericht verlangte angemessene Berücksichtigung der betroffenen Interessen. Zunächst ist aber zu klären, wer Betroffener der Entscheidungen des GBA ist.

*bb) Interessen der Versicherten*

*Schnapp* bestreitet, dass die Richtlinien des GBA die Versicherten in rechtlich erheblicher Weise betreffen, d. h. rechtsmindernd in die Position eingreifen, die ihnen durch das Leistungsrecht des SGB V eingeräumt wird: „Weil die Versicherten nur Anspruch auf das haben, was ihnen das „System“ zur Verfügung stellt, wird ihre Rechtsstellung durch Richtlinien, die sich im Rahmen des höherrangigen Rechts halten, nicht nachteilig verändert“.<sup>528</sup> Das ist richtig, aber nicht eben weiterführend. Eine staatliche Maßnahme, die mit höherrangigem Recht übereinstimmt, kann die Rechte des Normadressaten in der Tat nicht nachteilig verändern. Die Rechtsprechung liefert aber genügend Beispiele dafür, dass Richtlinien die parlamentsgesetzlichen Ermächtigungen und Vorgaben des Leistungsrechts überschreiten und das Recht des Versicherten auf Krankenbehandlung beeinträchtigen. Für das in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Recht auf effektiven Rechtsschutz kommt es auf die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte an. Das sind die im SGB V gewährleisteten Rechte auf Krankenbehandlung. Ein subjektives Recht der Versicherten, das verletzt werden kann, ist aber auch die in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte „Freiheit zur Auswahl unter Arznei- und Hilfsmitteln, die ihnen als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden“.<sup>529</sup> Für die weiteren Leistungen des SGB V gilt nichts anderes. Die Beschlüsse des GBA betreffen also in erster Linie die rechtlich geschützten Interessen der Versicherten.

---

<sup>527</sup> Z. B. Abs. 1a S. 6: Spitzenorganisationen der Zahntechniker; Abs. 1b: Berufsorganisationen der Hebammen und Entbindungspfleger; Abs. 2 S. 5: Sachverständige der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft und Praxis sowie Arzneimittelhersteller und Berufsvertretungen der Apotheker; Abs. 3a: Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer und der Apotheker; Abs. 5: Rehabilitationsträger etc.; Abs. 6 S. 2: Spitzenorganisationen der Heilmittelerbringer; Abs. 7 S. 2: Spitzenorganisationen der Pflegedienste etc.; Abs. 7a: Spitzenorganisationen der Erbringer und Hersteller von Hilfsmitteln.

<sup>528</sup> Schnapp 2004, S. 507, 515.

<sup>529</sup> BVerfGE 106, 275 (305) – Festbeträge; E 97, 271 (286). Vgl. auch BSGE 78, 70 (84).

cc) *Interessen der Vertragsärzte und Krankenkassen*

Die starke Repräsentanz der Vertragsärzte, die auch in der Deutschen Krankenhausgesellschaft präsent sind, und der Verbände der Krankenkassen im GBA hat einen rechtlichen Grund: § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V verpflichtet die Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren und Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten. Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung haben darüber hinaus gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V einen besonderen Sicherstellungsauftrag. Der allgemeine und der besondere Sicherstellungsauftrag stellen noch einmal klar, um was es geht, nämlich um die Versorgung der Versicherten, die schließlich die ganze Veranstaltung GKV finanzieren. Die herausgehobene Stellung der Vertragsärzte im Verhältnis zu den anderen Leistungserbringern ist im übrigen auch verfassungsrechtlich legitimiert. Leistungsrechtliche Regelungen wie die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel sind geeignet, die Therapiefreiheit der Ärzte zu beeinträchtigen, nicht aber die Berufsfreiheit der nichtärztlichen Leistungserbringer.<sup>530</sup> Dabei ist zu erinnern, dass die Therapiefreiheit kein Privileg des Arztes, sondern von vornherein auf das Behandlungsinteresse des versicherten Patienten bezogen ist.<sup>531</sup>

dd) *Interessen der nichtärztlichen Leistungserbringer*

In der Literatur wird gelegentlich gefordert, die nichtärztlichen Leistungserbringer an der Rechtsetzung im GBA zu beteiligen.<sup>532</sup> Auch das BSG hat in seinem Vorlagebeschluss vom 14. 6. 1995 gerügt, dass die Arzneimittelhersteller an der Festsetzung von Festbeträgen nicht beteiligt werden.<sup>533</sup> Zu Recht wurde dagegen eingewandt, dass die Forderung nach einer Repräsentation der Arzneimittelhersteller im rechtsetzenden Gremium auf ein wirtschaftlich sinnwidriges Mitspracherecht des „Verkäufers“ an der Entscheidung des öffentlich-rechtlichen „Käufers“ über seine Preisvorstellungen oder gar über die Produktwahl hinausläuft.<sup>534</sup> Leistungserbringer, die nicht zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten verpflichtet sind, gehören nicht in den GBA. Auch hier beseitigt der Festbetragsbeschluss verbliebene Unklarheiten: Jede Umgestaltung im Leistungsrecht der GKV hat zur Folge, dass sich der Anspruch des Versicherten und damit auch der Umfang dessen verändert, woran die Leistungserbringer teilhaben. Das ist ein unvermeidbarer *Reflex*

---

<sup>530</sup> BVerfGE 106, 275 (304).

<sup>531</sup> S. oben A III 6.

<sup>532</sup> Sodan 2000, S. 586 f.; Schnapp 2004, S. 505 für die Heil- und Hilfsmittelerbringer.

<sup>533</sup> NZS 1995, 502 (512).

<sup>534</sup> Hänlein 2001, S. 298, 488 f.

geänderter Leistungsansprüche, aber *kein Eingriff* in die Berufsfreiheit der Leistungserbringer.<sup>535</sup> Es gibt also keinen verfassungsrechtlichen Grund für eine Beteiligung der nichtärztlichen Leistungserbringer im GBA. Umgekehrt: Eine Beteiligung würde eine angemessene Repräsentanz der betroffenen Interessen erheblich erschweren.

*ee) Angemessene Berücksichtigung der betroffenen Interessen*

Das Bundessozialgericht hat sich einmal ausführlich zur Repräsentanz der Interessen im alten Bundesausschuss (BA) geäußert. In der Methadon-Entscheidung werden der BA als Anstalt und die Richtlinien als Satzungen gewertet. Die Verleihung von Satzungsautonomie an Anstalten ist zulässig, „sofern der Gedanke der Betroffenen-Partizipation bei der Ausgestaltung der Entscheidungsgremien wenigstens durch Beteiligung der relevanten Gruppen seinen Niederschlag findet“.<sup>536</sup> Diese Voraussetzung sah das Bundessozialgericht als erfüllt an. Der BA bestehe aus Repräsentanten der Ärzte und Krankenkassen, die ihrerseits die Interessen der Versicherten und der Arbeitgeber einbringen. Gegen den antizipierten Einwand, das Behandlungsinteresse der Versicherten sei unterrepräsentiert, wird die These entwickelt, zwischen den beteiligten Gruppen bestehe „kein prinzipieller Interessengegensatz“. Die Versicherten seien an einem möglichst umfassenden Leistungsangebot, aber als Beitragszahler auch an „nur zweckmäßigen und wirtschaftlichen Behandlungen“ interessiert. Die Arbeitgeber hätten Interesse an niedrigen Beiträgen, aber gleichrangig auch an einer hochwertigen Krankenversorgung, also an gesunden Arbeitnehmern. Die Vertragsärzte seien an umfassenden Behandlungsmöglichkeiten interessiert, aber zugleich seien sie „aufgrund der Mechanismen von Budgetierung und Honorarverteilung darauf bedacht, dass ihre eigenen Behandlungsleistungen nicht durch zweifelhafte Maßnahmen anderer Vertragsärzte entwertet würden“.<sup>537</sup>

Die Angemessenheit der Repräsentanz des Behandlungsinteresses wurde in Literatur und Rechtsprechung bestritten. Die Repräsentanten der Krankenkassen sind vor allem Vertreter ihrer Unternehmen, deren Interessen sie im rauen Klima des Wettbewerbs wahrnehmen müssen und die sich nicht mit den Interessen der sie tragenden Mitglieder decken.<sup>538</sup> Sie sind vor allem an gesunden Versicherten mit geringem Behandlungsaufwand und an guten

---

<sup>535</sup> BVerfGE 106, 275 (301).

<sup>536</sup> BVerfGE 37, 1 (25).

<sup>537</sup> BSGE 78, 70 (81 f.).

<sup>538</sup> Heberlein 1999, S. 150.

Beitragszahlern interessiert.<sup>539</sup> Den entscheidenden Hinweis, warum das Bild der gleichlaufenden Interessen nicht stimmt, lieferte das LSG Niedersachsen: Die Ärzte, „deren wirtschaftliche Situation von möglichst vielen Behandlungsfällen zu maximalen finanziellen Bedingungen abhängt, nehmen im Bundesausschuss vornehmlich die Interessen der Vertragsarztseite wahr (siehe Entstehung und Ergänzung der sog. IGEL-Liste)“.<sup>540</sup> In der Tat zeigten die Vorgänge um die Liste „Individueller Gesundheitsleistungen“, dass die Ärzte unter der Bedingung der gedeckelten Gesamtvergütung kein Interesse an „umfangreichen Behandlungsmöglichkeiten“ in der GKV, sondern umgekehrt Interesse an möglichst vielen Leistungen haben, die privatärztlich liquidiert werden können. Deshalb war das Behandlungsinteresse der Versicherten im BA strukturell unterrepräsentiert.<sup>541</sup>

Die Besetzung des GBA trägt mit der „dritten Bank“ dieser Kritik Rechnung. Die Patientenvertreter sind zwar nicht stimmberechtigt, haben aber die Möglichkeit, das Ministerium anzuhalten, gegen bedenkliche Beschlüsse im Wege der Aufsicht einzuschreiten. Jedenfalls sind Verständigungen zu Lasten des Behandlungsinteresses im GBA nicht mehr ohne weiteres möglich. Nach ersten Aussagen scheint sich die Entscheidungsfindung bereits jetzt zu wandeln.<sup>542</sup> Und schließlich können die Versicherten gegen Richtlinien, die ihren Anspruch auf Krankenbehandlung unzulässig verkürzen, Rechtsschutz vor den Sozialgerichten mobilisieren, worüber sogleich zu sprechen ist. Es gibt also gute Argumente für die These, dass im GBA derzeit die Interessen der Versicherten angemessen vertreten sind.

## 5. Gerichtliche Kontrollpflichten

Der GBA ist gemäß § 92 Abs. 1 S. 1 SGB V ermächtigt, das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V umzusetzen. Dabei hat er die Vorgaben des höherrangigen SGB V zu beachten. Zu diesen Vorgaben gehören die in § 27 Abs. 1 und in anderen Normen des SGB V gewährleisteten Ansprüche auf Krankenbehandlung und andere Leistungen. Es ist die Aufgabe der Rechtsprechung, über die Einhaltung dieser parlamentsgesetzlichen Vorgaben und damit des Vorrangs des Gesetzes zu wachen. Vor etwa 10 Jahren wurde jedoch in der

---

<sup>539</sup> LSG Niedersachsen 23. 2. 2000 NZS 2001, 32 (35 f.).

<sup>540</sup> Ebd.; zustimmend Ebsen 2000a, S. 287 f.

<sup>541</sup> Neumann 2001a, S. 517.

<sup>542</sup> GBA, Newsletter des GBA Januar 2004, <http://www.g-ba.de/cms/upload/pdf/allgemeines/04-02-26-Newsletter-korr-01.pdf>, S. 8.

Rechtsprechung der Sozialgerichte eine Entwicklung eingeleitet, die eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle in Kauf nimmt.

Der 4. Senat des Bundessozialgerichts hatte im Urteil vom 16. 12. 1993 dargelegt, dass der Anspruch auf Krankenbehandlung nur Teilelemente einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage enthalte, nur ein „sog. Anspruch dem Grunde nach“, ein „subjektiv-öffentlich-rechtliches Rahmenrecht“ sei.<sup>543</sup> Das Gesetz habe die Konkretisierung dieses Rahmenrechts der kassenärztlichen Versorgung übertragen. Die Krankenkasse müsse sich die Tätigkeit des Vertragsarztes grundsätzlich als eigene zurechnen lassen und sei rechtlich an seine medizinische Erkenntnis gebunden und gehindert, in das Vertrauensverhältnis zwischen dem Versicherten und dem Vertragsarzt einzugreifen. Dieses Rechtskonkretisierungskonzept hat erhebliche Auswirkungen auf die *gerichtliche Kontrolldichte*. Mit der Verdünnung des Anspruchs auf Krankenbehandlung in eine offene Wertungsnorm geht eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle des untergesetzlichen Vertragsarztrechts, insbesondere der Richtlinien des BA einher. Diese Zurücknahme wird offensiv damit verteidigt, dass die Rechtsprechung nicht berufen sei, in medizinisch-wissenschaftlichen Auseinandersetzungen ihre am Einzelfall mittels ausgewählter Sachverständigen gefundene medizinische Ansicht an die Stelle des Regelwerkes des vom Gesetz autorisierten besonders sachkundigen BA zu setzen.<sup>544</sup> Das liest sich so, als ob der BA eine Letztentscheidungskompetenz habe.

Diese Linie wird in zwei Entscheidungen des 1. Senats aus dem September 1997 bestätigt. In BSGE 81, 84 ging es um einen Anspruch auf Erstattung der Behandlungskosten gemäß § 13 Abs. 3 SGB V eines verstorbenen Versicherten, der an der Duchenne'schen Erkrankung litt. Das ist eine Muskeldystrophie, die zu einer Gehunfähigkeit zwischen dem 8. und 12. Lebensjahr und im Endstadium zu einer Ateminsuffizienz führt. Die Erkrankten sterben meist vor dem 20. Lebensjahr. Die Schulmedizin kennt keine kausale Therapiemöglichkeit. Der Versicherte hatte bei der Krankenkasse erfolglos die Behandlung durch einen nicht als Vertragsarzt zugelassenen Arzt für Allgemeinmedizin mit einer „Bioresonanztherapie“ beantragt. Der 1. Senat wies die Klage ab, weil der BA diese neue Behandlungsmethode nicht gemäß § 135 Abs. 1 SGB V anerkannt hatte, die Methode also nicht zur „Behandlung“ im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB V gehöre.

---

<sup>543</sup> BSGE 73, 271 (280).

<sup>544</sup> BSGE 73, 271 (288).



Musste aber nicht geprüft werden, ob die „Bioresonanztherapie“ eine ausreichende und zweckmäßige Behandlung ist? Diese Frage, die von den Instanzgerichten bejaht worden war, wird vom Bundessozialgericht verneint. Der BA habe wie jeder Normgeber einen eigenen Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum, der erst dann überschritten wird, wenn er willkürlich entscheidet oder sich eine Korrektur der Entscheidungen des Gesetzgebers anmaßt. Einer darüber hinausgehenden Inhaltskontrolle unterliegen die Entscheidungen des BA aber nicht. Die Gerichte überprüfen nur, ob die Richtlinien in einem rechtsstaatlichen Verfahren formal ordnungsgemäß zustande gekommen sind und mit dem „Zweck der gesetzlichen Ermächtigung“ in Einklang stehen.<sup>545</sup> Der leistungsrechtliche Anspruchsrahmen wird also durch die Richtlinien in formeller und materieller Hinsicht abgesteckt; außerhalb dieses Rahmens hat der Versicherte grundsätzlich keine Leistungsansprüche.<sup>546</sup> Damit ist bereits gesagt, dass die NUB-Richtlinien den Umfang der den Versicherten von den Krankenkassen geschuldeten Leistungen verbindlich bestimmen: „Die Feststellung, dass eine [...] vertragsärztliche Behandlung dem geforderten Versorgungsstandard entspricht, obliegt nach dem Gesetz nicht der einzelnen Krankenkasse und – von dem Sonderfall eines „Systemversagens“ abgesehen – auch nicht den Gerichten, sondern dem Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen“.<sup>547</sup> Ein Systemversagen liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Überprüfung einer Behandlungsmethode gegeben sind, das Anerkennungsverfahren jedoch nicht oder nicht zeitgerecht durchgeführt wird. Nur in diesem Fall könne das Gericht, wenn es denn von der Wirksamkeit der Methode überzeugt ist, die Versorgungslücke zugunsten des Versicherten mit § 13 Abs. 3 SGB V schließen.<sup>548</sup> Danach haben die Gerichte im Ergebnis nur noch dann eine Letztentscheidungskompetenz, wenn der BA pflichtwidrig untätig geblieben ist.

Es ist richtig, dass dem GBA wie jedem Setzer exekutiven Rechts ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt<sup>549</sup>, da Normsetzung mehr ist als der bloße Nachvollzug gesetzlich vorformulierter Entscheidungen. Jedoch ist jede Ermächtigung begrenzt, und die Rechtsprechung hat darüber zu wachen, „dass die ermächtigte Instanz sich innerhalb dieser gesetzlichen Umfriedung bewegt und nicht etwa neues Recht schafft, sondern das vorhandene

---

<sup>545</sup> BSGE 81, 73 (85).

<sup>546</sup> BSGE 81, 54 (61).

<sup>547</sup> BSG 19. 2. 2002 NZS 2003, 206 (207 f.).

<sup>548</sup> BSGE 81, 54 (66).

<sup>549</sup> BSGE 81, 73 (85).

Gesetzesrecht lediglich verdeutlicht und korrigiert.<sup>550</sup> Die Weite der „gesetzlichen Umfriedung“ ist spezifisch für jede Ermächtigungsnorm zu ermitteln. Dieser Anforderung wird die globale Aussage, es könne nicht der Sinn eines Gerichtsverfahrens sein, die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft voranzutreiben oder in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung Position zu beziehen,<sup>551</sup> nicht gerecht. Diese Aussage ist zudem in mehrfacher Hinsicht fragwürdig. Die Gerichte müssen häufig in wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen eine Entscheidung treffen, man denke nur an Entscheidungen über die Gefährlichkeit technischer Anlagen wie Atomkraftwerke. Es ist auch nicht einzusehen, warum nur der GBA kompetent sein soll, den Streit der Mediziner zu entscheiden, nicht aber die Sozialgerichte mit Hilfe von Sachverständigen.<sup>552</sup> Vor allem ist zu bedenken, dass es bei der Entscheidung über die Verordnungsfähigkeit von Leistungen nicht nur um den medizinischen Sachverstand, sondern auch um *handfeste materielle Interessen* geht.<sup>553</sup> Noch einmal ist an die „Entstehung und Ergänzung der sog. IGEL-Liste“ zu erinnern.<sup>554</sup> Es mag ja sein, dass der GBA eine vergleichsweise „lobbyfeste Institution“ ist.<sup>555</sup> Seit der Besetzung der „dritten Bank“ mit Vertretern von Patienten- und Behindertenvertretern ist das sogar sehr wahrscheinlich. Die Kontrolle der Entscheidungen des GBA durch die Gerichte ist die Gewähr, dass er eine „lobbyfeste Institution“ bleibt.

Es gibt in der neueren Rechtsprechung *Anzeichen für eine strengere Kontrolle* des untergesetzlichen Vertragsarztrechts am Maßstab des parlamentsgesetzlichen Leistungsrechts.<sup>556</sup> So hat der 1. Senat wenige Monate nach den Entscheidungen vom September 1997 eine vorsichtige Korrektur an seiner Rechtsprechung zum Rahmenrecht angebracht. Er hält zwar daran fest, dass die vom BA erlassenen Arzneimittel-Richtlinien den Umfang und die Modalitäten der Versorgung mit verbindlicher Wirkung auch für die Versicherten regeln, betont aber zugleich unter Hinweis auf die ältere Rechtsprechung, dass der BA nicht die Befugnis hat, Inhalt und Grenzen des Arzneimittelbegriffs festzulegen. Deshalb macht die Feststellung Sinn, dass der BA den Rahmen seiner „Rechtsetzungsermächtigung“ nicht überschritten habe.<sup>557</sup>

---

<sup>550</sup> Schnapp 1999, S. 65.

<sup>551</sup> BSGE 81, 54 (69).

<sup>552</sup> Schlenker 1998, S. 415.

<sup>553</sup> Ossenbühl 1997, S. 503; Schimmelpfeng-Schütte 1999, S. 532 f.

<sup>554</sup> LSG Niedersachsen 23. 2. 2000 NZS 2001, 32 (35 f.).

<sup>555</sup> Behnsen 1999, S. 269.

<sup>556</sup> Diese Beobachtung teilt auch Axer 2002, S. 242.

<sup>557</sup> BSGE 81, 240 (242) – Diätkost.

Noch deutlicher wird die *Rückbesinnung auf den Vorrang des Leistungsrechts* in einem Urteil des 8. Senats.<sup>558</sup> Darin wird dem Bundesausschuss die Befugnis abgesprochen, über Inhalt und Grenzen des Krankheitsbegriffs zu bestimmen und dadurch Leistungseinschränkungen, die dem SGB V nicht zu entnehmen seien, vorzunehmen. Einige Instanzgerichte haben unter Berufung auf diese Rechtsprechung den Ausschluss der Verordnungsfähigkeit von Viagra durch die Arzneimittelrichtlinien für rechtswidrig erklärt.<sup>559</sup>

Der 8. Senat gibt zu erwägen, ob dem BA nicht auch für Wirtschaftlichkeitsfragen ein stark eingeschränkter Entscheidungsspielraum zukomme, da bereits der Verordnungsgeber gemäß § 34 Abs. 3 SGB V legitimiert sei, das Wirtschaftlichkeitsgebot umzusetzen.<sup>560</sup> In diesem Zusammenhang wird dargelegt, dass die gesetzliche Ermächtigungsnorm dem Ausschuss bei den NUB-Richtlinien einen weiteren Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum einräumt als bei den Arzneimittelrichtlinien. Der 1. Senat knüpft an diese Linie mit der Feststellung an, dass der Bundesausschuss nicht zum Erlass von Verordnungsverboten bei Heilmitteln ermächtigt sei, da die Verordnungsermächtigung des § 34 Abs. 4 und 5 SGB V eine anderweitige, abschließende Regelung sei.<sup>561</sup> Auch die Instanzgerichte zeigen dem Bundesausschuss die *Grenzen seiner Normsetzungsbefugnis* auf. So legt das LSG Niedersachsen dar, dass dem Bundesausschuss die Kompetenz sowohl für eugenische Entscheidungen als auch für die Anordnung von Rationierungsmaßnahmen fehlt.<sup>562</sup> Und das SG Köln stellt in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach einer summarischen Prüfung des medizinischwissenschaftlichen Sachverhalts fest, dass der Bundesausschuss mit dem Ausschluss der Hyperbaren Sauerstofftherapie die „Grenzen seines Bewertungsraumes“ überschritten habe.<sup>563</sup>

Nach einer Entscheidung des 1. Senats darf der GBA bei den Empfehlungen nach § 135 Abs. 1 SGB V nicht selbst über den medizinischen Nutzen der Methode urteilen. Vielmehr hat er nur die Aufgabe, sich einen Überblick über die veröffentlichte Literatur und die Meinung der einschlägigen Fachkreise zu verschaffen und danach festzustellen, ob ein durch wissenschaftliche Studien hinreichend untermauerter Konsens über die Qualität und

---

<sup>558</sup> BSGE 85, 36 (45) – erektile Dysfunktion.

<sup>559</sup> LSG Niedersachsen-Bremen 20. 8. 2003 – L 4 KR 24/02, Rn. 33 f.; LSG Nordrhein-Westfalen 27. 3. 2003 – L 5 KR 200/02, Rn. 34; SG Aachen 10. 9. 2002 – S 13 KR 20/02, Rn. 20; SG Dortmund 26. 7. 2002 – S 24 KN 81/01 KR, Rn. 18; SG Lüneburg 28. 2. 2000 NJW 2000, 2766.

<sup>560</sup> BSGE 85, 36 (45 f.).

<sup>561</sup> BSGE 85, 132 (141 f.).

<sup>562</sup> LSG Niedersachsen 23. 2. 2000 NZS 2001, 32 (38); SG Köln, Beschluss vom 31. 7. 2000 – S 19 KA 191/00 ER.

<sup>563</sup> SG Köln, Beschluss vom 31. 7. 2000 – S 19 KA 191/00 ER.

Wirksamkeit der in Rede stehenden Behandlungsweise besteht.<sup>564</sup> Wenn der GBA nur feststellen darf, was in der medizinischen Praxis angesagt ist, kann von einer „normativen Gestaltungsfreiheit“<sup>565</sup> kaum mehr die Rede sein. Der GBA wird zu einem Sachverständigenngremium. Dann aber ist es folgerichtig, die gerichtliche Kontrolldichte nach den Grundsätzen zu bestimmen, die für Entscheidungen von Sachverständigenngremien gelten. Über eine uneingeschränkte Einschätzungsprärogative oder gar Letztentscheidungskompetenz verfügt der GBA nicht mehr. Die Gerichte haben also zu prüfen, ob eine Behandlungsmethode dem medizinischen Standard entspricht. Das muss nicht bedeuten, dass ein Gericht in medizinisch-wissenschaftlichen Fragen seine eigene medizinische Ansicht an die Stelle der Richtlinien setzen darf. Jedoch muss das Ergebnis der Richtliniengebung, gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigen, denkgesetzlich nachvollziehbar sein.<sup>566</sup>

Was bis hierher zur Beurteilung der Wirksamkeit (ausreichend, zweckmäßig und notwendig) gesagt wurde, gilt nicht in gleicher Weise für die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne. Die Beurteilung des Verhältnisses von medizinischen und finanziellen Anliegen geht regelmäßig mit Wertungen einher. Also kommen insoweit zunächst einmal die Maßstäbe zum Einsatz, die von den Verwaltungsgerichten zu den wertenden Entscheidung der mit Sachverständigen und Interessenvertretern besetzten Ausschüsse entwickelt wurden.<sup>567</sup> Die gerichtliche Überprüfung ist insoweit auf eine Vertretbarkeitskontrolle, also darauf beschränkt, ob die Entscheidung willkürfrei und ohne sachfremde Erwägungen gefällt wurde. Diese eingeschränkte gerichtliche Kontrolle setzt aber ein Entscheidungsverfahren voraus, das in ausreichendem Maße sicherstellt, dass der Ausschuss neutral und distanziert entscheidet. Sobald es Anzeichen dafür gibt, dass die Interessen der Ärzte und Krankenkassen sich funktionswidrig überschneiden, unterliegen die Entscheidungen einer gesteigerten Inhaltskontrolle und unterfallen damit der Letztentscheidungskompetenz der Gerichte.<sup>568</sup> Ein Beispiel für eine solche funktionswidrige Überschneidung der Interessen der „zwei Bänke“ könnte ihre Einigung zu Lasten der nichtärztlichen Leistungserbringer sein. Ob die Einrichtung der „dritten Bank“ geeignet ist, solchen Verständigungen zu Lasten Dritter entgegen zu wirken, muss die künftige Entwicklung des GBA zeigen.

---

<sup>564</sup> BSG 19. 2. 2003 NZS 2004, 99 (100) – Bioresonanztherapie.

<sup>565</sup> BSG 6. 11. 2002 – B 6 KA 39/01 R, Rn. 22.

<sup>566</sup> Schimmelpfeng-Schütte 1999, S. 535.

<sup>567</sup> BVerwGE 12, 20 (26 f.); E 39, 197 (204); E 59, 213 (217); E 62, 330 (338); E 72, 195 (200); E 1 77, 75 (84 f.).  
Zusammenfassend Neumann 2001b, S. 411.

<sup>568</sup> Vgl. Roters 2003, S. 221 f.

Der Auftrag, den das Bundesverfassungsgericht den Gerichten bei der Festsetzung von Festbeträgen erteilt hat, gilt auch für die Richtlinien: Die gerichtliche Kontrolle ist geeignet, die *Rechte der Versicherten zu wahren*.<sup>569</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Auftrag inzwischen präzisiert. Eine Versicherte, die an einer seltenen und lebensgefährlichen Krankheit litt, begehrte ein Blutreinigungsverfahren, das der BA zwar überprüft, aber nur für andere Indikationen zugelassen hatte. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die ablehnende Entscheidung der Krankenkasse war erfolglos. Die Sozialgerichte hatten eine Erfolgsaussicht in der Hauptsache verneint, weil der Beschluss des BA bindend sei und ein Systemversagen nicht vorliege. Die Kammer konstatierte eine Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, das hier durch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verstärkt werde. Die Sozialgerichte hätten die Prüfung, ob der negativen Entscheidung des BA ein Systemverfahren zugrunde liege, nicht auf Verfahrensfehler beschränken dürfen. An dieser erweiterten Prüfungspflicht ändere der Sachverhalt, dass die Entscheidungen in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stehen, nichts. Denn nach Aktenlage sei jedenfalls nicht auszuschließen, dass der BA die Anforderungen an die Evidenz der zu fordernden Wirksamkeitsnachweise in Anbetracht dessen, dass es sich hier um eine sehr seltene Krankheit handeln könnte, überspannt habe. Die Sozialgerichte hätten der möglichen Fehlerquelle nachgehen müssen.<sup>570</sup>

#### **IV. Allokation durch die Verbände der Krankenkassen (Festbetragsfestsetzungen)**

##### **1. Organisation und Aufgaben der Verbände der Krankenkassen**

Die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen bilden in jedem Land jeweils Landesverbände, deren Mitglieder die Krankenkassen derselben Kassenart mit Sitz im Land sind (§ 207 Abs. 1 S. 1 und 3 SGB V). Die übrigen Krankenkassen bilden keine Landesverbände. Die gesetzlichen Aufgaben der Landesverbände werden bei diesen Kassen von der Bundesknappschaft bzw. von den Verbänden der Ersatzkassen wahrgenommen (§ 212 Abs. 3 und 5 SGB V). Die Landesverbände wiederum bilden jeweils einen Bundesverband (§ 212 Abs. 1 SGB V). Für Krankenkassen, die keine Landesverbände haben, wird die Bildung von Bundesverbänden gesondert geregelt (§ 212 Abs. 2, 3 und 5 SGB V).

---

<sup>569</sup> BVerfGE 106, 275 (310).

<sup>570</sup> BVerfG (Kammer) 19. 3. 2004 NZS 2004, 527 f.

Die Landes- und Bundesverbände sind Körperschaft des öffentlichen Rechts. § 213 Abs. 1 SGB V erklärt die Bundesverbände der Krankenkassen, die Bundesknappschaft, die Verbände der Ersatzkassen und die See-Krankenkasse zu Spitzenverbänden der Krankenkassen.

Eine wichtige Aufgabe der Landesverbände ist die Festsetzung von Festpreisen für Hilfsmittel gemäß § 36 Abs. 2 SGB V. Die Bundesverbände regeln vor allem im Zusammenwirken mit der Bundesebene der Leistungserbringer allgemeine Fragen der Leistungserbringung. Sie sind es auch, die gemäß § 91 Abs. 1 SGB V an der Bildung des Gemeinsamen Bundesausschusses beteiligt sind. Den Spitzenverbänden ist aufgegeben, sich über die von ihnen „einheitlich und gemeinsam“ zu treffenden Entscheidungen zu „einigen“ (§ 213 Abs. 2 S. 1 SGB V). Für den Fall des Scheiterns einer Einigung ist ein eigenes spitzenverbandliches Entscheidungsverfahren vorgesehen (§ 213 Abs. 2 S. 2-4 SGB V). Welche Entscheidungen zu treffen sind, ergibt sich aus den über das Gesetz verstreute Regelungen, die durch die Verwendung der Worte „gemeinsam und einheitlich“, bisweilen aber auch ausdrücklich auf § 213 Abs. 2 SGB V verweisen.<sup>571</sup> Ausdrückliche Verweise sind §§ 35 Abs. 6, 36 Abs. 3 SGB V, die die Festsetzung der Festbeträge für Arznei- und Verbandmittel sowie für Hilfsmittel betreffen. Damit ist die wichtigste Aufgabe der Spitzenverbände und der Landesverbände genannt.

## **2. Festsetzung von Festbeträgen**

Durch die Festsetzung von Festbeträgen sollen die Kostensteigerungen vor allem im Arzneimittelbereich gebremst werden. Der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen bestimmt in den Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Nr. 6 SGB V, für welche Gruppen von Arzneimitteln Festbeträge festgesetzt werden können. Kriterien der Gruppenbildungen sind identische bzw. vergleichbare Wirkstoffe und vergleichbare Wirkungen. Dabei muss gewährleistet werden, dass Therapiemöglichkeiten nicht eingeschränkt werden und Verordnungsalternativen zur Verfügung stehen. Bei der Gruppenbildung sind Sachverständige und Arzneimittelhersteller und Berufsvertreter der Apotheker anzuhören (§ 35 Abs. 1 und 2 SGB V).

Dann werden die Spitzenverbände der Krankenkassen tätig. Sie setzen „gemeinsam und einheitlich“ den jeweiligen Festbetrag fest. Dabei muss eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche sowie in der Qualität gesicherte Versorgung gewährleistet sein. Die

---

<sup>571</sup> Einzelheiten bei Hänlein in: LPK-SGB V, 2003, § 213 Rz. 6 f.

Festbeträge sind im Bundesanzeiger bekannt zu machen sind, Klagen gegen die Festsetzung haben keine aufschiebende Wirkung, ein Vorverfahren findet nicht statt. Die Rechtsfolgen der Festsetzung ergeben sich aus § 31 Abs. 2 und § 73 Abs. 5 Satz 3 SGB V. Die Krankenkasse trägt die Kosten für das Arzneimittel nur bis in Höhe des Festbetrags. Verordnet ein Arzt ein Arzneimittel, dessen Preis den Festbetrag überschreitet, muss er den Versicherten darauf hinweisen, dass dieser die Mehrkosten selbst tragen muss.

Die Spitzenverbände bestimmen gemäß § 36 Abs. 1 SGB V „gemeinsam und einheitlich“ Hilfsmittel, für die Festbeträge festzusetzen sind, und fassen gleichartige und gleichwertige Mittel in Gruppen zusammen. Die Festsetzung von Festbeträgen obliegt dann den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen. Die Rechtsfolge wird in § 33 Abs. 2 SGB V geregelt.

### **3. Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts**

Das Bundessozialgericht hatte die §§ 35 und 36 SGB V für verfassungswidrig gehalten und ein konkretes Normenkontrollverfahren beim Bundesverfassungsgericht eingeleitet.<sup>572</sup> Die Festbetragsregelung sei ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Arznei- und Hilfsmittelhersteller, der nicht gerechtfertigt werden könne, da die Ermächtigung zur Festsetzung von Festbeträgen gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verstoße. Die Festsetzung sei eine Rechtsnorm, die aber verfassungswidrig sei, weil sie keiner der verfassungsrechtlich zulässigen Normtypen zuordenbar sei. Das BSG unterstellte dem Grundgesetz also einen *numerus clausus* zulässiger Rechtsnormen.<sup>573</sup>

### **4. Festbetrags-Entscheidung (BVerfGE 106, 275)**

Das BVerfG hat am 17. 12. 2002 über die konkrete Normenkontrolle entschieden. Die Bedeutung dieser Entscheidung für das Leistungserbringungsrecht der GKV kann nicht hoch genug veranschlagt werden. Die Kernaussage lautet: Das Grundrecht der Berufsfreiheit der Pharmaunternehmen, der Optiker und der Hörgeräteakustiker wird von der Festsetzung von

---

<sup>572</sup> Vorlagebeschluss vom 14. Juni 1995 - 3 RK 20/94 NZS 1995, 502.

<sup>573</sup> Diese verfassungsrechtlichen (und europarechtlichen, s. unten B IV 5) Bedenken hatten den Gesetzgeber veranlasst, durch das Festbetrags-Anpassungsgesetz vom 27. 7. 2001 (BGBl. I S. 148) die Festsetzung der Festbeträge für Arzneimittel einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit vorzubehalten. Diese Ermächtigung war bis zum 31. 12. 2003 befristet.

Festbeträgen gemäß § 35 SGB V „nicht berührt“<sup>574</sup>. Die Argumentation ist zweistufig. Auf der ersten Stufe wird allgemein die Berufsfreiheit der Anbieter und Nachfrager als Marktteilnehmer in der bestehenden Wettbewerbsordnung erörtert<sup>575</sup>. Dabei wird, teilweise in wörtlicher Übernahme einiger Textblöcke aus der Glykol-Entscheidung, ausgeführt, dass die Reichweite der Berufsfreiheit von vornherein durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt wird, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen, und die Wettbewerbspositionen dem Risiko laufender Veränderungen je nach den Marktverhältnissen unterliegen<sup>576</sup>. Marktbezogene Regelungen, auf die die Marktteilnehmer treffen, greifen also nicht in den Schutzbereich ein, sondern definieren ihn. Art. 12 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht. Die berufliche Tätigkeit außerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung ist kein „vorstaatlicher Naturzustand“, keine „Freiheit der Berge“, sondern ein rechtlich strukturiertes Tätigkeitsfeld<sup>577</sup>. Es gibt zwar einen Unterschied zwischen Markt und sozialstaatlichem Leistungssystem, dieser Unterschied ist aber nur ein gradueller.

Der Übergang auf die zweite Argumentationsstufe wird durch diesen Satz eingeleitet: „Soweit Marktteilnehmer in ihrem Marktverhalten durch gesetzliche Regeln beschränkt werden, ist dies an ihren Grundrechten zu messen, nicht an denen der anderen Marktteilnehmer“. Regeln über Höchstpreise von Arznei- und Hilfsmitteln fallen in den Schutzbereich der Grundrechte der „Versicherten, aber auch der Ärzte“, nicht aber in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Leistungserbringer<sup>578</sup>. Eine faktisch mittelbare Auswirkung auf deren Berufsausübung sei ein „bloßer Reflex der auf das System der gesetzlichen Krankenversicherung bezogenen Regelung“. Die Abgrenzung von Eingriff und Reflex wird neu bestimmt: Nicht erst die Herausnahme von Krankheiten aus dem Leistungsrecht, sondern jede Änderung im Leistungsrecht ist trotz möglicherweise sogar erheblicher Auswirkungen auf die Leistungserbringer ein bloßer Reflex und kein Eingriff. Voraussetzung ist, dass die Regelung den Rahmen des Verwaltungshandelns einhält, der den Krankenkassen im System der Krankenversicherung zugewiesen ist<sup>579</sup>. Das ist der Fall, „wenn die Kostenübernahme gegenüber den Versicherten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung geregelt

---

<sup>574</sup> BVerfGE 106, 275 (298).

<sup>575</sup> BVerfGE 106, 275 (298 f.).

<sup>576</sup> BVerfGE 105, 252, 265.

<sup>577</sup> Zum Verhältnis „natürlicher Freiheit“ und „staatlich konstituierter Freiheit“ Lübke-Wolff 1988, S. 75-86; Cremer 2002, S. 93-98.

<sup>578</sup> BVerfGE 106, 275 (299). Zur rechtspolitischen Bedeutung dieser weit über die Festbetragsfrage hinausreichenden Entscheidung Hänlein 2003, 301 f.

<sup>579</sup> BVerfGE 106, 275 (299 f.).



wird“<sup>580</sup>. Dieser Rahmen wird durch die Offenlegung von Preisen nicht überschritten, da der dadurch verschärfte Wettbewerb auf dem Arzneimittelmarkt ein Mittel zur Umsetzung des gesetzlich angeordneten Wirtschaftlichkeitsgebots ist<sup>581</sup>. Der Vergleich der zwei Argumentationsstufen zeigt, um was es geht: Ebenso wenig wie marktkonforme Einwirkungen, auch wenn sie nachteilig sind, in den Gewährleistungsinhalt der Berufsfreiheit eingreifen, können systembezogene Einwirkungen, sofern sie im Rahmen des Amtshandelns bleiben, zu Eingriffen in das Grundrecht der Leistungserbringer führen.

Gleichwohl ist die Weigerung der Krankenkasse, die Kosten für die genannten Leistungen zu übernehmen, grundrechtsrelevant. „Berührt“ ist aber nicht die Berufsfreiheit der Leistungserbringer, sondern die Handlungsfreiheit der Versicherten (Art. 2 Abs. 1 GG), weil ihre Freiheit zur Auswahl unter den Leistungen, die als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden, eingeengt wird<sup>582</sup>. „Berührt“ wird auch die Berufsausübungsfreiheit des Arztes, weil die Verpflichtung zu wirtschaftlicher Verordnung sich auf die Therapiefreiheit auswirkt und die Ärzte die Versicherten auf die Pflicht zur Übernahme der Mehrkosten hinweisen müssen. Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit des Verfahrens bestehen nicht.<sup>583</sup> Die Festsetzung ist keine Rechtsnorm, sondern eine Allgemeinverfügung, da sie an einen zwar unbestimmten, aber im Anwendungszeitpunkt bestimmbar Personenkreis gerichtet ist. Die Regelung durch Allgemeinverfügung (= Verwaltungsakt) ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>584</sup>

Was aber ist, wenn die Versicherten ihren Sachleistungsanspruch nicht mehr realisieren können, weil die Leistungsbringer zu den in den Festbetragsfestsetzungen bestimmten Konditionen keine Verträge mehr abschließen? Dann sind die Spitzenverbände ihrer gesetzlichen Aufgabe nicht nachgekommen. In diesem Fall müssen die Fachgerichte tätig werden, aber nicht um die wirtschaftlichen Interessen der Leistungserbringer zu fördern, sondern um die Leistungsrechte der Versicherten zu wahren.<sup>585</sup> Fazit: Die gesetzliche

---

<sup>580</sup> BVerfGE 106, 275 (299).

<sup>581</sup> BVerfGE 106, 275 (300 f.). - „Bei einem Sachleistungssystem, bei dem das Entgelt für einzelne Produkte oder Leistungen nicht dem in Rechnung gestellt wird, dem diese zugute kommen, wird die Transparenz für die Nachfrager verbessert, wenn durch Kenntnis der Höchstpreislínie wirtschaftliches Verhalten von unwirtschaftlichem geschieden werden soll“ (303).

<sup>582</sup> BVerfGE 106, 275 (304 f.). Damit wird auch die in BVerfGE 16, 286, 303 f. offen gelassene Frage, ob das Recht des Versicherten auf Wahl des Leistungserbringers (Arztes) grundrechtlich gewährleistet ist, bejaht.

<sup>583</sup> BVerfGE 106, 275 (306)

<sup>584</sup> BVerfGE 106, 275 (307).

<sup>585</sup> BVerfGE 106, 275 (310).

Krankenversicherung ist keine Veranstaltung der Leistungserbringer, sondern ein System, das von den Versicherten finanziert wird und ihren Rechten zu dienen bestimmt ist.

## **5. AOK-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs**

Der Europäische Gerichtshof hat am 16. 3. 2004 über Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs entschieden. Es ging um die Frage, ob Zusammenschlüsse von Krankenkassen als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EG anzusehen sind, wenn sie Festbeträge festsetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten von Arzneimitteln übernehmen. Der EuGH hat diese Frage verneint, weil die Kassenverbände mit der Festsetzung nur einer Pflicht nachkommen, die ihnen § 35 SGB V auferlegt, um den Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit sicherzustellen. Sie verfolgen also bei der Festsetzung kein eigenes Interesse, das sich vom rein sozialen Zweck der Krankenkassen trennen ließe.<sup>586</sup> Der Generalanwalt hatte die Frage bejaht, weil die Krankenkassen in einem Wettbewerb um Mitglieder stehen. Anders der EuGH: Der Wettbewerb der Krankenkassen untereinander diene der Steigerung der Effizienz bei der Erfüllung der sozialen Aufgabe und dem Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit<sup>587</sup>, ist also gewissermaßen ein „öffentlich-rechtlicher“. Damit wird die in der deutschen Literatur anzutreffende Gleichsetzung „Wettbewerb = Markt = Unternehmen“ verworfen. Das ist rundum überzeugend.

## **V. Allokation durch Leitlinien**

### **1. Begriff und Entwicklungsgeschichte**

#### *a) Begriffsbestimmung*

Leitlinien ärztlichen Handelns legen generelle und abstrakte Regeln für die ärztliche Diagnose und Therapie bei typischen Krankheitsbildern fest.<sup>588</sup> Ihre Adressaten sind Ärzte und anderes medizinisches Personal, ihr Gegenstand ist die Formulierung, Erklärung und Begründung einer Abfolge diagnostischer und therapeutischer Behandlungsschritte. Leitlinien enthalten nicht nur naturwissenschaftliche Erkenntnisse, sondern auch wertende Elemente, die sich auf

---

<sup>586</sup> EuGH 16. 3. 2004 Rs. C-264/01 u. a. (AOK), RsDE 56 (2004), S. 53 (Rz. 61, 63) mit Anmerkung Bieback.

<sup>587</sup> EuGH 16. 3. 2004 Rs. C-264/01 u. a. (AOK), RsDE 56 (2004), S. 53 (Rz. 56) mit Anmerkung Bieback.

<sup>588</sup> Engelmann 2000, S. 217.

die empirischen Grundlagen von Aussagen, auf Wirksamkeitsbeurteilungen, auf Risikoabwägungen und auf Nutzenkalküle beziehen. Dies unterscheidet sie von Richtlinien und vertragsarztrechtlichen Normenverträgen, die eine Behandlungsmethode zulassen oder ausschließen, aber nur höchst ausnahmsweise Behandlungsschritte formulieren.<sup>589</sup>

#### *b) Erste Ansätze*

In Deutschland werden seit den 60er Jahren Leitlinien von den Körperschaften der ärztlichen Selbstverwaltung, nämlich der Bundesärztekammer (BÄK) und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV), herausgegeben, die zumeist interdisziplinär entwickelt wurden. So wurden von der KBV in den 70er Jahren Merkblätter zur Diagnostik und Therapie in der vertragsärztlichen Versorgung herausgegeben.<sup>590</sup> Ende der 70er Jahre wurde dies aus verschiedenen Gründen eingestellt, einer davon war die notwendige Aktualisierung, die nicht gewährleistet war: Es kam zu der Verurteilung eines Arztes in einem Schadensersatz-Prozess, bei der die sowohl in den Merkblättern als auch den Mutterschaftsrichtlinien zu findende Angabe über die notwendige Höhe eines Röteln-Titers, auf die er sich gestützt hatte, nicht mehr dem wissenschaftlichen Stand entsprach.<sup>591</sup> Hieran zeigt sich, dass der Rolle von Leitlinien in Schadensersatz- und Haftungsfällen eine ganz besondere Bedeutung zukommen kann.

Nach der Forderung des Sachverständigenrates Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen in seinem Sondergutachten 1995<sup>592</sup> sind Leitlinien in Deutschland in großer Menge entwickelt worden, jedoch genügten die zum großen Teil in nur zwei Jahren entstandenen Leitlinien, insgesamt über 300, den an sie zu stellenden wissenschaftlichen Ansprüchen lediglich in geringem Maße.<sup>593</sup> Buchborn stellt fest:

„So gleichen die in den letzten Jahren kurzfristig und manchmal hektisch zustande gekommenen, mehreren hundert Leitlinien der Fachgesellschaften und ihrer Expertengruppen mehr dem redaktionell verdichteten Inhalt von Lehrbüchern und Erfahrungssätzen eines tradierten Konsenses als wirklichen Standardisierungen mit gesicherter Wissensbasis.“<sup>594</sup>

Doch kurz nach dieser Flut an Leitlinien entstanden erste Initiativen zur Qualitätsverbesserung von Leitlinien, indem Beurteilungskriterien von Leitlinien für die

---

<sup>589</sup> Francke 2000, S. 172, 195.

<sup>590</sup> Kolkmann 2004, S. 1409; Hess 1997, S. 59.

<sup>591</sup> Hess 1997, S. 6.

<sup>592</sup> Sachverständigenrat 1995.

<sup>593</sup> Helou 1998, 3, 31; Gerlach 1997a, S. A 1453.

<sup>594</sup> Buchborn, 1997, S. 413.

medizinische Versorgung entwickelt wurden und sich die Entwicklung von Leitlinien mit Hilfe der Prinzipien evidenzbasierter Medizin durchsetzte.<sup>595</sup> Die Forderung, die das SGB V heute an Leitlinien stellt, ist folgerichtig: Sie sollen evidenzbasiert sein. Damit ist eine Methode der Validierung medizinischen Wissens angesprochen.

#### *c) Entwicklung der evidenzbasierten Medizin*

Mitte der 1990er Jahre wurde in Deutschland die seit den 1970er Jahren in den USA entwickelte evidence based medicine - ins Deutsche als evidenzbasierte Medizin übertragen - zunehmend rezipiert. Sie wird von ihrem prominentesten Protagonisten, D.L. Sackett, folgendermaßen definiert:

„Evidenzbasierte Medizin ist der gewissenhafte, ausdrückliche und vernünftige Gebrauch der gegenwärtig besten externen wissenschaftlichen Evidenz für Entscheidungen in der medizinischen Versorgung individueller Patienten. Die Praxis der evidenzbasierten Medizin bedeutet die Integration individueller klinischer Expertise mit der bestmöglichen externen Evidenz aus systematischer Forschung.“<sup>596</sup>

#### *d) Rationale der Evidenzbasierung*

Damit wurde das Erfahrungswissen in einer Zeit schneller wissenschaftlicher Fortentwicklung mit systematisch aufgearbeiteten Forschungsergebnissen ergänzt, um eine bestmögliche medizinische Diagnostik und Therapie zu erreichen. In der sich entwickelnden Vielfalt diagnostischer und therapeutischer Methoden fand die auf rationale Kriterien gestützte Medizin großes Interesse.<sup>597</sup> Sie stellt einerseits eine Möglichkeit dar, durch Studien belegte Ergebnisse in die tägliche Praxis zu übertragen. Andererseits gab sie Hinweise darauf, dass weite Teile der Medizin eben nicht evidenzgestützt sind, weil es zu vielen Fragen des klinischen Alltags keine Studien gibt. Auch das Design vorhandener Studien wurde mit Hilfe der evidenz-basierten Medizin kritisch hinterfragt: Im Bemühen um standardisierte Untersuchungsbedingungen mit möglichst geringem Risiko wurden viele Studien an jungen Männern durchgeführt, während die so entwickelten Medikamente bei vorwiegend älteren Patienten, Männern wie Frauen, zum Einsatz kommen. In einer Schätzung wären 75% der Krankenhauspatienten aus Studien auszuschließen, sofern man übliche Ein- und Ausschlusskriterien zugrunde legt.<sup>598</sup> Über die häufig vorhandenen Multimorbidität und die

---

<sup>595</sup> Gerlach, 1997b: A2118-20; Ärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung 1999; AWMF, ÄZQ 2001; Kolkman 2004, S. 1410.

<sup>596</sup> Sackett, 1996 Übersetzung nach Helou, S. 81.

<sup>597</sup> Raspe 2003, S. 689.

<sup>598</sup> Kolkman 2004, S. 1414.

Einnahme weiterer Medikamente können zusätzlich erhebliche Wechselwirkungen auftreten, die in klinischen Studien verborgen blieben. Seit der Auswertung von Studien im Rahmen der evidenzbasierten Medizin hat sich das Design klinischer Studien weiterentwickelt<sup>599</sup>: So werden zunehmend ältere Patienten in klinische Studien einbezogen, die Einbeziehung von Frauen ist sogar als Prüfgegenstand der Ethik-Kommissionen im seit August 2004 in Deutschland geltenden Arzneimittelgesetz vorgeschrieben.<sup>600</sup>

#### *e) Probleme der Evidenzbasierung*

Um den Stand der Wissenschaft zuverlässig zu bestimmen, bleibt jedoch wesentlich, wie die Ergebnisse der evidenzbasierten Medizin aus Studien extrahiert und bewertet werden: Es zeigen sich zahlreiche Probleme, die mit dem Bias von Veröffentlichungen insgesamt und von Veröffentlichungen in englischsprachigen Zeitschriften im Speziellen sowie dem Aufwand, den Studien der höchsten Evidenzstufe bedeuten, nur ansatzweise beschrieben sind.

In Veröffentlichungen besteht ein wesentlicher Bias darin, positive Ergebnisse öfter (und auch häufiger in englischsprachigen Zeitschriften) zu veröffentlichen als negative Ergebnisse.<sup>601</sup>

Der Abbruch von Studien und die Auswertung abgebrochener Studien werden häufig überhaupt nicht veröffentlicht, obwohl der in ihnen liegende Wissenszuwachs oft erheblich wäre.<sup>602</sup> Daher schlagen aktuell deutschsprachige Fachzeitschriften<sup>603</sup>, wie bereits englischsprachige im letzten Jahr,<sup>604</sup> ein öffentlich zugängliches Studienregister vor, in das Studien vor Beginn eingetragen werden müssen. Nicht in solche Register eingetragene Studien sollen dann in renommierten Fachzeitschriften nicht veröffentlicht werden. Damit wäre deutlich, welche und wie viele Studien zu bestimmten Fragestellungen geplant und begonnen wurden, auch wenn es aus verschiedenen Gründen später nicht zur Veröffentlichung kam. Dies wäre für die Planung von weiteren Studien zu einem Forschungsgegenstand, aber auch für die Bewertung von Studienvorhaben durch Ethik-Kommissionen von großem Vorteil. Entscheidend ist jedoch, dass eine Bestimmung des Standes der Wissenschaft unter solch einer selektiven Veröffentlichungspraxis nur verzerrt möglich ist.<sup>605</sup>

---

<sup>599</sup> Eitel 2002, S. 673; Knaebel 2005, S. 1437.

<sup>600</sup> § 40- 42 Arzneimittelgesetz.

<sup>601</sup> Biller-Andorno 2003, S. 685.

<sup>602</sup> Berliner Deklaration zur Pharmakovigilanz 2005, S. 11, 13; Biller-Andorno 2003, S. 685.

<sup>603</sup> Berliner Deklaration zur Pharmakovigilanz 2005, S. 11, 13.

<sup>604</sup> Clinical Trial Registration 2004, S. 1.

<sup>605</sup> Biller-Andorno 2003, S. 685 f.

Eine reine Datenbankrecherche zur Ermittlung des aktuellen wissenschaftlichen Standes, wie sie Metaanalysen häufiger zugrunde liegt, wird Zeitschriften, die in den großen Datenbanken nicht vertreten sind, immer übersehen, aber auch andere Publikationsformen wie Dissertationen. Daher wird gefordert, zur definitiven Klärung einer Fragestellung bzw. Erstellung einer Leitlinie die Datenbankrecherche mit einer Handrecherche zu ergänzen, um ein vollständigeres Bild der Forschungsergebnisse zu erreichen.<sup>606</sup>

*f) Darstellung der Ergebnisse klinischer Studien*

Die evidenzbasierte Medizin steht schließlich der relativen Angabe der Risikoreduktion, wie es in der medizinischen Wissenschaft üblich ist, sehr kritisch gegenüber und hat deshalb statt dieser das Maß „Number needed to treat“ (NNT) etabliert<sup>607</sup>: Dieses Maß gibt an, wie viele Menschen mit einer Methode behandelt werden müssen, um einen therapeutischen Vorteil zu erzielen. Es wird zunehmend eingesetzt und hat den Vorteil besserer Anschaulichkeit für Ärzte wie Patienten.<sup>608</sup> Soll mit einer Therapie zur Senkung der Blutfettwerte ein Herzinfarkt oder Schlaganfall verhindert werden, wird die Anzahl von Patienten angegeben, die mit dem die Blutfette senkenden Medikament therapiert werden müssen, um einen Todesfall zu verhindern. So beträgt dieser Wert je nach Vorerkrankung der Patienten 1:625 oder 1:16.<sup>609</sup> Bei einem nicht unerheblichen Nebenwirkungspotential stellt sich die Frage, eine wie hohe NNT zu rechtfertigen ist, bedeutet sie doch, wie viele Menschen ohne Effekt behandelt werden.<sup>610</sup> Gerade im Bereich der fettsenkenden Medikamente waren unter der Häufung einer bekannten Nebenwirkung, einem Muskelzerfall, der mit einer einfachen Laboruntersuchung zu diagnostizieren ist<sup>611</sup>, aber unerkannt zum Nierenversagen führen kann, mehrere Todesfälle aufgetreten.<sup>612</sup> Die Gabe der Medikamente beruhte auf der Evidenz zahlreicher Studien<sup>613</sup>, viele davon doppelblind randomisiert, dennoch zeigte sich unter Alltagsbedingungen ein anderes Nutzen-Risiko-Profil. Dies ist kein vereinzelter Effekt, sondern bei verschiedenen Substanzen in ähnlicher Weise aufgetreten (Felbamat<sup>614</sup>, COX 2 Antagonisten<sup>615</sup>), da ihm ein

---

<sup>606</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 36.

<sup>607</sup> Cook 1995, S. 452.

<sup>608</sup> Coquhoun 2004, S. 776.

<sup>609</sup> Scandinavian Simvastatin Survival Study Group 1994, S. 1383; Care Trial Investigators 1996, S. 1001; Coquhoun 2004, S. 776.

<sup>610</sup> Graham 2004, S. 2585.

<sup>611</sup> Ebd.

<sup>612</sup> Schaefer 2001, S. 511; Scheen 2001, S. 592.

<sup>613</sup> Als eine Untersuchung unter vielen mit mehr als 2000 Patienten: Coquhoun 2004, S. 771.

<sup>614</sup> Borowicz 2004, S. 289.

<sup>615</sup> Couzin 2004, S. 384.

systematischer Fehler zugrunde liegt: So werden in Studien in der Regel die positiven Effekte über- und die Neben- und Wechselwirkungen unterschätzt.

g) *Grenzen klinischer Studien*

Es zeigt sich in Studien unter kontrollierten klinischen Bedingungen häufig ein besseres Ergebnis als unter Alltagsbedingungen. Dafür sind z. B. die Studienpopulation, die geringere Einnahmetreue der Medikamente, eine veränderte Resorption durch nicht standardisierte Nahrungsaufnahme oder Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten verantwortlich.<sup>616</sup> Zunächst sind häufig Studienpopulationen nicht mit Patientenpopulationen vergleichbar und daher die Ergebnisse nicht ohne weiteres übertragbar.<sup>617</sup> Daher hat sich neben der Effizienz einer medizinischen Methode, dem Vorteil, den sie unter Studienbedingungen zu erbringen vermag, zur Beurteilung zusätzlich die Effektivität einer Methode, das Erzielen der Ergebnisse einer Methode unter Alltagsbedingungen, als wesentliches Maß etabliert.<sup>618</sup> Darin fließen neben der unterschiedlichen Populationen auch die *compliance*, die wiederum von den Nebeneffekten einer Therapie (z. B. Körperausdünstungen oder Geschmacksstörungen unter bestimmten Medikamenten) und der Machbarkeit im Alltag (z. B. der zeitliche Aufwand der Anwendung) abhängt, die zusätzliche Motivation unter Studienbedingungen und die für die Therapie optimal kontrollierten Bedingungen<sup>619</sup> im Rahmen einer Studie ein. Dabei besteht wiederum das Problem, dass ein Therapievorteil auf der Basis großer Zahlen für alle eine Standardtherapie empfehlenswert sein lässt, ohne individuelle Optimierungen durch Variationen.<sup>620</sup> Insgesamt ist eine kritische Haltung gegenüber neuen Substanzen, wie sie bei vielen Interviewpartnern vorhanden war,<sup>621</sup> berechtigt.

Schließlich sind kontrollierte randomisierte Doppelblindstudien am einfachsten mit Arzneimitteln, und wegen des hohen finanziellen Aufwandes am ehesten von Arzneimittelfirmen durchzuführen.<sup>622</sup> Damit sind jedoch keine unabhängigen Studienergebnisse gewährleistet. So zeigte sich in einer Metaanalyse von Studien zu

---

<sup>616</sup> Biller-Andorno 2003, S. 681, 688.

<sup>617</sup> Nircomand 2004, S. 1870.

<sup>618</sup> Perleth 2001, S. 329.

<sup>619</sup> Was lehren uns die großen Studien?, Der Arzneimittelbrief 1999, S. 26.

<sup>620</sup> Buchborn 1997, S. 415.

<sup>621</sup> „Also ich denke, gerade da ist eine konservative Vorgehensweise schon auch irgendwo gerechtfertigt, weil man ja sieht, der Einfluss der Industrie ist sehr stark, und die wollen natürlich bestimmte neue Substanzen sehr stark reinpuschen, und wenn man so Kongresse anhört, da werden jeden Monat neue Therapiestandards verkündet, und da denke ich, da sind die Fachgesellschaften, die versuchen das eher etwas träger, gar nicht so schlecht, weil das auch vieles bremst. Und neue Substanzen, die sehr, sehr gut sind, die kommen sehr schnell rein.“ Darstellung der Studienergebnisse unter C IV

<sup>622</sup> Biller-Andorno 2003, S. 687; Kolkman 2004, S. 1413.

Calciumantagonisten, einem gebräuchlichem Medikament bei Hypertonie und Herzerkrankungen, dass bereits der Aktienbesitz entsprechender Firmen bei den Studienverantwortlichen ein prognostischer Faktor für vergleichsweise ‚positivere‘ Studienergebnisse war.<sup>623</sup> Auch weist die Pharmaindustrie selbst darauf hin, wie durch gezielte Durchführung von Studien Einfluss auf Leitlinien genommen werden kann.<sup>624</sup> Hierbei hat gerade das Studiendesign häufig einen erheblichen Effekt auf das Erzielen signifikanter Ergebnisse, angefangen von einer Unterdosierung der Standardtherapie über Bildung von Untergruppen, in denen die Unterschiede Signifikanz erreichen.<sup>625</sup> Nichtmedikamentöse Therapieformen, die Behandlung chronischer Erkrankungen und Lebensqualitätsaspekte als schwermessbare, aber wesentliche Effekte für Patienten werden in kontrollierten klinischen Studien systematisch unterrepräsentiert sein.

#### *h) Bewertung und Wertimplikationen der Evidenzbasierung*

Insgesamt hat die evidenzbasierte Medizin weniger Eingang in klinische Entscheidungsfindung gefunden als angesichts des anfänglichen Interesses zu erwarten war. Raspe spricht davon, es fehle die Umsetzung als „evidence-based clinical medicine“, während sie zur Theorielegung einer „evidence-based health care“, entsprechend der Erwähnung im SGB V, und als theoretisches Konzept akzeptiert sei.<sup>626</sup> Die Einführung der evidenzbasierten Medizin hat zur kritischen Durchleuchtung der Wissensbasis und der Methoden der Forschung wie der Anwendung von Forschungsergebnissen einen großen Beitrag geleistet.<sup>627</sup> Dieser Entwicklung tragen Bundesärztekammer und KBV mit einem neu entwickelten Curriculum *Evidenzbasierte Medizin* Rechnung,<sup>628</sup> Es besteht allerdings die Gefahr, die durch Studienergebnisse vorhandene Evidenz zu überschätzen und die mit der Durchführung und Bewertung von Studien verbundenen systematischen Probleme zu unterschätzen. Die evidenzbasierte Medizin kann mit einem selbstkritischen Hinweis auf die Grenzen der eigenen Methode und der Betonung der studienkritischen Elemente wesentlich dazu beitragen, eine sinnvolle Nutzung der Evidenzbasierung zu ermöglichen.<sup>629</sup>

---

<sup>623</sup> Müller-Oerlinghausen 2004.

<sup>624</sup> Sattlegger 2003, S. 401.

<sup>625</sup> Müller-Oerlinghausen 2004.

<sup>626</sup> Raspe 2003, S. 693.

<sup>627</sup> Biller-Andorno 2003, S. 688.

<sup>628</sup> Weingart 2002, 2685.

<sup>629</sup> Biller-Andorno 2003, S. 688.



Zusammengefasst ist eine evidenzbasierte Medizin zwar die „vernünftigste“ Form der Medizin, aber auch dort kommt es zu systematischen Fehlern und blinden Flecken. Biller-Andorno schlägt daher vor, die Angemessenheit der Anwendung von Methoden der evidenzbasierten Medizin für verschiedene Krankheitsbilder zu überprüfen und bei der Erarbeitung evidenzbasierter Leitlinien Patienten mit einzubeziehen.<sup>630</sup> Im Rahmen von Allokationsentscheidungen kann die evidenzbasierte Medizin einen effizienten Umgang mit Ressourcen ermöglichen, indem sie aufzeigt, welche Maßnahmen nach aktueller Datenlage erfolgsversprechend sind. Sie kann somit unnötige oder riskante Maßnahmen ohne sicheren Effekt identifizieren helfen - und die Entscheidung für oder gegen eine therapeutische Maßnahme erleichtern.<sup>631</sup> Aber die Entscheidung selbst ist wegen individueller Gegebenheiten und Präferenzen eines Patienten weiterhin von einem Arzt verantwortlich zu treffen.<sup>632</sup> Damit kann den Maßstäben der *Benefizienz* und des *nil nocere* als primär ärztlichen Werten unter Beachtung der *Autonomie* des Patienten gefolgt werden. Durch eine effiziente Mittelverwendung können *Gerechtigkeits*aspekte berücksichtigt werden. Dennoch müssen die Grenzen der Methode gerade im Blick auf komplexe Krankheitsbilder und die problematische Datenerhebung in vielen Bereichen, die für Patienten vorrangig sind<sup>633</sup>, sowie die insgesamt lückenhafte Durchführung und Kenntnis von Studien beachtet werden.<sup>634</sup>

## 2. Evidenzbasierte Leitlinien

Nachdem die evidenzbasierte Medizin zunächst als Analyseinstrument für Einzelentscheidungen eingesetzt wurde, werden inzwischen Leitlinien zunehmend evidenzbasiert erstellt. Damit wird nicht mehr nach der Evidenz für eine einzelne Entscheidung gefragt, sondern für eine Regel bei bestimmten Befundkonstellationen. So wird die Evidenz aus Studien ein entscheidender Faktor und über den Konsensprozess mit Experten fließt klinische Erfahrung in Leitlinien ein.<sup>635</sup> Wie erwähnt, hat die evidenzbasierte Medizin als Grundlage von Leitlinien Eingang ins SGB V gefunden, sie wird in § 137 e als Maßstab der Beurteilung medizinischer Verfahren festgeschrieben. Damit soll sie dazu beitragen, dass die Gesundheitsversorgung so effizient wie möglich erfolgt, indem Maßnahmen mit nachweisbarem Nutzen in einer bestimmten Krankheitssituation zur

---

<sup>630</sup> Ebd., S. 686.

<sup>631</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 3.

<sup>632</sup> Buchborn 1997, S. 415.

<sup>633</sup> Biller-Andorno 2003, S. 681, 688.

<sup>634</sup> Berliner Deklaration zur Pharmakovigilanz 2005, S. 11, 13.

<sup>635</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 14.

Anwendung kommen, während solche mit unsicherer Wirksamkeit unterlassen werden. Damit sollen die eingesetzten Mittel, bezogen auf alle Versicherten, so effektiv wie möglich eingesetzt werden.<sup>636</sup>

a) *Bewertung seitens der Ärzteschaft*

Neben den oben angesprochenen Problemen mit der Umsetzung der evidenzbasierten Medizin als Grundlage von Leitlinien gibt es eine starke Bewegung in der deutschen Ärzteschaft, die sich gegen die evidenzbasierte Medizin sowie gegen unzulässige Festlegungen über Leitlinien wehrt und darin eine Entprofessionalisierung von Ärzten mit Verlust des „Definitionsmonopols gegenüber der Gesellschaft über Gesundheit und Krankheit“ und ärztlicher Therapie- und Entscheidungsfreiheit in Ausübung der Medizin sieht.<sup>637</sup> Ähnliche Tendenzen sind auch in der Ablehnung der Disease-Management Programme vertreten, beispielhaft die Äußerung des Präsidenten der Bundesärztekammer, Jörg-Dietrich Hoppe, bei der Ärztekammer Nordrhein im März 2002:

„Einen echten Paradigmenwechsel auch im ambulanten Sektor könnte die Vielzahl verbindlicher Behandlungsleitlinien mit sich bringen, wie sie jetzt auch in den neuen Programmen für chronisch Kranke – den Disease-Management Programmen – eingeführt wird.“ Der Spielraum für eine individuelle Therapie des Patienten werde durch solche Standards enger, was sich auch negativ auf den Behandlungserfolg auswirken könne. Hoppe: „Ich habe den Eindruck, dass einige der Befürworter dieser Programme am liebsten Checklisten anlegen würden, die von den Ärzten abzuarbeiten wären.“ Dabei werde übersehen, dass der Arztberuf untrennbar mit der Freiheit verbunden ist, im Gespräch und gemeinsam mit dem Patienten nach der individuell richtigen und Erfolg versprechenden Therapie zu suchen. Es sei zwar richtig gewesen, dass die Ärzteschaft selbst die Entwicklung von Leitlinien als Orientierungshilfe im Sinne von Fortbildung vorangetrieben habe, so Hoppe. „Eine schematische Checklistenmedizin aber, wie sie sich mancher Kassenfunktionär vorstellt, lehnen wir strikt ab“, sagte der Kammerpräsident.

Diese Ablehnung einer „Checklistenmedizin“ steht jedoch neben einem breiten Engagement der Bundesärztekammer und der wissenschaftlichen Fachgesellschaften in der Entwicklung und vor allem Weiterentwicklung von Leitlinien im Sinne qualitativ hochwertiger Instrumente als Entscheidungshilfen für Ärzte, die eine gute und effektive gesundheitliche Versorgung von Patienten ermöglichen sollen. Dies belegt eine weitere Äußerung von Jörg-Dietrich Hoppe anlässlich der Medica im Dezember 2004:

---

<sup>636</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 173.

<sup>637</sup> Kolkmann 2002, S. 1255ff.

Sicherheit und Weiterentwicklung der Qualität ärztlicher Arbeit gehören zum Selbstverständnis des Arztberufes und zu den originären Aufgaben ärztlicher Selbstverwaltung, erläuterte Hoppe. Deshalb seien nationale Leitlinien notwendig, die als Entscheidungshilfen dienen, den Kriterien der evidenzbasierten Medizin genügen und zugleich ständig den rasant wachsenden Möglichkeiten des medizinischen Fortschritts angepasst würden. Das Nationale Leitlinien-Programm unter der Schirmherrschaft der Bundesärztekammer sei die konsequente Weiterentwicklung einer solchen Leitlinienarbeit, so der Ärztepräsident.

In der angelsächsischen Tradition finden sich vorrangig diese Gesichtspunkte. Dort wird die Betonung der ärztlichen Selbstverpflichtung zu professionellem Handeln, wie dies die „Declaration of a new doctor“ in einer der angesehensten englischen Fachzeitschriften, dem *British Medical Journal*<sup>638</sup>, vorschlägt, als angemessene Reaktion auf den Vertrauensvorschuss der Gesellschaft und die damit verbundenen Privilegien eingeschätzt. Die von Teilen der deutschen Ärzteschaft als Deprofessionalisierung gesehene Entwicklung wird dort gerade als Professionalisierung eingestuft. Daneben zeigt sich in der deutschen Diskussion eine gewisse romantische Verklärung des Arztseins und der Arzt-Patienten-Beziehung, wenn die Ökonomisierung als allein von Seiten der Politik betrieben gesehen wird. Das Erbringen von individuellen Gesundheitsleistungen, die häufig gerade keine gute Evidenz für sich haben, findet in dieser Sichtweise keine Berücksichtigung.<sup>639</sup>

#### b) Leitlinien als »Entscheidungskorridor«

Eine Ursache für die Kritik an evidenzbasierten Leitlinien von Seiten der Ärzteschaft besteht in der Sorge, sich in Zukunft für die Nichtbeachtung von Leitlinien Haftungsansprüchen ausgesetzt zu sehen. Wesentlich scheint allerdings auch das ärztliche Selbstverständnis, das immer wieder auf die ärztliche Kunst rekurriert, die sich eben nicht auf das Abarbeiten einer Leitlinie reduzieren lasse. So äußerte sich auch ein Chefarzt in einem Interview der unter C IV detailliert ausgeführten Untersuchung, dass er sich die Freiheit nehme, manchmal aus Intuition, gerade eben ohne rationale Begründung, von den sonst bei ihm üblichen Leitlinien abzuweichen:

#### Zitat 1

Wir sind relativ stark in Behandlungspfade eingebunden. Diese Behandlungspfade verlassen wir äußerst ungern. Der Behandlungspfad bei Infekten, z. B. bei akuter Leukämie, wo es wirklich darauf ankommt, ist durch eine Empfehlung der Paul-Ehrlich Gesellschaft vorgegeben. Was darin nicht vorkommt, hat der Kollege nicht zu verwenden ungeachtet dessen, was Vertreter der Industrie dazu versprechen... Das

---

<sup>638</sup> Sritharan 2001.

<sup>639</sup> Raspe 2003, S. 693.

Problem, das ich befürchte, dürfte sein, dass in der Bundesrepublik die Leitlinien justiziabel werden. Das ist dann das Ende der ärztlichen Therapiefreiheit. ...

Eine Leitlinie ist ein Entscheidungskorridor, aber ich muss aus diesen Leitlinien ausbrechen können, gut begründet. ... Manches Mal, in seltenen Fällen, gibt es so etwas wie ein Bauchgefühl, je nachdem, wie lang man schon im Fach ist und wieviele Fälle man gesehen hat. Da tut man sich manches Mal schwer, dieses zu begründen. Ich möchte auf dieses nicht verzichten, man nimmt das ja nicht oft in Anspruch. Gelegentlich hast du dem nicht nachgegeben und du ärgerst dich im Nachhinein: warum bist du nicht deinem ersten Gedanken nachgegangen, du hast ja doch recht gehabt. Aber dann sucht man nach Gründen und findet diese nicht. Je länger Sie im Metier tätig sind, und Kliniker sind mit Leib und Seele, da haben Sie so manches Mal Intuitionen, und das können Sie nicht begründen, ich jedenfalls kann sie nicht begründen. Ich weiß nicht, womit man das begründen soll, das geht dann einfach nicht. Dann ärgere ich mich, dass ich dem nicht nachgeben darf. Vereinzelt gehe ich dem dann doch nach, und diese Möglichkeit muss weiterhin offen sein. Und das ist natürlich so ein Moment, wo das justiziabel ist: Der hat die Leitlinie verlassen, kann es nicht erklären, kommt vor den Kadi, und dann ist es geschehen, dann ist es das Ende der Therapiefreiheit, nicht nur der Therapiefreiheit, das Ende der ärztlichen Kunst.

Um der individuellen Ausgestaltung im Einzelfall Rechnung zu tragen, werden Leitlinien häufig als Korridor<sup>640</sup> bezeichnet, die den üblicherweise rational begründeten Rahmen vorgeben. Dieser wird unter Beachtung der individuellen Situation, der individuellen Präferenzen des Patienten und der Erfahrungen des Arztes ausgefüllt, so dass Leitlinien kein zwangsläufiges Handeln zur Folge haben. Dennoch ist zu erwarten, dass über die Etablierung von Leitlinien im klinischen Alltag ein Abweichen zunehmend begründungsbedürftig wird. Eine Beurteilung des Erfolges *ex post* dürfte hierfür jedoch kein sinnvolles Kriterium, allenfalls ein Indiz sein, da auch begründetes und sinnvolles Handeln nicht automatisch zum Erfolg führt.

Ob Leitlinien in Allokationsentscheidungen hilfreich sein können, ist noch ungeklärt. In Leitlinien soll der aktuelle Stand der medizinischen Wissenschaft niedergelegt werden. Sobald eine Methode in Diagnostik oder Therapie nach der Studienlage erfolgversprechend ist, findet sie Eingang in entsprechende Leitlinien. Die Forderung an Leitlinien, sie sollten eine Antwort auf folgende Fragen sein: was ist notwendig? was ist in Einzelfällen hilfreich? was ist überflüssig?<sup>641</sup> - bezieht somit zu einer Definition des medizinisch Notwendigen Stellung. Notwendig wäre hiernach, was nach Studienlage erfolgversprechend ist. Für Allokationsentscheidungen wäre jedoch eine Bewertung verschiedener Therapieoptionen unter Kosten-Nutzen-Aspekten erforderlich. Die Hoffnung ist jedenfalls, dass über die

---

<sup>640</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 6.

<sup>641</sup> Stegers 1999, S. 74.

Implementierung von Leitlinien eine rationale und effiziente Mittelverwendung gelingt, sowie über eine optimierte Therapie Komplikationen und Folgekrankheiten verhindert und so Kosten eingespart werden.<sup>642</sup>

### 3. Leitlinienentwicklung

#### a) Begriffsdefinition

Leitlinien sind definiert als „systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen“. Mit dieser Aussage beginnt das Leitlinien-Manual<sup>643</sup>, das von der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) und der Ärztlichen Zentralstelle Qualitätssicherung (ÄZQ), einer gemeinsamen Einrichtung von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung, im Jahr 2001 herausgegeben wurde. Es stellt Leitlinien, ihre Erstellung, ihre Anwendung und Evaluation dar. Damit wird über standardisierte Vorgaben ein weiterer Schritt in der Qualitätsverbesserung von Leitlinien erreicht.

Eine ausführlichere Beschreibung von Leitlinien fasst wesentliche Punkte in Form einer Definition zusammen:

- Leitlinien sind systematisch entwickelte Darstellungen und Empfehlungen mit dem Zweck, Ärzte und Patienten bei der Entscheidung über zweckdienliche Maßnahmen der Krankenversorgung unter spezifischen klinischen Umständen zu unterstützen.
- Leitlinien geben den Stand des Wissens (Ergebnisse von kontrollierten klinischen Studien und Wissen von Experten) über effektive und zweckdienliche Krankenversorgung zum Zeitpunkt der Drucklegung wieder.
- In Anbetracht der unausbleiblichen Fortschritte wissenschaftlicher Erkenntnisse und der Technik müssen periodische Überarbeitungen, Erneuerungen und Korrekturen vorgenommen werden.
- Leitlinien der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften werden in einem dreistufigen Prozess entwickelt. Für die kurzfristige Leitlinienerstellung reicht die Expertengruppe aus. Die mittelfristige und Dauerlösung sollte sich der Technik des nominalen Gruppenprozesses, der Konsensus- und Delphikonferenz bedienen.

---

<sup>642</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 71.

<sup>643</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 3.

- Die Empfehlungen der Leitlinien können nicht unter allen Umständen angemessen genutzt werden. Die Entscheidung darüber, ob einer bestimmten Empfehlung gefolgt werden soll, muss vom Arzt unter Berücksichtigung der beim individuellen Patienten vorliegenden Gegebenheiten und der verfügbaren Ressourcen getroffen werden.<sup>644</sup>

In dieser Definition werden Richtlinien von Leitlinien eindeutig abgesetzt:

- Richtlinien sind Handlungsregeln einer gesetzlich, berufsrechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution, die für den Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich ziehen kann. Richtlinien unterscheiden sich im Hinblick auf diese Verbindlichkeit deutlich von „Leitlinien“.

#### *b) Qualitative Bewertung von Leitlinien*

Seit 1995 wurde von AWMF und ÄZQ ein Leitliniensystem aufgebaut, wobei Leitlinien selbst, die bis zu diesem Zeitpunkt in Deutschland häufig von nicht zufriedenstellender Qualität und teilweise widersprüchlich waren<sup>645</sup>, in der Ärzteschaft weithin umstritten waren und in Teilen weiterhin umstritten sind<sup>646</sup>. Es lässt sich jedoch zeigen, dass deutsche Leitlinien in den vergangenen Jahren vermehrt internationalen Standards genügen. In einer Übersicht über in Deutschland vorhandene Leitlinien in den Jahren 1998-2003 zeigt sich eine Zunahme höherwertiger Leitlinien.<sup>647</sup>

Nach Schritten ihrer Entwicklung und den zugrunde liegenden Quellen werden Leitlinien in drei Klassen eingeteilt, die mit S1-3 bezeichnet werden.<sup>648</sup> Hierbei entsprechen Leitlinien, die in einer Expertengruppe entwickelt werden, der Klasse S1. Findet dagegen ein formaler Konsensfindungsprozess statt, handelt es sich um S2, die bei Verwendung evidenzbasierter Quellen zu S2e wird. Eine mit S3 bezeichnete Leitlinie wurde systematisch entwickelt: Sie wird nach einer logischen Analyse und Evidenzbasierung, mit einem Verfahren einer formalen Konsensfindung, in das die Erfahrung der Experten einfließt, schließlich einer Outcome- und Entscheidungsanalyse unterzogen. Dieser Prozess ist sehr aufwändig und soll nun vom neuen Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit übernommen werden. Wesentlich

---

<sup>644</sup> Ebd., S. 6.

<sup>645</sup> Buchborn 1997, S. 413.

<sup>646</sup> Kolkman 2002, S. 1255ff; Kolkman 2004, S. 1409, 1414.

<sup>647</sup> Kopp 2003, S. 734.

<sup>648</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 14.

für die Entwicklung einer validen Leitlinie ist die Einbindung interdisziplinärer Experten von Anfang an, so sollten auch Patienten einbezogen werden.<sup>649</sup>

Neben der Entwicklung neuer Leitlinien müssen bestehende Leitlinien in ihrer Qualität verbessert und an neue Ergebnisse angepasst werden. Leitlinien und ihr Effekt in der Umsetzung sollten evaluiert werden und sie selbst über Fortbildung Eingang in die tägliche Praxis finden. Hierfür werden Leitlinien häufig in verschiedenen Versionen aufbereitet, wie in einer Langversion, die alle Punkte mit Erläuterungen und Begründung enthält, dazu einer Kurzversion für den täglichen Umgang und einer allgemeinverständlichen Aufbereitung für Patienten<sup>650</sup>. Die durchschnittliche Dauer einer Leitlinienentwicklung der Klasse S3 dauert, je nach Thema und Umfang der zu bewertenden Evidenz, etwa zweieinhalb Jahre.

Aus den Reihen der ärztlichen Selbstverwaltung stammen heute vorwiegend die evidenzbasierten Leitlinien der Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft. Darüber hinaus wurden seit 1993 auf Grundlage der Qualitätssicherungs-Richtlinien der KBV vertragsärztliche Qualitätszirkel gemäß § 75 Abs 7 SGB V etabliert. Weiterhin gibt es seit 1999 unter Kooperation mit der DKG und den Spitzenverbänden der GKV, seit 2002 auch der PKV und der gesetzlichen Rentenversicherung das Leitlinien-Clearingverfahren unter Federführung von BÄK und KBV, angesiedelt bei der Ärztlichen Zentralstelle Qualitätssicherung, das einer Vereinheitlichung und Qualitätsverbesserung von Leitlinien dienen soll.<sup>651</sup> Beispielsweise fand Anfang 2000 ein Leitlinien-Clearingverfahren „Hypertonie“ statt, bei dem aus 132 vorhandenen überregionalen Leitlinien 11 den formalen Standards entsprochen haben, die in der Folge auch inhaltlich bewertet wurden.

Die Medizinischen Fachgesellschaften, insgesamt mehr als 120, sind in einer bundesweiten Arbeitsgemeinschaft (AWMF) zusammengeschlossen, die mit einer Leitlinien-Clearingstelle die Förderung der Interdisziplinarität und Qualität der Leitlinien ihrer Mitgliedsgesellschaften erreichen und sichern will. Diese Clearingstelle versteht sich als internes Qualitätsmanagement bei der Leitlinienerstellung – im Gegensatz zu der externen Qualitätssicherung des Leitlinien-Clearingverfahrens der BÄK und KBV.<sup>652</sup>

---

<sup>649</sup> Ebd., S. 33.

<sup>650</sup> Gerlach 1999, S. 119.

<sup>651</sup> ÄZQ 1999. Zum Ende des Jahres 2004 haben die Verbände der Krankenversicherer den Kooperationsvertrag gekündigt, das Leitlinienclearingverfahren soll mit den anderen Kooperationspartnern in einem „Clearingverfahren für Leitlinien/Evidenz in der Medizin“ weitergeführt werden.

<sup>652</sup> AWMF, ÄZQ 2001, S. 48.

#### 4. Wertimplikationen

Damit lässt sich zusammenfassen, dass trotz der Kritik an Leitlinien aus der Ärzteschaft sowohl die Organe der Selbstverwaltung als auch die wissenschaftlichen Fachgesellschaften die Weiterentwicklung und Qualitätsverbesserung von Leitlinien in großem Umfang fördern. Die Wertimplikationen ähneln denen der evidenzbasierten Medizin mit den primär ärztlichen Werten *Benefizienz* und *nil nocere* unter Beachtung der *Patientenautonomie*, die gerade durch die Einbeziehung von Patienten in die Entwicklung von Leitlinien betont wird. Über die Identifikation effizienter Maßnahmen können unnötige Ausgaben vermieden werden, und eine leitliniengerechte Behandlung fördert die Gleichbehandlung ohne Ansehen der Person. Das einvernehmliche Vorgehen der verschiedenen Akteure im Gesundheitssystem wie im Leitlinien-Clearingverfahren stärkt zudem die Akzeptanz der Maßnahmen und fördert in der Kooperation Synergieeffekte. Im Engagement der Selbstverwaltung zeigt sich jedoch auch der Wunsch, die „Definitionsmacht“ und den Einfluss auf die Gestaltung ärztlichen Handelns zu behalten.<sup>653</sup>

#### 5. Rechtsnatur

„Ärztliche Leitlinien sind selbstregulative Akte professioneller Normsetzung und als solche eines der bedeutendsten Mittel medizinischen Lernens.“<sup>654</sup> Sie sind keine Rechtsnormen. Das erklärt sich nicht schon damit, dass sie überwiegend von privatrechtlich verfassten medizinischen Fachgesellschaften beschlossen werden, sondern mit dem Fehlen eines gesetzlichen Geltungsbefehls. Als private Normen, denen das für Recht konstitutive Zwangselement fehlt, können sie nicht mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Rechtlich verbindlich können sie nur infolge einer Rezeption durch andere Institutionen und Organe werden. Ob die Verbindlichkeit eintritt, bestimmt sich nach dem Recht der rezipierenden Institutionen.<sup>655</sup>

---

<sup>653</sup> Gerlach 1997b, S. 2118-20.

<sup>654</sup> Hart 2002, S. 268; Mengel 2004, S. 97.

<sup>655</sup> Francke 2000, S. 174.



## 6. Rechtliche Relevanz von Leitlinien

### a) *Rezeption im Arzthaftungsrecht*

Rechtliche Bedeutung können Leitlinien im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess in doppelter Hinsicht erlangen.<sup>656</sup> Erstens können sie bei der materiell-rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Behandlungspflichten relevant werden. Da sie der Gewährleistung des für eine Behandlung erforderlichen ärztlichen Standards dienen, sind sie bei der Ermittlung dieses Standards eine beachtliche Erkenntnisquelle.<sup>657</sup> Allerdings ist im Arzthaftungsprozess immer die konkrete Behandlungssituation des einzelnen Patienten maßgebend. Deshalb gibt eine Leitlinie immer nur einen Entscheidungskorridor für standardisierte Fälle vor, so dass im Einzelfall ein standardgerechtes Verhalten gerade eine Abweichung von der Leitlinie erforderlich machen kann. Der Standard ist also nur der Ausgangspunkt der medizinischen Beurteilung einer individuellen Behandlung.<sup>658</sup> Jedoch kann einem leitlinienkonformen Handeln immerhin eine „Indizwirkung zu Gunsten eines pflichtgemäßen Verhaltens des Arztes *lege artis*“ zukommen.<sup>659</sup> Jedenfalls sind Leitlinien bis hierher nicht mehr als „Hilfsmittel zur Ermittlung des gebotenen ärztlichen Standards“.<sup>660</sup>

Zweitens können Leitlinien bei der prozessrechtlichen Durchsetzung von Haftungsansprüchen bedeutsam werden. So können sie Auswirkungen auf die Beweislastverteilung hinsichtlich der Feststellung der Pflichtverletzung zeitigen. Skeptisch beurteilt wird die Frage, ob Leitlinien ähnlich wie technische Regelwerke eine Kausalitätsvermutung für Schädigungen zu begründen vermögen. Da jeder menschliche Organismus auf seine Weise auf Einwirkungen reagiere, ein Automatismus zwischen ärztlicher Therapie und ihrem Erfolg also nicht bestehe, könne ein Leitlinienverstoß kaum eine Kausalitätsvermutung etwa im Sinne eines Anscheinsbeweises rechtfertigen.<sup>661</sup>

### b) *Rezeption im Sozialrecht*

#### aa) *Tatsachenfeststellung*

Im Sozialrecht werden Leitlinien zunächst ähnlich wie im Arzthaftungsrecht auf der Ebene der Tatsachenfeststellung rezipiert. Ein Ansatzpunkt ist der „allgemein anerkannte Stand der

---

<sup>656</sup> Dazu Dressler 2000, S. 161; Bergmann 2003, S. 65.

<sup>657</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung der Zivilgerichte bei Bergmann 2003, S. 74-77.

<sup>658</sup> Hart 2002, S. 273; Bergmann 2003, S. 67.

<sup>659</sup> Dressler 2000, S. 163.

<sup>660</sup> Bergmann 2003, S. 68.

<sup>661</sup> Dressler 2000, S. 168 f.

medizinischen Erkenntnisse“ im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V. Leitlinien können hier als eine Art „antizipierte Sachverständigengutachten“ bei der Auslegung dieses Rechtsbegriffs und Ermittlung seines Inhalts herangezogen werden.<sup>662</sup> Ein Beispiel für eine solche Rezeption ist die Entscheidung des Bundessozialgerichts zur Hyperthermie: Als Hilfen bei der Feststellung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse „bieten sich vor allem die Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften an, die sich in Richtlinien, *Leitlinien* und Empfehlungen niederschlagen“.<sup>663</sup> Relevant können Leitlinien auch beim Erlass von Richtlinien nach §§ 92, 135 SGB V werden. Der GBA ist gehalten, alle verfügbaren Beurteilungsgrundlagen auszuschöpfen; andernfalls tritt ein Systemversagen ein.<sup>664</sup> Daraus folgt zwar keine Pflicht zur Rezeption des Inhalts der einschlägigen Richtlinien, aber sehr wohl die prozedurale Pflicht, sich mit ihr als einer möglichen Beurteilungsgrundlage auseinander zu setzen.<sup>665</sup> Als weitere Beispiele für die Rezeption von Leitlinien werden die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtstellung von Honorarabrechnungen und die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Behandlung genannt.<sup>666</sup>

*bb) Rechtsetzung (Verweisung)*

Von der Rezeption auf der Ebene der Tatsachenfeststellung ist die Rezeption auf der Ebene der Rechtsetzung zu unterscheiden. Dies geschieht dadurch, dass eine Rechtsnorm auf ein nichtrechtliches Regelwerk wie etwa eine Leitlinie verweist. Der Gesetzgeber bedient sich vor allem im Umwelt- und Technikrecht der Verweisung, um den Umfang des Gesetzes in Grenzen zu halten, um sich zu entlasten, ohne auf eine Regelung zu verzichten, oder um eine praxisnahe und sachkompetente Anpassung der Verweisungsnorm an soziale oder technische Entwicklungen zu ermöglichen. Durch die Verweisung wird der Inhalt des Verweisungsobjekts Bestandteil der verweisenden Norm.

Eine Rezeption von Leitlinien durch Verweisung gibt es im Sozialrecht (noch) nicht. Immerhin gab es einen Anlauf in diese Richtung.<sup>667</sup> Im Fraktionsentwurf von SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 hatte § 136 Abs. 3 S. 1 SGB V diese Fassung:

---

<sup>662</sup> Engelmann 2000, S. 217 f.

<sup>663</sup> BSGE 81, 182 (188). Hervorhebung von mir. Vgl. auch E 90, 289 (294 f.).

<sup>664</sup> BSGE 81, 54 (65 f.); E 81, 73 (85).

<sup>665</sup> Mengel 2004, S. 100.

<sup>666</sup> Engelmann 2000, S. 218.

<sup>667</sup> Zum Folgenden Mengel 2004, S. 105 f.

Die Leistungserbringer [...] haben bei der Leistungserbringung anerkannte Leitlinien für eine wissenschaftlich gesicherte, zweckmäßige und wirtschaftlich sinnvolle Diagnostik und Behandlung zu beachten; die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Bundesärztekammer, die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich und die Deutsche Krankenhausgesellschaft regeln das Verfahren ihrer Anerkennung.<sup>668</sup>

Die Rezeption von Leitlinien sollte also in drei Schritten erfolgen: Das Parlament ermächtigt in der zitierten Norm zur Rezeption, die genannten Vereinigungen regeln das Anerkennungsverfahren und die in dieser Verfahrensregelung bestimmten Institutionen sprechen die Anerkennung der Leitlinien aus. Verfassungsrechtliche Zweifel an der Zulässigkeit einer Betrauung der privatrechtlich verfassten Bundesärztekammer und Krankenhausgesellschaft mit Rechtsetzungsmacht waren wohl ausschlaggebend dafür, dass die Regelung nicht Gesetz wurde.

*cc) Kenntnisnahme von Leitlinien im SGB V*

Wenn auch das Sozialrecht Leitlinien (noch) nicht als Rechtsnormen rezipiert, so nimmt es sie doch vermehrt zur Kenntnis. Das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherheit wird in § 266 Abs. 7 Nr. 3 SGB V ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Versorgung chronisch kranker Menschen durch Anforderungen an strukturierte Behandlungsprogramme (Disease-Management Programme) zu regeln.<sup>669</sup> Es geht hierbei erstens um den Ausgleich von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen aufgrund ungleicher Verteilung von Morbiditätsrisiken in der jeweiligen Versichertenpopulation, d. h. um eine Regelung des Risikostrukturausgleichs, und zweitens um die spürbare und nachhaltige Verbesserung der Behandlung chronisch Kranker.<sup>670</sup> Bei strukturierten Behandlungsprogrammen handelt es sich um eine medizinische Behandlungsform, die verbindliche und aufeinander abgestimmte Behandlungs- und Betreuungsprozesse über Krankheitsverläufe und institutionelle Grenzen hinweg auf der Grundlage medizinischer Evidenz vorgibt.<sup>671</sup>

§ 137f Abs. 1 S. 1 SGB V ordnet an, dass der GBA dem Ministerium für die Abgrenzung der Versichertengruppen geeignete chronische Krankheiten empfiehlt, für die strukturierte Behandlungsprogramme entwickelt werden sollen. Bei der Auswahl der zu empfehlenden chronischen Krankheiten ist u. a. die „*Verfügbarkeit von evidenzbasierten Leitlinien*“ zu

---

<sup>668</sup> BT-Drs. 14/1245, S. 21.

<sup>669</sup> In der Literatur werden Disease-Management Programme als „Einstieg in das Einkaufsmodell“ gewertet. Vgl. Vollmöller 2004, S. 65.

<sup>670</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 9 f.; BT-Drs. 14/7395, S. 3.

<sup>671</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

berücksichtigen.<sup>672</sup> Der GBA empfiehlt dem Ministerium ferner Anforderungen an die Ausgestaltung der Behandlungsprogramme. Dabei benennt er insbesondere Anforderungen an die „Behandlung nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft unter Berücksichtigung von *evidenzbasierten Leitlinien* oder nach der jeweils besten, verfügbaren Evidenz sowie unter Berücksichtigung des jeweiligen Versorgungssektors“.<sup>673</sup> Anforderungen sind Eckpunkte für die Ausgestaltung eines strukturierten Behandlungsprogramms<sup>674</sup>, d. h. die Anforderungen sind nicht mit den evidenzbasierten Leitlinien gleichzusetzen, sind also keine detailgetreuen Abbildungen. Dabei ist das Ministerium weder an die Empfehlungen zu den Krankheiten noch an die Empfehlungen zu den Anforderungen gebunden. Noch nicht einmal die Vorlage der Empfehlungen des GBA ist Voraussetzung für den Erlass der Rechtsverordnung.<sup>675</sup>

§ 139a SGB V in der Fassung des GMG ermächtigt und verpflichtet den GBA zur Einrichtung und zum Unterhalt eines „Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“ mit dem Ziel, „den dynamischen Prozess der Fortentwicklung der medizinischen und pflegerischen Leistungen zu sichern und die kontinuierliche Einbeziehung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse in eine qualitativ gesicherte Leistungserbringung zu gewährleisten“.<sup>676</sup> Zu den Aufgaben des Instituts gehören „Bewertungen *evidenzbasierter Leitlinien* für die epidemiologisch wichtigsten Krankheiten“ und die „Abgabe von Empfehlungen zu Disease-Management-Programmen“.<sup>677</sup> In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt: „Qualitativ hochwertige Leitlinien stellen eine wichtige Orientierung für die Entscheidungen der in der Versorgung tätigen Ärztin und des Arztes, aber auch des Gemeinsamen Bundesausschusses dar. Um die Leistungserbringung in wichtigen Bereichen der Versorgung zu verbessern, erhält das Institut daher nach Nummer 3 die Aufgabe, Leitlinien im Hinblick auf die den Empfehlungen zugrunde liegenden Belege (Evidenz) zu bewerten.“ Was die Disease-Management Programme angeht, soll das Institut die

---

<sup>672</sup> Die evidenzbasierte Medizin verlangt als Nachweis für die Wirksamkeit einer Methode die Vorlage mindestens einer Studie der Evidenzklasse I. Evidenzklasse I bedeutet: Evidenz aufgrund wenigstens einer randomisierten, kontrollierten Studie, durchgeführt und veröffentlicht nach international anerkannten Standards. Vgl. Mengel 2004, S. 281 f.; Hart, 2002, S.284 f.

<sup>673</sup> § 137f Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB V. Hervorhebung von mir.

<sup>674</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

<sup>675</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

<sup>676</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 127.

<sup>677</sup> § 139a Abs. 2 Nr. 3 und 4 SGB V. Hervorhebung von mir.

erforderlichen wissenschaftlichen Grundlagen erarbeiten, um dem GBA die notwendigen Erkenntnisse zur Verfügung zu stellen.<sup>678</sup>

Ein erster Entwurf des GMG<sup>679</sup> war weiter gegangen und wollte ein „Deutsches Zentrum für Qualität in der Medizin“ in § 139b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zur „Erstellung evidenzbasierter Leitlinien und pflegerischer Standards für ausgewählte Krankheiten“ ermächtigen. Die Bundesregierung hatte bereits in ihrer Stellungnahme auf das Gutachten 2000/2001 des „Sachverständigenrats für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen“ den Vorschlag unterbreitet, künftig eine öffentliche Institution unabhängiger Sachverständiger mit der Aufstellung von Leitlinien zu beauftragen. Die normsetzenden Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung sollten diese Leitlinien bei der Vertragsgestaltung und beim Erlass von Richtlinien berücksichtigen.<sup>680</sup> Das geltende Recht bleibt zwar hinter diesen Überlegungen zurück, da dem Institut die Kompetenz zur Rechtsetzung fehlt. Dennoch läuft die Neuregelung auf eine Anerkennung von Leitlinien hinaus.

## **7. Kriterien evidenzbasierter Leitlinien**

Damit Leitlinien die erhofften Ziele, nämlich das Erreichen des gesundheitlichen Effektes sowie die effektive Verwendung finanzieller Ressourcen, erzielen können, sollten einige Punkte nach einer Analyse von Grimshaw und anderen<sup>681</sup> erfüllt sein:

- Eine systematische Aufarbeitung und Zusammenstellung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Evidenz;
- Die Herleitung des in der Leitlinie empfohlenen Vorgehens aus der wissenschaftlichen Evidenz
- Die exakte Dokumentation des Zusammenhangs zwischen der jeweiligen Empfehlung und der zugehörigen Evidenz-Stufe;
- Die Auswahl der evidenzbasierten Schlüsselempfehlungen einer Leitlinie, die mit Hilfe formalisierter Konsentierungsverfahren erfolgt.

Besonders im angelsächsischen Raum werden in Leitlinien zunehmend auch Kosten-Nutzen-Analysen berücksichtigt. Dies bedeutet die Einbeziehung gesundheitsökonomischer Studien,

---

<sup>678</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 128.

<sup>679</sup> BT-Drs. 15/1170, S. 29.

<sup>680</sup> BT-Drs. 14/9885, S. 14.

<sup>681</sup> Grimshaw et al. 1995, S. 37-48.

deren Validität nach eigenen Kriterien bewertet werden muss. Ein Hauptproblem hierbei bleibt die Zielgröße: Einfach zu erhebende Daten wie Änderung des Blutdrucks, Absenkung des HbA1c oder auch Verlängerung des Überlebens beschreiben den „Nutzen“ für Patienten meist nicht adäquat. Die Ermittlung von QALY versucht Aspekte der Lebensqualität und damit subjektive Parameter mit einzubeziehen. Ein QALY ist eine Kombination der beiden Zielgrößen Lebensqualität und Lebensdauer. Der Wert eines QALY liegt zwischen eins für völliges Wohlbefinden und null für Tod. Da Lebensqualität und Lebensdauer in der Maßeinheit QALY zusammengeführt werden, lässt sich nicht unterscheiden, ob eine Maßnahme sich positiv auf die Lebensdauer oder die Lebensqualität auswirkt. Dabei ist fraglich, ob eine Verbesserung der Lebensqualität um 0,1 für zehn Jahre ebenso empfunden wird wie eine Verbesserung um 0,2 für fünf Jahre. Eine Verbesserung der Lebensqualität wird weiterhin altersabhängig unterschiedlich wahrgenommen. Auch dürfte es eine Rolle spielen, ob ein Übergang von 0,2 auf 0,3 erfolgt, oder von 0,8 auf 0,9. Damit werden die erheblichen Probleme dieses Maßes nur angedeutet, das vorrangig dazu dienen soll, die Auswirkungen verschiedener medizinischer Maßnahmen bei verschiedenen Krankheiten zueinander in Beziehung zu setzen, um dann eine Kosten-Nutzwert-Analyse zu ermöglichen. International werden Grenzwerte für finanzielle Aufwendungen diskutiert, die höchstens für ein QALY zu rechtfertigen wären.<sup>682</sup>

Die folgende Tabelle zeigt eine Entscheidungsmatrix unter Einbeziehung von Kosten-Nutzen-Aspekten, die von Gesundheitsbehörden in England vorgeschlagen wird<sup>683</sup>:

<b>Qualität der Evidenz</b>	<b>&lt; 3000 £ / QALY</b>	<b>3000-20000 £ / QALY</b>	<b>&gt;20000 £ / QALY</b>
<b>I</b>	Streng empfohlen	Streng empfohlen	Von Nutzen, jedoch hohe Kosten
<b>II</b>	Streng empfohlen	Empfohlen	Von Nutzen, jedoch hohe Kosten
<b>III</b>	Empfohlen	Von Nutzen, jedoch hohe Kosten	Von Nutzen, jedoch hohe Kosten
<b>IV</b>	Nicht erwiesen	Nicht erwiesen	Nicht erwiesen

Die Anwendung einer solchen Entscheidungsmatrix setzt voraus, dass der Grenzwert eines Kosten-Nutzen-Verhältnisses bestimmt ist. Für Deutschland gibt es darüber jedoch keinen

<sup>682</sup> Marckmann 2004, 140

<sup>683</sup> Zitiert nach: Das Leitlinien-Manual, ZaeFQ 95 (2001) Supplement I.

Konsens, es werden vielmehr Werte aus anderen Ländern übertragen.<sup>684</sup> Ein grundsätzliches Problem und ein grundsätzlicher Reiz solcher Aufstellungen ist die Tatsache, dass komplexe und schwierig zu lösende Fragen in eine überaus einleuchtende und einfach zu handhabende Form gebracht werden. Nicht nur die Bestimmung der Parameter (Wie hoch sind die Kosten, welche Kosten müssen einbezogen werden? Und - um so mehr - wie genau bildet ein QUALY die Wirklichkeit subjektiver Krankheitssicht ab?), sondern auch die Schlussfolgerungen, die sich daraus vermeintlich logisch ergeben, sind höchst fragwürdig. Dieser Exkurs soll ein Schlaglicht auf die Probleme von Kosten-Nutzwert-Bestimmungen werfen, da gesundheitsökonomische Bewertungen fester Bestandteil in Health-Technology-Assessment-Berichten sind, die durch den Gemeinsamen Bundesausschuss für die Einführung und den Ausschluss neuer Maßnahmen in den Katalog der GKV genutzt werden.

## **8. Health Technology Assessment (HTA)**

### *a) Methode*

Seit 1998 verwendet der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen bzw. sein Nachfolgegremium der Gemeinsame Bundesausschuss zur Beurteilung medizinischer Verfahren sogenannte HTA-Berichte. Health Technology Assessments haben sich als Anwendung evidenzbasierter Medizin international zur Bewertung medizinischer Verfahren durchgesetzt.<sup>685</sup> In diesen Health Technology Assessments (HTA) wird die Evidenz medizinischer Aspekte, wie Wirksamkeit, Risiken und Nebenwirkungen für bestimmte Indikationen, aber auch die Ausgestaltung einer Methode, ihre Folgen und die finanziellen Auswirkungen auf der Grundlage von Studien und Stellungnahmen bewertet.<sup>686</sup> Die Anfänge von HTA liegen 1975 in den USA, als dort das Congressional Office of Technology Assessment eingerichtet wurde. Seit den 1980er Jahren verbreitet sich die Anwendung von HTA in zahlreichen anderen Ländern.<sup>687</sup> Oft lässt sich ein Bezug der Einführung von HTA zu Budgetierungen im Gesundheitswesen zeigen, ein häufiges Objekt von HTA sind kostenintensive neue Technologien. Im Bundesausschuss waren dies zum Beispiel die Positronen-Emissions-Tomographie oder die Protonentherapie.<sup>688</sup>

---

<sup>684</sup> Schlander 2003, A 2142.

<sup>685</sup> Gibis 2000, 87.

<sup>686</sup> Perleth 2001, S. 335, Wild 2001, 259.

<sup>687</sup> Battista 1994, S. 415.

<sup>688</sup> Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen 2002b, S. 111.

Nach ersten Ansätzen im Büro für Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages<sup>689</sup> wurde in den Jahren 1995-2001 durch das Bundesministerium für Gesundheit eine Projektfolge zu „Bestandsaufnahme, Bewertung und Vorbereitung der Implementierung einer Datensammlung Evaluation medizinischer Verfahren und Technologien in der Bundesrepublik“ gefördert. Seit 2001 ist das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information dafür verantwortlich, das eine eigene Arbeitsgruppe, Deutsche Agentur für Health Technology Assessment<sup>690</sup>, dafür eingesetzt hat. Zur Weiterentwicklung der Methoden von HTA wurde die German Scientific Working Group on Technology Assessments in Health Care gegründet. Daneben werden von einer Arbeitseinheit beim Gemeinsamen Bundesausschuss HTA Berichte erstellt und veröffentlicht<sup>691</sup>, vom Medizinischen Dienst der Krankenkassen durchgeführte HTA werden dagegen nicht veröffentlicht.<sup>692</sup>

Für die Bewertung der zugrunde liegenden Untersuchungen werden diese nach Evidenzklassen bewertet, die höchste Evidenzklasse haben hierbei randomisierte kontrollierte Doppelblindstudien, aber auch Studien niedrigerer Evidenzklasse werden nicht völlig außer Acht gelassen.<sup>693</sup> Als problematisch erweist sich häufig, dass keine oder nicht ausreichend fundierte Studien vorhanden sind. Die Beschlussfassung zu Screening-Untersuchungen auf Schwangerschaftsdiabetes wurde beispielsweise vertagt, weil zum Beratungszeitpunkt keine ausreichenden Untersuchungen für eine Bewertung vorlagen.<sup>694</sup> Ein grundsätzliches Problem besteht auch hier im Bias der Veröffentlichung von Studien. Weiterhin werden Stellungnahmen von Experten eingeholt, und über die Veröffentlichung von Beratungsthemen besteht für Interessierte ebenfalls die Möglichkeit, eine Stellungnahme abzugeben.

Somit fließen in HTA Studien der Wirksamkeit und die Effizienz neuer Methoden ein, hierbei werden Risiken, Nebenwirkungen und gesicherte Wirkungen in Beziehung zu bereits vorhandenen Methoden gesetzt. Für diese Studien gelten die Prinzipien der evidenzbasierten Medizin, auch die Transparenz der Recherche, die eine Handsuche einschließt. In der Beratung werden auch HTA-Berichte anderer Organisationen oder Länder analysiert und einbezogen, jedoch zeigt sich vereinzelt ein durchaus unterschiedliches Ergebnis: So kam der

---

<sup>689</sup> Gibis 2000, S. 88.

<sup>690</sup> Perleth 2001, S. 334.

<sup>691</sup> Gibis 2000, S. 89.

<sup>692</sup> Perleth 2001, S. 336.

<sup>693</sup> Gerhardus 2002, S. 23.

<sup>694</sup> Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen 2002a, S. 12.



HTA des Gemeinsamen Bundesausschuss zu dem Ergebnis, eine genotypische Resistenztestung von HI Viren sei bei Therapieversagen unter dreifach antiretroviraler Therapie auf dem Boden der Evidenz indiziert und hat sie für diese Indikation für die vertragsärztliche Versorgung anerkannt. Der HTA des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen sah sie bereits bei Therapieversagen als indiziert an.<sup>695</sup>

Die Betrachtung ökonomischer Aspekte von neuen Diagnostik- oder Therapieverfahren kann mit unterschiedlichen Methoden erfolgen. Zum einen gibt es die Betrachtung mit der Kosten-Nutzen-Studie, bei der Kosten wie Nutzen in Geldwert angegeben werden und damit einen Vergleich auch unterschiedlicher Therapien ermöglichen. Andere Methoden sind Kosten-Wirksamkeits-Studien, die Kosten für einen natürlichen Parameter als definiertes Maß, wie z. B. Lebensverlängerung in Jahren, verwenden, um den Nutzen zu beschreiben. Die Kosten-Nutzwert-Studie schließlich nimmt als Vergleichspunkt ein mehrdimensionales Maß wie z. B. QUALYS.<sup>696</sup> Neben unterschiedlichen Maßeinheiten sind weitere Aspekte von hoher Bedeutung:

- Der Vergleichsmaßstab, z. B. eine etablierte Therapie.
- Die Perspektive für die Analyse, z. B. fließen volkswirtschaftliche Erwägungen mit ein, oder geht es um eine individuelle Kosten-Nutzen-Abwägung? Bei einer Betrachtung durch Krankenkassen ergibt sich eine andere Perspektive als bei einer staatlichen Betrachtung.
- Die direkten Kosten der gesundheitlichen Versorgung wie auch begleitende Kosten, die als Transportkosten o.ä. entstehen.
- Die indirekten Kosten, wie Produktivitätsausfall durch Krankheitsdauer, aber auch unkalkulierbare Anteile wie Schmerzen, Leiden, Trauer.
- Der Zeithorizont. Eine Betrachtung für ein Jahr kann keinen Nutzen ergeben, eine Betrachtung auf 10 Jahre dagegen schon, dabei verlieren Gewinne mit dem Zeitablauf an Wert, weil unsicher ist, ob sie sich tatsächlich realisieren.
- Die Unterscheidung zwischen Durchschnittskosten oder Grenznutzen, beim Grenznutzen wird z. B. das Kosten-Nutzen-Verhältnis eines zusätzlichen Tests untersucht, während Durchschnittskosten, das Kosten-Nutzen-Verhältnis von drei

---

<sup>695</sup> Gemeinsamer Bundesausschuss 2004, S. 58, 68.

<sup>696</sup> Marckmann 2004, S. 142.

Tests untersuchen. In diesem Beispiel kann der Durchschnittspreis akzeptabel sein, aber bei Bestimmung des Grenznutzens erweist sich, dass die beiden ersten Tests deutlich effektiver sind, während der dritte ein sehr ungünstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis hat.<sup>697</sup>

#### b) Einbeziehung von HTA in die Entscheidungsfindung

Eine weitere Frage ist, wie sich die Erkenntnisse aus HTA in politische Entscheidungen transformieren: Es gibt verschiedene Modelle. Im *problem-solving* model existiert zunächst ein Problem, für das eine Lösung gesucht wird, im *knowledge driven* model wird Wissen zunächst ohne konkrete Problemstellung produziert, und dann auf existierende Probleme angewandt. In ihrer Reinform werden diese Modelle in der Realität nicht anzutreffen sein, so entstehen aus einer konkreten Problemlösung auch Ansätze für andere Fragestellungen, und einen völlig von konkreten Fragestellungen losgelösten Forschungsansatz gibt es ebenso selten. Neben anderen Modellen für den Einfluss der Wissenschaften gibt es das *rational-political model*<sup>698</sup>, das postuliert, dass Entscheidungen auf eine rationale Abwägung von wissenschaftlich erworbenen Fakten zurückgehen – dieses Modell spiegelt das Paradigma evidenzbasierter Medizin. Die Auseinandersetzung der verschiedenen Akteure im Gesundheitswesen macht jedoch deutlich, wie interessengetrieben viele Entscheidungen zustande kommen. Mit der Ummantelung solcher Entscheidungen als rational und geradezu zwangsläufig wird verschleiert, dass eine Abwägung einer Wertung verschiedener Fakten bedarf, die damit immer eine Wertimplikation von Entscheidungen bedeutet. Für HTA-Berichte könnte dies heißen, dass das Aufzeigen alternativer Deutungsansätze die Transparenz des Entscheidungsgeschehens erhöht.<sup>699</sup> Auch die institutionelle Anbindung von HTA erstellenden Institutionen erhält damit besondere Bedeutung.

Insgesamt bahnen die Ergebnisse von HTA-Berichten häufig die Entscheidung, so sind die Konzeption des Assessmentprozesses und die Einbeziehung von allen relevanten Interessengruppen erforderlich. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Untersuchung von Droste und anderen, die internationale Kurz-HTA-Berichte daraufhin untersuchten, inwieweit ethische Fragestellungen untersucht wurden. Es zeigte sich, dass in etwa 20% der Berichte ethische Fragestellungen explizit oder implizit behandelt werden.<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> Goodman 2004.

<sup>698</sup> Wiktorowicz 1997, S. 115-38 nach Gerhardus 2002, S. 23.

<sup>699</sup> Banta 1990, S. 115.

<sup>700</sup> Droste 2003.

Bei der überragenden Bedeutung von HTA-Berichten für die Entscheidungsfindung, wäre es empfehlenswert, diesen Anteil zu erhöhen. Über die Veröffentlichung der Beratungsgegenstände ermöglicht der Gemeinsame Bundesausschuss die Abgabe von Stellungnahmen der verschiedenen Interessengruppen. Als grundsätzliches Problem von HTA bleibt die Betonung klinischer Studien mit all ihren Problemen und Unzulänglichkeiten, auch wenn sie durch Expertenwissen in Beziehung zu klinischer Erfahrung gesetzt werden.

## **C. Fallbezogene Allokationsentscheidungen**

### **I. Gewährung und Erbringung von GKV-Leistungen**

#### **1. Das Grundmodell: Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis**

Das Grundmodell des deutschen Sozialrechts für die Gewährung und Erbringung von Sozialleistungen ist auch im Recht der GKV anzutreffen.<sup>701</sup> Der Versicherte hat einen Rechtsanspruch auf die Leistungen der GKV, der gegen die Krankenkasse gerichtet ist. Er beantragt (§ 19 S. 1 SGB IV) die Leistung bei der Kasse, die im Verwaltungsverfahren nach den §§ 8 ff. SGB X von Amts wegen die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs ermittelt und die Leistung durch einen Verwaltungsakt, der nicht schriftlich ergehen muss<sup>702</sup>, gemäß § 31 SGB X bewilligt. Zugleich wird in diesem Verwaltungsakt bestimmt, wer die Leistung erbringt, und die Übernahme der durch die Leistungserbringung entstehenden Kosten erklärt („Kostenübernahmeerklärung“). Hat der Versicherte Wünsche hinsichtlich des Leistungserbringers geäußert (§ 33 S. 2 SGB I), entscheidet die Kasse zugleich über die Angemessenheit des Wunsches. Da die Kasse nicht in jedem Einzelfall Art, Umfang, Qualität und Kosten der Leistung mit dem Leistungserbringer vereinbaren kann, werden diese Fragen in den diversen Verträgen und Richtlinien des untergesetzlichen Leistungserbringungsrechts geregelt. Geschlossen wird das Dreieck durch vertragliche Vereinbarungen des Versicherten mit dem Leistungserbringer (z. B. Krankenhausbehandlungsvertrag).

Das verwaltungsverfahrensrechtliche Modell der Gewährung und Erbringung der Sozialleistung ist in hohem Maße geeignet, den Anspruch des Versicherten auf Krankenbehandlung, die Rechte des privaten Leistungserbringers einschließlich der

---

<sup>701</sup> Zum Folgenden Neumann 1992, S. 236-296.

<sup>702</sup> BSGE 64, 160 (162).

Therapiefreiheit des Arztes und die Verantwortung der Krankenkasse für die Erbringung der Leistung aufeinander abzustimmen und das tragende Strukturprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung umzusetzen. Das *Sachleistungsprinzip* ist mit einer Leistungsabwicklung unverträglich, wonach der Versicherte sich die Leistung auf einem „Gesundheitsmarkt“ selbst beschafft und die Kasse die verauslagten Kosten erstattet. Die Kostenerstattung ist nur höchst ausnahmsweise zulässig, nämlich im Falle eines Systemversagens (§ 13 Abs. 3 SGB V). Allerdings räumt das GMG in § 13 Abs. 2 SGB V den Versicherten erneut das Recht zur Wahl der Kostenerstattung ein. Die Grundregel bleibt aber die Leistungserbringung nach dem Sachleistungsprinzip. Danach ist die Krankenkasse kein bloßer Kostenträger, sondern Leistungsträger im Sinne von § 12 SGB I, der die Allokationsentscheidung im Einzelfall trifft. Der Grundsatz lautet also, dass die Krankenkasse das Entscheidungsmonopol über die Leistungen der GKV innehat.<sup>703</sup>

Dieses Modell wird in der GKV ohne Abstriche bei der Versorgung mit Hilfsmitteln umgesetzt. Hilfsmittel bedürfen keiner ärztlichen Verordnung, weil für sie der Arztvorbehalt des § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V nicht gilt. Ihre Abgabe wird von der Krankenkasse bewilligt<sup>704</sup>, die über den Leistungsanspruch des Versicherten durch Verwaltungsakt entscheidet.<sup>705</sup> Dass die Versorgung mit Hilfsmitteln nicht auf dem Weg einer „unmittelbaren Inanspruchnahme“ erfolgen kann, wird in § 15 Abs. 3 SGB V bestätigt. Denn die Ausstellung von Berechtigungsscheinen machte keinen Sinn, wenn die Leistung mit bindender Wirkung für die Krankenkassen erbracht werden dürfte.<sup>706</sup> Die häusliche Krankenpflege wird zwar auf ärztliche Verordnung erbracht, muss aber vom Versicherten beantragt und vor ihrer Inanspruchnahme von der zuständigen Krankenkasse bewilligt werden.<sup>707</sup> Die vorherige Bewilligung durch einen Verwaltungsakt der Krankenkasse ist das „Regelprinzip“, die unmittelbare Inanspruchnahme die gesetzlich angeordnete Ausnahme.<sup>708</sup>

---

<sup>703</sup> Steege 2004, S. 526; Castendiek 2002, S. 44.

<sup>704</sup> § 30 Abs. 8 S. 1 BMV-Ä; § 16 Abs. 8 S. 1 EKV-Ä. Für Heilmittel ist die vorherige Bewilligung der Krankenkasse nach § 30 Abs. 8 S. 2 BMV-Ä, § 16 Abs. 8 S. 1 EKV-Ä ausgeschlossen, kann aber von der Kasse jederzeit wieder eingeführt werden („soweit die Bestimmungen der Krankenkasse nichts anderes vorsehen“).

<sup>705</sup> BSGE 64, 260 (242).

<sup>706</sup> Castendiek 2002, S. 31.

<sup>707</sup> BSG 24. 9. 2002 SozR 3-2500 § 132a Nr. 3.

<sup>708</sup> Ebd., S. 9 f.

## 2. Das Modell der unmittelbaren Inanspruchnahme

§ 19 S. 1 SGB IV schreibt die Beantragung der Leistung vor, „soweit sich aus den Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige nichts Abweichendes ergibt“. Eine solche Abweichung ist § 15 Abs. 2 SGB V, der die unmittelbare Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung zulässt, wenn der Versicherte dem Vertragsarzt vor Beginn der Behandlung die Krankenversichertenkarte bzw. den Krankenschein aushändigt. Damit entfallen der Antrag und die Leistungsbewilligung durch die Krankenkasse. Der Anspruch des Versicherten auf ärztliche Behandlung bleibt jedoch ein Sachleistungsanspruch, für dessen Erfüllung die Krankenkasse grundsätzlich verantwortlich ist. Die Verantwortung der Kasse zeigt sich insbesondere dann, wenn das untergesetzliche Vertragsarztrecht ein spezielles „Genehmigungsverfahren“ für bestimmte Leistungen einrichtet. Dann nämlich nimmt die Kasse lediglich Rechte wahr, die ihr ohnehin zustehen.<sup>709</sup> Der herausgehobenen Stellung des Vertragsarztes im einzelnen Behandlungsfall entspricht auf der kollektiven Ebene die Pflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung (§ 75 SGB V). Durch diesen besonderen Sicherstellungsauftrag wird allerdings der allgemeine Sicherstellungsauftrag von Ärzten *und Krankenkassen* (§ 72 Abs. 1 SGB V) nicht verdrängt.

Im Modell der unmittelbaren Inanspruchnahme bestimmt der Vertragsarzt darüber, welche Behandlung der Versicherte erhält. Man könnte also sagen, dass er in den allermeisten Behandlungsfällen über die Allokation entscheidet. Trifft er damit auch eine *rechtlich verbindliche* Entscheidung über das Bestehen des Leistungsanspruchs des Versicherten? Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Rahmenrecht („Rechtskonkretisierungskonzept“) vermittelte eine Zeitlang den Eindruck, dass genau dies der Fall sei: Die Krankenkasse müsse sich die Tätigkeit des Vertragsarztes als eigene zurechnen lassen und sei rechtlich an seine medizinische Erkenntnis gebunden.<sup>710</sup> Wenn das richtig wäre, müsste der Vertragsarzt eine mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen *beliehene* Behörde sein.<sup>711</sup> Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil eine Beleihung eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung voraussetzt, die es nicht gibt.<sup>712</sup> Der Vertragsarzt ist also trotz seiner Schlüsselstellung in der medizinischen Versorgung nicht befugt, „zu Lasten der

---

<sup>709</sup> BSGE 65, 94 (97 f.).

<sup>710</sup> BSGE 73, 271 (282).

<sup>711</sup> Francke 1999, S. 6; Neumann 1998a, S. 610.

<sup>712</sup> Der Bundesgerichtshof für Strafsachen qualifiziert den Vertragsarzt jedoch als Beliehenen und knüpft daran weitreichende strafrechtliche Folgen (§ 266 StGB, Untreue). BGHSt 25. 11. 2003 – 4 StR 239/03, insbes. Rz. 5 und 21.

Krankenkassen Rechtsentscheidungen über das Bestehen von Leistungsansprüchen zu treffen“.<sup>713</sup> Die Krankenkasse behält also auch bei der ambulanten ärztlichen Behandlung das Entscheidungsmonopol. Das zeigt sich darin, dass sie die Übernahme der Kosten einer rechtlich ausgeschlossenen Behandlungsmethode, die der Vertragsarzt bisher angewandt hat, für die Zukunft ablehnen kann, ohne dass sich der Versicherte hiergegen auf eine „Bewilligung“ durch den Arzt berufen könnte. Sie kann sich auch eine vorherige Prüfung und Bewilligung der beabsichtigten Behandlung vorbehalten. Im Regelfall wird aber keine rechtlich verbindliche Entscheidung über den Behandlungsanspruch des Versicherten getroffen.<sup>714</sup>

### 3. Die Krankenhausbehandlung

Für die *Krankenhausbehandlung* gibt es keine mit § 15 Abs. 2 SGB V vergleichbare Ausnahmeregelung. Deshalb gilt das Grundmodell der Leistungsabwicklung im Dreiecksverhältnis auch für die Krankenhausbehandlung.<sup>715</sup> Das war in der Rechtsprechung lange Zeit unumstritten. Die „ärztliche Einweisung“, von der § 39 Abs. 2 SGB V spricht, befindet sich nur über die Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung, ist aber „keine Rechtsentscheidung über die Verpflichtung der Krankenkasse zur Leistungserbringung“.<sup>716</sup> Der Versicherte musste einen Antrag auf Gewährung der Leistung bei seiner Krankenkasse stellen, wenn er beabsichtigte, Krankenhausbehandlung in Anspruch zu nehmen. Das Fehlen eines Antrags indizierte, dass der Versicherte das Krankenhaus privat in Anspruch genommen hat, selbst wenn die Behandlung medizinisch erforderlich war.<sup>717</sup> Die Kasse entschied über den Antrag, indem sie die Übernahme der Behandlungskosten erklärte. Da Krankenhausbehandlung im Regelfall unaufschiebbar ist, wurde bei der Notfallaufnahme auf den Antrag und die vorherige Bewilligung durch die Kasse verzichtet. Das Krankenhausvertragsrecht sah jedoch Regelungen vor, welche die Notfallaufnahme mit dem Verwaltungsverfahrenskompatibel machten.<sup>718</sup>

In Entscheidungen aus dem Jahre 1996 wurde die Rechtsprechung zum Rahmenrecht („Rechtskonkretisierungskonzept“) auf die Krankenhausbehandlung übertragen. Das

---

<sup>713</sup> BSGE 89, 34 (39); E 82, 158 (161 f.); E 65, 94 (97).

<sup>714</sup> Steege 2004, S. 526.

<sup>715</sup> BSGE 63, 107 (108 f.).

<sup>716</sup> LSG Niedersachsen 18. 1. 1989 NJW 1989, 1566 (1567); ebenso BSG 11. 10. 1988 NJW 1989, 2350 (2351).

<sup>717</sup> Nachweise der Rechtsprechung bei Neumann 1992, S. 245.

<sup>718</sup> Nachweise ebd., S. 260 f.

Krankenhaus sei gesetzlich ermächtigt, mit Wirkung für die Krankenkasse die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen zu treffen und damit konkludent über den konkreten Leistungsanspruch zu entscheiden. Wenn es dabei die gesetzliche Ermächtigung überschreite, könne sich die Krankenkasse ebenso wenig ihrer Leistungspflicht entziehen, wie wenn ihre Bediensteten rechtswidrig Ansprüche zuerkannt oder durch fehlerhaftes Verhalten Schäden verursacht hätten.<sup>719</sup> Diese Rechtsprechung wird in neueren Entscheidungen korrigiert. Zwar wird weiterhin gesagt, dass die Erklärung der Kostenübernahme für die Entstehung der Zahlungspflicht der Krankenkasse nicht konstitutiv sei, da diese Pflicht bereits mit der Inanspruchnahme des Vertragskrankenhauses durch den Versicherten entstehe. Jedoch wird die Erklärung der Kostenübernahme immerhin als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gewertet, dessen Vertrauensschutzfunktion eine Umkehr der Beweislast bewirke.<sup>720</sup> Die Auffassung, der Krankenhausarzt entscheide mit bindender Wirkung über den Behandlungsanspruch, wird ausdrücklich aufgegeben.<sup>721</sup>

## II. Der Vertragsarzt und sein versicherter Patient

Das Modell der unmittelbaren Inanspruchnahme hat zur Folge, dass der Vertragsarzt faktisch darüber bestimmt, was benötigt wird, um den Bedarf des Patienten zu befriedigen, also die Entscheidung über die Allokation im Einzelfall trifft. Er entscheidet damit zugleich über die „Nachfrage“ der von ihm angebotenen Leistungen und über die sog. „ärztlich veranlassten Leistungen“. Er hat in soziologischer Terminologie die „Definitionsmacht“ darüber, ob, in welcher Weise und wie lange ein Patient behandlungsbedürftig ist. Nüchtern stellte die Enquêtekommission fest, dass das faktische Monopol des Arztes in Verbindung mit dem Vergütungssystem ein „materieller Anreiz (ist), Leistungen über das medizinisch Notwendige hinaus zu erbringen“.<sup>722</sup>

Dass die Versicherten über die *Freiheit zur Auswahl der Leistungen* verfügt, „die ihnen als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden“<sup>723</sup>, wurde bereits dargelegt. Das *Selbstbestimmungsrecht des Patienten* bezieht sich aber auch auf die Behandlung selbst. Die Beachtung dieses Rechts „ist wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs“. Die

---

<sup>719</sup> BSGE 78, 154 (156). Vgl. auch BSG 21. 8. 1996 SozR 3-2500 § 39 Nr. 4 S. 19 f..

<sup>720</sup> BSGE 86, 166 (170); BSG 12. 11. 2003 NZS 2004, 590 (591).

<sup>721</sup> BSGE 82, 158 (161); E 89, 166 (169).

<sup>722</sup> Deutscher Bundestag 1990, S. 58.

<sup>723</sup> BVerfGE 106, 275 (305).

Mitwirkung des Patienten erschöpft sich nicht in der „in passiver Haltung erteilten bloßen Einwilligung in ärztlicherseits gebotene Behandlungsvorschläge“<sup>724</sup>. Die Therapiefreiheit des Arztes ist kein Privileg, sondern auf das Behandlungsinteresse und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bezogen.

Die Mitwirkung des Versicherten an den Allokationsentscheidungen des Vertragsarztes hat allerdings auch eine Schattenseite. Der versicherte Patient weiß nicht, was die Leistung kostet, und er will es auch nicht wissen, weil er die Vergütung nicht bezahlen muss. Durch das Versicherungsprinzip werden übliche Marktmechanismen auch auf der Seite der Versicherten außer Kraft gesetzt. Der Patient hat nur ein sehr reduziertes Interesse an Sparsamkeit und Kostengünstigkeit der Gesundheitsleistungen. Eher ist er daran interessiert, die ärztlichen Leistungen auszuschöpfen.<sup>725</sup> Ein Versicherter, der jahrelang Beiträge entrichtet hat, ohne Leistungen in nennenswertem Umfang in Anspruch zu nehmen, neigt zu der Meinung, dass für ihn das Beste gerade gut genug ist, wenn er denn einmal krank ist. Deshalb sind vom versicherten Patienten keine Korrekturen an der ärztlichen Definitionsmacht zu erwarten. Eher ist zu befürchten, dass er auf den Arzt, der an das in Richtlinien umgesetzte Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden ist, Druck in Richtung einer Verordnung auch nicht notwendiger Leistungen ausübt.

Es kommt hinzu, dass Gesundheit ein außerordentlich hochgeschätztes Gut ist und für ihre Erhaltung und Wiederherstellung ein beinahe unbegrenzter Bedarf besteht. Das Zusammentreffen dieser Umstände führt zu einer ökonomisch wohl einzigartigen Situation.<sup>726</sup> Es ist die Aufgabe des Rechts, hier im Interesse der Erhaltung der finanziellen Stabilität der GKV Korrekturen anzubringen.<sup>727</sup> Auf Seiten des Vertragsarztes sind das vor allem die Maßnahmen des untergesetzlichen Vertragsarztrechts, über die bereits gesprochen wurde: Die Richtlinien nach §§ 92, 135 Abs. 1 SGB V geben die verordnungsfähigen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden vor und legen fest, was für eine ausreichende, zweckmäßige, notwendige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten erforderlich ist. Der Honorarverteilungsmaßstab soll Regelungen zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung der Tätigkeit des Vertragsarztes vorsehen.<sup>728</sup> Die Richtgrößen leiten den Vertragsarzt bei seinen Entscheidungen über die Verordnung von Arznei- und Heilmitteln

---

<sup>724</sup> BVerfGE 52, 131 (170).

<sup>725</sup> Maydell; Pietzcker 1993, S. 33 f.

<sup>726</sup> Ebd., S. 34.

<sup>727</sup> Deutscher Bundestag 1990, S. 58.

<sup>728</sup> § 85 Abs. 4 S. 6 SGB V.



nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Und die Prüfungen nach § 106 SGB V sollen dafür Sorge tragen, dass das Gebot der Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung auch tatsächlich eingehalten wird.

Auf Seiten der Versicherten hat das GMG die gesetzlichen Maßnahmen ausgeweitet, die ein verantwortungsbewusstes Inanspruchnahmeverhalten der Versicherten bewirken sollen. Die Zuzahlungen und Selbstbeteiligungen werden in den §§ 61 und 62 SGB V weitgehend zusammengefasst, neu strukturiert und insbesondere in der Beteiligungshöhe neu geregelt. § 61 SGB V legt die Zuzahlungshöhe und § 62 SGB V die Belastungsgrenze des Versicherten fest. Völlig neu ist die in § 28 Abs. 4 S. 1 SGB V geregelte Zuzahlung zur ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung, die als Praxisgebühr bekannt geworden ist. Die Krankenkasse trägt die Kosten für Arzneimittel nur bis in Höhe des Festbetrags (§ 31 Abs. 2 SGB V). Verordnet der Arzt ein Arzneimittel, dessen Preis den Festbetrag überschreitet, muss er den Versicherten darauf hinweisen, dass dieser die Mehrkosten selbst tragen muss. Die Krankenkassen werden in § 65a SGB V ermächtigt, per Satzung Bonusregelungen für gesundheitsbewusstes Verhalten einzuführen. Die Patientenquittung, die gemäß § 305 Abs. 2 SGB V allerdings nur auf Verlangen des Versicherten ausgestellt wird, soll über die abgerechneten Leistungen und damit auch über die Kosten der Behandlung informieren. Zur Stärkung der Eigenverantwortung und des Kostenbewusstseins wird in § 13 Abs. 2 SGB V für alle Versicherten die Option auf Kostenerstattung eingeführt. Für freiwillige Mitglieder, die Kostenerstattung wählen, können die Kassen durch Satzung Selbstbehalte einführen, die mit Beitragsermäßigungen verbunden sind (§ 53 SGB V). Ähnliches gilt für Beitragsrückzahlungen (§ 54 SGB V).

### **III. Allokationsentscheidungen des Arztes bei knappen Ressourcen in rechtlicher Sicht**

Es wurde dargelegt, dass „nicht jederzeit jedem Patienten eine Behandlung nach den neuesten Erkenntnissen, mit den modernsten Apparaten und durch ausgesuchte Spezialisten geboten werden“<sup>729</sup> kann. Vor allem in der klinischen Praxis kann es zu Knappheitssituationen kommen. Der behandelnde Krankenhausarzt hat dann über die Allokation knapper Ressourcen zu entscheiden. Der Extremfall ist die Organallokation, die in § 12 Abs. 3 S. 1 SGB V geregelt ist. Die Organe sind „nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der

---

<sup>729</sup> BGH 22. 9. 1987 NJW 1988, 763 (765).

medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln“. In der Literatur sind diese Kriterien auf massive Kritik gestoßen. Medizin sei die „Wissenschaft von den Ursachen, Wirkungen und der Vorbeugung und Heilung der Krankheiten“, also ein deskriptives, kein in sich normatives Unternehmen. Deshalb könne sie nicht entscheiden, „wie die die Struktur des Allokationsproblems bestimmenden Zielkonflikte und Abwägungsprobleme [...] zu lösen sind“. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG basiere auf einem „Kategorienfehler“.<sup>730</sup>

Diese Kritik ist nicht schlüssig, da ihr ein viel zu enger, rein naturwissenschaftlicher Begriff der Medizin zugrunde liegt. Der Gesetzgeber hat eine Formulierung gewählt, die sich an § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V anlehnt: Der allgemein anerkannte Standard der medizinischen Erkenntnisse. Wir hatten gesehen, dass der Standardbegriff drei Elemente umfasst, nämlich die im engeren Sinne wissenschaftliche Erkenntnis, die ärztliche Erfahrung und die professionelle Akzeptanz. Die Erfahrung bildet sich in der Praxis, die auch über die Akzeptanz in der Profession entscheidet. Da der Begriff „Stand der medizinischen Erkenntnisse“ das ärztliche Handeln einschließt, sind auch die ethischen Implikationen dieses Handelns eingeschlossen. Damit wird der Arzt nicht zu einem Experten in Sachen Ethik. Denn ethische Gesichtspunkte sind nur dann Teil der medizinischen Erkenntnisse, wenn sie sich auf das spezifisch ärztliche Handeln beziehen. So ist der Arzt nicht befugt, seine Allokationsentscheidung etwa von Erwägungen über die „soziale Nützlichkeit“ der Patienten abhängig zu machen. Wenn er aber aufgrund seines medizinischen Wissens und seiner ärztlicher Erfahrung in der Lage ist, eine sichere Prognose über den infolge des Eingriffs zu erwartenden Gewinn an Lebensjahren abzugeben, kann er diese Prognose seiner Entscheidung zugrunde legen. Er überschreitet jedoch seine Ermächtigung zur Entscheidung nach medizinischen Gesichtspunkten, wenn er ihr nicht die numerische Zahl der zu gewinnenden Lebensjahre zugrunde legt, sondern sich die Beurteilung ihrer Qualität anmaßt.<sup>731</sup> Denn die Frage nach der Qualität des gewonnenen Lebens kann nur der Patient selbst beantworten.

Was zur Organallokation gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für weniger dramatische Allokationsentscheidungen. Dabei ist zunächst zu erinnern, dass eine Ressourcenknappheit geeignet ist, die Pflicht des Arztes oder Krankenhausträgers zu einer Organisationsaufklärung

---

<sup>730</sup> Gutmann; Fateh-Moghadam 2003, S. 41 f.; ähnlich Höfling in: ders. 2003, § 12 Rz. 24 ff.

<sup>731</sup> Zu den „qualitätsbereinigten Lebensjahren“ („Quality Adjusted Life Years Saved“ = „QALYS“) s. Taupitz 1999, S. 127 f.

auszulösen.<sup>732</sup> Der Arzt entscheidet nach medizinischen Kriterien, nämlich nach seiner wissenschaftlichen Erkenntnis, ärztlichen Erfahrung und der professionellen Akzeptanz. Eine medizinische Entscheidung ist richtig, wenn die Fachkollegen ebenso entschieden hätten.<sup>733</sup>

## **IV. Allokationsentscheidungen in konkreten Arzt-Patienten-Beziehungen**

### **1. Einführung**

Unter Budgetbedingungen spielen Allokationsentscheidungen häufig eine entscheidende Rolle. Sowohl im stationären als auch im ambulanten Bereich sind Kostenbudgets inzwischen eine Determinante ärztlichen Handelns geworden. Die Positionen der verfassten Ärzteschaft werden die Situation in der konkreten Arzt-Patienten-Beziehung nicht vollständig abbilden. Deshalb wurde eine leitfadengestützte Interview-Untersuchung konzipiert, um Allokationsentscheidungen in konkreten Arzt-Patienten-Beziehungen näher zu untersuchen. Die Fragen bezogen sich einerseits auf die Bedingungen der Budgetbeschränkung, andererseits aber auch auf fallbezogene Allokationsentscheidungen. Mit dieser Untersuchung sollten die Wertimplikationen in Allokationsentscheidungen offen gelegt werden. Es bestand die Vermutung, dass sich in den Interviews gerade an konkreten Fallbeispielen Dilemmata zeigen und in den Lösungswegen der Interviewpartner Wertimplikationen sichtbar würden.

### **2. Methodik**

Im Sinne einer explorativen Studie wurden zehn leitfadengestützte Interviews durchgeführt, die in der Regel<sup>734</sup> aufgezeichnet wurden. Hierfür wurden Chef- und Oberärzte aus Kardiologie, Onkologie und Palliativmedizin sowie niedergelassene Internisten und Onkologen befragt, die in Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Berlin arbeiten. Bei den Krankenhäusern waren Unikliniken, städtische Häuser sowie Krankenhäuser in gemeinnütziger Trägerschaft vertreten. Bei den Praxen handelte es sich um Praxisgemeinschaften und Gemeinschaftspraxen, die onkologisch tätigen Ärzte waren in einer Schwerpunktpraxis tätig.

---

<sup>732</sup> Hart 1999, S. 47.

<sup>733</sup> So Schmitt 1912, zu der Frage: „Wann ist eine juristische Entscheidung richtig?“.

<sup>734</sup> Ein Gesprächspartner stimmte der Aufzeichnung nicht zu.

Da durch unterschiedliche institutionelle Bedingungen die Entscheidungsnotwendigkeiten und -möglichkeiten sehr variieren, wurde bei der Auswahl darauf geachtet, dass verschiedene Krankenhausträger ebenso vertreten sind wie unterschiedliche Versorgungsgrade. Bei den Fachgebieten wurden Onkologie und Palliativmedizin als Fachgebiete ausgesucht, die eine Beziehung zu den Schwerpunkten der Enquête-Kommission aufweisen, dazu interventionelle Kardiologie und Innere Medizin im niedergelassenen Bereich. Die Interviewpartner wurden telefonisch gefragt, ob sie zu einer Befragung bereit wären, und alle bis auf einen erklärten nach Darstellung der Zielsetzung sofort ihre Bereitschaft. Der angefragte Interviewpartner, der die Befragung ablehnte, gab an, aus Zeitmangel für ein Interview nicht zu Verfügung zu stehen. Neben den leitfadengestützten Interviews fanden auch Gespräche mit einem Vertreter des Krankenhauscontrollings, der externen Qualitätssicherung, des gemeinsamen Bundesausschusses sowie der Palliativmedizin im ambulanten Bereich statt. Diese Gespräche wurden, bis auf eines, nicht aufgezeichnet und dienten der Hintergrundinformation.

Der Interview-Leitfaden begann mit Fragen zu der Budgetverantwortung und dem Controlling, nahm den Begriff des medizinisch Notwendigen auf, durchleuchtete die Rolle von Leitlinien im Entscheidungsprozess und erfragte schließlich die Einschätzung zu Rationierung und Rationierungskriterien. Insgesamt thematisierte er Allokationsentscheidungen im Umfeld des Interviewpartners. Hierbei wurde großer Wert auf konkrete Fallbeispiele gelegt. Bei Ärzten gleicher Fachrichtung wurden ähnliche Therapieoptionen angesprochen, z. B. der Einsatz neuer Antimykotika in der Onkologie, die als teure und häufig indizierte Maßnahmen besonders prägnant Allokationsentscheidungen erforderlich machen.

In die Konzeption der Untersuchung und in die Auswertung und Darstellung der Ergebnisse flossen vier andere Studien ein, die ebenfalls mit der Methode leitfadengestützter Interviews angrenzende Themenbereiche untersucht hatten. So hat Ellen Kuhlmann 1997, gefördert durch das Ministerium für Wissenschaft und Forschung in Nordrhein-Westfalen, unter dem Titel „Zwischen zwei Mahlsteinen“ eine „empirische Studie zur Verteilung knapper medizinischer Ressourcen in ausgewählten klinischen Settings“ durchgeführt.<sup>735</sup> Grundlage dieser Studie waren 19 Gespräche mit 20 Personen aus verschiedenen Hierarchieebenen und drei Fachgebieten; zu zwei Dritteln Ärzte, ein Drittel Pflegende dazu ein Vertreter der Verwaltung. Das DFG-Projekt „Altersbezogene Allokation medizinischer Leistungen“ von

---

<sup>735</sup> Kuhlmann 1997.

Susanne Hahn enthält 10 Tiefeninterviews mit Ärzten vorwiegend aus dem Krankenhaus, und einigen niedergelassenen Ärzten.<sup>736</sup> Eine dritte Studie stammt von Michael Simon aus der Arbeitsgruppe Public Health des Wissenschaftszentrums Berlin aus dem Jahr 2001, gefördert vom Bundesministerium für Bildung und Forschung. „Die Ökonomisierung des Krankenhauses“ ist ihr Thema.<sup>737</sup> Zum Gegenstand dieser Untersuchung wurden 71 qualitative Interviews mit kaufmännischen Leitungen, Ärzten und Pflegekräften in Krankenhäusern sowie externen Experten aus den Bereichen Krankenhausberatung, zuständigen Länderbehörden und Medizinischem Dienst der Krankenkassen durchgeführt. Schließlich wurde die Untersuchung von Hesse-Jungesblut an Hämophiliekranken, ihren Angehörigen, Pflegenden und Ärzten zu „Not und Notwendigkeit am Beispiel der Hämophilie A“ aus dem Jahr 2004 einbezogen.<sup>738</sup> Insgesamt wurden hierin 17 Personen befragt, darunter Ärzte, Pflegende, Patienten und Angehörige, die von Hämophilie A betroffen sind.

Bei der Auswertung wurden die Aussagen in Anlehnung an inhaltsanalytische Verfahren zu den einzelnen Themengebieten zusammengetragen. Es fand keine Kategorienbildung statt, da es darum ging, das Spektrum verschiedener Wertimplikationen zu erfassen. Die Darstellung der verschiedenen Aussagen erfolgt im Text und durch Wiedergabe wörtlicher Zitate. Die zitierten Passagen sind größtenteils etwas ausführlicher, um den vollständigen Gedankengang, die Abwägungen und Ambivalenzen der Interviewpartner deutlich zu machen. Bei einigen Themen wären Aussagen verschiedener Interviewpartner für ähnlich lautende Zitate geeignet gewesen, dort wurde jeweils eines stellvertretend ausgesucht und im Text entsprechend kommentiert. Wenn sich in den Aussagen oder Bewertungen deutliche Zusammenhänge zu dem institutionellen Kontext der Interviewpartner ergaben, wurden die Zitate entsprechend markiert. Auf eine Geschlechtszuordnung der Interviewpartner wird verzichtet. Da nur eine Frau unter den Befragten war, wird durchweg die männliche Form verwendet. Durch die Länge der Zitate finden sich in ihnen häufiger Aussagen, die verschiedenen Unterpunkten zuzuordnen sind: In diesem Fall wird bei der ersten Erwähnung das Zitat aufgeführt und es an späterer Stelle als Fußnote wiederholt.

---

<sup>736</sup> Hahn 2001.

<sup>737</sup> Simon 2001.

<sup>738</sup> Hesse-Jungesblut 2004.

### 3. Allgemeine Ergebnisse

Generell fanden die Gespräche in großer Offenheit statt. Die Gesprächspartner vermittelten durchweg den Eindruck, dass sie die Probleme von Allokationsentscheidungen bereits reflektiert hatten. Dazu mag auch beigetragen haben, dass alle Interviewpartner mit begrenzten Budgets arbeiten und über Controllingssysteme<sup>739</sup> ständig eine Rückmeldung über die ökonomische Seite ihres Handelns erhalten. Die grundsätzliche Notwendigkeit von effizientem Mitteleinsatz war von allen akzeptiert, und daraus folgend auch die Beachtung ökonomischer Faktoren bei Therapieentscheidungen.

Ein wesentliches Ergebnis war, dass unter Budgetierungsbedingungen sowohl im stationären wie auch im ambulanten Bereich die Verschiebung von Patienten in den jeweils anderen Bereich dazu genutzt wird, um Patienten eine für notwendig erachtete Therapie zukommen zu lassen, auch wenn das unter den eigenen Budgetbedingungen nicht möglich wäre. Generell geht von der Budgetierung ein erheblicher Anreiz zur Kontrolle der Ausgaben aus. In manchen Bereichen, z. B. berichtet von Ärzten aus gemeinnützigen Krankenhäusern, bestehe bereits Rationierung. So äußerte der Chefarzt:

#### Zitat 2

Ärzte und Kranke spüren jetzt, dass sie die Therapie bekommen, die die Politik und gesunde Wähler ihnen verordnen.

Währenddessen wurde von Ärzten in anderen Bereichen eingeschätzt, dass es zur Zeit vorwiegend um eine Kostenbegrenzung gehe, die medizinisch notwendige Leistungen, wenn zum Teil auch unter Anwendung von Ausweichmanövern, nach wie vor ermögliche.

Es fällt jedoch bei fast allen Interviewpartnern auf, dass bestimmte Entscheidungen sehr stark budgetgesteuert getroffen werden. So werden bestimmte Formen der Krebstherapie durchweg ambulant durchgeführt, da die Kosten für die Medikamente dort außerbudgetär sind. Dies wird von einigen Interviewpartnern auch als durchaus wünschenswerter Effekt gesehen. Ein Dilemma entsteht, wenn ein Patient wegen seines Allgemeinzustandes nur stationär behandelt werden kann, die indizierte Therapie aber das Budget überschreitet. In einem Schwerpunktkrankenhaus in gemeinnütziger Trägerschaft kommt es ständig zu der Situation,

---

<sup>739</sup> Ein Hausarzt hatte diese Funktion der Praxissoftware ausgeschaltet, da er ohnehin das Budget überschreite und seine Entscheidungen nach medizinischer Notwendigkeit treffe. Eine Stückelung von Packungsgrößen, von einem anderen Niedergelassenen als Mittel bei drohender Budgetüberschreitung angewandt, nehme er nicht vor, da die Kosten der Verschreibung dann – über die Zuzahlung – auf dem Rücken des Patienten ausgetragen werde.

dass eine indizierte Therapie nicht innerhalb des Budgets durchführbar ist. Der Interviewpartner eröffnet seinen Patienten dann, dass die Behandlung in seinem Haus nicht möglich sei und er deshalb eine Überweisung an eine Spezialambulanz, eine Verlegung oder Aufnahme in einem anderen Haus empfehle. Andere Interviewpartner halten sich bedeckt und betonen nur die Spezialisierung der empfohlenen Abteilung. Im ambulanten Bereich berichtet dies ein Interviewpartner, der dies ebenfalls den Patienten gegenüber transparent handhabt: Er treffe häufig bei kostenbedingten Verschiebungen auf großes Verständnis bei den Patienten. Die Kosten medizinischer Leistungen seien durch die Zuzahlungsregeln auch Patienten stärker bewusst geworden.

So fassen die meisten Interviewpartner die Budgetbegrenzung als Herausforderung auf, einen Weg zu finden, die von ihnen als indiziert angesehenen medizinischen Maßnahmen dem Patienten auf dem ein oder anderen Weg zur Verfügung zu stellen. Manche der daraus resultierenden Verschiebungen sind medizinisch sinnvoll und vertretbar, so zum Beispiel die Verlagerung von Chemotherapien in den ambulanten Bereich, in anderen Fällen stellt diese Verschiebung aber weder finanziell noch medizinisch eine gute Lösung dar. Die Interviewpartner sind in unterschiedlichem Maße von Budgetbedingungen eingeschränkt, dies hängt einerseits mit dem Grad der Versorgung in der jeweiligen Institution zusammen, andererseits mit dem Selbstverständnis und persönlichen Anspruch an das Niveau der Therapie, die man selbst durchführen möchte oder deren Durchführung man als Verpflichtung sieht, z. B. in einem Haus der Maximalversorgung. Eine große Rolle spielt hier auch die institutionelle Struktur; sind dem stationären Bereich Ambulanzen angegliedert, bleibt die Therapie auch im ambulanten Bereich in den eigenen Händen. Bei der Zusammenarbeit und Vernetzung ambulanter Einrichtungen mit Krankenhäusern sind im Rahmen von Verträgen zur integrierten Versorgung große strukturelle Veränderungen zu erwarten.

#### **4. Medizinische Notwendigkeit**

Ein zentraler Begriff der Leistungsgewährung nach SGB V ist die medizinische Notwendigkeit einer Maßnahme. Nach § 12 SGB V müssen Leistungen „medizinisch notwendig“ sein, damit sie vom Versicherten beansprucht und vom Leistungserbringer erbracht werden dürfen.

Da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, bleibt zunächst offen, was eine Leistung als medizinisch notwendig qualifiziert und wer dies definiert. Im Interviewleitfaden

wurde dieser Begriff eingeführt und die Interviewpartner gebeten, ihn mit Bedeutung zu füllen. Häufig geschah dies anhand von Fallbeispielen. Es zeigte sich, dass an dieser Stelle eine Differenz zu bestehen scheint, zwischen der Definition durch Ärzte, die das ‚Notwendige‘ im eher engeren Sinne betonen (einer der Interviewpartner verwendete hierfür auch den Begriff, es ginge darum „eine Not zu wenden“), und der Definition von juristischer Seite: Diese fasst Ratajczak<sup>740</sup> folgendermaßen zusammen:

„...als medizinisch notwendig (kann) eine Heilbehandlung bezeichnet werden, wenn sie auf einem nach medizinischen Kriterien nachvollziehbaren (plausiblen) biologischen Konzept aufgebaut ist, das den angestrebten Behandlungserfolg (Prävention, Heilung, Linderung) *ex ante* nicht als ausgeschlossen erscheinen lässt.“

Damit wäre eine in klinischen Studien als wirksam erwiesene Therapie, auch allein bei besserer Verträglichkeit oder geringer ausgeprägten Nebenwirkungen, aus juristischer Sicht medizinisch notwendig; eine Sichtweise, die so von den befragten Ärzten nicht geteilt wird. Diese würden eher eine Grundversorgung als medizinisch notwendig und Fortentwicklungen der Therapie, die bei einem hohen Preis einen zusätzlichen Nutzen bewirken, als wünschenswert bezeichnen.

#### a) *Medizinische Notwendigkeit als Instrument der Allokation*

Bei dieser differenten Sichtweise von Ärzten und Juristen erhebt sich die Frage, inwieweit der Begriff der medizinischen Notwendigkeit zur Allokation von Mitteln geeignet ist, da in der Reformdebatte durchweg betont wird, „die Patienten würden auch in Zukunft das medizinisch Notwendige erhalten“. Dabei schwingt – oft unausgesprochen – mit: „Überflüssiges jedoch nicht mehr“. Ratajczak vertritt zu der Frage, inwieweit die medizinische Notwendigkeit als Instrument zur Mittelallokation von Wert ist, die Ansicht:

„Der Begriff der medizinischen Notwendigkeit ist dynamisch und expansiv. Er eignet sich nicht für die Leistungsbegrenzung. Diese kann nur auf gesetzlichem Wege vorgenommen werden. Hierfür steht dem Gesetzgeber ein sehr weiter Entscheidungsspielraum zur Verfügung.“<sup>741</sup>

Letzteres schließt er aus einem Fehlen verfassungsrechtlicher Schranken, da es keinen grundgesetzlich verankerten Anspruch auf Gesundheit gebe und auch andere Staatszwecke verfolgt werden müssten. Somit sieht er als maßgeblich für die Bestimmung des medizinisch Notwendigen die Leistungskraft der Volkswirtschaft wie auch den Lebensstandard in einer

---

<sup>740</sup> Ratajczak 1999, S. 20.

<sup>741</sup> Ebd., S. 19.



Gesellschaft an. Die Bestimmung des medizinisch Notwendigen, das einerseits medizinisch indiziert sein müsse, andererseits eine Heilung oder Linderung mit nicht nur ganz kleiner Erfolgsaussicht als möglich erscheinen lassen müsse, schreibt er im konkreten Einzelfall den Leitungserbringern zu – konstatiert allerdings, diese würden

„...oft allein gelassen von einander widersprechenden Entscheidungen der Makroebene und der Ausgestaltung des Behandlungsanspruchs seines Patienten in den verschiedenen Versicherungssystemen.“

Sein Kollege Stegers möchte dagegen das Arzt-Patienten-Verhältnis von ökonomisch induzierten Konflikten freihalten:

„Der einzelne Arzt sieht sich in der Rolle des Rationierers in die Grauzone zwischen zwingend notwendigen ärztlichen Maßnahmen einerseits und lediglich wünschenswerten Maßnahmen andererseits gedrängt. Sie verträgt sich nur schlecht mit dem in Anspruch genommenen Vertrauen.“<sup>742</sup>

#### *b) Bestimmung des medizinisch Notwendigen*

In den Interviews waren die Befragten durchweg der Ansicht, dass die medizinische Notwendigkeit von Ärzten festgestellt werden solle, dass aber gesetzliche oder juristische Rahmenbedingungen eine stärkere Legitimation, insbesondere nach außen darstellen könnten:

#### **Zitat 3**

Ich denke schon, wir sind doch am nächsten an dem Patienten dran und sind doch die Experten für das Faktenwissen und die Fähigkeit, klinische Entscheidung zu treffen. Da sind Ärzte doch die besten Ratgeber.... Wenn bestimmte Sachen institutionalisiert wären, das wäre schon eine gewisse Entlastung. Letztendlich muss die Entscheidung bei den jeweiligen Ärzten bleiben, das denke ich schon, und solche Richtlinien sollten im Wesentlichen auch von Ärzten, von medizinischen Experten entwickelt werden.

Eher die Entscheidung am einzelnen Patienten beschreibt ein Hausarzt, eine allgemeine Richtlinie ergänzt er durch individuelle Faktoren des Patienten, wie auch die erwartete Therapietreue des Patienten und die Erfolgchance der Therapie:

#### **Zitat 4**

Präparateverwendung ist ein ganz breites Feld, wo man exorbitant viel ausgeben kann, wo man aber auch mit viel weniger gute Erfolge erzielen kann. Und da musst du einen Weg finden, dass man sich nicht nur leiten lässt von plakativ guter Werbung, sondern es ist sicher ein Stück weit wichtig, deinen eigenen Erfahrungsschatz einzubringen, die Akzeptanz der Patienten. Teure Medikamente kommen manchmal nicht beim Patienten an, weil sie sie nicht nehmen...d.h. die Entscheidung für eine Therapie wird immer von Faktoren abhängen, was hat er für ein Grundleiden, was hat er für eine medizinische Indikation, kommt bei ihm überhaupt die Therapie an, profitiert er von der Therapie,

---

<sup>742</sup> Stegers 1999, S. 72.

wenn die Therapie dann bei ihm ankommt, dann kriegt er die in jedem Fall, wenn es in unseren Möglichkeiten steht.

Damit fällt dieser Arzt eine Allokationsentscheidung nach verschiedenen Gesichtspunkten, und ist dann doch am Ende, wenn die Entscheidung für eine teure Therapie gefallen ist, nicht ganz sicher, dass er sie dem Patienten wirklich verordnen wird – denn er schränkt ein „wenn es in unseren Möglichkeiten steht.“ Das lässt vermuten, dass er die Erfahrung, dass es aus Budgetgründen „nicht möglich“ war, bereits gemacht hat. Im Gegensatz zu der Übernahme von Allokationsentscheidungen auch in der direkten Arzt-Patienten-Beziehung gibt es auch den Wunsch, die konkrete Arzt-Patienten-Beziehung davon so frei wie möglich zu halten:

#### **Zitat 5**

Warum sollst du als Behandler eigentlich solche Fragen entscheiden, ob jetzt diese Ressourcen noch eingesetzt werden oder nicht. Und gesamtgesellschaftlich wird so getan, als ob es überhaupt keine Ressourceneinschränkung gebe. Das macht mir schon ziemliches Missbehagen... ich habe die persönliche Erfahrung jetzt in dem Maße so noch nicht gemacht,... aber das wird kommen, und dann denke ich, belastet das auch das Arzt-Patienten-Verhältnis... Das Schwierige an der ganzen Sache ist wahrscheinlich, dass häufig schon viel mehr Dinge stattgefunden haben, die wir gar nicht so wahrnehmen..., weil eben noch andere Gründe mit da reinspielen, und uns da manchmal noch nicht so klar ist, warum wir das jetzt machen, und denken, das sind vielleicht nur fachliche Argumente, aber da Ressourcengründe reinspielen.

Eine Möglichkeit, das konkrete Arzt-Patienten-Verhältnis von solchen Überlegungen weitgehend frei zu halten, sind klinikinterne Leitlinien:

#### **Zitat 6**

Wir hatten vor einiger Zeit eine Sitzung, da waren die Oberärzte und auch Assistenten, die sich in manchen Punkten gut auskennen, da haben wir für unsere Klinik Therapiestandards herausgegeben. Was bei welchen Erkrankungen unsere Standards sind. Da haben wir auch diskutiert, das waren so die strategischen Entscheidungen: die Datenlage ist so und so, und unter entsprechender Gleichwertigkeit sind das die kostengünstigsten Therapieregimes. Nicht, da gibt es durchaus Unterschiede, da versuchen wir uns möglichst dran zu halten. Im Einzelfall muss man dann mal sehen.

Dennoch bleibt eine gesellschaftliche Entscheidung als Vorbedingung wesentlich: Wie viele Ressourcen werden dem Gesundheitssystem zur Verfügung gestellt, und wie werden diese verteilt. Hier eine gesamtgesellschaftliche Diskussion anzustoßen war allen Gesprächspartnern wichtig, wobei einige Niedergelassene durchaus von gestiegenem Kostenbewusstsein ihrer Patienten berichten. Ein Chefarzt (neben anderen Interviewpartnern) berichtet davon, häufiger mit der Frage konfrontiert zu sein:

#### Zitat 7

Bekommen wir noch was anderes, wenn wir selber zahlen?

Damit zeigt sich einerseits ein gestiegenes Bewusstsein über die Kosten, die im Gesundheitswesen entstehen, andererseits die Vermutung, es existiere eine Zweiklassenmedizin, bei der Selbstzahler besser behandelt würden.

Für die meisten Interviewpartner gibt es keinen großen Unterschied in der Behandlung von Privatpatienten und von Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung. Für Privatpatienten wird der Service erhöht, so dass die Wartezeiten kürzer sind. Aber in der medizinischen Behandlung bestünden keine Unterschiede, bis auf die Behandlung mit Medikamenten im *off-label-use*<sup>743</sup>. Gerade in der Onkologie gibt es Bereiche, in denen Medikamente außerhalb ihrer Zulassung eingesetzt werden. Zum einen, weil für bestimmte Bereiche noch keine Zulassung besteht, zum anderen, weil für die Pharmaunternehmen eine spezielle Indikation, die selten vorkommt, kein hinreichender Anlass ist, dafür die Zulassung zu beantragen. Bei Privatpatienten werden auch Medikamente im *off-label-use* bezahlt, während dies bei Kassenpatienten, auch mit einem Antrag auf Kostenübernahme und der Begründung durch Studienergebnisse nicht zu erreichen sei.

#### Zitat 8

Es gibt bestimmte Neuerungen, die arzneimittelrechtlich anfänglich nicht umsetzbar sind, vor allem in der Onkologie. Ich will Ihnen ein Beispiel sagen, z. B. die Adjuvanttherapie beim Mammacarcinom: Tamoxifen ist bisher Standard, Tamoxifen und Aromatasehemmer ist nach offizieller deutscher Arzneimittel-Zulassung experimentell. Es gibt aber neuere Indikationsbereiche, für die ist der Aromatasehemmer dem Tamoxifen eindeutig überlegen, das sind z. B. Östrogenrezeptor-positive und Progesteronrezeptor-negative Mammacarcinome. Bei fehlendem oder niedrigem Progesteronrezeptor ist Anastrozol, ein Aromatasehemmer eindeutig viel besser. Auch für das Überleben, obwohl die beschriebene Patientenzahl noch nicht so groß ist, zeigt sich bereits eine Signifikanz. Der primäre Einsatz von Anastrozol oder einem anderen Aromatasehemmer ist aber arzneimittelrechtlich nicht möglich, weil diese Substanzen nur zugelassen sind bei Tamoxifen-Versagen oder Unverträglichkeit. Also da wird es dann problematisch. ....auf der anderen Seite, ich seh' das natürlich ein, wenn man diesen Wildwuchs unter Kontrolle halten will, dann braucht man irgendwelche Regularien. ...Und eine individuelle Kostenübernahme über die Krankenkasse, das funktioniert nicht. Ich hab die Patienten auf die Reise geschickt, ich erinnere mich an eine Patientin, selbst eine Pharmazeutin, der habe ich das aufgeschrieben und sie damit zu ihrer Kasse geschickt. Und die Krankenkasse hat dann dieses Spiel gespielt und gesagt, sie ist dafür nicht zuständig. In die Therapiefreiheit

---

<sup>743</sup> *Off-label-use*: Medikamente werden außerhalb der Indikation eingesetzt, für die sie zugelassen sind, zum Beispiel war Interferon anfangs nicht für die Behandlung der Multiplen Sklerose zugelassen, obwohl in Studien gute Ergebnisse mit der Interferonbehandlung erzielt wurden. Siehe auch die Rechtsprechung unter C V 1.

greifen sie nicht ein, aber sie wussten genau, dass sie mich dann über den Regress erwischen würden. ... Bei den privaten (Krankenkassen) ist das zur Zeit noch kein Problem.

Gerade das Verhalten der Krankenkassen in solchen Situationen verärgert einige Interviewpartner erheblich:

#### Zitat 9

...wenn die Krankenkassen klipp und klar sagen würden, das und das übernehmen sie, und das und das nicht! Was aber wirklich sehr unangenehm ist, sind diese Gespräche: Blutzuckerteststreifen bei Leuten, die kein Insulin spritzen z. B. ist nicht vorgesehen, das muss ich hier vertreten. Dann rufen die Leute bei ihrer Krankenkasse an, bei der Krankenkasse werden sie stereotyp mit dem Satz abgefertigt, alles was Ihr Arzt für wichtig hält kann er auch verschreiben. Aber das ist definitiv nicht so, die Krankenkassen arbeiten da unheimlich gegen uns, also die unterstützen.., da ziehen wir nicht an einem Strang. Die Krankenkasse macht uns in den Sprechzimmern wieder zu den Buhmännern, obwohl in den Richtlinien für wirtschaftliche Verordnung das nicht vorgesehen ist

Damit ist für viele Interviewpartner aus der Onkologie die Einschränkung des *off-label-use* ein Hindernis einer adäquaten, auf Studien gestützten Therapie auf dem Stand der Wissenschaft. Ein Interviewpartner hatte in diesem Zusammenhang auch bemängelt, dass es zu lange brauche, bis Studienergebnisse in Leitlinien eingeflossen seien, und dass man sich über die Lektüre von Fachzeitschriften über aktuelle Studienergebnisse und ihre Implikationen auf die Therapie befassen müsse. Bewertet man diese Einschränkung des Leistungsumfanges der GKV, so stellt sie einerseits einen Schutz der Patienten dar, da mit dem Zulassungsverfahren von Arzneimitteln eine umfassende Bewertung der Studienlage verbunden ist. Andererseits sind manche Indikationsgebiete für die Pharmaindustrie von so geringem finanziellem Interesse, dass dafür kein Zulassungsverfahren angestrebt wird. Dies benachteiligt dann vor allem Patienten mit seltenen Erkrankungen.

#### c) *Annäherungen an eine Definition des medizinisch Notwendigen*

„Medizinisch notwendig“ kann zunächst als Kategorie wahrgenommen werden, bei der für eine medizinische Maßnahme zu erwarten ist, dass sie geeignet ist:

- Eine Diagnose zu stellen, die eine Krankheit einer medizinischen Therapie zugänglich macht,
- eine Heilung oder Besserung einer Krankheit zu bewirken,
- Symptome einer Erkrankung zu lindern,

und dies alles nach Möglichkeit evidenzbasiert.<sup>744</sup> Dies entspricht der Eigenschaft einer medizinisch notwendigen Maßnahme jedenfalls, „ärztlich indiziert“ zu sein, diese Eigenschaft bezieht sich vor allem auf die medizinische Eignung einer Maßnahme für den vorgesehenen Einsatz am individuellen Patienten. „Medizinisch notwendig“ ist eine Maßnahme, die darüber hinaus im Einklang mit Rechtsvorschriften steht und dem Ziel eines Patienten dient, seine Gesundheit zu erhalten, wiederherzustellen, oder Krankheiten zu lindern bzw. eine Verschlimmerung zu verhüten.<sup>745</sup> Schwieriger zu entscheiden ist aber häufig der Vergleich zweier Maßnahmen: eine Maßnahme ist als Therapiemaßnahme geeignet, eine andere ist ebenfalls als Therapiemaßnahme geeignet, weist jedoch einen Vorteil auf, ist z. B. stärker wirksam, ist besser verträglich, hat weniger Nebenwirkungen oder ist weniger risikoreich in der Durchführung. Nach welchen Kriterien kann eine Unterscheidung getroffen werden, welche Maßnahme medizinisch notwendig ist, oder ob gemäß der juristischen Sichtweise Therapiefortschritte, die erreichbar sind, jedenfalls medizinisch notwendig sind? Ratajczak sieht allerdings das Maß des medizinisch Notwendigen auch von der Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft abhängig, da es ein Grundrecht auf Gesundheit nicht gebe und auch andere Staatsziele verfolgt werden müssten.<sup>746</sup>

Als medizinisch notwendig könnte jedenfalls erachtet werden, was unabdinglich ist, um das Leben eines Patienten zu retten oder zu erhalten – ein Kriterium, das in Priorisierungsdebatten in der Regel die höchste Priorität erhält. Eine positive Bestimmung wäre die Definition, bei der medizinisch notwendig ist, was nach dem Stand der Wissenschaft für die Heilung oder Linderung eines Krankheitszustandes indiziert ist. Doch hier stellt sich das Problem, dass manche nach dieser Definition medizinisch notwendigen Maßnahmen nicht verfügbar sein können, sei es aus absoluter Knappheit wie bei Organen, sei es aus relativer Knappheit, wie bei budgetierten Leistungen. Demzufolge bleibt offen, wie ein Verfahren bezüglich seiner medizinischen Notwendigkeit einzuschätzen ist, das einen erwiesenen medizinischen Vorteil bereithält, aber unter den gegebenen Umständen nicht finanzierbar erscheint. Ein Beispiel hierfür ist die Therapie mit Antikörpern beim metastasierten Colonicarcinom, die in klinischen Studien eine Lebensverlängerung von 8 bis 12 Wochen bewirken konnte, aber mit Kosten von 50 000 Euro bei einer der häufigsten Krebserkrankungen in Deutschland nicht allen

---

<sup>744</sup> Buchborn (1997) geht davon aus, dass allenfalls 30% der medizinischen Maßnahmen auf einer gesicherten Studienlage beruhen.

<sup>745</sup> Ratajczak 1999, S. 19.

<sup>746</sup> Ebd., S. 20.

betroffenen Patienten zur Verfügung gestellt werden kann.<sup>747</sup> Die befragten Ärzte stellen unter den gegebenen Bedingungen die Indikation für diese Therapie sehr restriktiv. Sie hinterfragten auch, ob eine solche Lebensverlängerung noch sinnvoll sei. Dennoch wurde auch hier auf die individuelle Situation des Patienten eingegangen. So erzählte ein Onkologe von einer jungen Frau, die mithilfe einer Therapie ihre Lebenserwartung von vier auf acht Wochen habe verlängern können. Für sie, Mutter kleiner Kinder, seien das essentielle Wochen gewesen. Dies könne man bei vielen Patienten mit metastasiertem Colonicarcinom so nicht feststellen.

Im Rahmen der Einordnung, eine medizinische Indikation sei ohnehin fraglich, wurden in der Regel die Nebenwirkungen der Therapie in den Vordergrund gestellt. Dies könnte bei den Befragten auch als der psychische Mechanismus einer Rationalisierung gedeutet werden: Weil der eigene Entscheidungsspielraum eine eigentlich für notwendig gehaltene Entscheidung unmöglich macht, erleichtert man sich das moralische Dilemma, indem man gute Gründe für die zwangsläufig zu treffende Entscheidung benennt. Allerdings ist gleichzeitig zu konstatieren, dass tatsächlich in Studien signifikante Therapiefortschritte in der medizinischen Praxis nur in geringerem Maße nachzuvollziehen sind. Die Gründe hierfür sind unter B V e) bereits diskutiert. Handelt es sich dann um einen vergleichsweise mäßigen Effekt unter Studienbedingungen, scheint eine kritische Haltung, wie stark der Nutzen für den individuellen Patienten wirklich ist, für den eine Therapie auch zusätzliche Risiken bereithält, durchaus berechtigt.

In den Interviews war generell zu sehen, dass es für die Befragten wesentlich war, dass sie weder für eine Rationierung, noch für eine Bewertung von Lebensqualität verantwortlich sind. Trotz der differenzierten Reflektion der eigenen Rolle durch die Interviewpartnern fällt es ihnen offenkundig schwer, die Indikationsstellung für z. B. das etablierte, aber nebenwirkungsreichere Antimykotikum, die implizit auch eine Nichtzuteilungsentscheidung ist, in diesem Sinne zu verantworten. Das könnte für die Position von Stegers<sup>748</sup> sprechen, der das individuelle Arzt-Patienten-Verhältnis von ökonomisch motivierten Entscheidungen frei halten möchte, da er ansonsten das Vertrauensverhältnis gefährdet sieht. Ein Patient vertraut sich seinem Arzt an, da er davon ausgeht, dieser werde die ihm zugestandenen Verfügungsrechte nicht missbrauchen. Im Arzt-Patienten-Verhältnis finden regelhaft Eingriffe in die persönliche Integrität von Menschen statt – nicht umsonst gilt eine ärztliche

---

<sup>747</sup> Harris 2004, S. 292.

<sup>748</sup> Stegers 1999, S. 72.

Handlung ohne Einwilligung als Körperverletzung.<sup>749</sup> Eine Störung dieses Verhältnisses durch die Möglichkeit einer ökonomisch und nicht am Wohl und Willen des Patienten orientierten Entscheidung könnte eine Bedrohung des Selbstbildes von Ärzten darstellen.

Dennoch sehen Ärzte es durchaus als ihre Aufgabe an, selbst die medizinische Notwendigkeit einer Maßnahme festzustellen, allenfalls die Rahmenbedingungen sollten durch Entscheidungen anderer festgelegt werden. Ein Chefarzt berichtet, dass er zweifelhafte Entscheidungen „am liebsten am Bett, direkt bei dem Patienten trifft“. Für ihn ist auch eine hohe Transparenz der Entscheidung gegenüber dem Patienten wesentlich, die für ihn automatisch in den Dialog mit dem Patienten führt.

Im Rahmen von Therapieentscheidungen mit hoher ökonomischer Bedeutung wird neben die Verantwortung gegenüber dem individuellen Patienten die Verantwortung gegenüber der Gesellschaft gestellt, die zu Recht eine effiziente Mittelverwendung verlange. In die Erfüllung dieser gesellschaftlichen Erwartung fließt eine kritische Haltung gegenüber der Pharmaindustrie ganz wesentlich ein. Allen Ärzten waren der große Einfluss und die in Studien durch entsprechendes Studiendesign besonders hervorgehobenen Fortschritte der neuen Produkte bewusst, ebenso wie die Tatsache, dass Wirksamkeit und Nebenwirkungen neuer Medikamente erst nach ihrer Zulassung im breiten klinischen Einsatz vollständig zu beurteilen sind. Insgesamt wird von den Befragten, wenn auch nicht von allen, eine schon jetzt bestehende Rationierung verneint, da es eigentlich immer möglich sei, einem Patienten die adäquate Therapie zukommen zu lassen – wenn auch mit Umwegen. Ein Chefarzt äußerte allerdings, es gebe bereits jetzt durch unausgesprochene Wartezeiten eine implizite Rationierung. Die Möglichkeit, Patienten in andere Einrichtungen zu einer Therapie zu überweisen, die im eigenen Haus nicht möglich sei, stoße an ihre Grenzen. Für den stationären Bereich werden durch die Umstellung der Vergütung auf DRG erhebliche Veränderungen erwartet, die im Einzelnen noch nicht abzuschätzen seien. Alle Interviewpartner sind sich einig, dass allein durch wachsende therapeutische Möglichkeiten eine Rationierung in Zukunft unausweichlich sei. Von mehreren Interviewpartnern wird in diesem Zusammenhang an die Allokation von Dialyseplätzen erinnert, die als Entscheidung eines Gremiums erfolgte.

---

<sup>749</sup> Ulsenheimer 2002, S. 1231.

### *e) ärztliche Indikationsstellung*

Der erste Schritt zur Beantwortung der Frage, ob eine Therapie medizinisch notwendig ist, ist die ärztliche Indikationsstellung: Ist eine Therapie in dieser Situation ein geeignetes Mittel zur Diagnose, Therapie oder Linderung einer Erkrankung? Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Indikationsstellung wird von vielen Interviewpartnern betont, sie sei die Grundlage für eine rationale und effektive medizinische Versorgung. Ganz entscheidend ist für die Frage, ob eine Maßnahme indiziert ist, welches Therapieziel verfolgt wird. An dieser Stelle setzt die selbstkritische Äußerung eines Palliativmediziners ein:

#### **Zitat 10**

Wenn die Orientierung auf der einen Seite nach dem Willen des Patienten nicht ganz ausreicht, aber eine ganz wichtige Orientierung ist, auf der anderen Seite wir es aber auch nicht gelernt haben, was für einen Menschen in einer bestimmten Lebenssituation angemessen und angezeigt ist, und uns so zu verhalten. Wir verhalten uns fachorientiert, ein Anästhesist beurteilt die Patienten schmerztherapeutisch, der Chirurg nach seinen Möglichkeiten zu operieren, der Onkologe nach den Möglichkeiten der Chemotherapie. Und das, was man im weitesten Sinne eine menschenkundliche Orientierung nennt, ist eben etwas, was ein Manko ist. ...Da gibt es Kriterien, Ansätze, dass natürlich Lebensqualität einen größeren Stellenwert bekommen hat, als das noch vor 20 Jahren der Fall war, ist klar. Aber zum Beispiel der Aspekt der Funktionalität: was tue ich, wenn ich jemanden beatme auf der Intensivstation, mit welcher Intention tue ich das? Habe ich genügend Kriterien, das als überbrückende Maßnahme zu sehen, mit dem Ziel sozusagen, dass unter Umständen diese Organfunktion wieder in Gang kommt, dadurch, dass ich ihn beatme, oder tue ich das, weil etwas ausgefallen ist, um das Defizit auszugleichen?

Die anderen Interviewpartner haben sich in der Frage, ob die ärztliche Indikationsstellung dem Patienten gerecht werde, nicht so kritisch geäußert. Im Übrigen sehen alle Interviewpartner eine relative Kongruenz der Begriffe ‚ärztlich indiziert‘ und ‚medizinisch notwendig‘. Da sie eine enge Indikationsstellung ohnehin für sinnvoll halten, sei im Grunde alles, was ärztlich indiziert sei, auch medizinisch notwendig.

## **5. Rolle von Leitlinien**

Für die meisten Interviewpartner spielen Leitlinien eine große Rolle, seien es abteilungsinterne Leitlinien, oder von Fachgesellschaften herausgegebene. Bei der Vielzahl der vorhandenen Leitlinien findet bei fast allen Interviewpartnern eine abteilungs- oder



praxisinterne Verständigung darüber statt, welche Leitlinien genutzt werden.<sup>750</sup> Die Nutzung von Leitlinien in der Onkologie ist sicher besonders weit verbreitet, aber auch die anderen Fachgruppen nutzen regelmäßig Leitlinien, um den Therapiestandard zu definieren. Insbesondere die Interviewpartner aus Häusern der Maximalversorgung berichteten von einer kritischen Auseinandersetzung mit den verschiedenen Leitlinien, während ein Chefarzt auch bemerkte, dass Leitlinien wegen der raschen Fortentwicklung teilweise schon veraltet seien. Er stelle den Ärzten seiner Abteilung zahlreiche Fachzeitschriften zur Verfügung, auf besonders bemerkenswerte Arbeiten weise er sie regelmäßig hin.

Trotz der großen Bedeutung von Leitlinien insbesondere in der Onkologie wollen sich die Interviewpartner eine gewisse Freiheit in der Gestaltung der Therapie auch einmal abseits von Leitlinien nicht nehmen lassen:

#### Zitat 11

Wir sind relativ stark in Behandlungspfade eingebunden. Diese Behandlungspfade verlassen wir äußerst ungern. Der Behandlungspfad bei Infekten, z. B. bei akuter Leukämie, wo es wirklich darauf ankommt, ist durch eine Empfehlung der Paul-Ehrlich-Gesellschaft vorgegeben. Was darin nicht vorkommt, hat der Kollege nicht zu verwenden, ungeachtet dessen, was Vertreter der Industrie dazu versprechen... Das Problem, das ich befürchte, dürfte sein, dass in der Bundesrepublik die Leitlinien justiziabel werden. Das ist dann das Ende der ärztlichen Therapiefreiheit. ...

Eine Leitlinie ist ein Entscheidungskorridor, aber ich muss aus diesen Leitlinien ausbrechen können, gut begründet. ... Manches Mal, in seltenen Fällen, gibt es so etwas wie ein Bauchgefühl, je nachdem, wie lang man schon im Fach ist und wie viele Fälle man gesehen hat. Da tut man sich manches Mal schwer, dieses zu begründen. Ich möchte auf dieses nicht verzichten, man nimmt das ja nicht oft in Anspruch. Gelegentlich hast du dem nicht nachgegeben und du ärgerst dich im Nachhinein: warum bist du nicht deinem ersten Gedanken nachgegangen, du hast ja doch recht gehabt. Aber dann sucht man nach Gründen und findet diese nicht. Je länger Sie im Metier tätig sind, und Kliniker sind mit Leib und Seele, da haben Sie so manches Mal Intuitionen, und das können Sie nicht begründen, ich jedenfalls kann sie nicht begründen. Ich weiß nicht, womit man das begründen soll, das geht dann einfach nicht. Dann ärgere ich mich, dass ich dem nicht nachgeben darf. Vereinzelt gebe ich dem dann doch nach, und diese Möglichkeit muss weiterhin offen sein. Und das ist natürlich so ein Moment, wo das justiziabel ist: Der hat die Leitlinie verlassen, kann es nicht erklären, kommt vor den Kadi, und dann ist es geschehen, dann ist es das Ende der Therapiefreiheit, nicht nur der Therapiefreiheit, das Ende der ärztlichen Kunst.

---

<sup>750</sup> „Wir hatten vor einiger Zeit eine Sitzung, da waren die Oberärzte und auch Assistenten, die sich in manchen Punkten gut auskennen, da haben wir für unsere Klinik Therapiestandards herausgegeben. Was bei welchen Erkrankungen unsere Standards sind. Da haben wir auch diskutiert, das waren so die strategischen Entscheidungen: die Datenlage ist so und so, und unter entsprechender Gleichwertigkeit sind das die kostengünstigsten Therapieregimes. Nicht, da gibt es durchaus Unterschiede, da versuchen wir uns möglichst dran zu halten. Im Einzelfall muss man dann mal sehen.“

Mit dieser Aussage steht dieser Chefarzt in Übereinstimmung mit den meisten Interviewpartnern. Sie sehen Leitlinien als gute Grundlage für eine rationale Therapie, wollen aber angesichts der individuellen Situation bei einzelnen Patienten auch die Möglichkeit haben, die Vorgaben zu modifizieren, meist rational begründet, aber manchmal auch ohne rationale Begründung.

Eine Ausnahme, bei der Leitlinien selten zur Anwendung kommen, ist die Palliativmedizin. Palliativpatienten eignen sich häufig nicht zur Standardisierung, klinische Studien werden in diesem Bereich verständlicherweise so gut wie nie durchgeführt. So stützen sich palliativmedizinisch tätige Ärzte neben einigen Basisleitlinien, wie das WHO-Schmerzstufenschema, vorrangig auf ihre eigene Erfahrung. Daher besteht bei Palliativmedizinern auch die Befürchtung, im Rahmen der neuen Versorgungsformen nicht berücksichtigt zu werden, da evidenzbasierte Leitlinien nicht zu erstellen sind. Darüber hinaus eignen sich sterbende Patienten auch nicht als Werbeobjekt im Wettbewerb der Krankenkassen. Gleichzeitig sei die unzureichende Vergütung aber eine der Ursachen für die fehlende Struktur. Sowohl der neue EBM 2000 plus, der Abrechnungsmaßstab der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung, der am 1. April in Kraft tritt, wie auch die DRG sehen für palliativmedizinische Leistungen unzureichende Möglichkeiten vor. Unter diesen Bedingungen sei eine Verbesserung der ambulanten wie auch stationären Betreuung palliativmedizinischer Patienten nicht zu erwarten und unnötige Krankenhausaufenthalte bei überforderten Hausärzten wie Angehörigen weiterhin an der Tagesordnung:

#### **Zitat 12**

Die Versorgung von palliativmedizinischen Patienten ist von den Ressourcen für Heilmittel und Medikamente überhaupt kein Problem, der gesamte Schmerzmittelbereich ist auch für die Hausärzte außerbudgetär abrechenbar, ein viel größeres Problem ist, dass die ärztliche Leistung limitiert ist, weil vieles von der ärztlichen Leistung nicht bezahlt wird. Das ist ein ziemlich hoher Zeitaufwand.... Mit dem neuen EBM 2000 plus sind für die Schmerztherapeuten eine ganze Reihe von Einschränkungen drin, insbesondere für Palliativpatienten. Und auch hausärztlicherseits wird das eher weiter eingeschränkt. ...Und das ist nicht nur ein finanzielles Problem, sondern es ist natürlich auch ein Problem, dass die Versorgungsstruktur nicht da ist. ....Und dass die Patienten am Wochenende und in der Nacht auf den notärztlichen Dienst angewiesen sind, das ist eine völlig unzureichende Versorgung und dann eben doch noch wieder Leute ins Krankenhaus eingewiesen werden. Das liegt an der Struktur, und das liegt natürlich auch daran, dass solche Leistungen so schlecht honoriert werden. Du kriegst als Hausarzt wenig Geld, wenn du mitten in der Nacht zu einem Palliativpatienten fährst und da eine Morphinspritze verabreichst. Oder einfach mal guckst, was da Sache ist.

## 6. Kosten-Nutzen-Bewertung

Gerade wenn es um die Anwendung neuer teurer Therapieformen geht, ist die Kosten-Nutzen-Relation eine häufig erwähnte Größe, die zur Bewertung bestimmter Methoden vorrangig eingesetzt wird: So sind moderne Antimykotika (hochwirksame Arzneimittel gegen lebensbedrohliche Pilzkrankungen, die bei Tumorpatienten unter Therapie häufig auftreten) mit geringeren Nebenwirkungen deutlich weniger belastend für die Nierenfunktion, daher kommt ein unter der Therapie mit Cytostatika sonst durchaus häufiges Nierenversagen seltener vor. Diese modernen Antimykotika haben aber einen vielfach höheren Preis: Somit werden sie hauptsächlich bei Patienten eingesetzt, die aus anderen Nebenerkrankungen oder Risikofaktoren ein erhöhtes Risiko eines Nierenversagens haben, damit steht den höheren Kosten auf der anderen Seite ein höherer Nutzen gegenüber:

### Zitat 13

Ein typisches Beispiel ist Amphotericin, das ist eine ziemlich unangenehme Substanz. Und da haben wir jetzt die neuen Antimykotika, die aber exponentiell, wahnsinnig wesentlich teurer sind, und da hat man gesagt, o.k., bei den Patienten, die eine normale Nierenfunktion haben, fangen wir mit dem Amphotericin an, und wenn sie schlechter werden, dann stellen wir sie um auf ein neues Antimykotikum. Da hat man dann also geguckt, dass man tatsächlich möglicherweise vielleicht die nebenwirkungsreichere Therapie, die aber wesentlich kostengünstiger ist, doch mit reinnimmt. Da hat das Ökonomische sicher eine gewisse Rolle gespielt. Wobei wir eben dann der Überzeugung waren, das ist vertretbar, weil die Patienten jetzt nicht wesentlich mehr gefährdet sind. Und wenn man das als Langzeitinfusion laufen lässt, dann ist das handhabbar. Das sind so Situationen, wo man tatsächlich auch mal gesagt hat, wir beschreiten nicht den neuen Weg.

Bei diesen Patienten wird durch den Einsatz der neuen Medikamente ein größerer Nutzen erzielt als bei den Patienten, die ein durchschnittliches oder niedriges Risiko für ein Nierenversagen unter der Therapie mit Cytostatika haben. Dennoch fällt dem Arzt die Darstellung dieser Vorgehensweise nicht leicht, er zögert und benutzt viele Füllwörter, als er die Entscheidung für die nebenwirkungsreichere Therapie beschreibt.

Alle Interviewpartner haben solche – meist grundsätzliche – Entscheidungen zum nur begrenzten Einsatz neuerer Methoden getroffen. Sie betonen in der Erklärung zwar eine durchweg kritische Haltung, die den Therapiefortschritt grundsätzlich in Frage stellt, sind allerdings bei bestimmten Fallkonstellationen überzeugt, dass nun der Einsatz auch der neuen Medikamente geboten sei. Das gilt im niedergelassenen Bereich genauso für moderne

Hochdruckmittel, wie in der Onkologie für Antimykotika, oder in der Kardiologie für beschichtete Stents.

Eine Ausnahme stellen vielleicht extrem teure Therapieansätze wie die Antikörpertherapie bei metastasiertem Darmkrebs dar, dort wurde nur von einem niedergelassenen Onkologen und einem Klinikchef die Meinung vertreten, ihr Einsatz könnte gerechtfertigt sein. Die anderen Interviewpartner stellten dagegen die Frage, ob der zu erzielende Nutzen in einem auch nur annähernd angemessenen Rahmen liege.

Einzelne Interviewpartner erwähnten im Zusammenhang einer Kosten-Nutzen-Betrachtung das Maß eines QUALY, das die subjektive Einschätzung der Lebensqualität beinhaltet. Dies scheint verständlich, da gerade die onkologisch Tätigen betonen, wie wichtig die Beachtung der Lebensqualität sei, eine Orientierung allein am Maß der Lebensverlängerung sei gerade unter Betrachtung der Nebenwirkungen vieler Therapien völlig unzureichend. Die Problematik dieses Maßes wird breit diskutiert.<sup>751</sup> Es stellt einen Versuch dar, unter Einbeziehung subjektiver Aspekte eine Vergleichbarkeit verschiedener Therapien in Bezug auf ihren Nutzen und ihre Kosten zu ermöglichen. Den Verfahren zur Bestimmung des Nutzens einer bestimmten Maßnahme ist in der Regel eine Vereinfachung immanent, die diesen Verfahren eine besondere Attraktivität verleiht, scheinen sie doch ein hochkomplexes, schwieriges Problem handhabbar zu machen. Diese Hoffnung auf eine einfach zu handhabende Lösung wird sich wohl nicht erfüllen, dennoch haben die Verfahren den großen Vorzug, bestimmte Dilemmata aufzudecken und eine offene Diskussion zu ermöglichen. In einer personalen Beziehung ist die Zuteilung oder Nichtzuteilung eines so wertvollen Gutes, wie es eine medizinische Therapie darstellt, immer höchst problematisch.

In eine ähnliche Richtung gehen die Ergebnisse einer Befragung von Hämophiliekranken, ihren Angehörigen und Ärzten. So wurde es von 15 der 18 Befragten, unter ihnen auch Angehörige und Patienten selbst, als zumutbar für Hämophiliekranken eingeschätzt, auf ein risikoreiches Hobby zu verzichten, weil damit ein erheblich gesteigerter Verbrauch der Substitution von Faktor Acht und damit ein wesentlich höherer Preis der Therapie verbunden wäre.

Allerdings werden in der Beurteilung teurer medizinischer Maßnahmen in aller Regel medikamentöse und technische Mittel betont, die im Rahmen des Fortschritts für unverzichtbar gehalten werden. Die knappe Ressource Mensch, z. B. eine Pflegende auf der

---

<sup>751</sup> Marckmann 2004, S. 140.

Palliativstation, findet häufig keine solche Beachtung, obwohl sie aus Sicht von Patienten wesentlich zu ihrer Lebensqualität beiträgt. Gerade die mangelhafte Abbildung der Palliativmedizin im DRG-System könnte man so deuten, dass lebensrettende und lebenserhaltende Maßnahmen wesentlicher seien als die pflegerische und medizinische Betreuung von Sterbenden. So war auch ein Chefarzt aus der Palliativmedizin der Meinung, es gebe bereits Rationierung und zwar bei der Ausstattung seiner Station mit Pflegenden. Bemerkenswert ist, dass die begrenzten Personalressourcen sonst von den Befragten in keiner Weise angesprochen wurden. Dies war in den Studien von Kuhlmann anders, dort wurde Personalknappheit explizit als Problem benannt.<sup>752</sup>

In eine gesamtgesellschaftliche Betrachtung der Kosten-Nutzen-Relation fließt mit ein, für wen Kosten entstehen und welcher Nutzen betrachtet wird. Hierzu ein Beispiel aus der Kardiologie: Medikamentenbeschichtete Stents, die zur Therapie von Verengungen der Herzkranzgefäße eingesetzt werden, haben eine geringere Wiederverschlussrate als konventionelle Stents. Der Einsatz dieser beschichteten Stents hat einen mehrfach höheren Preis, sie werden dennoch in einer Klinik in Rotterdam<sup>753</sup> allen Patienten eingesetzt. Dies erfolgt unter der Vorstellung, es sei volkswirtschaftlich günstiger, alle Patienten mit diesen Stents zu versorgen. In einer Klinik der Maximalversorgung in Deutschland, in der einer der Befragten als Chefarzt tätig ist, werden sie in bis zu 20% der Fälle streng nach Indikation eingesetzt: Einen medikamentenbeschichteten Stent erhält ein Patient, der zusätzliche Risikofaktoren für einen Verschluss eines Stents aufweist. Hier findet die Abwägung statt: Welche Therapie ist unter dem Aspekt des Budgets sinnvoll und medizinisch vertretbar. Volkswirtschaftliche Aspekte wie Arbeitsausfall und erneute Klinikaufenthalte bei Stentverschluss spielen dagegen keine Rolle. Für die Fallzahlentwicklung einer Klinik könnte es sich sogar als Nachteil auswirken, wenn damit der Bedarf an Herzkathetereingriffen zurückginge - eine allerdings eher theoretische Gefahr, da bisher durchweg steigende Eingriffszahlen zu verzeichnen waren.

Somit findet in Kliniken und Praxen eine allgemeine Kosten-Nutzen-Bewertung bei der Einführung neuer sehr teurer medizinischer Maßnahmen statt, aber auch eine individuelle Kosten-Nutzen-Bewertung, wenn es darum geht, teure Therapien, die aus dem Budget nicht für alle in Frage kommenden Patienten zu finanzieren sind, ausgewählten Patienten zukommen zu lassen.

---

<sup>752</sup> Kuhlmann 1997, S. 17.

<sup>753</sup> Lemos 2003, S. 3005.

## 7. Ökonomisierung der Medizin

Bei der Diskussion des Begriffs der medizinischen Notwendigkeit zeigt sich, wie stark ökonomische Aspekte Eingang in die medizinische Entscheidungsfindung gefunden haben. So hat über die Budgetierung von Krankenhäusern seit Mitte der 1990er Jahre ein Chefarzt in der Regel Budgetverantwortung für seine Abteilung. Üblicherweise handelt es sich hierbei um ein Kostenbudget, d.h. es wird ein Ausgabenrahmen festgelegt, der die Sachmittel umfasst. Eine Aufschlüsselung der Einnahmen findet in der Regel bisher nicht statt, es werden als Einnahmeparameter eher die Belegung und die Abrechnung von Fallpauschalen mitgeteilt. Dies wird sich wohl nach Einführung der DRG ändern. Das krankenhausinterne Budget hat die allgemeine Bekanntmachung von Preisen bestimmter Maßnahmen, z. B. bestimmter Medikamente und Verbrauchsmaterialien nach sich gezogen. Dazu existiert häufig auch eine Regel, dass die Anordnung kostenintensiver Maßnahmen von einem Oberarzt gegengezeichnet werden muss. Damit ist in allen Hierarchie-Ebenen ein sorgsamer Umgang mit den Ressourcen gebahnt. Die Frage steht im Raum, ob Therapieentscheidungen in unzulässiger Weise unter Kostenvorbehalt geraten und ob das medizinisch Notwendige jedem Patienten zur Verfügung steht. Eine explorative Studie aus Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 1997, gefördert vom Forschungsministerium, bei der Krankenhausmitarbeiter aller Hierarchie-Ebenen mit leitfadengestützten Interviews zu Fragen der Rationierung befragt wurden, legt nach Überzeugung der Untersucher nahe, dass in deutschen Krankenhäusern Rationierung alltäglich stattfindet. Es werden verschiedene Maßnahmen identifiziert, mit denen Überschreitungen der Klinikbudgets vermieden werden:

- Rationalisierungsreserven ausschöpfen
- Stellensperrung, Stellenabbau
- Therapeutische und diagnostische Entscheidungen unter ökonomischen Aspekten
- Weiterverlegung in andere Häuser

Damit lässt sich jedenfalls zeigen, dass ökonomische Erwägungen im Klinikalltag breiten Raum eingenommen haben. Dies bestätigt auch eine Studie der Arbeitsgruppe Public Health des Wissenschaftszentrums Berlin, die vom Bundesministerium für Bildung und Forschung gefördert wurde. Nach dieser Untersuchung, bei der 71 qualitative Interviews mit kaufmännischen Leitungen, Ärzten und Pflegekräften in Krankenhäusern sowie externen Experten aus den Bereichen Krankenhausberatung, zuständigen Länderbehörden und

Medizinischem Dienst der Krankenkassen geführt wurden, werden gezielte Leistungssteuerungen im Krankenhausbereich vorgenommen, um das Budget einzuhalten. Dabei werden ebenfalls verschiedene Strategien identifiziert: Mit ärztlichen Entscheidungen zur

- Aufnahme von Patienten,
- Indikationsstellung für Eingriffe,
- Verlegung und Entlassung von Patienten

wird eine Punktlandung angestrebt, nämlich die möglichst genaue Erreichung der mit den Krankenkassen vereinbarten Leistungsziele. So werden beispielsweise Eingriffe auf zwei stationäre Aufenthalte aufgeteilt, da dies einen höheren Erlös ergibt, Notfallpatienten nicht aufgenommen und je nach Vergütungsform verschiedene Liegedauern angestrebt.

All dies wird mit dem Wunsch und der Notwendigkeit begründet, nur so könne das Versorgungsangebot für die Patienten erhalten bleiben, und zu gravierenden Verstößen gegen das Patientenwohl komme es nicht. Den Patienten bleibt diese Motivation in der Regel verborgen, eigene Entscheidungen der Patienten bleiben diesen Erwägungen nachgeordnet.

Viele der beschriebenen Effekte ließen sich bei den Interviewpartnern bestätigen, so findet an einigen Stellen eine gezielte Steuerung von Aufnahmen oder Weiterverlegungen von Patienten statt, die bis auf eine Ausnahme im ambulanten Bereich und eine Ausnahme im stationären Bereich den Patienten gegenüber nicht transparent gehandhabt wurden. Therapeutische Entscheidungen unter ökonomischen Gesichtspunkten ließen sich ebenfalls finden, häufig als bewusste und rationale Abwägung unter Nutzung der vorhandenen Evidenz unter Beachtung individueller Besonderheiten der Patienten. Diese Entscheidungen im Sinne einer effizienten Mittelverwendung werden auch von allen durchaus positiv eingeschätzt, sie empfinden die Verpflichtung zu sorgsamem Umgang mit den finanziellen Ressourcen auch als ethisch motiviert.<sup>754</sup> Darüber hinaus gebe es allerdings auch unterbewusste Effekte eines ökonomisierten Denkens. Von einem Interviewpartner wurde dies beschrieben:

#### **Zitat 14**

Aber man muss sagen, ich bin nicht sicher, wie subtil das Denken verändert wird. Einfaches Beispiel, eine Krankenkasse schreibt mir, weil ich in der Schmerzambulanz bei einem Patienten Rivotril verordnet habe gegen neuropathischen Schmerz, obwohl es da sogar Leitlinien gibt, und sie wollen 40,- Euro zurück haben.... Da muss ich dann

---

<sup>754</sup> Marckmann; Siebert 2004.

zwei Stunden einen Brief schreiben, Widerspruch einlegen und unter Umständen gibt es sogar ein Gerichtsverfahren aus grundsätzlichen Gründen, weil ich mir das nicht gefallen lasse. Gleichzeitig aber überlege ich mir beim Nächsten, soll ich mir den Ärger antun? Und das sind die subtilen Dinge, die auch stationär dauernd ablaufen. Den Mechanismen der Kassen sind wir relativ ausgeliefert und das verändert auch das medizinische Denken.

Damit zeigen sich erhebliche Auswirkungen der Budgetdeckelung im Krankenhausbereich, die zwar einerseits eine gewisse Kostenstabilität zur Folge hatte, andererseits aber Fehlanreize gesetzt hat, die nicht unbedingt zu einer Effizienzsteigerung, sondern eher zu Ausweichmanövern motivieren.

#### **Zitat 15**

Das Problem kam jetzt mit den neuen Substanzen, die wir nicht mehr im tagesgleichen Satz unterbringen konnten. Ich kann doch nicht eine Substanz einführen, wo der Tag 1500 € kostet, Cetuximab/Erbitux kostet noch viel mehr, das kostet 2000 oder 3000 € pro Tag, und ich krieg aber nur 500 €. Das ist eine Rechnung, die geht nicht mehr auf. Da kamen Probleme im stationären Bereich: Also haben wir im Prinzip diese Medikamente nur sehr selten eingesetzt, nur bei solchen Patienten, die wirklich nur stationär behandelt werden konnten. Wir führen die Therapie so weit wie möglich ambulant. Das geht, war vielleicht die Absicht vom Gesetzgeber, das finde ich gar nicht so schlecht, ich kam deswegen nach X, um ambulante Tumorthherapie durchzuführen. (Chefarzt, Haus der Maximalversorgung)

In diesem Haus werden zum Beispiel bei Antikörpertherapien die Erstgaben stationär gegeben, um Komplikationen abfangen zu können. Dies wird in der Mischkalkulation aufgewogen, aber die Fortsetzung der Therapie findet dann ambulant statt.

#### *a) Ausweichstrategien bei begrenzten Mitteln*

Die Auswirkungen ökonomisch motivierter Entscheidungen auf die Versorgung von Patienten sind sehr unterschiedlicher Natur. Sie können den Wünschen von Patienten entgegenkommen, z. B. bei einer zügigen Entlassung bei einer Fallpauschale oder ambulanter Tumorthherapie, sie können für Patienten indifferent sein, wie die Terminierung eines elektiven Eingriffs nach klinikinternen Maßgaben oder sie können für den Patienten nachteilig sein, wie die Splittung bestimmter Prozeduren auf zwei Aufenthalte.<sup>755</sup> Und manche Maßnahmen können sowohl positiv wie auch negativ sein. Die Weiterleitung eines Notfallpatienten an ein Haus der Maximalversorgung kann aus medizinischen Gründen günstig sein, weil dort eine größere Routine in der Behandlung solcher Patienten besteht, kann aber auch nachteilig sein, wenn ein weiterer Transportweg den Patienten zusätzlich belastet.

---

<sup>755</sup> Simon 2001, S. 46.



In den für dieses Gutachten durchgeführten Interviews zeigten sich wiederkehrend oder vereinzelt folgende Mechanismen:

- Strenge medizinische Indikationsstellung bei teuren Therapieverfahren
- Verlagerung teurer Therapien in den ambulanten bzw. stationären Bereich
- Weiterleitung von Patienten mit hohem Therapiebedarf in spezialisierte Abteilungen,
- Weiterleitung von Patienten nach Erschöpfen eigener Budgets

Ein Verantwortlicher eines Hauses der Maximalversorgung verlangte eine explizite, schriftliche Aussage der Krankenhausverwaltung zu einer Aufnahmebeschränkung von Patienten mit einer besonders teuren Therapie, die er wunsch- und erwartungsgemäß nicht erhielt, so dass er auch über die budgetierte Anzahl hinaus Patienten mit dieser Erkrankung aufnahm. Er hätte eine Weiterverlegung von Patienten mit dieser Erkrankung, die in sein Therapiespektrum gehörte, für sich selbst nicht vertreten können. Anders beschreibt dies ein Oberarzt aus einer Universitätsklinik:

**Zitat 16**

Dann versucht man schon langfristig schon so ein bisschen strategisch zu steuern, welche Patienten nimmt man auf, und welche nicht, also die meisten Aufnahmen laufen bei uns über unsere Ambulanzen, ... und wenn wir nicht gerade ein Bett haben, dann versuchen wir's doch lieber mal bei der anderen Klinik (der Maximalversorgung), das ist auch eine gewisse strategische Steuerung dabei, letztendlich auch unter ökonomischen Mithintergrund.

Diese Allokationsentscheidungen finden in einer Situation der Knappheit statt. Alle Therapien, die so teuer sind, dass eine stationäre Therapie mit dem Budget nicht vereinbar ist, entsprechen internationalen Therapieleitlinien, die gerade in der Onkologie sehr weit akzeptiert sind.

**Zitat 17**

Mehr und mehr sieht man die Problematik, dass man medizinisch sehr gute Gründe für eine Therapie hätte, die den Budgetrahmen sprengt, gerade in der Hämatologie. Dass wir eine ganze Reihe sehr wirksamer neuer Substanzen haben, also auch Antikörpertherapien, die aber extrem teuer sind. Und da hat man tatsächlich die Situation, wenn man viele solcher Patienten auf Station hätte, dass man dann budgetmäßig in erhebliche Probleme käme. Und da hat man tatsächlich immer diese Konfliktsituation, was mache ich jetzt, nehme ich den Patienten auf oder versuche ich irgendwie zu gucken, dass er lieber in eine andere Klinik (der Maximalversorgung) geht, oder solche Sachen. In diese Konfliktsituationen kommt man schon immer also. Ich denke, die Meisten versuchen schon immer für den Patienten zu entscheiden, aber in diese Situationen kommt man schon immer wieder, wo man grübelt und nachdenkt, was

mache ich jetzt, wie behandle ich den am besten, muss ich das wirklich, das teure Medikament einsetzen, oder eben auch, versuche ich den Patienten ambulant zu behandeln. Das ist ja z. B. bei chronisch lymphatischen Leukämien, da kann man sehr viel ambulant machen, dass man dann das Medikament rezeptiert, und dass es dann das Klinikbudget nicht belastet, da sucht man schon nach Auswegen, um sozusagen der Kostenexplosion zu entgehen.

Dennoch nehmen die Gesprächspartner fast durchweg für sich in Anspruch, das medizinisch Notwendige für Patienten zu gewährleisten.

#### **Zitat 18**

Wir haben bisher mit der Medizin, den Medikamenten keine wie immer gearteten Abstriche gemacht. Wir haben nicht neueste Substanzen ausschließlich eingesetzt, wie das ja an manchen Orten geschieht, wir haben von Anfang alle diese Medikamente sehr bewusst eingesetzt, dann, wenn sie dazu eindeutig indiziert gewesen sind. Diese wurden dann auch so eingesetzt, dass man mit den Kosten einerseits zurecht kommt, und andererseits aber dem Patienten nichts vorenthält. Ein klassisches Beispiel der Übertherapie lieferten die Organonkologen, die bei Einführung der Wachstumsfaktoren Folgendes gemacht haben: Da haben sie irgendwo gehört, dass man zum Beispiel beim Mammacarcinom die Chemotherapie höher dosieren kann und die Toxizität dann mit Wachstumsfaktoren wieder auffangen kann. Dieser Einsatz von Wachstumsfaktoren hat die Behandlungs-Kosten erheblich verteuert, ohne dass ein gesicherter therapeutischer Nutzen gegeben gewesen wäre. Inzwischen sind sie ja auch vorsichtiger geworden. ...In seltenen Fällen, wo wir Probleme mit der Dosierung gehabt haben, da wurden selbstverständlich diese Wachstumsfaktoren gegeben. Ich erinnere mich an eine Frau, die hatte ein Nierenproblem bekommen und in der Folge die vorher gut vertragenen Zytostatika nicht mehr ausgeschieden, Sie wäre in eine Agranulozytose geraten. Dank dem Wachstumsfaktor G-CSF für Leukocyten, der wurde aber interventionell verabreicht, hat die Patientin das Geschehen ohne Komplikation überstanden. Das ist eine ganz andere Indikation, als wenn man das routinemäßig macht: erst höher dosierte Chemotherapie, dann Wachstumsfaktoren, weil die Industrie das so bewirbt, dass das so gut gehen müsste. (Chefarzt, Haus der Maximalversorgung)

Dem widerspricht allerdings ein Chefarzt eines Schwerpunktkrankenhauses in gemeinnütziger Trägerschaft, der sieht, dass er in seinem Haus nicht alles medizinisch Notwendige für Patienten tun kann, und der sie deshalb weiterschickt. Bei den anderen Interviewpartnern bleibt unklar, inwieweit es mit ihrem Selbstbild unvereinbar wäre, einem Patienten eine medizinisch notwendige Therapie aus ökonomischen Gründen vorzuenthalten, und die dies deshalb rationalisieren, indem sie die möglichen Nebenwirkungen und Komplikationen der Therapie betonen und den Nutzen herunterspielen.

An einzelnen Stellen kommt es jedoch zu Einschnitten, bei denen sich auch diese Interviewpartner nicht sicher sind, ob die Grenze zur Rationierung bereits überschritten wird.

#### **Zitat 19**

Wo wir bereits jetzt Abstriche machen, ist bei der Physiotherapie, da hatte ich mit einem Regress zu kämpfen. ... So können wir das nicht weiter machen. Und da bekommen jetzt nur die mit dem massiven Lymphödem eine Drainage, und die mit dem beginnenden Lymphödem nicht, obwohl es dabei zur Vermeidung späterer Probleme sehr sinnreich wäre. Der Gedanke an Regress und die damit verbundenen Schreiben und dann kaum vermeidliche Zahlung an die Kostenträger halten mich davon ab...“  
(Chefarzt, Haus der Maximalversorgung)

In der Beurteilung extrem teurer Therapieansätze wird in Frage gestellt, ob die oben erwähnte Antikörpertherapie bei metastasiertem Dickdarmkrebs wirklich indiziert ist, wenn man die Lebensverlängerung und die Kosten in Beziehung setzt. Auch die Gabe des eingeführten nebenwirkungsreicheren Antimykotikums für Patienten ohne ein erhöhtes Risiko für eine Nierenschädigung wird als das medizinisch Notwendige angesehen, das gewährleistet sein muss, das aber in der Regel auch reicht.

#### **Zitat 20**

Wir hatten vor einiger Zeit eine Sitzung, da waren die Oberärzte und auch Assistenten, die sich in manchen Punkten gut auskennen, da haben wir für unsere Klinik Therapiestandards herausgegeben. Was bei welchen Erkrankungen unsere Standards sind. Da haben wir auch diskutiert, das waren so die strategischen Entscheidungen: die Datenlage ist so und so, und unter entsprechender Gleichwertigkeit sind das die kostengünstigsten Therapieregime. Nicht, da gibt es durchaus Unterschiede, da versuchen wir uns möglichst dran zu halten. Im Einzelfall muss man dann mal sehen.

Ein typisches Beispiel ist Amphotericin, das ist eine ziemlich unangenehme Substanz. Und da haben wir jetzt die neuen Antimykotika, die aber exponentiell, wahnsinnig wesentlich teurer sind, und da hat man gesagt, o.k., bei den Patienten, die eine normale Nierenfunktion haben, fangen wir mit dem Amphotericin an, und wenn sie schlechter werden, dann stellen wir sie um auf ein neues Antimykotikum. Da hat man dann also geguckt, dass man tatsächlich möglicherweise vielleicht die nebenwirkungsreichere Therapie, die aber doch wesentlich kostengünstiger ist, doch mit reinnimmt. Da hat sicher das Ökonomische sicher eine gewisse Rolle gespielt. Wobei wir eben dann der Überzeugung waren, das ist vertretbar, weil die Patienten jetzt nicht wesentlich mehr gefährdet sind. Und wenn man das als Langzeitinfusion laufen lässt, dann ist das handhabbar. Das sind so Situationen, wo man tatsächlich auch mal gesagt hat, wir beschreiten nicht den neuen Weg.

Eine effiziente Nutzung finanzieller Ressourcen ist für alle Befragten aus Respekt vor der solidarischen Finanzierung und der Beschränkung geboten, von der pharmazeutischen Industrie reklamierte Therapieverbesserungen werden mit Skepsis betrachtet.

#### **Zitat 21**

Also ich denke, gerade da ist eine konservative Vorgehensweise schon auch irgendwo gerechtfertigt, weil man ja sieht, der Einfluss der Industrie ist sehr stark, und die wollen

natürlich bestimmte neue Substanzen sehr stark reinpuschen, und wenn man so Kongresse anhört, da werden jeden Monat neue Therapiestandards verkündet, und da denke ich, da sind die Fachgesellschaften, die versuchen das eher etwas träger, gar nicht so schlecht, weil das auch vieles bremst. Und neue Substanzen, die sehr, sehr gut sind, die kommen sehr schnell rein.

So wird auch darauf hingewiesen, dass eine vollständige Beurteilung von Medikamenten ohnehin erst möglich sei, wenn sie eine Zeit zugelassen und im klinischen Einsatz seien, Nebenwirkungen wie beispielsweise bei Lipobay<sup>756</sup> oder Felbamat<sup>757</sup> würden sich typischerweise erst bei der Anwendung bei vielen Patienten zeigen. Da sei es sehr sinnvoll, zunächst beim Bewährten zu bleiben.

Dennoch ist die Überzeugung bei allen Befragten präsent, dass bei der Weiterentwicklung der medizinischen Möglichkeiten, z. B. im Rahmen der Antikörpertherapie, aber auch durch konventionelle Weiterentwicklung von Arzneimitteln, Maßnahmen der Rationierung in der Zukunft anstehen.

#### **Zitat 22**

Bisher ist es ja nur verdeckt, mach du nur, aber ich gebe dir das Geld nicht. Das ist das, was auf uns zukommt. Sie sollen uns das sagen, dann machen wir das. Ich bin nicht derjenige, der auf die Barrikaden geht und sagt, es muss immer das Beste sein, ich kann auch mit dem anderen leben, aber das muss ich nur wissen, ich möchte nicht derjenige sein, der die Entscheidung über die Behandlung oder Nichtbehandlung treffen muss. Denn ich kann das nicht, das zerreißt uns die Brust, und das zerlegt den Ärztestand. Das ist so ähnlich wie früher mit der Dialyse, wo es dann ein Tribunal dafür gebraucht hat, und dieses Tribunal fehlt uns jetzt.

#### *b) Mögliche Kriterien für eine Rationierung*

Von den Interviewpartnern wurde am ehesten die Wahrscheinlichkeit eines Therapieerfolges als Kriterium für die Rationierung einer Maßnahme akzeptiert. So sollte eine Maßnahme mit guter Erfolgchance einer Maßnahme mit geringerer Erfolgchance vorgezogen werden. Ebenso sollte eine Maßnahme mit kurativer Zielsetzung Vorzug vor einer Maßnahme mit palliativer Zielsetzung genießen. Eine generelle Entscheidung schien allerdings keinem sinnvoll, die Entscheidung sollte auch auf individuelle Faktoren bezogen werden, wie z. B. bei einer Mutter kleiner Kinder. Eine Rationierung allein aufgrund des Alters wurde durchweg abgelehnt. Es wurde eher auf die medizinischen Umstände eines höheren Lebensalters verwiesen und auf die Tatsache, dass man eine dem Alter angepasste Therapie machen solle. So wurde von allen Interviewpartnern eine gewisse therapeutische

---

<sup>756</sup> Graham 2004, S. 2585.

<sup>757</sup> Borowicz 2004, S. 289.

Zurückhaltung bei betagten Patienten deutlich, die aber nicht zu einem direkten Ausschluss von Maßnahmen führte. Dennoch blieb der Eindruck, dass in der Entscheidung zwischen jüngeren und älteren Patienten einem jüngeren Patienten mehr Therapie angeboten und zugemutet würde.

Ein Interviewpartner wies in diesem Zusammenhang auf die mangelnde Eigenverantwortung von Patienten hin, auch wenn er im Anschluss an das Zitat betonte, er wolle dies allerdings nicht entscheiden, seine eigenen moralischen Vorstellungen nicht verallgemeinern, dies bedürfe politischer Entscheidungen:

#### **Zitat 23**

Da finde ich, da ist die Politik, da sind die Krankenkassen auch gefragt, ich kann es nicht begreifen, wenn jemand sich hinsetzt, und sagt, Herr Doktor, meine Zigarette können Sie mir nicht verbieten, Abnehmen geht nicht, das kann ich nicht verstehen, es gibt wirklich Leute, da habe ich etliche in der Praxis hier, Armut hat auch etwas mit Bildungsnotstand zu tun, die haben ihr Leben lang sich nicht bewegt, haben viel gegessen, haben immer geraucht, die haben ihre COLD (chronische Bronchitis), ihren Diabetes, ihren Hochdruck, ihre peripheren arteriellen Durchblutungsstörungen, im Quartal verbrauchen die Medikamente von 1000 €, die haben...(Aufzählung der Medikamente), aber ihren Kuchen lassen sie sich trotzdem nicht nehmen, und das Rauchen, darauf können sie nicht verzichten und dann haben sie die xte Bypass Op. Ich finde, die Selbstverantwortung des Patienten ist nicht gefragt bei uns und das Problem ist, die Patienten sind so erzogen.

### **8. Wertimplikationen**

Analysiert man die hinter diesen Allokationsentscheidungen liegenden Werthaltungen, so wird die Maxime, dem Patienten Gutes zu tun und ihm nicht zu schaden, von allen für sich reklamiert. Maßnahmen der Rationierungen werden in diesem Zusammenhang von einigen Gesprächspartnern als Zumutung empfunden, der sie sich am liebsten entziehen würden. Effizienter Umgang mit Ressourcen lässt sich auf ein Gerechtigkeitsstreben zurückführen, da nur dies besonders vielen Patienten den Zugang zu einer guten medizinischen Versorgung ermöglicht. Dies wird auch von allen Interviewpartnern positiv beurteilt und für sich selbst als eine Verpflichtung zu einem effizienten Umgang mit Ressourcen gesehen. Die Autonomie der Patienten wird allerdings in diesen Allokationsentscheidungen häufig nicht in besonderer Weise beachtet: So werden Patienten zwar darüber informiert, dass in X eine Schwerpunktabteilung für ihre Krankheit existiert, dass die Verlegung aber auch ökonomisch motiviert ist, wird nicht thematisiert. Ähnlich bei der Behandlung mit dem etablierten Antimykotikum; es werden die Nebenwirkungen erwähnt, aber dem Patienten wird nicht

offenbart, dass ein anderes Präparat weniger Nebenwirkungen haben würde. Hier wird die ärztliche Indikationsstellung in den Vordergrund gestellt, die auch die Verantwortung für die Folgen dieser Entscheidung dem Arzt zuschreibt. Die Gesprächspartner nehmen einerseits diese Verantwortung wahr und reklamieren diese Allokationsentscheidungen auch für sich und ihre Berufsgruppe, beklagen andererseits jedoch den Rahmen, der sie zu Ausweichmanövern zwingt.

Diese Betonung der ärztlichen Entscheidung ist gegenläufig zu der jüngeren Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses, die eine größere Patientenautonomie und eine partnerschaftliche Entscheidungsfindung präferiert. Diese Ausgestaltung fand sich bei je einem der stationär tätigen und einem der ambulant tätigen Ärzte, die auch die ökonomisch motivierte Einweisung oder Verlegung dem Patienten gegenüber offen legten. Durch neue Informationsmöglichkeiten sind einige Patienten über medizinische Möglichkeiten deutlich besser vorinformiert, wenn sie sich in Behandlung begeben. Im klinischen Alltag der Interviewpartner findet zwar eine Auseinandersetzung mit von den Patienten geäußerten Vorstellungen statt, nur selten führt dies bei den Befragten jedoch zu einer relevanten Therapiemodifikation. Dies ist für andere Therapiesituationen, bei denen keine lebensbedrohliche Diagnose vorliegt, allerdings nicht auszuschließen.

Die Eigenverantwortung von Patienten war nur selten Thema, was wohl an der Auswahl der Befragten und ihrer Fachgebiete lag, da in der Onkologie selten Erkrankungen zu behandeln sind, die in einem Maße verhaltensbedingt sind, wie dies bei Hypertonie, Diabetes II, chronisch obstruktiver Lungenerkrankung oder Arteriosklerose der Fall ist. So beklagte ein Hausarzt durchaus die Gleichzeitigkeit der Aussage, „aber die Zigarette, die können Sie mir nicht nehmen“ mit dem Wunsch, mehrere teure Asthmasprays verordnet zu bekommen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Ärzte unter Budgetierungsbedingungen, wie sie in deutschen Kliniken und Praxen herrschen, ökonomisch motivierte Entscheidungen treffen, die nicht allein am Patientenwohl ausgerichtet sind. Sie empfinden sich einerseits als verantwortlich und kompetent für patientennahe Allokationsentscheidungen. Sie fühlen sich andererseits von anderen Entscheidungsträgern im Gesundheitswesen und dabei vorrangig von den Krankenkassen im Stich gelassen, wenn es darum geht, Patienten Grenzen des Leistungsumfangs deutlich zu machen. Sie erwarten eine offene Debatte, in der bestehende Knappheitssituationen nicht geleugnet werden, sondern in der Wertmaßstäbe für zu fällende Entscheidungen breit diskutiert werden.

## V. Allokationsentscheidungen der Krankenkasse

Die Richtlinien geben dem Vertragsarzt bzw. dem Krankenhausarzt vor, welche Therapien er zu Lasten der GKV erbringen und welche Verordnungen er vornehmen darf. Wenn der Arzt zu der Auffassung gelangt, dass eine nicht verordnungsfähige Leistung medizinisch angezeigt ist, hat er den versicherten Patienten darüber aufzuklären. Der Versicherte kann sich dann die Leistung selbst beschaffen und die Erstattung der Kosten von seiner Krankenkasse gemäß § 13 Abs. 3 SGB V verlangen. § 18 Abs. 1 SGB V enthält eine parallele Regelung für den Fall einer erforderlichen Krankenbehandlung im Ausland. Lehnt die Krankenkasse die Kostenerstattung ab, kann er eine Leistungsklage erheben und damit eine Inzidentkontrolle des untergesetzlichen Sozialrechts erreichen. Er kann aber auch sogleich den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes beschreiten und eine einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG (Sozialgerichtsgesetz) auf Verpflichtung der Krankenkasse zur Gewährung der Leistung beantragen. Zwar darf durch eine einstweilige Anordnung die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Jedoch wird bei unaufschiebbaren Leistungen ein Abwarten für den Antragsteller unzumutbar, wenn anders effektiver Rechtsschutz nicht zu erlangen ist. In beiden Fällen wird die Allokationsentscheidung der Krankenkasse und möglicherweise das untergesetzliche Sozialrecht gerichtlich überprüft.

### 1. Etikettenfremder Einsatz von Arzneimitteln (*off-label-use*)

Das Bundessozialgericht verneint eine Leistungspflicht der Krankenkasse für Arzneimittel, die nicht arzneimittelrechtlich zugelassen sind.<sup>758</sup> Das Krankenversicherungsrecht verzichte nämlich weitgehend auf eigene Vorschriften zur Qualitätssicherung und knüpfe an das Arzneimittelrecht an, das die Erteilung der staatlichen Zulassung vom Nachweis der Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit des Medikaments abhängig mache. Deshalb könne davon ausgegangen werden, dass mit der arzneimittelrechtlichen Zulassung zugleich die Mindeststandards einer wirtschaftlichen und zweckmäßigen Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln erfüllt seien.<sup>759</sup> Das Bundesverfassungsgerichts hatte keine verfassungsrechtliche Bedenken: Der Ausschluss der Verordnungsfähigkeit aufgrund der fehlenden arzneimittelrechtlichen Zulassung sei in Ansehung der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht zu beanstanden, da die Krankenkassen mit der arzneimittelrechtlichen

---

<sup>758</sup> Zum Zulassungsverfahren nach dem Arzneimittelgesetz Wulffen 2003, S. 165 f.

<sup>759</sup> BSGE 82, S. 233 (S. 235 f.); E 86, S. 54 (S. 58 f.); E 89, S. 184 (S. 185 f.).

Zulassung über ein eindeutiges und zugängliches Kriterium über die Qualität und Wirksamkeit des Mittels verfügen.<sup>760</sup>

Deutlich differenzierter wird der Einsatz von zugelassenen Arzneimitteln außerhalb der Anwendungsgebiete beurteilt, für die die Zulassung ausgesprochen wurde. Dieser etikettenfremde Einsatz (*off-label-use*) erfolgt in der medizinischen Praxis außerordentlich häufig. So schätzen Experten, dass in der Kinderheilkunde 80%<sup>761</sup> und bei der Behandlung krebskranker Kinder sogar 90% der Arzneimittel etikettenfremd eingesetzt werden.<sup>762</sup> Dieser Sachverhalt ist nur auf dem ersten Blick erstaunlich. Denn die Zulassung erfolgt nur für das Anwendungsgebiet, für das sie vom Hersteller beantragt wurde. Die Grundannahme des Arzneimittelrechts, dass der Hersteller ein Interesse an der Entwicklung, Zulassung und dem Vertrieb seines Produkts hat, versagt dort, wo der Hersteller dieses ökonomische Interesse nicht hat. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Hersteller Grund für die Annahme hat, dass sein Mittel auch ohne ausdrückliche Zulassung eingesetzt wird. Dann kann er sich die Entwicklungskosten für den Einsatz in diesem Anwendungsgebiet ersparen und entgeht der Haftung für mögliche Arzneimittelschäden. An einer Zulassung für Krankheiten, die sehr selten sind, hat er ohnehin kein Interesse.<sup>763</sup> Für Aufsehen hat ein Urteil des OLG Köln gesorgt, das einen groben Behandlungsfehler infolge eines verspäteten etikettenfremden Einsatzes eines Arzneimittels (Aciclovir) bestätigte.<sup>764</sup>

Das Bundessozialgericht lässt den etikettenfremden Einsatz unter drei Voraussetzungen zu. Es handelt sich um eine schwerwiegende (lebensbedrohliche oder die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigende) Erkrankung (1), bei der keine Therapie verfügbar ist (2) und auf Grund der Datenlage die begründete Aussicht besteht, dass mit dem betreffenden Präparat ein Behandlungserfolg zu erzielen ist (3). Diese dritte Voraussetzung ist in zwei Fällen erfüllt: Entweder ist die Erweiterung der Zulassung bereits beantragt und die veröffentlichten Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung belegen eine klinisch relevante Wirksamkeit respektive einen klinisch relevanten Nutzen bei vertretbaren Risiken. Oder außerhalb eines Zulassungsverfahrens werden Erkenntnisse gewonnen und

---

<sup>760</sup> BVerfG (Kammer) 5. 3. 1997 NJW 1997, S. 3085.

<sup>761</sup> BT-Drs. 14/5083, S. 1.

<sup>762</sup> Becker 2004, S. 594.

<sup>763</sup> Wulffen 2003, S. 175, mit dem Hinweis auf die Verordnung (EG) Nr. 141/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1999 über Arzneimittel für seltene Leiden (AmtsBl. Nr. L 018 vom 22. 1. 2000 S. 1). Im Bundestag war die Arzneimittelversorgung von Kindern bereits Gegenstand von zwei Entschließungsanträgen, BT-Drs. 14/5083 und 14/5136.

<sup>764</sup> 30. 5. 1990 NJW-RR 1991, 800 (801).



veröffentlicht, die über die Qualität und Wirksamkeit des Arzneimittels in dem neuen Anwendungsgebiet zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen zulassen und auf Grund derer in den einschlägigen Fachkreisen Konsens über den voraussichtlichen Nutzen besteht.<sup>765</sup>

Das Landessozialgericht Berlin hatte in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu entscheiden, ob die Krankenkasse verpflichtet ist, einen Versicherten, der an einer lebensbedrohenden chronischen Lungenerkrankung leidet, mit einem Arzneimittel (Ilomedin) zu versorgen, das für diese Indikation nicht zugelassen ist. Das Gericht lehnte den Antrag des Versicherten nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten ab.<sup>766</sup> Die Verfassungsbeschwerde war erfolgreich. Die 1. Kammer des Ersten Senats erkannte eine Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes. Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folge die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die darin geschützten Rechtsgüter zu stellen. Daraus folge in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG, dass das LSG Berlin aufgrund der gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers eine besonders intensive und nicht nur summarische Prüfung der Erfolgsaussichten oder – was hier mit Rücksicht auf die komplizierte Sach- und Rechtslage näher liege – eine Folgenabwägung vorzunehmen hat, welche die verfassungsrechtlich geschützten Belange des Beschwerdeführers hinreichend zur Geltung bringt.<sup>767</sup>

Die Kammer hob den Beschluss auf und wies die Sache an das LSG Berlin zurück, das seine Entscheidung korrigierte. Die Begründung ist hochinteressant. Die Sozialrichter legten dar, dass in medizinischen Fachkreisen keine Übereinstimmung über den Nutzen des Medikaments besteht, d. h. die in BSGE 89, 184 aufgestellten Voraussetzungen für einen etikettenfremden Einsatz nicht erfüllt seien. Dann nahmen sie aber eine Folgenabwägung vor, die zu der vom Versicherten begehrten Entscheidung führte. Abzuwägen sei der Eintritt eines bloß finanziellen Schadens der Krankenkasse gegen den Schutz des Lebens des Versicherten. Diese Abwägung habe selbst dann zu Gunsten des Versicherten zu erfolgen, wenn nicht zweifelsfrei auszuschließen sei, dass im Hauptsacheverfahren der Anspruch letztlich verneint werde.<sup>768</sup> Die sich aufdrängende Folgerung, bei einer lebensbedrohenden Krankheit sei im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens das begehrte Arzneimittel immer zuzusprechen, ist nicht ganz richtig. Sobald in irgendeinem

---

<sup>765</sup> BSGE 89, 184 (191 f.).

<sup>766</sup> LSG Berlin 19. 3. 2002 NZS 2003, 253.

<sup>767</sup> BVerfG (Kammer) 20. 11. 2002 – 1 BvR 1586/02, Rz. 9.

<sup>768</sup> LSG Berlin 28. 1. 2003 – L 9 B 20/02 KR ER.

Hauptsacheverfahren rechtskräftig geklärt ist, dass ein Arzneimittel die Voraussetzungen des etikettenfremden Einsatzes für eine bestimmte Indikation nicht erfüllt, hilft der einstweilige Rechtsschutz nicht weiter, da der Ausgang des Hauptsacheverfahrens zweifelsfrei geklärt ist.<sup>769</sup>

Es gibt einige Gerichtsentscheidungen zu der Frage, ob Immunglobuline bei einer schubförmig verlaufenden multiplen Sklerose etikettenfremd eingesetzt werden dürfen. Das LSG Berlin hat die Frage unter Hinweis auf die Datenlage und Statistik sowie auf die Fehlanzeige in Sachen Forschungsergebnisse verneint, während das LSG Schleswig-Holstein sie unter Berufung auf eine in Österreich veröffentlichte Forschungsarbeit bejaht hat.<sup>770</sup> Die sich widersprechenden Entscheidungen zeigen, dass die von BSGE 89, 184 entwickelten Voraussetzungen hohe Anforderungen an die Krankenkassen und Gerichte stellen, belegen aber nicht deren Untauglichkeit. Zu Recht wird der antizipierten Kritik, die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts beschränke die ärztliche Therapiefreiheit zu stark, entgegen gehalten, dass die Anforderungen sowohl dem Interesse des Patienten an einer möglichst weitgehenden Arzneimittelsicherheit als auch dem Interesse der Ärzte an einer klaren Behandlungssituation entgegen kommen.<sup>771</sup> Das Bundessozialgericht verschweigt das Motiv seiner Rechtsprechung nicht: Auf einen die Zulassungsgrenzen überschreitenden Einsatz von Medikamenten darf nicht völlig verzichtet werden, „wenn den Patienten eine dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung nicht vorenthalten werden soll“.<sup>772</sup>

## 2. Die selbstbeschaffte Niere

Ein Versicherter, der sich seit Jahren wegen einer terminalen Niereninsuffizienz in Dialysebehandlung befand, ließ sich in Indien eine Niere eines dort lebenden Spenders transplantieren und verlangte von seiner Krankenkasse die Erstattung der verauslagten Kosten für die ärztliche Behandlung, für den Krankenhausaufenthalt in Bombay und für den Kauf der Niere. Rechtsgrundlage des Erstattungsanspruchs war § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V, der die Krankenkassen ermächtigt, die Kosten einer erforderlichen Krankenbehandlung im Ausland abweichend von der Grundregel des § 16 Abs. 1 Nr. 1 SGB V zu übernehmen, wenn eine dem

---

<sup>769</sup> Vgl. Niemann 2004, S. 256.

<sup>770</sup> LSG Berlin 11. 9. 2002 – L 15 B 43/02 KR ER; LSG Berlin 2. 4. 2003 – L 9 KR 70/00; Schleswig-Holsteinisches LSG 8. 10. 2002 – L 1 KR 5/02. Noch einmal anders SG Bremen 25. 7. 2003 – S 7 KR 70/03 ER: Pflicht zur Kostenübernahme, wenn die Einstellung der Behandlung das Fortschreiten der Erkrankung zur Folge hätte.

<sup>771</sup> Wulffen 2003, S. 174.

<sup>772</sup> BSGE 89, 184 (187 f.).

allgemein anerkannten Stand der medizinischen entsprechende Behandlung nur im Ausland möglich ist. Das Berufungsgericht war in Übereinstimmung mit den Gesetzesmotiven und der Kommentarliteratur davon ausgegangen, dass § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V nach seinem Sinn und Zweck auch dann anzuwenden ist, wenn die Behandlung im Inland wie hier zwar an sich möglich ist, aber wegen fehlender Behandlungskapazitäten oder aus anderen Gründen nicht rechtzeitig erfolgen kann. Das Bundessozialgericht meinte, die Anspruchsvoraussetzungen seien nicht erfüllt, weil die Vorschrift keine Handhabe für eine Ausdehnung der Leistungspflicht auf solche Behandlungen biete, die im Inland aus rechtlichen oder ethisch-moralischen Erwägungen nicht durchgeführt werden. Es wies die Klage ab, weil „es mit der Wertordnung des Grundgesetzes und der Achtung vor der menschlichen Würde nicht vereinbar ist, wenn durch Organspenden gegen Entgelt der Mensch bzw. seine sterblichen Überreste zum Objekt finanzieller Interessen gemacht werden“. <sup>773</sup> § 18 Abs. 1 SGB V bietet also keine Handhabe für eine Kostenübernahme, wenn im Ausland Behandlungen durchgeführt werden, die im Inland aus Gründen des Gesundheitsschutzes verboten sind oder die aus ethischen Gründen abgelehnt werden. <sup>774</sup>

In einem anderen Fall wurde einem Versicherten in einem deutschen Krankenhaus die Niere eines Bruders eingesetzt. Die Krankenkasse übernahm die Transplantation und die Krankenhauspflege. Die Erben des alsbald verstorbenen Versicherten verlangten zusätzlich die Erstattung von 55.000 DM, die der Versicherte seinem Bruder als Ausgleich für die mit der Nierenspende verbundenen Nachteile vertraglich zugesichert hatte. Das Bundessozialgericht wies die Klage mit zwei Argumenten ab. Erstens seien die Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs nicht gegeben, da bei Transplantationen der Versicherte nur dann einen Leistungsanspruch gegen die Kasse hat, wenn ein zur Transplantation geeignetes Organ zur Verfügung steht. Die bis zur Organspende des Bruders bestehende Unmöglichkeit der Transplantation darf nicht einer rechtswidrigen Leistungsverweigerung der Krankenkasse gleichgestellt werden, so dass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 SGB V nicht erfüllt sind. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass finanzielle Leistungen an Organspender dem privaten Organhandel Vorschub leisten würden, was der Staat, die Versicherungsträger und andere öffentliche Institutionen aus ethischen und

---

<sup>773</sup> BSG 15. 4. 1997 SozR 3-2500 § 18 SGB V Nr. 2, S. 6 f.

<sup>774</sup> BSGE 89, 34 (36 f.).

medizinischen Gründen verhindern wollen.<sup>775</sup> Auch diese Entscheidung ist nicht zu beanstanden.

In einem 2004 rechtskräftig entschiedenen Fall hatte ein nierenkranker Versicherter bei seiner Krankenkasse die Bewilligung einer Nierentransplantation in den USA beantragt, weil dort die Wartezeiten kürzer seien als in Deutschland bzw. Europa. Die Kosten der nach Ablehnung des Antrags durchgeführten Transplantation beliefen sich übrigens auf mehr als 260.000 DM. Rechtsgrundlage des Anspruchs war wiederum § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V, der sowohl der Gefahr eines ‚Gesundheitstourismus‘ vorbeugen als auch eine finanzielle Überforderung der Kassen vermeiden soll.<sup>776</sup> Die Voraussetzungen des Anspruchs seien aber nicht erfüllt, weil für die Transplantation in Deutschland eine gleichartige und gleichwertige Therapie zur Verfügung stehe, wobei die längere Wartezeit zumutbar mit einer Dialysebehandlung überbrückt werden könne.<sup>777</sup> Interessant sind die weiteren Ausführungen. Zum einen wird dargelegt, dass die Krankenkassen auch bei einer Auslandsbehandlung keine Versorgung schulden, die alle dort bestehenden Behandlungsmöglichkeiten bis an ihre medizinisch technische Grenzen um jeden Preis ausschöpft. Vielmehr sei die bedarfsgerechte Versorgung ebenso wie im Inland an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Notwendigkeit gebunden. Zum anderen wird auf § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V hingewiesen, der den Krankenkassen und den Leistungserbringern aufgibt, auf eine gleichmäßige Versorgung zu achten, „was durch den verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz bestärkt wird“.<sup>778</sup> Es folgen Hinweise auf das 1997 erlassene Transplantationsgesetz, dem die Eignung bescheinigt wird, das Ziel einer gleichmäßigen Versorgung mit Organen zu erreichen. Deshalb können Wartezeiten, auch wenn sie etwas länger sind als anderswo, nicht als ein Systemversagen gewertet werden. Voraussetzung ist aber immer, dass die Wartezeit durch eine alternative Behandlung wie die Dialyse zumutbar überbrückt wird.

Die interessanteste Entscheidung ist am 10. 12. 2003 zur Überkreuz-Lebendspende ergangen. Dabei tritt bei zwei Ehepaaren oder Partnern in einer eheähnlicher Lebensgemeinschaft oder Lebenspartnern jeweils ein Partner als Spender und als Empfänger eines Organs (Niere) auf. Dass ‚überkreuz‘ gespendet wird, liegt daran, dass im Verhältnis des Spenders zum eigenen Partner eine die Transplantation ausschließende Unverträglichkeit besteht. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG regelt die Organlebendspende außerordentlich restriktiv: „Die Entnahme von Organen,

---

<sup>775</sup> BSGE 79, 53 (55).

<sup>776</sup> BSGE 84, 90 (92 f.).

<sup>777</sup> BSG 17. 2. 2004 SGB 2004, 704 (705) mit zustimmender Anmerkung Christian Wolf.

<sup>778</sup> BSG 17. 2. 2004 SGB 2004, 704 (706).

die sich nicht wieder bilden können, ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte oder *andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen*“.<sup>779</sup> In § 19 Abs. 2 TPG wird das grundsätzliche Verbot der Organlebendspende strafbewehrt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelungen in einem Kammerbeschluss als einen mittelbaren Eingriff in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewertet, aber nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt.<sup>780</sup> In der Literatur ist diese Entscheidung, was aber hier nicht weiter interessieren soll, auf scharfe Kritik gestoßen.<sup>781</sup>

Im Fall, den das Bundessozialgericht entschieden hat, geht es um die Erstattung der Kosten einer Nierentransplantation bei einer Überkreuz-Lebendspende, die im Kantonsspital Basel/Schweiz durchgeführt wurde. Anspruchsgrundlage ist übrigens keine Norm des SGB V, sondern Normen des Entschädigungsrechts und eines Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über soziale Sicherheit. Entscheidend ist, ob die Überkreuz-Lebendspende im Inland „aus rechtlichen oder ethisch-moralischen Erwägungen verboten“ ist.<sup>782</sup> Denn nach ständiger Rechtsprechung kann aus einem verbotswidrigen Handeln der Leistungsberechtigten keine Leistungspflicht des Sozialleistungsträgers erwachsen.<sup>783</sup> Die Richter stellen zunächst fest, dass der Austausch der Nieren kein „Handeltreiben“ im Sinne des Verbotstatbestandes des § 17 TPG ist und die in § 8 Abs. 3 S. 2 TPG angeordnete Pflicht zur Einholung einer Stellungnahme der Ethik-Kommission im Zeitpunkt der Transplantation noch nicht geltendes Recht war.

Dann wird die zentrale Frage erörtert, ob die zwei Ehepaare die oben zitierten Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erfüllen, d. h. die Empfänger der Niere dem jeweiligen Spender „in besonderer persönlichen Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Dazu muss man wissen, dass in der Literatur und Rechtsprechung der Instanzgerichte zwar erwogen wird, die besondere persönliche Nähe der zwei Paare auf Grund ihres Zusammentreffens in einer biographischen Ausnahmesituation zu bejahen. Diese Erwägung wird dann aber wegen des vermeintlich klaren Wortlauts und systematischen Zusammenhangs

---

<sup>779</sup> Hervorhebung von mir.

<sup>780</sup> BVerfG 11. 8. 1999 NJW 1999, 3399.

<sup>781</sup> Esser in: Höfling 2003, § 8 Rz. 87-91; Gutmann; Fateh-Moghadam 2003, S. 64.

<sup>782</sup> BSG 10. 12. 2003 NZS 2004, 531 (533, Rz. 10).

<sup>783</sup> BSGE 82, 233 (236); E 89, 184 (190).

der Vorschrift überwiegend verworfen.<sup>784</sup> Das Bundessozialgericht hob die Entscheidung des LSG auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück. Dabei setzte es die Anforderungen an die „besondere persönliche Nähe“ deutlich herab. Auch eine relativ kurze Dauer der Beziehung kann das Merkmal erfüllen. Allerdings darf sich der persönliche Kontakt nicht auf die Durchführung der Transplantation beschränken. Nicht erforderlich ist eine gemeinsame Lebensplanung mit innerer Bindung. Eine enge persönliche Beziehung könne durchaus „ein Element des Eigennutzes“ enthalten. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erfüllt, wenn eine hinreichende gefestigte und intensive Beziehung zwischen dem jeweiligen Organspender und -empfänger für den im Vorfeld der Operation tätigen Psychologen oder Arzt eindeutig feststellbar ist.<sup>785</sup> Der Duktus der Entscheidung zielt auf die Aufnahme der Überkreuz-Lebendspende in den Leistungskatalog, wobei gleichzeitige Vorkehrungen gegen Missbrauchsfälle (Organhandel) eingebaut werden. Alles in allem ist festzuhalten, dass die Richter sich nicht zu Sparkommissaren machen lassen.

## **D. Neue Versorgungs- und Vergütungssysteme**

### **I. Disease Management Programme (DMP)**

#### **1. Allgemeines**

Ein *Disease Management Programm (DMP)* ist eine medizinische Versorgungsform, die verbindliche und aufeinander abgestimmte Behandlungs- und Betreuungsprozesse über Krankheitsverläufe und institutionelle Grenzen hinweg auf der Grundlage medizinischer Evidenz vorgibt.<sup>786</sup> Aussagekräftiger ist der gesetzliche Begriff „strukturiertes Behandlungsprogramm“. Rechtsgrundlagen sind die mit Gesetz vom 10. 12. 2001 eingeführten §§ 137 f und g SGB V.

Ausgehend von evidenzbasierter Medizin und von auf dieser Grundlage entwickelten Leitlinien werden strukturierte Behandlungsprogramme entwickelt, die eine qualitativ hochwertige, ganzheitliche und wissenschaftlich abgesicherte Therapie chronischer

---

<sup>784</sup> Esser in: Höfling 2003, § 8 Rz. 89 f. mit weiteren Nachweisen zum Meinungsstand; LSG Nordrhein-Westfalen 31. 1. 2001 NWVBl. 2001, 401; SG Aachen 25. 5. 2000 – S 3 VS 182/99.

<sup>785</sup> BSG 10. 12. 2003 NZS 2004, 531 (535 f., Rz. 23-27).

<sup>786</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

Erkrankungen sicherstellen sollen. Dahinter steht die Vorstellung, dass bei chronischen Krankheiten eine kontinuierliche, umfassende und auf rationalen Kriterien begründete medizinische Versorgung stattfinden muss, um Folgekrankheiten und eine unzureichende Versorgung, gerade durch die Besonderheiten des stark segregierten Gesundheitssystems, zu verhindern.<sup>787</sup> Mit der ganzheitlich angelegten Therapie soll in DMP auch die psychosoziale Dimension chronischer Erkrankungen Beachtung finden, um über Förderung der Eigenkompetenz der Patienten „Selbsthilfe“ zu ermöglichen und Krankheitsverarbeitung wie auch Selbstmanagement der Patienten zu erleichtern.

Die Durchführung von DMP muss separat dokumentiert werden, um einerseits eine Abrechnung, andererseits eine Evaluation der Programme zu ermöglichen. Patienten, die gemäß einem DMP behandelt werden wollen, schreiben sich freiwillig ein. Die Krankenkassen erhalten jedoch für in DMP eingeschriebene Patienten einen Bonus im Risikostrukturausgleich. Zweck dieser Regelung ist insbesondere, den Wettbewerb um die „guten Risiken“, also junge und gesunde Versicherte, auf chronisch Kranke umzusteuern. Für chronisch Kranke, die sich in strukturierte Behandlungsprogramme einschreiben, werden Versichertengruppen im Risikostrukturausgleich gebildet, für die den Krankenkassen ein gesonderter Beitragsbedarf berechnet wird. Damit sind natürlich auch Fehlsteuerungen möglich, indem chronisch Kranke in die Programme eingeschrieben werden, die nicht zur Zielgruppe gehören. Daher werden für die Aufnahme in DMP bestimmte Befunde verbindlich festgeschrieben.

## **2. Einführung von DMP**

Die Vorstellung einer Verbesserung der Behandlung chronischer Krankheiten durch DMP wird von Erfahrungen in anderen Ländern<sup>788</sup> und durch Vorläuferprojekte gestützt. So konnte in Westfalen-Lippe im Rahmen des Kooperationsvertrages Diabetes ein positiver Effekt in der strukturierten Behandlung von Diabetikern über 3,5 Jahre nachgewiesen werden.<sup>789</sup> Ausgangspunkt für die Einführung von DMP war allerdings neben der Verbesserung der Versorgung für chronisch Kranke die Korrektur einer Fehlentwicklung im Bereich der Krankenkassen, für die es ein rationales Verhalten darstellte, für chronisch Kranke keine attraktiven Angebote zu machen:

---

<sup>787</sup> Sachverständigenrat 2000/2001.

<sup>788</sup> Endicott 2003, 261; Villagra 2004, S. 264; Bijl 2004, S. 10.

<sup>789</sup> Altenhofen 2002, A2530.

Dies schafft bei den Krankenkassen Anreize, sich zum einen besonders um gesunde Versicherte zu bemühen und zum anderen die Entwicklung gezielter Programme für eine hochwertige und wirtschaftliche Versorgung von Kranken, insbesondere von chronisch Kranken zu vernachlässigen, um diese Versichertengruppe nicht an sich zu binden.<sup>790</sup>

Soweit die Gesetzesbegründung, die explizit ausführt, dass DMP nur dann sinnvoll sind, wenn es sich um eine aufwendige Therapie handelt, da sonst der finanzielle Aufwand der strukturierten Behandlungsprogramme in keinem Verhältnis zu den Krankheitskosten und den erzielten Verbesserungen stehe.<sup>791</sup>

### **3. Kostenersparnis durch DMP?**

Ende letzten Jahres ist anlässlich einer Studie des Instituts für Gesundheits- und Sozialforschung (IGES) im Auftrag der Techniker Krankenkasse die finanzielle Effektivität der DMP heftig debattiert worden. In der Studie des IGES wurde die Kosteneffektivität anhand einer Stichprobe evaluiert, und im Ergebnis fand sich eine Überkompensation der Aufwendungen der Krankenkassen im Risikostrukturausgleich. Weiterhin seien die Aufwendungen in DMP unverhältnismäßig zu dem klinischen Effekt.<sup>792</sup> In internationalen Studien über existierende DMP finden sich divergierende Ergebnisse zur Kosteneffektivität von DMP.<sup>793</sup> Generell erweist es sich als schwierig, die finanzielle Ersparnis von DMP festzustellen. So ist die Verhinderung von Spätkomplikationen bei chronischen Erkrankungen ein sehr langfristiger Prozess und für Zeiträume von 10 Jahren und mehr liegen keinerlei Daten zu DMP und ihren Effekten vor. Ein Autor folgert daraus, dass die Begründung für DMP – wie für jede medizinische Behandlung – ihre Effektivität und ihr Wert in der Behandlung von Patienten sein solle, und nicht eine Kostenersparnis im Gesundheitswesen.<sup>794</sup>

### **4. Bewertung von DMP durch die ärztliche Selbstverwaltung**

Die Einbeziehung von DMP in den Risikostrukturausgleich hat auf Seiten der ärztlichen Selbstverwaltung viel Kritik hervorgerufen. So hat die Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme gegenüber dem Bundesgesundheitsministerium betont, dass „grundsätzliche Bedenken der Ärzteschaft gegen die Verquickung von finanzpolitischen Zielen des

---

<sup>790</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 14.

<sup>791</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

<sup>792</sup> Häussler 2004, S. 12.

<sup>793</sup> Ofman 2004, S. 190; Ara 2004, S. 326; Cousins 2003, S. 215.

<sup>794</sup> Fireman 2004, S. 63.



Risikostrukturausgleiches mit Disease-Management-Programmen“ bestehen.<sup>795</sup> Ähnlich äußert sich auch Ehlers: „Disease-Management-Programme in Deutschland: ein Missbrauch von innovativen Versorgungskonzepten im Risikostrukturausgleich?“<sup>796</sup>

Die inhaltlichen Vorgaben und die Ziele von DMP finden dagegen die Zustimmung der Bundesärztekammer, da „eine rationale Behandlung unter angeleiteter selbstverantwortlicher Mitwirkung des Patienten und unter Anwendung einer evidenzbasierten und leitliniengestützten Medizin eine in der Regel sinnvolle Vorgehensweise darstellt.“ So der Beschluss des 105. Ärztetages in Rostock.<sup>797</sup> Auch die Kassenärztliche Bundesvereinigung befürwortet DMP, warnt aber ebenfalls vor einer Verbindung mit dem Risikostrukturausgleich und appelliert an alle Beteiligten, den bürokratischen Aufwand zu begrenzen, damit „der Mensch im Mittelpunkt des Handelns“ stehen könne.<sup>798</sup>

In einem Bericht aus der Praxis erwiesen sich DMP jedoch als bürokratielastig, so dass erheblich negative Stimmen von Niedergelassenen zu hören waren: Nur ein niedergelassener Arzt, der eine elektronische Dokumentation durchführen konnte, war in seinem Enthusiasmus nicht gebremst.<sup>799</sup> Inzwischen wurde die Dokumentation vom BMGS mit einer Änderung der Risikostrukturausgleichsverordnung vereinfacht.<sup>800</sup>

## 5. Bewertung von DMP durch Patientenvertreter

Patientenorganisationen und Selbsthilfegruppen haben häufig eine differenzierte Position zu DMP. So schreibt Kemper „Grundsätzlich ist eine Verbesserung der Versorgung von Frauen mit Brustkrebs durch ein strukturell gestaltetes Disease Management positiv zu bewerten, jedoch ist ein sehr genauer Blick auf alle Inhalte und Ausgestaltungen dabei unerlässlich.“<sup>801</sup> Der Geschäftsführer der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte e.V. (BAGH, Vereinigung der Selbsthilfeverbände behinderter und chronisch kranker Menschen und ihrer Angehörigen in Deutschland), Nachtigäller begrüßt DMP in einem auf die Behandlung von Akuterkrankungen ausgerichteten Gesundheitssystem als „*sehr gute Möglichkeit, die Behandlungsqualität bei chronischen Erkrankungen zu verbessern und zu sichern.*“<sup>802</sup>

---

<sup>795</sup> Position der Bundesärztekammer 2002.

<sup>796</sup> Ehlers 2002, S. 470.

<sup>797</sup> Deutsches Ärzteblatt 2002, S. 1590.

<sup>798</sup> KBV spricht sich für Disease-Management-Programme aus Meldung vom 27.9.2002.

<sup>799</sup> Rühmkorf 2004, S. 14.

<sup>800</sup> Neunte Verordnung zur Änderung der Risikostrukturausgleichsverordnung; van Lente 2004, S. 28, 29.

<sup>801</sup> Kemper 2002, S. 1.

<sup>802</sup> Nachtigäller 2000.

Ähnlich äußert sich der Arbeitskreis PatientInnenrechte und -information aus Niedersachsen in einer Broschüre zu Disease-Management und Managed Care: „Dabei handelt es sich um eine sinnvolle Gesundheitsförderung mit dem Ziel einer qualitätskontrollierten und kosteneffektiven medizinischen Versorgung.“<sup>803</sup> Jedoch sollte auch außerhalb von DMP eine qualitätsgesicherte Versorgung erfolgen, und chronische Erkrankungen, die nicht mit DMP erfasst werden, sollten ebenfalls einer ganzheitlichen Versorgung zugeführt werden. Einem möglichen Verdrängungseffekt müsse vorgebeugt werden.<sup>804</sup> Besonders hervorgehoben werden von Vertretern der Selbsthilfe folgende Punkte:

- Die transparente Leitlinienerstellung, bei der gewährleistet sein müsse, dass es sich nicht um einen Mindeststandard handle, und in die Therapiefortschritte rasch Eingang finden müsse;
- Die Stärkung der Patientenrechte in einem partnerschaftlichen Verhältnis mit der Möglichkeit einer individuellen Ausgestaltung der Therapie im „informed consent“<sup>805</sup>;
- Die Gewährleistung einer Versorgung durch fachlich qualifizierte Leistungserbringer;
- Der sinnvolle Umgang mit den zu erhebenden Daten, damit einerseits Datenschutzaspekte beachtet und der ‚gläserne Patient‘ vermieden werde, andererseits sinnvolle Datenerhebungen wie Krebsregister nicht zusätzlichen Aufwand für die behandelnden Ärzte bedeute.

Von besonderer Bedeutung ist die auch vom Gesetzgeber, der die Beteiligung der Selbsthilfe bei der Erarbeitung von DMP festschreibt, betriebene aktive Einbeziehung von Patienten sowohl in der Entwicklung und Ausgestaltung von DMP, als auch in ihrer Umsetzung in der medizinischen Praxis. So schreibt sich der Patient freiwillig ein und legt gemeinsam mit dem Arzt die Therapieziele fest. Dieser Paradigmenwechsel im konkreten Arzt-Patienten-Verhältnis entspricht der stärkeren Einbindung von Patienten in Entscheidungsstrukturen, so im Gemeinsamen Bundesausschuss. Auch die Einrichtung einer Patientenbeauftragten soll die Position von Patienten stärken. Zur Umgestaltung im Prozess der Entscheidungsfindung selbst bietet sich das Modell einer partizipativen Entscheidungsfindung an, wie es Scheibler

---

<sup>803</sup> Arbeitskreis PatientInnenrechte und -information 2003, S. 7.

<sup>804</sup> Nachtigäller 2001.

<sup>805</sup> „informed consent“ bezeichnet die informierte Zustimmung, die seit Beginn des 20. Jahrhunderts als Voraussetzung für eine gültige Einwilligung eines Patienten, zunächst in klinische Studien, inzwischen – gestützt auf das im Grundgesetz verankerte Selbstbestimmungsrecht – auch in medizinische Eingriffe.

vorschlägt.<sup>806</sup> Dieses Modell ermöglicht eine gemeinsame Entscheidungsfindung, bei der der Arzt seine ärztliche Kompetenz und der Patient die Kenntnis seiner Person und seiner Präferenzen einbringt. Über das Prinzip des *informed consent* hinaus wird dieses Modell der prozesshaften Entscheidungsfindung im Umfeld chronischer Erkrankungen in besonderer Weise gerecht. Als Beispiel aus der Praxis berichtet Braun: „Am Ende eines partnerschaftlichen Gesprächs zwischen Arzt und Patient kann die Selbstverpflichtung des Patienten auf bestimmte Therapieziele, die Teil des DMP-Vertrages sind, stehen. Der Patient kann dabei am besten einschätzen, welche Gesundheitsziele er aus eigener Kraft und mit Hilfe seines Hausarztes erreichen will.“<sup>807</sup>

## 6. DMP und die Pharmaindustrie

Auch die Pharmaindustrie sieht in DMP die Möglichkeit, ein eigenständiges Serviceangebot aufzubauen, da Krankenkassen und Patienten über DMP zu Kunden werden. Ihre Einflussmöglichkeiten sieht sie neben Serviceangeboten, z. B. mit Informationsmaterialien und Schulungen, vor allem in der Beteiligung bei der Leitlinienentwicklung, so auch durch Bereitstellung von Studienergebnissen und der Durchführung von Studien: „Die Beteiligung bei der Leitlinienerarbeitung wird für die Unternehmen immer wichtiger werden, um die Positionierung insbesondere neuer, innovativer Produkte zu ermöglichen.“<sup>808</sup> Hier zeigt sich das bereits an anderem Ort angesprochene Problem, dass randomisierte Doppelblindstudien am ehesten zu Arzneimitteln und – wegen des hohen Aufwandes – von Pharmaunternehmen durchgeführt werden können. Daher ist eine kritische Bewertung von Studien, die Leitlinien zugrunde liegen, von besonderer Bedeutung.

## 7. DMP in der Praxis

### a) Inhalte von DMP

Bisher sind für vier chronische Erkrankungen DMP entwickelt worden: Diabetes mellitus II, Brustkrebs, koronare Herzerkrankung und chronisch obstruktive Atemwegserkrankungen. Die Empfehlungen chronischer Krankheiten, für die DMP entwickelt werden sollen, spricht der Gemeinsame Bundesausschuss unter Beachtung der Anzahl betroffener Patienten, der

---

<sup>806</sup> Scheibler 2004, S. 112.

<sup>807</sup> Rühmkorf 2004, S. 15.

<sup>808</sup> Sattlegger 2003, S. 401.

Verbesserungsmöglichkeiten der Versorgungsqualität, der Verfügbarkeit von evidenzbasierten Leitlinien, des sektorenübergreifenden Behandlungsbedarfes, der Möglichkeit des Versicherten, den Krankheitsverlauf mit zu beeinflussen, und des hohen finanziellen Aufwandes der Behandlung aus.<sup>809</sup> Die gesetzlichen Anforderungen<sup>810</sup> an ein DMP bestehen aus

- Behandlung nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft, evidenzbasiert;
- begleitenden Qualitätssicherungsmaßnahmen;
- Voraussetzungen und Verfahren zur Einschreibung von Versicherten;
- Schulung der Leistungserbringer und Versicherten;
- Dokumentation;
- Evaluation.

Entwickelt werden DMP für chronische Volkskrankheiten, weil in diesem Gebiet eine Unterversorgung im Gesundheitssystem festzustellen ist.<sup>811</sup> Gleichzeitig hat der Gesetzgeber die Beachtung der von einer Erkrankung betroffenen Personen sowie eine kostenintensive Behandlung als Voraussetzungen festgeschrieben, damit der erhebliche Aufwand der Entwicklung, Implementierung und Qualitätssicherung eines DMP in angemessenem Verhältnis zu den Kosten der Behandlung und der zu erwartenden Verbesserungen steht.<sup>812</sup> Insbesondere bei chronischen Erkrankungen sind Maßnahmen umfassend zu gestalten, weil neben somatischen Beschwerden, die klassisch mit Arzneimitteltherapie oder medizinischen Eingriffen behandelt werden, eine erhebliche psychosoziale Komponente besteht. Darüber hinaus sind bei chronischen Erkrankungen die Patienten selbst im Erkrankungsmanagement zentral – daher ist ein partnerschaftliches Arzt-Patienten-Verhältnis, wie dies Berger<sup>813</sup> für Patienten mit Diabetes mellitus II beschreibt, von großer Bedeutung. Dementsprechend werden auch in DMP die Therapieziele zwischen Arzt und Patient vereinbart. Damit ist eine aktivere Rolle des Patienten angebahnt, aber auch eigene Prioritäten des Patienten finden in der Formulierung des Therapieziels Beachtung.

---

<sup>809</sup> SGB V § 137 f Abs. 1.

<sup>810</sup> SGB V § 137 f Abs. 2.

<sup>811</sup> Sachverständigenrat 2000/2001.

<sup>812</sup> BT-Drs. 14/6432, S. 11.

<sup>813</sup> Mühlhauser 2000, S. 827.

### *b) Entwicklung und Zulassung von DMP*

Basierend auf Leitlinien von Fachgesellschaften werden vom Gemeinsamen Bundesausschuss für DMP Leitlinien der Versorgung als Empfehlung erstellt.<sup>814</sup> Auf dieser Grundlage können Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern geschlossen werden. Eine Variation der DMP ist auf Grundlage der Leitlinien möglich, so dass sich für Versicherte unterschiedliche Angebote verschiedener Krankenkassen ergeben können. Ein Aspekt der Einführung von DMP im Risikostrukturausgleich war auch, dass verschiedene Krankenkassen in den Wettbewerb um chronisch Kranke eintreten und dafür die Versorgungsqualität erhöhen. Ein DMP ist vom Bundesversicherungsamt auf Antrag der Krankenkasse zuzulassen, wenn sich in der Prüfung der Programme und Verträge erweist, dass die rechtlichen Vorgaben erfüllt sind.<sup>815</sup>

In den Verträgen verpflichten sich die Ärzte die medizinischen Inhalte zu berücksichtigen, dennoch bleibt es möglich von den Vorgaben abzuweichen. Dies müssen die Ärzte dann im Einzelfall benennen und begründen.<sup>816</sup>

### *c) Durchführung von DMP*

Ein wesentlicher Punkt bei DMP ist, dass in der Regel sektorenübergreifende Versorgungsstrukturen geschaffen werden. Besonders eindrücklich lässt sich beim DMP Brustkrebs zeigen, welche Verzahnung der stationären wie ambulanten Therapie, der ärztlichen wie nichtärztlichen Angebote dies bedeutet. So werden in die Struktur Krankenhäuser (zertifizierte Brustzentren), die über einen Operateur, einen Radiologen, einen Onkologen, einen Pathologen, einen Strahlentherapeuten, qualifizierte Pflegekräfte wie auch eine psychoonkologische Betreuung verfügen, ebenso wie niedergelassene Gynäkologen, Nachsorgeeinrichtungen und Selbsthilfeangebote einbezogen.<sup>817</sup> Für die Leistungserbringer bedeutet die Teilnahme an einem DMP nicht nur die Vorgabe der Behandlungsstruktur im Sinne eines Korridors für ihre Entscheidungen zu Diagnostik und Therapie, sondern auch den Nachweis spezieller Qualifikationen und Mindestanforderungen an eine Spezialisierung in dem jeweiligen Krankheitsgebiet.<sup>818</sup> So werden als Basisqualifikation neben der fachärztlichen Qualifikation und der Strukturqualität der Einrichtung die Teilnahme an

---

<sup>814</sup> SGB V § 137 f, Abs. 2.

<sup>815</sup> SGB V § 137 g, Abs. 1.

<sup>816</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 71.

<sup>817</sup> DMP Brustkrebs in Hamburg und Schleswig-Holstein, <http://idw-online.de/pages/de/news76856>.

<sup>818</sup> SGB V § 137 f, Abs. 2.

speziellen Schulungen verlangt, fortlaufend muss mindestens eine Schulung pro Jahr nachgewiesen werden.<sup>819</sup> Eine genaue Festschreibung dieser Qualifikationen findet sich in den DMP Verträgen. Damit soll gesichert werden, dass aktuelle Weiterentwicklungen umgesetzt werden und eine hohe Fachkompetenz erhalten bleibt. Gleichzeitig wird damit eine gewisse Spezialisierung erreicht, wie dies bereits bei Schwerpunktpraxen üblich ist. Über die vertragliche Verpflichtung zur Kooperation soll eine umfassende Behandlung sichergestellt, darüber hinaus auch die Kooperationsstruktur in einem bisher sehr stark segregierten System verbessert werden.<sup>820</sup>

#### *d) Qualitätssicherung von DMP*

Begleitende Qualitätssicherungsmaßnahmen sollen sicherstellen, dass die in den Programmen festgelegten Qualitätsziele erreicht werden. Dafür werden jährliche Qualitätssicherungsberichte erstellt und veröffentlicht.<sup>821</sup> So ist aktuell der Qualitätssicherungsbericht 2004 für Nordrhein erschienen, in Nordrhein waren im Oktober 2002 die bundesweit ersten Verträge eines DMP, konkret zum DMP Brustkrebs, unterzeichnet worden.<sup>822</sup> Das DMP selbst hatte im März 2003 begonnen. Der Qualitätssicherungsbericht hält für die DMP Diabetes und Brustkrebs fest, dass jeweils etwa 70% der Ärzte der entsprechenden Fachgruppe teilnehmen, die Zahl der beteiligten Kliniken steige, und dass für das DMP koronare Herzkrankheit die Zahl der beteiligten Ärzte ebenfalls zunehme. Die Ergebnisse gemessen an klinischen Parametern können wegen der kurzen Laufzeit bisher nur vorläufig sein, dennoch zeigen sich im DMP Diabetes mellitus II für einige Laborparameter (Absenkung des HbA1c) wie auch für klinische Befunde (deutlich rückläufige Diabetessymptome) positive Entwicklungen. Als verbesserungsbedürftig wird die Zusammenarbeit zwischen Ärzten und den beteiligten Einrichtungen beschrieben. Im DMP Brustkrebs sei bereits ein Großteil der angestrebten Qualitätsziele erreicht.

In der begleitenden Qualitätssicherung werden neben den Zugangsvoraussetzungen auch Qualitätsparameter erhoben, die Dokumentation findet patientenbezogen statt.<sup>823</sup> Damit ist einerseits eine Kontrolle des intraindividuellen Verlaufs möglich, andererseits ergeben sich in der Durchführung große datenschutzrechtliche Probleme. Des Weiteren wird beklagt, dass der

---

<sup>819</sup> SGB V § 137 f, Abs. 2.

<sup>820</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 71.

<sup>821</sup> SGB V § 137 f, Abs. 2.

<sup>822</sup> Qualitätssicherungsbericht 2004, S. 3.

<sup>823</sup> SGB V § 137 f, Abs. 2.

Dokumentationsaufwand erheblich sei und nicht mit anderen Dokumentationssystemen, wie Krebsregistern, abgeglichen sei.<sup>824</sup> Besonders am Anfang gab es erhebliche Probleme mit einer korrekten Datenerhebung und somit auch der Datenqualität, daher mussten die Dokumentationen zur Berichtigung erneut an die Praxen geschickt werden.<sup>825</sup>

Im Rahmen der Qualitätssicherung werden halbjährlich Feedback-Berichte an teilnehmende Praxen verschickt, um ihnen eine Rückmeldung darüber zu geben, wo sie sich mit ihren Behandlungserfolgen im Rahmen anderer Leistungserbringer einordnen.<sup>826</sup>

## 8. Wertimplikationen

DMP zeichnen sich durch eine ganzheitliche Sicht von Patienten mit chronischen Krankheiten aus, die nach evidenzbasierten Leitlinien eine Therapie auf dem Stand der Wissenschaft erhalten sollen. Gleichzeitig werden die Patienten in einer aktiven Rolle Partner im Behandlungskonzept. Verglichen mit einer konventionellen Therapiesituation in einer individuellen Arzt-Patienten-Beziehung können mit der Ein- und Durchführung von DMP andere Wertimplikationen verbunden sein.<sup>827</sup>

Die gestärkte Autonomie der Patienten als Partner, die sich freiwillig für ein DMP entscheiden und einschreiben, und die durch Schulungen in die Lage versetzt werden sollen, eigenverantwortlich die Therapie zu optimieren, wird als Wertimplikation sehr betont.<sup>828</sup> Es ist jedoch ebenso möglich, dass durch die Standardisierung, von der der Arzt nur mit einer Begründung abweichen darf, und durch die Übermittlung von Daten an die Krankenkassen der Freiraum für individuelle Entscheidungen des Patienten geringer wird, während der äußere Druck zugunsten eines an die Therapie angepassten Verhaltens steigt, ja im Interesse an einem guten Therapieergebnis eigentlich sogar steigen soll.<sup>829</sup> Gleichzeitig ist zu bedenken, dass die Rolle des autonom entscheidenden und handelnden Patienten nicht von allen chronisch Kranken, insbesondere nicht von multimorbiden Patienten in fortgeschrittenen Krankheitsstadien erfüllt werden kann.<sup>830</sup>

---

<sup>824</sup> Rühmkorf 2004, S. 15.

<sup>825</sup> Rühmkorf 2004, S. 13.

<sup>826</sup> Qualitätssicherungsbericht 2004, S. 12.

<sup>827</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 72.

<sup>828</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 73.

<sup>829</sup> Linden 2004, S. 288.

<sup>830</sup> Rühmkorf 2004, S. 14.

Die ganzheitliche Sicht des Patienten kann gerade für Patienten mit chronischen Erkrankungen, die meist in ihrem Erleben stark von ihrer – in der Regel unheilbaren – Erkrankung geprägt sind, sehr positiv sein. Ein rein medizinischer Zugang ist häufig unzureichend, so weist die hohe Resonanz von Selbsthilfegruppen auf über eine rein medizinische Versorgung hinausgehende Bedürfnisse hin.<sup>831</sup> Die besonders umfassende Betreuung von chronisch Kranken stellt einen Akt gesellschaftlicher Solidarität dar – wird jedoch nicht erwünschtes Verhalten eines Patienten, z. B. die Nichtbeachtung von Diätregeln, sanktioniert, widerspricht dies der freiwilligen Übernahme von Eigenverantwortung durch den Patienten. Ebenso widersprechen der Freiwilligkeit Bestrebungen der Krankenkassen, ihre chronisch kranken Mitglieder zur Teilnahme an DMP zu veranlassen.<sup>832</sup>

Die evidenzbasierte Versorgung von Patienten lässt sich auf die primären ärztlichen Prinzipien der *Benefizienz* und des *nil nocere* zurückführen, auch wenn die Evidenzbasierung keine absolute Garantie für eine bestmögliche Therapie bietet. Über eine effiziente Mittelverwendung wird der Zugang einer hohen Zahl von Patienten zu einer guten medizinischen Versorgung ermöglicht. Durch unterschiedlich ausgestaltete DMP verschiedener Krankenkassen kann es für Versicherte allerdings die Notwendigkeit eines Kassenwechsels bedeuten, sofern sie ein Programm dem anderen vorziehen.

Die Autonomie der Ärzte im Sinne einer weitgehenden Therapiefreiheit wird zugunsten einer Annäherung an ein möglichst effizientes Behandlungsprogramm auf dem Stand der Wissenschaft eingeschränkt. Die gesellschaftliche Verpflichtung von Leistungserbringern, eine effiziente und wirksame Therapie möglichst vielen Patienten zu ermöglichen kann im besten Fall durch DMP erreicht werden.

Vorhersehbar gibt es einige kritische Punkte bei DMP, die positive Effekte und die mit ihnen beabsichtigten Wertimplikationen gefährden können. Die Feststellung und -schreibung der Versorgungsleitlinie muss von anderen Interessen - finanziellen Interessen der Krankenkassen, Leistungserbringern oder auch Pharmaunternehmen - so unabhängig wie möglich sein. Dabei ist eine interdisziplinäre Entwicklung unter Beteiligung verschiedener Interessenvertreter vorzuziehen. Patientenvertreter sollten in die Entwicklung von Leitlinien mit einbezogen werden, um ihre Prioritäten in den Prozess einfließen zu lassen. An die zugrundegelegten Forschungsergebnisse sind hohe Anforderungen zu stellen, systematische

---

<sup>831</sup> Dierks 2001, S. 26.

<sup>832</sup> Rühmkorf 2004, S. 14.



Fehler in der Gewinnung und Bewertung von Forschungsergebnissen sind in jedem Fall mit einzubeziehen.<sup>833</sup>

Das Vertrauen und die Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten muss durch vertraulichen Umgang mit den sensiblen persönlichen Daten erhalten werden.<sup>834</sup> Die Kosteneffizienz von DMP kann nur erreicht werden, wenn Dokumentation und Evaluation sinnvoll eingesetzt werden und keine unangemessenen Kosten verursachen.<sup>835</sup> Das Gleiche gilt für die Qualitätssicherung, die notwendig ist, um Fehlentwicklungen zu erkennen und eine effektive Durchführung von DMP zu sichern, in die aber nicht zu viele Ressourcen fließen dürfen, die der Krankenversorgung dann nicht mehr zur Verfügung stehen. Die Einbindung von DMP in den Risikostrukturausgleich stellt für Krankenkassen möglicherweise einen Fehlanreiz dar, möglichst viele Patienten zur Einschreibung in DMP zu bewegen und in der Konkurrenz mit anderen Krankenkassen Ressourcen für Marketingmaßnahmen aufzuwenden.

Zusammengefasst bieten DMP viele Möglichkeiten, die beabsichtigten solidarischen und individuellen Wertimplikationen zu verwirklichen, sofern Fehlentwicklungen gezielt vermieden werden. Dann fördern DMP einen autonomen Patienten als Partner im Behandlungsprozess. Dies mag jedoch für chronisch kranke multimorbide Patienten eine unerfüllbare Rolle sein. Daher muss sichergestellt werden, dass auch Patienten außerhalb von DMP eine qualitätsgesicherte Therapie erhalten.

## **II. Integrierte Versorgung**

### **1. Einführung**

Um das große Problem der stark segregierten Versorgung aufzubrechen, wurde bereits in der vorangegangenen Gesundheitsreform das Instrument der integrierten Versorgung geschaffen. Integrierte Versorgung bedeutet die Versorgung eines Bereiches oder einer Erkrankung durch verschiedene Leistungserbringer über Versorgungsgrenzen hinweg. Durch die Vernetzung von Haus- und Fachärzten, ärztlichen und nichtärztlichen Leistungserbringern sowie ambulantem und stationärem Bereich soll die Qualität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit in der Gesundheitsversorgung erhöht werden. Ein Beispiel ist die Versorgung eines örtlichen

---

<sup>833</sup> Meulen 2003, S. 2.

<sup>834</sup> Beauftragter für Datenschutz 2003.

<sup>835</sup> Die Dokumentations- und Verwaltungskosten belaufen sich auf etwa 160 € pro Patient, Quelle: Schätzerkreis 2004.

Gebietes mit ambulanten und stationären Angeboten, bei der die verschiedenen Anbieter zusammenarbeiten und gemeinsame Strukturen benutzen. Ein anderes Beispiel ist die Versorgung einer Erkrankung, die koordiniert durch verschiedene Leistungserbringer gewährleistet wird. Bei multipler Sklerose könnte dies neben einer ambulanten neurologischen Betreuung die Fachambulanz einer Klinik, Krankengymnastik sowie Ergotherapie umfassen, bei Diabetes mellitus wäre eher eine Diätberatung neben augen- und nervenärztlicher Versorgung enthalten. Für die in der integrierten Versorgung erbrachten Leistungen erlischt der Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigung. Die Inhalte der integrierten Versorgung sollen auf einzelvertraglicher Basis zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern geregelt werden.

Die Verzahnung ambulanter und stationärer sowie interdisziplinärer Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten soll einerseits die Qualität der Versorgung verbessern, andererseits eine höhere Effizienz aufweisen.<sup>836</sup> Die Finanzierung erfolgt über Kopfpauschalen, um einen Anreiz für eine effiziente Versorgung zu bieten und Einsparungen zu ermöglichen.<sup>837</sup> Mit großem Enthusiasmus wurden viele Projekte der integrierten Versorgung geplant und begonnen. In den vergangenen Jahren sind allerdings viele Ansätze gescheitert, da der Organisations- und Koordinierungsaufwand größer war als erwartet.<sup>838</sup> Deshalb sieht die aktuelle Gesundheitsreform eine einprozentige Abgabe aller im Gesundheitssystem aufgewendeten Mittel vor, um Modelle der integrierten Versorgung zu fördern. Es wird erwartet, dass mit der Anschubfinanzierung ein nachhaltiger Erfolg im Sinne eines Strukturwandels zu erzielen ist. Weiterhin wurden die Bedingungen für Modelle der integrierten Versorgung erheblich gelockert und den Krankenkassen als Vertragspartner größere Gestaltungsspielräume gegeben.<sup>839</sup> Unter den neuen Rahmenbedingungen zeigt sich großes Interesse der Akteure im Gesundheitswesen, Verträge zu integrierter Versorgung abzuschließen.

## **2. Probleme und Lösungsansätze**

Neben der mangelnden finanziellen Unterstützung erwies sich auch die Möglichkeit, im Rahmen der freien Arztwahl eine Versorgung außerhalb des Systems zu nutzen als

---

<sup>836</sup> BT Drucksache 15/1525, S. 73.

<sup>837</sup> Kassenärztliche Bundesvereinigung 2000, A 3364-72.

<sup>838</sup> Knieps 2004; Meinschmidt 2003; Meyer-Lutterloh 2002, S. 47; Wahl 2003

<sup>839</sup> Knieps 2004.

problematisch. So haben Patienten, die sich in ein Praxisnetz in Berlin eingeschrieben hatten, auch Ärzte außerhalb des Netzes aufgesucht, so dass zwei Drittel der Leistungen außerhalb des Netzes erbracht wurden – wodurch die Finanzierung des Systems gesprengt wurde, da extern erbrachte Leistungen von der Vergütung im Rahmen der integrierten Versorgung abgezogen werden.<sup>840</sup> Weiterhin erwies sich bei vielen Modellen die Zusammenarbeit als schwieriger als vermutet, ein Zeichen eines echten Strukturwandels.<sup>841</sup>

Die Einschreibung von Patienten in die integrierte Versorgung erfolgt freiwillig. In der Entwicklung von Modellen integrierter Versorgung ist keine regelhafte Patientenbeteiligung vorgesehen, deshalb ist es besonders wichtig, bei der Konzeption Patienteninteressen zu bedenken. Für die Kooperation zwischen den verschiedenen Leistungserbringern der integrierten Versorgung spielt eine Vernetzung zum Datenaustausch eine zentrale Rolle. Im Sinne der Patienten ist das Patientengeheimnis sicher zu gewährleisten, damit kommt der Regelung des Datenaustauschs und -zugriffs, sowie Maßnahmen des Datenschutzes eine entscheidende Rolle zu.<sup>842</sup>

Die neue finanzielle Förderung soll Anreize geben, Schwierigkeiten zu überwinden und soll den Koordinationsaufwand abdecken. Damit ist die Nachfrage nach Modellen der integrierten Versorgung erheblich aufgeflammt. Inzwischen wurden mehrere hundert Verträge abgeschlossen<sup>843</sup>, wobei zur Zeit fraglich ist, inwieweit es sich durchweg um sorgfältig konzipierte Projekte handelt, die zu einer sektorenübergreifenden Versorgung beitragen.<sup>844</sup> Die Barmer Ersatzkasse hat nun mit dem Hausärzterverband zum 1. März 2005 den ersten bundesweiten Vertrag integrierter Versorgung abgeschlossen, an dem sich 20 000 Hausärzte und die Hälfte aller Apotheken in Deutschland beteiligen sollen.<sup>845</sup>

### **3. Möglichkeiten der integrierten Versorgung**

Insgesamt betrachtet, könnte sich durch die integrierte Behandlung eine Verbesserung der Gesundheitsversorgung insbesondere von chronisch kranken Patienten ergeben: Es könnten bei mehreren gleichzeitig behandlungsbedürftigen Erkrankungen Prioritäten mit dem Patienten geklärt und verschiedene Maßnahmen aufeinander abgestimmt werden, die

---

<sup>840</sup> Dreykluft 2002.

<sup>841</sup> Kühn 2004; Knieps 2004.

<sup>842</sup> Weichert 2004.

<sup>843</sup> Ein Jahr Gesundheitsreform 2005.

<sup>844</sup> Gerst 2004, S. 1862.

<sup>845</sup> Optimale Versorgung durch Hausarzt und Hausapotheke 2004.

ansonsten zu Wechsel- und verstärkten Nebenwirkungen führen können. Die Diagnosestellung kann durch Zugriff auf bereits vorliegende Befunde erleichtert und unnötige Doppeluntersuchungen können vermieden werden.<sup>846</sup> Auch Patienten, deren Erkrankung einer sektorenübergreifenden Diagnostik und Therapie bedarf, könnten von einer verstärkten Kooperation profitieren.

#### **4. Implikationen von integrierter Versorgung**

Zur Zeit ist mit den erweiterten Möglichkeiten sehr viel Bewegung ins deutsche Gesundheitssystem gekommen, doch inwieweit sich die Hoffnung auf die Überwindung einer stark segregierten Versorgung bewahrheitet, wird sich erst in den nächsten Jahren zeigen.<sup>847</sup> Eine Beurteilung der Modelle integrierter Versorgung mit ihren Wertimplikationen ist bei der großen Vielfalt kaum möglich: So soll eine effiziente, auf die Bedürfnisse des Patienten abgestimmte Versorgung erfolgen – im Gegenzug verpflichtet sich der Patient, allerdings ohne Sanktion bei Zuwiderhandlung, die Versorgung innerhalb des Systems der integrierten Versorgung wahrzunehmen. Somit verzichtet er zu Teilen auf die Freiheit der Arztwahl in der Hoffnung, eine qualitativ hochwertige und koordinierte Versorgung zu erhalten.

Die teilnehmenden Leistungserbringer verpflichten sich zu Kooperation, ebenfalls unter teilweise Verzicht auf ihre Handlungsfreiheit.<sup>848</sup> Über die Anschubfinanzierung ist für viele Leistungserbringer eine zusätzliche Motivation entstanden, ganz im Sinne des Gesetzgebers, der vorhandene Widerstände damit gezielt überwinden wollte.

#### **5. Ausblick**

Inwieweit sich die Modelle integrierter Versorgung in Zukunft in Richtung von Managed Care und Health Maintenance Organisations in den USA entwickeln, muss zum jetzigen Zeitpunkt offen bleiben. Diese werden für ihre rigide Struktur in der Patientenführung und ihre Profitorientierung kritisiert.<sup>849</sup> Eine Weiterbildung zum Managed-Care Berater wird von der Wirtschaftakademie Schleswig-Holstein bereits angeboten.<sup>850</sup> Dies verdeutlicht das Problem, dass mit den neuen Versorgungsformen Strukturen entstehen, die zusätzlichen

---

<sup>846</sup> Wittlich 2001, S. 367; Henke 2002.

<sup>847</sup> Knieps 2004.

<sup>848</sup> Knieps 2004.

<sup>849</sup> Hildebrandt 2004; Kemper 2002, S. 101-17; medizin.de 2004.

<sup>850</sup> medizin.de 2005.

Verwaltungsaufwand bedeuten. Der Erfolg dieser Programme zur Steigerung der Effizienz wird ganz wesentlich davon abhängen, inwieweit zusätzliche Dokumentations- und Verwaltungsaufgaben begrenzt werden können.

### **III. Diagnosis-related Groups (DRG)**

#### **1. Allgemeines**

Diagnosis-Related Groups (DRG) stehen für eine fallgruppenorientierte Vergütung stationärer Leistungen. Sie selbst stellen zwar keine neue Versorgungsform dar, werden aber die Form stationärer Behandlung in Deutschland grundlegend verändern. Das Prinzip ist eine Vergütung, die statt nach Tagessätzen nach Diagnosen erfolgt, aufgeteilt in Fallgruppen. Damit ähneln sie vom Prinzip den bereits eingeführten Fallpauschalen in einigen Leistungsbereichen. Eine genauere Anpassung der Vergütung findet durch die Ergänzung mit Prozeduren, d.h. medizinischen Verfahren, statt. Ein Patient, der mit einer Lungenentzündung im Krankenhaus liegt, ergibt somit ein fixes Entgelt, unabhängig davon, ob er drei oder sechs Tage stationär aufgenommen ist. Unterschiede ergeben sich nur durch bestimmte Prozeduren oder zusätzliche Krankheitsmerkmale. Für die Einordnung werden Fallgruppen gebildet und mit kostenrelevanten Prozeduren, zum Beispiel Beatmung bei einer Lungenentzündung, ergänzt. Es ist für die Vergütung dabei unerheblich, ob die Beatmung für einige Stunden oder einige Tage notwendig war. Durch das zusätzliche Merkmal der Prozedur „Beatmung“ erhält der ganze Fall eine höhere Vergütung. Dies könnte als Fehlanreiz zu einem vermehrten Einsatz invasiver Verfahren führen. Zur Abbildung einer Krankheit und ihrer Behandlung in einer DRG ist eine umfangreiche Dokumentation zur Abrechnung nötig. Trotz der Vereinfachung durch Fallgruppenbildung stellt die korrekte Verschlüsselung einen erheblichen Aufwand dar.

#### **2. Auswirkungen von DRG**

DRG Systeme sind in zahlreichen Ländern bereits eingeführt. Die in Deutschland vorgesehene fast vollständige Einführung - nur die stationäre Behandlung in der Psychiatrie wird nicht über DRG abgerechnet - ist international jedoch einzigartig.<sup>851</sup> Zahlreiche Auswirkungen der Einführung von DRG sind aus anderen Ländern bereits bekannt und auch

---

<sup>851</sup> Längen 2002, S. 1288.

in Deutschland zu erwarten. Angestrebt wird zunächst eine Verkürzung der Liegedauer, die sich in der Regel einstellt, da eine längere Verweildauer des Patienten nicht zu einer höheren Vergütung führt.

Durch das Wegfallen der Fehlanreize des Tagessatzsystems (d.h. je länger ein Patient bleibt, umso mehr Entgelt bringt er bei gleichzeitig sinkenden Kosten ein) soll eine Kostenersparnis erreicht werden, u.a. durch eine weitere Reduktion von Krankenhausbetten.<sup>852</sup> Das jetzige System verleitet dazu, die Einnahmen zu erhöhen, indem die Verweildauer im Krankenhaus verlängert wird, wenn keine neuen Patienten kommen oder die Behandlung zu teuer ist. DRG werden in Deutschland wie in vielen anderen Ländern eingeführt, um die Kosten im Gesundheitssystem zu senken.<sup>853</sup> Diese Hoffnung hat sich bisher aber in keinem Land bewahrheitet. Allenfalls wurde eine verminderte Steigerungsrate der Kosten erreicht.<sup>854</sup> Die für Deutschland geplante durchgängige Einführung für alle stationären Bereiche außer der Psychiatrie wird nirgends sonst angestrebt. In anderen Ländern ist die Einführung in der Regel entweder auf bestimmte Regionen oder bestimmte Erkrankungen begrenzt.<sup>855</sup>

Folge der DRG-Einführung in anderen Ländern war eine kürzere Verweildauer in Krankenhäusern, die dazu führte, dass die Anforderungen an die ambulante Nachsorge höher wurden.<sup>856</sup> So wird etwa eine bessere Schnittstellenorganisation zwischen dem ambulanten und dem stationären Bereich vordringlich. Damit muss für einen Patienten zur Entlassung bereits der Hausbesuch des betreuenden Arztes, die ambulante Pflege oder auch die ambulante Krankengymnastik organisiert sein. Die umfangreichere ambulante Nachbetreuung wird die Aufwendungen im ambulanten Bereich naturgemäß erhöhen.

### **3. Qualitätssicherung im stationären Bereich**

Um eine mit der verkürzten Dauer des stationären Aufenthaltes einhergehende Verschlechterung der Versorgungsqualität zu verhindern, sind begleitende Qualitätssicherungsmaßnahmen dringend erforderlich und vom Gesetzgeber vorgesehen.<sup>857</sup>

Bei der Betrachtung der Qualität der stationären Krankenversorgung unter DRG-Bedingungen muss beachtet werden, dass nicht nur Ereignisse während des stationären Aufenthaltes

---

<sup>852</sup> Knüppel 2003, S. 389.

<sup>853</sup> Lungen 2002, S. 1288-95.

<sup>854</sup> Knüppel, 2003, S. 387-91.

<sup>855</sup> Lungen 2002, S. 1288-95.

<sup>856</sup> Knüppel 2003, S. 388; Louis 1999, S. 405; Schwartz 1998, S. 22; Metersky 2000, S. 3385.

<sup>857</sup> § 137 SGB V.

ausgewertet werden, da während der zukünftig verkürzten Liegezeit nicht alle auf die Behandlung zurückgehenden Effekte beobachtet werden können: So sterben in einer amerikanischen Studie von älteren Patienten an einer Lungenentzündung zwar 15 Prozent weniger, während sie im Krankenhaus sind. In den ersten 30 Tagen der Erkrankung sterben aber 30 Prozent mehr als in der Vergleichsgruppe unter konventionellen Bedingungen, und 40 Prozent mehr werden in ein Pflegeheim eingewiesen.<sup>858</sup> Damit zeigt sich, wie problematisch eine genaue Analyse der Folgen der DRG-Einführung ist: Sie erfordert eine funktionierende sektorenübergreifende Qualitätssicherung.

#### *a) Qualitätsberichte*

Mit der Einführung jährlich zu veröffentlichender Krankenhausberichte im Rahmen der aktuellen Gesundheitsreform soll die Transparenz im Gesundheitswesen erhöht werden.<sup>859</sup> Diese Krankenhausberichte enthalten einen Pflichtteil, in dem Strukturdaten und Eingriffszahlen veröffentlicht werden, womit ein Überblick über das Leistungsgeschehen eines Hauses möglich werden soll.<sup>860</sup> So werden die 30 am häufigsten abgerechneten Fallgruppen des Krankenhauses sowie die zehn am häufigsten abgerechneten Fallgruppen für jede Abteilung dargestellt. Ob dies jedoch sinnvolle Informationen für Patienten enthält, ist umstritten, da dies ganz wesentlich von der Häufigkeit einer Erkrankung abhängt und keineswegs die Spezialisierung eines Krankenhauses widerspiegeln muss.<sup>861</sup> Darüber hinaus werden Patienten mit einfachen Häufigkeiten von Eingriffen eine wesentliche Information nie erhalten: ob dem Eingriff eine sorgfältige Indikationsstellung voraus ging, was einen wesentlichen Teil der ärztlichen Qualifikation darstellt. Dennoch ist die erhöhte Transparenz zu begrüßen, da gerade über die Strukturdaten gezielte Informationen zu einzelnen Krankenhäusern öffentlich werden.

#### *b) Externe Qualitätssicherung*

Sehr viel spezifischer ist die externe Qualitätssicherung nach §137 für Fallpauschalen und Sonderentgelte. Nach Formulierung von Kenngrößen einer qualitativ guten Versorgung für 25 Indikationen mithilfe von Qualitätsindikatoren werden diesen von Fachgruppen

---

<sup>858</sup> Metersky 2000, S. 3390.

<sup>859</sup> § 137 Abs 1 Satz 3 Nr. 6 SGB V und Vereinbarung des Gemeinsamen Bundesausschuss über Inhalt und Umfang eines strukturierten Qualitätsbericht für nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser.

<sup>860</sup> Anlagen zu der Vereinbarung gemäß § 137 Abs 1 Satz 3 Nr. 6 SGB V des Gemeinsamen Bundesausschuss über Inhalt und Umfang eines strukturierten Qualitätsbericht für nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser.

<sup>861</sup> Golkowski 2004, S. 14.

Referenzbereiche zugeordnet. Eine Versorgung innerhalb dieser Referenzbereiche wird als qualitativ hochwertig angesehen.<sup>862</sup> In der Entwicklung muss zunächst ein Qualitätsziel formuliert werden und belegbar sein, dass das Erreichen dieses Ziels ein Ausdruck guter Qualität ist, denn nur dann kann ein Indikator valide sein. Wesentlich für einen guten Indikator ist aus methodischer Sicht, dass er exakt und zuverlässig misst, Auffälligkeiten anzeigt (Sensitivität), nur Auffälligkeiten anzeigt (Spezifität) und keiner Interpretation bedarf.<sup>863</sup> Als Grundlage bedarf es jedenfalls einer hohen Datenqualität, die am ehesten durch eine zeitnahe Dokumentation klinischer Daten erreicht werden kann. Die externe vergleichende Qualitätssicherung wird von der Bundesgeschäftsstelle Qualitätssicherung koordiniert, es gibt zudem Landesgeschäftsstellen, die mit Arbeitsgruppen den Kontakt zu den Krankenhäusern herstellen.<sup>864</sup> Mit dem GMG wurde dem GBA für die Qualitätssicherung nach § 137 die Verantwortung übertragen. Weiterhin sind für die Fachgruppen seit Anfang 2005 Patientenvertreter benannt, was auf einen Beschluss des GBA vom 17. August 2004 zurückgeht.<sup>865</sup> Im Übrigen werden in die Fachgruppen je zwei Mitglieder der Deutschen Krankenhausgesellschaft, der Spitzenverbände der Krankenkassen, einschließlich der Privatkassen, der Bundesärztekammer und des Deutschen Pflegerats entsandt, von der zuständigen wissenschaftlichen Fachgesellschaft je ein Mitglied.<sup>866</sup>

Liegen die Daten der Krankenhäuser vor, werden sie in den Landesgeschäftsstellen ausgewertet und graphisch dargestellt. Die ehrenamtlich arbeitenden Arbeitsgruppen nehmen eine Bewertung der anonymisierten Daten vor, die dann dem jeweiligen Krankenhaus mitgeteilt wird. Damit können vor Ort qualitätssichernde Maßnahmen ergriffen werden.<sup>867</sup> Bei anhaltend problematischen Indikatoren kann ein direkter Kontakt mit dem Krankenhaus und eine Begehung des Krankenhauses stattfinden.<sup>868</sup> In den veröffentlichten Jahresberichten zeigen sich verschiedene Muster der Erreichung von Qualitätszielen: Bei manchen Indikatoren wird durchweg der Referenzbereich erreicht oder überschritten, bei anderen Indikatoren findet sich dagegen eine weite Streuung. Neben der Gesamtdarstellung aller Häuser findet jeweils auch eine Darstellung der Ergebnisse der Krankenhäuser statt, in denen weniger als 20 Fälle vorgekommen sind. Auch hier zeigen sich verschiedene Muster, für

---

<sup>862</sup> Jahresbericht 2003.

<sup>863</sup> Ebd., Grundlagen und Bewertung.

<sup>864</sup> Struktur und Arbeitsweise unter <http://www.bqs-online.de>.

<sup>865</sup> Beschluss unter <http://www.g-ba.de>.

<sup>866</sup> Struktur und Arbeitsweise unter <http://www.bqs-online.de>.

<sup>867</sup> Juhra 2002, S. III.

<sup>868</sup> Golkowski 2004, S. 16.



manche Indikatoren sind die Ergebnisse tatsächlich unterdurchschnittlich, für andere dagegen nicht.<sup>869</sup>

Eine solche externe vergleichende Qualitätssicherung wird unter Anwendung des DRG-Systems an Bedeutung gewinnen. Bereits jetzt ist deutlich, dass es sich um eine sehr wertvolle Information für die Krankenhäuser handelt, die valide Dokumentation der Daten jedoch einen erheblichen Aufwand verursacht.<sup>870</sup> Daher ist eine flächendeckende Qualitätssicherung für alle DRG nicht zu leisten, und damit ist eine Weiterentwicklung der Methoden erforderlich. Vordringlich wäre eine sektorenübergreifende Qualitätssicherung, der jedoch erhebliche organisatorische und datenschutzrechtliche Probleme im Wege stehen.

#### **4. Konsequenzen der DRG-Einführung**

Neben einer Verkürzung der Liegedauer führen DRG auch zu einer Modifikation des klinischen Ablaufs oder zu Veränderungen medizinischer Verfahren. So zeigten Schwartz und andere eine modifizierte Resektionstechnik bei der Operation von Tumoren im Dickdarm unter DRG Bedingungen, die zu weniger Nachblutungen, weniger Transfusionen und geringeren postoperativen Komplikationsraten führte. Dies war auf eine Verringerung der Resektionstiefe zurückzuführen, dies könnte jedoch eine Erhöhung der Rezidivrate nach sich ziehen.<sup>871</sup> Die medizinischen Verfahren werden im Hinblick auf eine rasche Entlassung eines Patienten verändert, was für den Patienten selbst mit Vor- und Nachteilen verbunden sein kann. Im besten Fall kann es zu einer Optimierung der klinischen Abläufe führen, allerdings ist eine zuverlässige Beurteilung, ob es sich tatsächlich um eine Optimierung im Sinne einer erhöhten Ergebnisqualität gehandelt hat, – wenn überhaupt – nur unter Einbeziehung des poststationären Verlaufs möglich. Bisher findet sich selten eine Rückmeldung des poststationären Verlaufs an im Krankenhaus tätige Ärzte.

Die Anzahl an Krankenhauseinweisungen ging in Italien ebenfalls zurück, jedoch zeigte sich eine zunehmende Schwere der Erkrankung bei stationär aufgenommenen Patienten. Die Inanspruchnahme tagesklinischer Angebote hat sich um das Siebenfache erhöht.<sup>872</sup> Die DRG-Einführung wird voraussichtlich auf Dauer zur Schwerpunktbildung führen, was einerseits zwar eine verbesserte Qualität einzelner Maßnahmen zur Folge haben kann, andererseits aber

---

<sup>869</sup> Jahresbericht 2003, Ergebnisse.

<sup>870</sup> Golkowski 2004, S. 15.

<sup>871</sup> Schwartz 1998, S. 24.

<sup>872</sup> Louis 1999, S. 412.

weitere Wege für Patienten und ihre Angehörigen bedeuten wird. In die gleiche Richtung steuert auch die Festlegung von Mindestmengen durch den GBA: Dies geschieht unter der Vorstellung, dass bei Unterschreiten einer gewissen Anzahl von Eingriffen seltener eine hochwertige Qualität erreicht wird. Eine größere Anzahl von Eingriffen der gleichen Art am gleichen Ort geht jedoch nicht automatisch mit einer besseren Qualität einher, in verschiedenen Studien ließ sich der sogenannte Mengeneffekt nicht nachweisen, wie in der Übersichtsarbeit von Halm ausgeführt wird.<sup>873</sup> Weiterhin werden unter DRG-Bedingungen voraussichtlich medizinische Abläufe standardisiert, was die individuelle Betreuung erschwert, aber insgesamt die Qualität der Versorgung verbessern kann.<sup>874</sup>

Die Rolle des Krankenhaus-Arztbesuches wandelt sich. Ein stationärer Aufenthalt gilt einem gezielten Eingriff, die Begleitung der Patienten bei lebensverändernden Diagnosen und die Koordination der Versorgung finden dagegen ambulant statt. Prognostisch ist zu erwarten, dass es für Patienten mit einem sozialen Netz und guter ambulanter Versorgung Vorteile mit sich bringen kann, früher entlassen zu werden. Doch für Patienten, die chronisch krank oder behindert sind und deren soziales Netz mit Unterstützung und Pflege ohnehin schon erheblich belastet ist, lässt sich eher eine Verschlechterung erwarten.

## **5. Fehlanreize unter DRG-Bedingungen**

Unter DRG Bedingungen wie bereits unter Fallpauschalen bestehen Fehlanreize, die einer Gegensteuerung bedürfen. Die Aufnahme von Patienten mit komplexen und komplikationsträchtigen Krankheitsbildern und von Patienten mit schwerwiegenden Begleiterkrankungen wird unter DRG Bedingungen ein Kostenrisiko für Krankenhäuser, dagegen wird die Aufnahme einfacher und unkomplizierter Fälle befördert. Eine Spezialisierung erlaubt rationelles Handeln, seltene Erkrankungen ohne definierte klinische Abläufe (*clinical pathways*) bedeuten unproportional höheren Aufwand. Um die Effektivität weiter zu steigern, werden im Rahmen der *clinical pathways* medizinische Maßnahmen in Frage gestellt, zunächst wünschenswerte, dann sinnvolle und schließlich auch notwendige Leistungen.<sup>875</sup> Dies alles unterstreicht die Notwendigkeit einer effektiven Qualitätssicherung, deren Methoden sich der Herausforderung stellen müssen, umfassend und effektiv zu sein, aber dennoch nicht unangemessen hohe Kosten zu verursachen.

---

<sup>873</sup> Halm 2002, S. 517.

<sup>874</sup> Schwartz 1998, S. 23.

<sup>875</sup> Juhra 2002, S. I.

## 6. Wertimplikationen

Die Wertimplikationen der DRG Einführung sind schwer zu fassen, da sie im Wesentlichen mit Kostenargumenten begründet wird. Zunächst geht es also um eine effiziente Verwendung der Mittel, da über den Fehlanreiz der Tagessätze Patienten zu lange in stationärer Behandlung gewesen seien. Mit der Einführung der DRG sollen sich die Liegezeiten verkürzen und es soll der Bedarf an Krankenhausbetten und damit an Krankenhäusern sinken, was eine Kosteneinsparung ermöglichen soll. Zum anderen sei das Leistungsgeschehen im Krankenhaus bisher wenig transparent gewesen und es hätten sich ungerechte Finanzierungsstrukturen herausgebildet. Unter DRG folge das Geld der Leistung, und die Krankenhäuser würden eine gerechtere Finanzierung erhalten. Die mit der Einführung von DRG verbundene Verpflichtung, Qualitätsberichte zu veröffentlichen, erhöhe die Transparenz und ermögliche Patienten einen besseren Einblick in das Krankenhauseschehen, was die Partizipationsmöglichkeiten von Patienten erweitere. Auch die Optimierung der klinischen Abläufe komme Patienten zugute, da sich Wartezeiten vor Untersuchungen oder Eingriffen verkürzten und insgesamt ein kürzerer Krankenhausaufenthalt resultiere.

Problematisch bleibt, ob die Qualitätssicherung zuverlässig ein Absinken der Qualität verhindern bzw. in jetzt qualitativ problematischen Bereichen die Qualität erhöhen kann. Da invasive Prozeduren ein Upgrading der DRG zur Folge haben, wäre es möglich, dass invasive Maßnahmen unter DRG-Bedingungen häufiger zum Einsatz kommen. Unklar ist weiterhin, inwieweit auch multimorbide Patienten, Patienten mit einer Behinderung oder einem besonderen Risikoprofil unter DRG-Bedingungen von Krankenhäusern gezielt nicht aufgenommen werden. Es könnte weiterhin eine Spezialisierung und Schwerpunktbildung zu einzelnen Erkrankungen die Folge der DRG-Einführung sein, die Patienten mit seltenen oder schwerwiegenden Erkrankungen benachteiligt. Die Schnittstellenorganisation zwischen stationärer und ambulanter Versorgung ist besonders bedeutsam. Noch ist unklar, ob und in welcher Weise das ambulante System in Verbindung mit Angehörigen und Freunden eine kompetente Weiterversorgung von Patienten sichern kann. Insbesondere bei Alleinstehenden, chronisch Kranken oder Menschen mit einer Behinderung kann das soziale Netz schon so belastet sein, dass zusätzliche Anforderungen durch eine Nachbetreuung eines stationären Aufenthaltes mit Verbandswechsel, erhöhtem pflegerischen Aufwand oder zusätzlichen Arztbesuchen nicht zu verkraften sind.

Damit zeigt sich ein problematisches Feld der Gesundheitspolitik für die nächsten Jahre. Eine sorgfältige begleitende Analyse der Auswirkungen in den verschiedenen Bereichen ist notwendig, um Fehlentwicklungen rasch entgegensteuern zu können. Als besondere Schwierigkeit kommt hinzu, dass DRG flächendeckend und für alle Krankheitsbilder eingeführt werden, doch dieser komplette Systemwechsel birgt möglicherweise zusätzliche Probleme, die in anderen Ländern nicht aufgetreten, und damit auch nicht so leicht zu antizipieren sind.

# LITERATUR

Altenhofen, Lutz; Haß, Wolfgang, Versorgung nachweisbar verbessert, Deutsches Ärzteblatt 99, (2002), S. A2530

Anonymus, Ein Jahr Gesundheitsreform – Die Strukturimpulse wirken, [http://www.die-gesundheitsreform.de/presse/infopakete/bilanz\\_gesundheitsreform/pdf/bilanz\\_gesundheitsreform.pdf](http://www.die-gesundheitsreform.de/presse/infopakete/bilanz_gesundheitsreform/pdf/bilanz_gesundheitsreform.pdf) und [http://www.die-gesundheitsreform.de/presse/infopakete/bilanz\\_gesundheitsreform/pdf/zahlen\\_und fakten\\_gesundheitsreform.pdf](http://www.die-gesundheitsreform.de/presse/infopakete/bilanz_gesundheitsreform/pdf/zahlen_und_fakten_gesundheitsreform.pdf), 2005

Anonymus, Individualisierung oder Standardisierung in der Medizin? , Deutsches Ärzteblatt, Jg. 99 (2002), S. A1588

Anonymus, KBV spricht sich für Disease-Management-Programme aus, <http://www.kbv.de/presse/4119.htm>, 2002

Anonymus, Position der Bundesärztekammer zu Disease-Management-Programmen nach § 137 f SGB V, <http://www.bundesaerztekammer.de/cgi-bin/printVersion.cgi>, 2002

Anonymus, Optimale Versorgung durch Hausarzt und Hausapotheke, Interview mit Dr. Eckart Fiedler, <http://www.die-gesundheitsreform.de/presse/experteninterviews>, 2004

Apel, Karl-Otto, Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral, 1988

Ara, Sheta: A literature review of cardiovascular disease management programs in managed care populations. J Manag Care Pharm 10 (4/2004); S. 326

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF), Ärztliche Zentralstelle für Qualitätssicherung (ÄZQ), Das Leitlinien-Manual, ZaeFQ 95 (2001) Supplement I, 3

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hg.), Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, 2003

Arbeitskreis PatientInnenrechte und –information, Disease Management Programme Wer-Wie-Was, Hannover April 2003, S. 7

Aristoteles, Die Nikomachische Ethik: griechisch/deutsch. Übersetzt von Olof Gigon, neu herausgegeben von Rainer Nickel, 2001

- Arndt, Ulrike, Solidarität: Eine Auswahlbibliographie, in: Bayertz, Kurt (Hg.): Solidarität: Begriff und Problem, 1998, S. 495
- Arrow, Kenneth J., Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, in: American Economic Journal 53 (1963), S. 941
- Ärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung (ÄZQ), Checkliste Methodische Qualität von Leitlinien, Bewertungsinstrument des Leitlinien-Clearingverfahrens, <http://www.leitlinien.de>, 1999
- Asam, Walter H.; Heck, Michael (Hg.), Subsidiarität und Selbsthilfe, München 1985
- Axer, Peter, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000
- Axer, Peter, Neue Rechtsinstrumente der Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Versorgung unter Einbeziehung des Koordinierungsausschusses, VSSR 2002, S. 215
- Bachof, Otto (Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe Bundesverwaltungsgericht, 1978
- Baier, Horst, Gesundheit als Lebensqualität: Folgen für Staat, Markt und Medizin, 1997
- Baier, Horst, Gesundheit als organisiertes Staatsziel oder persönliches Lebenskonzept: Zur Sozialgeschichte und Soziologie des Wohlfahrtsstaates, in: Häfner, Heinz (Hg.): Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 31
- Banta, H. David et al.: The political dimension in health care technology assessment programs, Int J Technol Assess Health Care 6 (1/1990), S. 115
- Bayertz, Kurt, Begriff und Problem der Solidarität, in: Bayertz, Kurt (Hg.): Solidarität: Begriff und Problem, 1998, S. 11
- Beauftragter für Datenschutz 2003: Tätigkeitsbericht 2001-2002, <http://www.bfd.bund.de/information/tb19/index.html>
- Becker, Joachim, Off-Label-Use: Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung nur bei Todesgefahr?, SGB 2004, S. 594
- Becker, Peter; Dalichau, Gerhard (Hg.), Perspektiven des Gesundheitswesens. Festschrift Bernd Wiegand, 2003
- Behnsen, Erika, Die Definitionsmacht des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, KrV 1999, S. 264
- Behrens, Johann, et al., Gesundheitssystementwicklung in den USA und Deutschland: Wettbewerb und Markt als Ordnungselemente im Gesundheitswesen auf dem Prüfstand des Systemvergleichs, 1996
- Bergmann, Karl-Otto, Leitlinien und Haftung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hg.), Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, 2003, S. 65

- Berliner Deklaration zur Pharmakovigilanz, 2005,  
[http://www.akdae.de/20/55/85\\_200501251.pdf](http://www.akdae.de/20/55/85_200501251.pdf)
- Bertelsmann Stiftung (Hg.), Eigenverantwortung: Ein gesundheitspolitisches Experiment, Gütersloh 2004
- Beske, Fritz et al., Rationierung im Gesundheitswesen? Zur Weiterentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung: Leistungskatalog, Selbstverwaltung, Fremdleistung, 1996
- Beske, Fritz, Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, in: Nagel, Eckhard; Fuchs Christoph, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 71
- Bieritz-Harder, Renate, Menschenwürdig leben, 2001
- Bijl, D. et al.: Effectiveness of disease management programmes for recognition, diagnosis and treatment of depression in primary care, Eur J Gen Pract 10 (1/2004); S. 6
- Biller-Andorno, Nikola; Lenk, Christian, Ethische Aspekte der Evidenz-basierten klinischen Medizin, ZaeFQ 97 (2003), S. 681
- Birnbacher, Dieter, Allokation und Rationierung im Gesundheitswesen: Eine utilitaristische Perspektive, in: Gutmann, Thomas; Schmidt, Volker H. (Hg.): Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002a, S. 91
- Birnbacher, Dieter, Utilitarismus / ethischer Egoismus, in: Düwell, Marcus, et al. (Hg.): Handbuch Ethik, 2002b, S. 95
- Bobbert, Monika, Die Problematik des Krankheitsbegriffs und der Entwurf eines moralisch-informativen Krankheitsbegriffs im Anschluß an die Moralphilosophie von Alan Gewirth, in: Ethica 8 (2000), S. 405
- Bobbert, Monika, Verteilung und Rationierung begrenzter Mittel im Gesundheitswesen: Eckpunkte einer gerechten Gesundheitsversorgung, in: G+G Wissenschaft 3 (2003), S. 7
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, § 22 Rz. 9-57
- Boecken, Winfried, Formen der Individualverantwortung in der Sozialversicherung, SDSRV 42 (1997), S. 26
- Boorse, Christopher, What a theory of mental health should be, in: Journal of the Theory of Social Behaviour 6 (1976), S. 61
- Boorse, Christopher, Health as a theoretical concept, in: Philosophy of Science 44 (1977), S. 542
- Boorse, Christopher, A rebuttal on health, in: Humber, James M.; Almeder, Robert F. (Hg.): What Is Disease?, 1997, S. 3

- Boorse, Christopher, On the distinction between disease and illness, in: Caplan, Arthur L., et al. (Hg.): Concepts of Health and Disease: Interdisciplinary Perspectives, 1981, S. 545
- Borowicz, Kinga K, Is there any future for felbamate treatment?, Pol J Pharmacol 56 (3/2004), S. 289
- Braun, Bernard, Realität und Mythen in der Debatte um Reformzwänge und wettbewerbliche sowie marktorientierte Reformstrategien im deutschen Gesundheitswesen, in: Behrens, Johann, et al. (Hg.): Gesundheitssystementwicklung in den USA und Deutschland: Wettbewerb und Markt als Ordnungselemente im Gesundheitswesen auf dem Prüfstand des Systemvergleichs, 1996, S. 23
- Breuer, Rüdiger, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Bachof, Otto (Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 89
- Breyer, Friedrich; Schultheiss, Carlo, Altersbezogene Rationierung von Gesundheitsleistungen?, in: Wille, Eberhard (Hg.), Rationierung im Gesundheitswesen und ihre Alternativen, 2003, S. 169
- Buchanan, Allen, The right to a decent minimum of health care, in: Philosophy and Public Affairs 13 (1984), S. 55;
- Buchanan, Allen, Das Recht auf ein annehmbares Minimum an Gesundheitsversorgung, in: Marckmann, Georg, et al. (Hg.): Gerechte Gesundheitsversorgung: Ethische Grundpositionen zur Mittelverteilung im Gesundheitswesen, 2003, S. 100
- Buchborn, Eberhard, Leitlinien – Richtlinien – Standards: Risiko oder Chance für Arzt und Patient?, Bayerisches Ärzteblatt 12 ,1997, S. 412
- Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, Beschluss zu Screening auf Gestationsdiabetes, <http://www.g-ba.de/cms/upload/pdf/abs5/berichte/HTA-Gestationsdiabetes.pdf>, 2002a
- Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, Positronen-Emmissions-Tomographie, Zusammenfassender Bericht des Arbeitsausschusses, <http://www.g-ba.de/cms/upload/pdf/abs5/berichte/HTA-PET.pdf>, 2002b
- Bundesministerium der Justiz, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004
- Busse, Angela, Eine Dogmatik der besonderen Therapierichtungen des SGB V, in: SGB 2000, S. 61
- Butzer, Hermann, Fremdlasten in der Sozialversicherung: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung, 2001
- Butzer, Hermann; Kaltenborn, Markus, Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2001, S. 333
- Bynum, William F., Drapetomania, in: Lancet 356 (2000), S. 1615



- Canguilhem, Georges, Das Normale und das Pathologische, 1996
- Caplan, Arthur L., The 'unnaturalness' of aging – a sickness unto death?, in: Caplan, Arthur L., et al. (Hg.): Concepts of Health and Disease: Interdisciplinary Perspectives, 1981, S. 725
- Care Trial Investigators, NEJM, 335(1996), S.1001
- Cartwright, Samuel A., Report of the diseases and physical peculiarities on the negro race, in: Caplan, Arthur L., et al. (Hg.): Concepts of Health and Disease: Interdisciplinary Perspectives, 1981, S. 305
- Castendiek, Jan, Entscheidungsrecht der Krankenkassen bei der Bewilligung nichtärztlicher Leistungen, RsDE 51 (2002), S. 25
- Clinical Trial Registration: A Statement from the International Committee of Medical Journal Editors, [http://www.icmje.org/clin\\_trial.pdf](http://www.icmje.org/clin_trial.pdf), 2004
- Cohen, Gerald A., On the currency of egalitarian justice, in: Ethics 99 (1989), S. 906
- Cohen, Gerald A., Self-ownership, Freedom, and Equality, 1995
- Cook, Richard J.; The number needed to treat: a clinically useful measure of treatment effect, BMJ 310(6986) (1995), S.452
- Coquhoun, David et al., Effects of pravastatin on coronary events in 2073 patients with low levels of both low-density lipoprotein cholesterol and high-density lipoprotein cholesterol: results from the LIPID study, Eur. Heart J, 25 (9/2004), S.771
- Cousins Michael S et al.: Cost savings for a preferred provider organisation population with multi-condition disease amangement: evaluating program impact using predictive modelling with a control group, Dis Manag 6 (4/2003) S. 207
- Couzin Jennifer, Drug safety. Withdrawal of Vioxx casts a shadow over COX-2 inhibitors. Science 306 (2004); S. 384
- Cremer, Wolfram, Freiheitsgrundrechte, Habilitationsschrift Rostock 2002
- D'Amico, Robert, Is Disease a Natural Kind?, in: The Journal of Medicine and Philosophy 20 (1995), S. 551
- Damm, Reinhard, Medizintechnik und Arzthaftungsrecht, NJW 1989, S. 737
- Daniels, Norman, Just Health Care, 1985
- Daniels, Norman, Am I my Parents Keeper? An Essay on Justice between the Young and the Old, 1988
- Daniels, Norman, rationing fairly: programmatic considerations, in: Bioethics 7 (1993), S. 224

- Daniels, Norman, Normal functioning and the treatment – enhancement distinction, in: Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 9 (2000), S. 309
- Daniels, Norman; Sabin, James E., Setting Limits Fairly: Can We Learn to Share Medical Resources?, 2002
- Deppe, Hans-Ulrich; Burkhardt, Wolfram (Hg.): Solidarische Gesundheitspolitik, 2002
- Deutsche Bischofskonferenz, Solidarität braucht Eigenverantwortung: Orientierungen für ein zukunftsfähiges Gesundheitssystem, Erklärung der Kommission für Gesellschaftliche und Soziale Fragen sowie der Kommission für Caritative Fragen, 2003
- Deutscher Bundestag, Endbericht der Enquête-Kommission ‚Strukturreform der gesetzlichen Krankenversicherung‘, BT-Drs. 11/6380, 1990
- Deutscher Bundestag, Schlussbericht der Enquête-Kommission ‚Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik‘. Drucksache 14/8800, 2002
- Di Fabio, Udo, Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, S. 449
- Dierks, Marie-Luise, Das deutsche Gesundheitswesen aus der Perspektive der Nutzer, Hannover 2001, S. 26
- Dietrich, Frank et al. (Hg.), Standardisierung in der Medizin. Qualitätssicherung oder Rationierung?, 2004
- Dinkel, Reiner H., Demographische Entwicklung und Gesundheitszustand: Eine empirische Kalkulation der Healthy Life Expectancy für die Bundesrepublik auf der Basis von Kohortendaten, in: Häfner, Heinz (Hg.): Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 61
- Dölken, Clemens, Katholische Sozialtheorie und liberale Ökonomik: das Verhältnis von katholischer Soziallehre und Neoliberalismus im Lichte der modernen Institutionenökonomik, 1992
- Dolzer, Rudolf et al. (Hg.), Bonner Kommentar
- Dranove, David, What's Your Life worth?, 2003
- Dreier Horst (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 1998
- Dreier, Horst (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2004
- Dressler, Wolf-Dieter, Die Bedeutung von ärztlichen Leitlinien im Rechtsstreit, in: Hart, Dieter (Hg.), Ärztliche Leitlinien 2000, S. 161
- Dreykluft, Hans Rüdiger: Ist eine gute Idee gescheitert?  
[http://praxisnetz.multimedica.de/public/020/030/0249KW\\_01\\_020\\_030.html](http://praxisnetz.multimedica.de/public/020/030/0249KW_01_020_030.html), 2002

- Droste, S, Methoden zur Erfassung ethischer Aspekte und gesellschaftlicher Wertvorstellungen in Kurz-HTA-Berichten – eine internationale Bestandaufnahme, in Dauben, HP, Rüther, A, Warda, F, Schriftenreihe HTA des DIMDI, Band 9, 2003
- Durkheim, Émile, Über soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 1995
- Dworkin, Ronald, What is Equality? Part 1: The Equality of Welfare, in: Philosophy and Public Affairs 10 (1981a), S. 185
- Dworkin, Ronald, What is Equality? Part 2: Equality of Resources, in: Philosophy and Public Affairs 10 (1981b), S. 283
- Ebsen, Ingwer in: Bertram Schulin (Hg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Bd. 1: Krankenversicherungsrecht, 1994, § 7 Rdn. 3.
- Ebsen, Ingwer, Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen, NDV 1997, S. 72
- Ebsen, Ingwer, Die Neuordnung der ambulanten psychotherapeutischen Versorgung und das Leistungsrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2000a, S. 277
- Ebsen, Ingwer, Sicherheit und Durchsetzbarkeit von Leistungsansprüchen, Sozialrecht aktuell 3/2000b, S. 3
- Ehlers, Alexander: Disease-Management-Programme in Deutschland: ein Missbrauch von innovativen Versorgungskonzepten im Risikostrukturausgleich?, BNK, Herz 27, 2002. S. 470
- Eitel, Florian, Unfallchirurg 105 (8/2002), S. 666
- Emanuel, Ezekiel J., The Ends of Human Life: Medical Ethics in a Liberal Polity, 1991
- Emde, Ernst Thomas, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991
- Enders, Christoph, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997
- Enders, Christoph, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL Band 64, (im Erscheinen)
- Endicott, Linda et al.: Operating a sustainable disease management program for chronic obstructive pulmonary disease, Lippincotts Case Manag 8(6) (2003), S. 252
- Engelhard, Wolfgang, Die Richtgrößenprüfung im Vertragsarztrecht, NZS 2004, S. 572.
- Engelhardt, Tristram J., Disease of masturbation: values and the concept of disease, in: Bulletin of the History of Medicine 48 (1974), S. 234
- Engelhardt, Tristram H., The concepts of health and disease, in: Caplan, Arthur L. , et al. (Hg.): Concepts of Health and Disease: Interdisciplinary Perspectives, 1981, S. 31

- Engelhardt, Tristram H., Health care reform: a study in moral malfeasance, in: The Journal of Medicine and Philosophy 19 (1994), S. 501-516
- Engelhardt, Tristram J.; Wildes, Kevin W., Health and disease: philosophical perspectives, in: Reich, Warren Th. (Hg.): Encyclopedia of Bioethics, 1995, S. 1101
- Engelhardt, Tristram H., The Foundations of Bioethics. Second Edition, 1996
- Engelmann, Klaus, Das Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V und seine dogmatische Einordnung durch das Bundessozialgericht, in: Dieter Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, S. 199
- Engelmann, Klaus, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien, NZS 2000, S. 1
- Evangelische Kirche in Deutschland, Mündigkeit und Solidarität: Sozialethische Kriterien für Umstrukturierungen im Gesundheitswesen: eine Studie der Kammer der Evangelischen Kirche in Deutschland für Soziale Ordnung, 1994
- Fedoryka, Kateryna, Health as a normative concept: towards a new conceptual framework, in: The Journal of Medicine and Philosophy 22 (1997), S. 143
- Feuerstein, Günter; Kuhlmann, Ellen, Rationierung im Gesundheitswesen, 1998
- Fichte, Wolfgang, Krankenhausbehandlung, Rehabilitation und Verwahrpflegung, in: Zentralblatt für Sozialversicherung Sozialhilfe und Versorgung 36 (1993), S. 97
- Fireman, Bruce et al.: Can disease management reduce health care costs by improving quality?, Health Aff (Millwood) 23 (4/2004); S. 63
- Fischwasser, Gerd, Ist die Krankenversicherung auf dem Weg zur Kostenerstattung?, BKK 1982, S. 74
- Francke, Robert, Richtlinien, Normsetzungsverträge und neue Behandlungsmethoden im Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts, SGB 1999, S. 5
- Francke, Robert, Leitlinien ärztlichen Handelns und Sozialrecht, in: Dieter Hart (Hg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, S. 171
- Francke, Robert; Schnitzler, Jörg, Die Behandlungspflicht des Vertragsarztes bei begrenzten Finanzmitteln, SGB 2002, S. 84.
- Friauf, Karl H.; Höfling, Wolfram, Berliner Kommentar
- Fuchs, Christoph, Was heißt hier Rationierung?, in: Nagel, Eckhard; Fuchs Christoph, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 42
- Gemeinsamer Bundesausschuss, Jahresbericht 2003 unter [www.bqs-qualitaetsreport.de](http://www.bqs-qualitaetsreport.de), Grundlagen unter <http://www.bqs-qualitaetsreport.de/Webs/bqs/qualrep/2003/grundlagen/datenbasis/index.html>,

- Ergebnisse unter <http://www.bqs-qualitaetsreport.de/Webs/bqs/qualrep/2003/ergebnisse/>
- Gemeinsamer Bundesausschuss, HTA Bericht HIV-Resistenztestung, <http://www.g-ba.de/cms/upload/pdf/abs5/berichte/HTA-HIV.pdf>, 2004
- Gerhardus, Ansgar, Dintsios, Ch-Markos: Der Einfluss von HTA-Berichten auf die gesundheitspolitische Entscheidungsfindung – eine systematische Übersichtsarbeit, Deutsche Agentur für Health Technology Assessment des DIMDI, 2002
- Gerlach, Ferdinand M et al.: Das DEGAM-Konzept – Entwicklung, Verbreitung, Implementierung und Evaluation von Leitlinien für die hausärztliche Praxis, ZaeFQ 93 (1999), S. 111
- Gerlach, Ferdinand M., Das Leid mit den Leitlinien, Deutsches Ärzteblatt 94 (1997a): A 1453
- Gerlach, Ferdinand M., Qualitätsförderung: Das Leid mit den Leitlinien Deutsches Ärzteblatt, Leserbriefe und Schlusswort 94 (1997b): A2118
- Gerst, Thomas: Integrierte Versorgung: Viele Varianten scheinen möglich, Deutsches Ärzteblatt 101 (2004) A 1862
- Gert, Bernard, Morality: Its Nature and Justification, 1998
- Gewirth, Alan, Reason and Morality, 1978
- Gewirth, Alan, The Community of Rights, 1996
- Gibis, Bernhard, Rheinberger, Paul, Erfahrungen mit und Impact von Health Technology Assesment im Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, ZaeFQ 2002(2), 82
- Göckenjan, Gerd, Kurieren und Staat machen: Gesundheit und Medizin in der bürgerlichen Welt, 1985
- Golkowski, Sybille: Wo gibt's das beste Krankenhaus?, Berliner Ärzte 5/2004
- Goodman, Catherine: HTA 101: Introduction to Health Technology Assessment, 2004; <http://www.nlm.nih.gov/nichsr/hta101/hta101.pdf>
- Gosepath, Stefan, Gleiche Gerechtigkeit: Grundlagen eines liberalen Egalitarismus, 2004
- Götze, Erik, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989
- Graham, David J et al.: Incidence of hospitalized rhabdomyolysis in patients treated with lipid-lowering drugs, JAMA 292(21) (2004) S. 2585
- Gregory, Ian (Hg.), Fundamentals of Psychiatry, Philadelphia 1968
- Grimshaw, J. et al.: Developing clinically valid practice guidelines, J Eval Clin Pract 1995; 1 (1), S. 37

- Gutmann, Thomas; Fateh-Moghadam, Bijan, Rechtsfragen der Organverteilung, in: Thomas Gutmann et al. (Hg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 37
- Gutmann, Thomas; Schmidt, Volker H. (Hg.): Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002
- Haan, Hendrik de, Krankheit im Urteil des Richters: Die Entwicklung des Krankheitsbegriffes in der gesetzlichen Krankenversicherung Deutschlands durch richterliche Entscheidungen, 1989
- Habermas, Jürgen, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde, 1981
- Habermas, Jürgen, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983
- Habermas, Jürgen, Gerechtigkeit und Solidarität: Zur Diskussion über ‚Stufe 6‘, in: Erläuterungen zur Diskursethik, 1991a, S. 49
- Habermas, Jürgen, Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, in: Erläuterungen zur Diskursethik, 1991b, S. 100
- Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992
- Habermas, Jürgen, Drei normative Modelle der Demokratie, in: Habermas, Jürgen (Hg.): Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Philosophie, 1996, S. 277
- Hahn, Susanne, Altersbezogene Allokation medizinischer Leistungen, Forschungsbericht zum DFG-Projekt KL-480/5-1, <http://www.uni-duisburg.de/FB1/PHILO/index/DFG.pdf>
- Halm, Ethan et al.: Is Volume Related to Outcome in Health Care? A Systematic Review and Methodologic Critique of the Literature, Ann Int. Med, 137(6), 2002, S. 511
- Hänlein, Andreas, Soziale und private Krankenversicherung – Konkurrenz und Konvergenz. Eine rechtsvergleichende Skizze, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 44 (2000), S. 214
- Hänlein, Andreas, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001
- Hänlein, Andreas, Moral Hazard und Sozialversicherung, ZVersWiss 2002, S. 579
- Hänlein, Andreas, Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen, SGb 2003, S. 301
- Hart, Dieter, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, MedR 1998, S. 8
- Hart, Dieter, „Organisationsaufklärung“. Zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflichten und ärztlicher Aufklärung, MedR 1999, S. 47
- Hart, Dieter (Hg.), Ärztliche Leitlinien, 2000
- Hart, Dieter, Qualitätssicherung durch Leitlinien, VSSR 2002, S. 265

- Hauck, Karl; Noftz, Wolfgang (Hg.), Sozialgesetzbuch
- Häussler, Bertram; Berger, Ursula: Bedingungen für effektive Disease-Management-Programme, Nomos Verlag, 2004, S. 12
- Hebeler, Timo, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtsetzungsformen funktionaler Selbstverwaltung, DÖV 2002, S. 936
- Heberlein, Ingo, Paradigmenwechsel in der Krankenversicherung, VSSR 1999, S. 123
- Heinze, Rolf G. (Hg.), Neue Subsidiarität: Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik?, Opladen 1986
- Helmert, Uwe et al.: Müssen Arme früher sterben? Soziale Ungleichheit und Gesundheit in Deutschland, 2000
- Helou, Antonius: Methodische Qualität der von den deutschen wissenschaftlichen Fachgesellschaften erstellten Leitlinien (1996/1997) aus klinisch- epidemiologischer Perspektive, 1998
- Herles, Dietfried, Die gesetzliche Krankenversicherung, 2000
- Herzog, Roman, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, in: Der Staat 2 (1963), S. 399
- Hespe-Jungesblut, Katharina, Not und Notwendigkeit am Beispiel der Hämophilie A, Jahrestagung der Akademie für Ethik in der Medizin, 2004
- Hess, Rainer: Der Begriff des medizinischen Standards aus der Sicht der vertragsärztlichen Versorgung in Nagel, Eckhard, Fuchs, Christoph (Hg.), Leitlinien und Standards in der medizinischen Versorgung, 1997, S. 59
- Hesslow, Germund, Do we need a concept of disease?, in: Theoretical Medicine 14 (1993), S. 1
- Hildebrandt, Helmut: Bewertung bisheriger Vertrags- und Verhandlungsansätze zur Integrierten Versorgung und Hinweise zu den weiteren Entwicklungen aus Sicht der Praxisberatung, ver.Di Fachtagung Integrierte Versorgung 9.6.2004 Berlin
- Hinsch, Wilfried, Gerechtfertigte Ungleichheiten: Grundsätze sozialer Gerechtigkeit, 2002
- Höffe, Otfried, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 2002
- Höffe, Otfried, Moral als Preis der Moderne, 1993
- Höfling, Wolfram, Rationierung von Gesundheitsleistungen im grundrechtsgeprägten Sozialstaat, in: Feuerstein, Günter; Kuhlmann, Ellen, Rationierung im Gesundheitswesen, 1998, S. 143
- Höfling, Wolfram (Hg.), Kommentar zum Transplantationsgesetz, 2003

- Holst, Jens; Laaser, Ulrich, Unsozial, diskriminierend und ineffektiv: Gesetzlich Krankenversicherte müssen ab dem 1. Januar 2004 mehr zuzahlen, wenn sie Leistungen in Anspruch nehmen, in: Deutsches Ärzteblatt 100 (2003), S. A3358
- Honnefelder, Ludger, Humangenetik und Pränataldiagnostik: Die normative Funktion des Krankheits- und Behinderungsbegriffs: Ethische Aspekte, in: Gethmann, Carl F.; Honnefelder, Ludger (Hg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik. Band 1, 1996, S. 121
- Hübenthal, Christoph, Solidarität: Historische und systematische Anmerkungen zu einem moralischen Begriff, in: Krebs, H. D.; Kühn, M. (Hg.): Vorteil: Solidarität, 2000, S. 7
- Huster, Stefan, Rechte und Ziele, 1993
- Huster, Stefan, Medizinische Versorgung im Sozialstaat: Zur Bedeutung des Sozialhilferechts für die Bestimmung einer medizinischen Mindestsicherung, in: Mazouz, Nadia et al. (Hg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 157
- Isensee, Josef, Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung, VSSR 1995, S. 321
- Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004
- Jacobs, Volker R., et al., Brustabszess nach Brustwarzenpiercing: Übersicht publizierter Fallberichte und Forderung nach gesundheitspolitischen Konsequenzen, in: Deutsches Ärzteblatt 100 (2003), S. A484
- Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2004
- Johnson, Horton A. (Hg.), Relations between normal aging and disease, New York 1985
- Juhra, Christian; Roeder, Norbert: DRG und die Qualität der Behandlung, Medizin im Dialog 4 (2002) S. I-IV
- Kaltenborn, Markus, Richtlinienggebung durch ministerielle Ersatzvornahme, VSSR 2000, S. 249
- Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Werke: Akademie Textausgabe, 1968a, Bd. 4, S. 385
- Kant, Immanuel, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Werke: Akademie Textausgabe, 1968b, Bd. 8, S. 273
- Kassenärztliche Bundesvereinigung: Bekanntmachungen. Rahmenvereinbarung zur Integrierten Versorgung gemäß § 140 d SGB V, Deutsches Ärzteblatt, 97 (2000): A 3364
- Keeler, Emmett B., Effects of Cost Sharing on Use of Medical Services and Health, in: Medical Practice Management (1992), S. 317
- Kemper, Gudrun: Disease Management als Einstieg in eine integrierte und verbesserte Versorgung bei Brustkrebs?, Eine Analyse der gesetzlichen Verordnung (Anlage 3 zum



- Risikostrukturausgleich) zur Therapie der lebensbedrohlichen Erkrankung Brustkrebs, PINK, mamazone – Frauen und Forschung gegen Brustkrebs, Berlin, 2002
- Kemper, Peter et al.: Insurance product design and its effects: trade-offs along the managed care continuum, *Inquiry* 39(2) (2002), S. 101
- Kersting, Wolfgang, Gerechtigkeitsprobleme sozialstaatlicher Gesundheits-Versorgung, in: Kersting, Wolfgang (Hg.): Politische Philosophie des Sozialstaats, 2000a, S. 467
- Kersting, Wolfgang, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000b
- Kersting, Wolfgang, Egalitäre Gesundheitsversorgung und Rationierungsethik: Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung, in: Gutmann, Thomas; Schmidt, Volker H. (Hg.): Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002a, S. 41
- Kersting, Wolfgang, Kritik der Gleichheit: Über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral, 2002b
- Kingreen, Thorsten, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund: Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003
- Knaebel, Hanns-Peter, The study center of the German Surgical Society – rationale and current status, *Langenbecks Arch Surg.* 2005, S. 1435
- Knieps, Franz: Ziele und Möglichkeiten der integrierten Versorgung – die Sicht der Politik, ver.Di Fachtagung Integrierte Versorgung, 9.6.2004, Berlin
- Knott-Thiemann, Verena, Die Einlösung des Behandlungsanspruchs in der Privaten Krankenversicherung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg.), Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, 2003, S. 35
- Knüppel, Dirk: Die DRG-Einführung und ihre Folgen – Lehren aus den USA, das Krankenhaus, 5/ (2003) S. 387
- Kolkmann, Friedrich-Wilhelm, Referat auf dem 105. Deutschen Ärztetag in Rostock 2002 und Entschließung zum TOP I, DÄB 99: 1255
- Kolkmann, Friedrich-Wilhelm. et al.: Entprofessionalisierung ärztlicher Berufsausübung, *Deutsches Ärzteblatt* 101, (2004), A1409
- Kondratowitz, Hans-Joachim v., Sozialpolitik in Verlegenheit: Normative Unbestimmtheiten im gegenwärtigen Diskurs über das Alter, in: Sachße, Christoph; Engelhardt, Tristram H. (Hg.): Sicherheit und Freiheit: Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates, 1990, S. 228-255
- König, Volker, Die grobe Fahrlässigkeit, 1998
- Kopetsch, Thomas, Zur Rationierung medizinischer Leistungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001

- Kopp, Ina et al. Leitlinien im AWMF: Aktueller Stand und Perspektiven, ZaeFQ 97 (2003), S. 733
- Krebs, Angelika, Einleitung: Die neue Egalitarismuskritik im Überblick, in: Krebs, Angelika (Hg.): Gleichheit oder Gerechtigkeit: Texte der neueren Egalitarismuskritik, 2000, S. 7
- Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht
- Kruse, Jürgen; Hänlein, Andreas (Hg.), Lehr- und Praxiskommentar LPK – Gesetzliche Krankenversicherung (LPK-SGB) V, 2. Aufl. 2003
- Kruse, Jürgen; Hänlein, Andreas (Hg.), Das neue Krankenversicherungsrecht, 2004
- Kuhlmann, Ellen, Zwischen zwei Mahlsteinen. Ergebnisse einer empirischen Studie zur Vermittlung knapper medizinischer Ressourcen in ausgewählten klinischen Settings, in: Feuerstein, Günter; Kuhlmann, Ellen, Rationierung im Gesundheitswesen, 1998
- Kühn, Hagen: Integrierte Versorgung – Definition und Merkmale, ver.Di Fachtagung Integrierte Versorgung, 9.6.2004, Berlin
- Künschner, Alfred, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992
- Kurth, Bärbel-Maria, Demographischer Wandel und Anforderungen an das Gesundheitswesen Stellungnahme anlässlich der Anhörung durch die Enquête-Kommission „Demographischer Wandel“ des Deutschen Bundestages zum Thema Reformbedarf des Gesundheitswesens“ am 22. Januar 2001 in Berlin, in: Bundesgesundheitsblatt - Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz 44 (2001), S. 813
- Kymlicka, Will, Contemporary Political Philosophy: an Introduction, 2002
- Landry, Michel D. et al., Rationierung von Gesundheitsversorgung und Clinical Practice Guidelines: Einige Gedanken zur „Kosten-Qualitäts-Kluft, in: Dietrich, Frank et al. (Hg.), Standardisierung in der Medizin. Qualitätssicherung oder Rationierung?, 2004, S. 225-228
- Lanzerath, Dirk, Krankheit und ärztliches Handeln: Zur Funktion des Krankheitsbegriffs in der medizinischen Ethik, 2000
- Lecheler, Helmut, Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union, 1993
- Lemos Pedro A et al., Drug-eluting stents: cost versus clinical benefit. Circulation 2003, 107(24) 3003
- Lenk, Christian, Therapie und Enhancement: Ziele und Grenzen der modernen Medizin, 2002
- Linden, Ariel et al.: Disease Management Interventions: What's in the black box?, Dis Manag 7(4) (2004), S. 275
- Link, Ewald, Das Subsidiaritätsprinzip: Sein Wesen und seine Bedeutung für die Sozialethik, 1955

- Louis, Daniel: et al.: Impact of a DRG-based Hospital Financing System on Quality and Outcomes of Care in Italy, *Health Service Res*, 34 (1999): S. 405
- Lübbe, Weyma, Idealnomen und Praxisnormen in der Rationierungsdebatte: Ein offener Kommentar zu einem Verdeckten Beitrag Dieter Birnbachers, in: Gutmann, Thomas; Schmidt, Volker H. (Hg.): *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002, S. 111
- Lübbe-Wolff, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988
- Lüngen, M; Lauterbach, K.W.: Nutzung von Diagnosis-Related Groups (DRG) im internationalen Vergleich, *Der Chirurg* 71 (2002): S. 1288
- Macklin, Ruth, *Against Relativism: Cultural Diversity and the Search for Ethical Universals in Medicine*, 1999
- Mahr, Werner, *Das moralische Risiko in Individual- und Sozialversicherung*, *ZVersWiss* 1977, S. 205
- Mangoldt, Hermann v. et al. (Hg.), *Bonner Kommentar*, 4. Aufl. 1999a.
- Marckmann, Georg (Hg.), *Gesundheitsversorgung im Alter: Zwischen ethischer Verpflichtung und ökonomischem Zwang*, Stuttgart 2003
- Marckmann, Georg, et al. (Hg.), *Gerechte Gesundheitsversorgung: Ethische Grundpositionen zur Mittelverteilung im Gesundheitswesen*, Stuttgart 2003
- Marckmann, Georg, et al., *Gesundheitliche Eigenverantwortung: Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel des malignen Melanoms*, in: *Der Hautarzt* 55 (2004), S. 715
- Marckmann, Georg; Siebert, Uwe: Normative Implikationen von Allokationskriterien in: Graumann, Sigrid; Grüber, Katrin (Hg.): *Patient – Bürger – Kunde*, 2004, S. 131
- Margolis, Joseph, *The Concept of Disease*, in: *The Journal of Medicine and Philosophy* 1 (1976), S. 238
- Mathern, Friedrich W., *Krankheitsbegriff und Risikoabdeckung in der gesetzlichen Krankenversicherung: Entwicklung eines bedarfsgerechten Leistungssystems*, 1982
- Maunz, Theodor et al. (Hg.), *Grundgesetz Kommentar*
- May, Uwe; Wasem, Jürgen, *Einsparpotenziale in der GKV-Arzneimittelversorgung durch mehr Subsidiarität und Eigenverantwortung*, in: *G+G Wissenschaft* 3 (2003), S. 17
- Maydell, Bernd v.; Pietzcker, Jost, *Begrenzung der Kassenarztzulassung*, 1993
- Mazal, Wolfgang, *Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung: Eine Untersuchung zum Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1992
- Mazouz, Nadia, et al. (Hg.), *Krankheitsbegriff und Mittelverteilung*, Baden-Baden 2004

- medizin.de: 28.2.2005: Zukunftsmodell Integrierte Versorgung,  
<http://www.medicin.de/gesundheit/deutsch/1457.htm>
- medizin.de: 29.11.2004: Kliniken: Überleben im Verbund,  
[http://www.medicin.de/gesundheit/deutsch/1135.htm#tb\\_7001](http://www.medicin.de/gesundheit/deutsch/1135.htm#tb_7001)
- Medlin, Brian H., Ultimate Principles and Ethical Egoism, in: Australian Journal of Philosophy 35 (1957), S. 111
- Meinlschmidt, Gerhard: Integrierte Versorgung: Versuch einer handlungsorientierten Bestandsaufnahme, 2003,  
[http://www.berlin.de/sengessozv/statistik/aufgabengebiete/download/integrierte\\_versorgung\\_gesamt.pdf](http://www.berlin.de/sengessozv/statistik/aufgabengebiete/download/integrierte_versorgung_gesamt.pdf)
- Mengel, Constanze, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, 2004, S. 97
- Metersky, Mark et al.: Temporal Trends in Outcomes of Older Patients with Pneumonia, Arch Int Med, 160 (2000), S. 3385
- Meulen, Ruud ter, Ethical Issues of Evidence Based Medicine,  
<http://www.ccels.cardiff.ac.uk/literature/publications/2003/meulenpaper.pdf> (2003), S. 2
- Meyer-Lutterloh, Klaus: Integrierte Versorgung – die ewige Vision? Der Hausarzt, 15 (2002): S. 46
- Mordacci, Roberto, Health as an Analogical Concept, in: The Journal of Medicine and Philosophy 20 (1995), S. 475
- Mühlhauser, Ingrid, Berger, Michael: Evidence-based information in diabetes, Diabetic medicine, Vol 17 (12) (2000) S. 823
- Müller-Oerlinghausen, Bruno, Die Fortschrittsfalle wird zur Kostenfalle, Deutsches Ärzteblatt 94 (1997), A 673-5.
- Müller-Oerlinghausen, Bruno: Vortrag zur rationalen Arzneimitteltherapie, 14.1.2004, Universitätsklinikum Benjamin Franklin, Berlin
- Münch, Ingo v.; Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000
- Nachtigäller, Christoph: Disease Mangement Programme – eine Chance für mehr Behandlungsqualität chronisch kranker Menschen, Pressekonferenz der KBV, 8.11.2001
- Nell-Breuning, Oswald v., Solidarität und Subsidiarität im Raume von Sozialpolitik und Sozialreform, in: Boettcher, Erik (Hg.): Sozialpolitik und Sozialreform: Ein einführendes Lehr- und Handbuch der Sozialpolitik, 1957, S. 213
- Nell-Breuning, Oswald v., Gerechtigkeit und Freiheit: Grundzüge katholischer Soziallehre, 1985

- Nell-Breuning, Oswald v., Baugesetze der Gesellschaft: Solidarität und Subsidiarität, 1990
- Nettesheim, Martin, Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, VerwArch 93 (2002), S. 315
- Neumann, Volker, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992
- Neumann, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, S. 426
- Neumann, Volker, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl 1997, S. 92
- Neumann, Volker, Der Anspruch auf Krankenbehandlung – ein Rahmenrecht?, SGB 1998a, S. 609
- Neumann, Volker, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NZS 1998b, S. 401
- Neumann, Volker, Anspruch auf Krankenbehandlung nach Maßgabe der Richtlinien des Bundesausschusses?, NZS 2001a, S. 515
- Neumann, Volker, Die leistungsgerechte, kostendeckende und wirtschaftliche Pflegevergütung, SGB 2001b, S. 405
- Neumann, Volker, Sozialhilfe zwischen Staat und Markt, in: Rothkegel, Ralf (Hg.): Sozialhilferecht, 2005, S. 21
- Nicklas-Faust, Jeanne, Auswirkungen der Gesundheitsreform auf chronisch Kranke und Menschen mit Behinderungen, in Graumann, Sigrid, Grüber, Katrin: Patient – Bürger – Kunde, LIT Verlag Münster 2004
- Niemann, Frank, Die Verordnung eines Arzneimittels außerhalb der zugelassenen Indikation, NZS 2004, S. 254
- Nircomand, Feraydoon, Evidenzbasierte Medizin: Das Individuum bleibt auf der Strecke, Deutsches Ärzteblatt 1001, (2004), S. 1850
- Nolting, Hans-Peter, et al., Fazit, Schlussfolgerungen und Empfehlungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hg.): Eigenverantwortung: Ein gesundheitspolitisches Experiment, 2004, S. 139-156
- Nordenfelt, Lennart, On the Nature of Health: An Action-Theoretic Approach, 1987
- Nozick, Robert, Anarchy, State, and Utopia, 1974
- Nozick, Robert, The Examined Life: Philosophical Meditations, 1989
- Nussbaum, Martha; Sen, Amartya (Hg.), The Quality of Life, 1993
- Nussbaum, Martha, Menschliches Tun und soziale Gerechtigkeit: Zur Verteidigung des aristotelischen Essentialismus, in: Steinfath, Holmer (Hg.): Was ist ein gutes Leben? Philosophische Reflexionen, 1998, S. 196-234

- Oakes, Guy, Rickerts Wert/Wertungs-Dichotomie und die Grenzen von Webers Wertbeziehungslehre, in: Wagner, Gerhard; Zipprian, Heinz (Hg.): Max Webers Wissenschaftslehre, 1994, S. 146-166
- Oberender, Peter, Gesundheitsversorgung zwischen ökonomischer und medizinischer Orientierung, in: Nagel, Eckhard; Fuchs, Christoph, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 10
- Ofman, Joshua J et al.: Does disease management improve clinical and economic outcomes in patients with chronic disease? A systematic review, *Am J Med* 117(3) (2004); S. 182
- Ossenbühl, Fritz, Richtlinien im Vertragsarztrecht, *NZS* 1997, S. 497
- Paul, Jeffrey; Nozick, Robert, *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia*, 1981
- Pauly, Mark V., The Economics of Moral Hazard: Comment, in: *American Economic Review* 58 (1968), S. 531-537
- Perleth, Michael et al.: Evaluation of preventive technologies in Germany, *Int. J. Technol Assess Health Care* 17(3) (2001), S.329
- Pfaff, Martin, Funktionsfähiger Wettbewerb innerhalb und zwischen den gesetzlichen und privaten Krankenkassen, *Arbeit und Sozialpolitik* 1995, Heft 9-10, S. 12
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard, *Grundrechte*, 18. Aufl. 2002
- Pius XI, Enzyklika *Quadragesimo Anno*, 1931
- Qualitätssicherungsbericht 2004, Disease Mangement Programme in Nordrhein, Nordrheinische Gemeinsame Einrichtung Disease-Management-Programme GbR, Düsseldorf, (2004) 3
- Rasell, Edith, Cost Sharing in Health Insurance – A Reexamination, in: *The New England Journal of Medicine* 332 (1995), S. 1164-1168
- Raspe, Heiner: Zur aktuellen deutschen Diskussion um die Evidenz-basierte Medizin: Brennpunkte, Skotome, divergierende Wertsetzungen, *ZaeFQ* 97 (2003) 10 S. 689
- Ratajczak, Thomas: Der Behandlungsanspruch des Patienten aus juristischer Sicht in: Ratajczak, Thomas et al. (Hg.): *Medizinische Notwendigkeit und Ethik*, Berlin 1999
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1971
- Rawls, John, Der Gedanke eines übergreifenden Konsensus, in: ders: *Die Idee des politischen Liberalismus: Aufsätze 1978-1989*. Herausgegeben von Wilfried Hinsch, S. 293-332
- Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, 2001
- Rebscher, Herbert, Rationalisierung und Rationierung aus Sicht der Krankenversicherung, in: Nagel, Eckhard; Fuchs Christoph, *Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen*, 1998, S. 27

- Rehg, William, *Insight and Solidarity: A Study in the Discourse Ethics of Jürgen Habermas*, 1994
- Reiners, Hartmut, *Ökonomische Dogmen und Gesundheitspolitik*, in: Deppe, Hans-Ulrich; Burkhadt, Wolfram (Hg.): *Solidarische Gesundheitspolitik*, 2002, S. 36
- Reznek, Lawrie, *The Nature of Disease*, 1987
- Richardson, Jeff, *The Effects of Consumer Co-Payments in Medical Care*, Background Paper 5, *National Health Strategy*, 1991
- Richter, Eva A.: *Kongress „Armut und Gesundheit“: Armut macht krank*, *Deutsches Ärzteblatt* 97 (2000), A3404
- Riklin, Alois; Binswanger, Hans Ch., *Subsidiarität: Ein interdisziplinäres Symposium*, 1994
- Rompf, Thomas, *Selbstverschulden im Krankenversicherungsrecht*, *SGb* 1997, S. 105
- Roos, Lothar, *Subsidiarität*, in: Enderle, Georges, et al. (Hg.): *Lexikon der Wirtschaftsethik*, 1993, S. 1045-1049
- Rosenbrock, Rolf, *Aufgaben und Struktur der Selbsthilfe in einer modernen Gesundheitspolitik*, in: *NAKOS Extra* 29 (1999)
- Rosenbrock, Rolf; Gerlinger, Thomas, *Gesundheitspolitik: Eine systematische Einführung*, 2004
- Roters, Dominik, *Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen*, 2003
- Rubin, Robert J.; Mendelsohn, Daniel N., *Cost Sharing in Health Insurance*, in: *The New England Journal of Medicine* 333 (1995), S. 733-734
- Rühmkorf, Daniel: *Kaum zu schaffen, nicht durchdacht*, *Berliner Ärzte* 1/2004, S. 14
- Sachs, Michael, *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. 2003
- Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: *Qualität, Wirtschaftlichkeit und Perspektiven der Gesundheitsversorgung. Vorschläge für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, 1989
- Sachverständigenrat Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, *Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000 Mehr Ergebnisorientierung, mehr Qualität, mehr Wirtschaftlichkeit*, *Sondergutachten* 1995
- Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, *Gutachten 2000/2001: Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit. Band I: Zielbildung, Prävention, Nutzerorientierung und Partizipation; Drucksache 14/5660 des Deutschen Bundestages*, 2001a

- Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001: Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit. Band III: Über-, Unter- und Fehlversorgung; Drucksache 14/6871 des Deutschen Bundestages, 2001b
- Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2003 des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität. Band I und II. Drucksache 15/530 des Deutschen Bundestages, 2003
- Sackett, David L: Evidence-based Medicine: How to practice and teach EBM, 1996
- Sattlegger, Christian et al.: Connected Healthcare – Aktuelle Herausforderungen für die Pharmaindustrie im deutschen Gesundheitswesen, Pharm. Ind. 65 Nr.5 (5/2003), S. 397
- Sauer, Jürgen, Die Verfassungsbindung des Gesetzgebers, 1991
- Scandinavian Simvastatin Survival Study Group, Lancet, 344 (1994), S. 1383
- Schaefer, Jürgen R, Medikamentöse Therapie der Hyperlipidämie, Aktuelle Lage in Deutschland, Herz (2001), S. 507
- Schäfer, Hans, Der Krankheitsbegriff, in: Blohmke, Maria (Hg.): Handbuch der Sozialmedizin, 1976, Bd. 3: Sozialmedizin in der Praxis, S. 15-31
- Schätzerkreis der Gesetzlichen Krankenversicherungen, Schätztableau vom 8.12.2004, <http://www.bva.de/Fachinformationen/Risikostrukturausgleich/Schaetzerkreis/schaetzerkreis.htm>
- Schaper, Klaus, Kollektivgutprobleme einer bedarfsgerechten Inanspruchnahme medizinischer Leistungen, 1978
- Scheen, AJ, Rhabdomyolyse fatale sous cerivastatin, Rev Med Liege 56(8) (2001), S. 592
- Scheibler, Fülöp et al.: Partizipative Entscheidungsfindung als Chance für die Umsetzung strukturierter Behandlungsprogramme, ZaeFQ, 98(2) (2004); S. 109
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Richtliniengebung durch den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen und demokratische Legitimation, NZS 1999, S. 530
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Zur Reform des ambulanten Leistungsrechts der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: Medizinrecht 18 (2000), S. 512
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, MedR 2002, S. 286
- Schlender, Michael, Gesundheitsökonomie: Zur Logik der Kosteneffektivität, Deutsches Ärzteblatt, 100, 2003, A 2140
- Schlenker, Rolf-Ulrich, Das Entscheidungsmonopol des Bundesausschusses für neue medizinische Verfahren und Außenseitermethoden, NZS 1998, S. 411



- Schlenker, Rolf-Ulrich, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001
- Schmitt, Carl, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912
- Schnapp, Friedrich E., Aktuelle Rechtsquellenproblem im Vertragsarztrecht, SGB 1999, S. 62
- Schnapp, Friedrich E., Untergesetzliche Rechtsquellen im Vertragsarztrecht am Beispiel der Richtlinien, in: Wulffen, Matthias v.; Krasney Otto Ernst (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 497
- Schnapp, Friedrich E.; Wigge, Peter (Hg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2002
- Schopenhauer, Arthur, Werke in fünf Bänden: Nach den Ausgaben letzter Hand herausgegeben von Ludger Lütkehaus, 1988
- Schroeder-Printzen, Günther, 25 Jahre Sozialgerichtsbarkeit, in: Wege zur Sozialversicherung 32 (1979), S. 129-138
- Schulin, Bertram, Dispositionsmöglichkeiten für den Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung, ZVersWiss 1994a, 29
- Schulin, Bertram (Hg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 1 Krankenversicherungsrecht, 1994b
- Schulin, Bertram, Verfassungsrechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich der Gesundheitssicherung, VSSR 1997
- Schramme, Thomas, Patienten und Personen: Zum Begriff der psychischen Krankheit, 2000
- Schwartz, MH. et al.: Decreased length of stay for patients with colorectal cancer: implications of DRG use, J Health Qual, 20(4): (1998), S. 22
- Searle, John R., The Construction of Social Reality, 1995
- Seel, Martin, Versuch über die Form des Glücks, 1995
- Seewald, Otfried, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981
- Seewald, Otfried, Gesundheit als Grundrecht, 1982
- Seewald, Otfried, Krankheit: 2. Recht, in: Eser, Albin, et al. (Hg.): Lexikon Medizin, Ethik, Recht, 1989, S. 653-659
- Shelen, Stephanie, Eigenverantwortung im Gesundheitswesen: Eine Literatur-Übersicht, in: Bertelsmann Stiftung (Hg.): Eigenverantwortung: Ein gesundheitspolitisches Experiment, 2004, S. 23-62
- Simon, Michael, Die Ökonomisierung des Krankenhauses, Berlin 2001

- Sodan, Helge, Die institutionelle und funktionelle Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, NZS 2000, S. 581
- Sodan, Helge (Hg.), Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, 2004
- Sritharan, Kaji et al., Declaration of a new doctor, BMJ 323 (2001), S.1441
- Staupe, Jürgen, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986
- Steege, Reinhard, Die Konkretisierung des Krankenbehandlungsanspruchs im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Wulffen, Matthias v.; Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 517
- Steffen, Erich, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in: Brandner, Hans Erich (Hg.), Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 487
- Stegers, Christoph-M.: Medizinische Versorgung zwischen Eigenverantwortung und Solidarität in: Ratajczak, Thomas; Schwarz-Schilling, G. (Hg.): Medizinische Notwendigkeit und Ethik, Berlin 1999, S.74
- Steigleder, Klaus, Gewirth und die Begründung der normativen Ethik, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 51 (1997), S. 251-267
- Steiner, Udo, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, in: MedR 2003, 1
- Taupitz, Jochen, Gesundheitsversorgung bei Ressourcenknappheit – Rechtliche Aspekte, in: Nagel, Eckhard; Fuchs, Christoph, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitssystem, 1998, S.86
- Taupitz, Jochen, Ressourcenknappheit in der Medizin – Hilfestellung durch das Grundgesetz, in: Jürgen Wolter et al. (Hg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113
- Tempel-Kromminga, Helke, Die Problematik der Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenhäuser nach dem neuen Recht des SGB V, 1994
- Thielmann, Lars, Ethische Grundlagen einer Prioritätensetzung im Gesundheitswesen, 2001
- Thielmann, Lars, et al., Szenarien für mehr Selbstverantwortung und Wahlfreiheit im Gesundheitswesen, 2002
- Thomas Gutmann et al. (Hg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003
- Uhlemann, Thomas, Falsche Erwartungen – falsche Befürchtungen? Zur Bedeutung von Gen-Tests für Versicherungen, in: G+G Wissenschaft 2 (2002), S. 26-31
- Uhlenbruck, Wilhelm, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, MedR 1995, S. 427

- Ullrich, Carsten G., Solidarität im Sozialversicherungsstaat: Die Akzeptanz des Solidarprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2000
- Ulrich, Peter, Integrative Wirtschaftsethik: Grundlagen einer lebensdienlichen Ökonomie. Dritte, revidierte Auflage, 2001a
- Ulrich, Ralf E., Demographic change in Germany and implications for the health system, in: Journal of Public Health 13 (2005), S. 10-15
- Ulrich, Volker, Demographische Alterung und medizinischer Fortschritt: mehr als ein potentieller Sprengsatz für die GKV?, in: Schmähl, Winfried; Ulrich, Volker (Hg.): Soziale Sicherungssysteme und demographische Herausforderungen, 2001b, S. 23-44
- Ulrich, Volker, Demographische Effekte auf Ausgaben und Beitragssätze der GKV. Diskussionspapier 9-3 des Lehrstuhls für VWL III der Universität Bayreuth, 2003
- Utz, Arthur-Fridolin, Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 1956
- van Lente, Jan: Disease-Management Für Kranke stark machen, AOK Bundesverband, 3/2004, S. 28,29
- Vanberg, Viktor, Subsidiarity, Responsive Government and Individual Liberty, in: Nörr, Knut W.; Oppermann, Thomas (Hg.): Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit: Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, 1997, S. 253-269
- Villagra, Victor G et al.: Effectiveness of a disease management program for patients with diabetes, Health Aff (Milwood) 23(4) (2004); S. 255
- Voelzke, Thomas, Die Herbeiführung des Versicherungsfalls im Sozialversicherungsrecht, 2004
- Volkman, Uwe, Solidarität: Programm und Prinzip der Verfassung, 1998
- Vollmöller, Thomas, Rechtsfragen bei der Umsetzung von Disease-Management-Programmen, NZS 2004, S. 63
- Vossenkuhl, Wilhelm, Grenzen der Eigenverantwortung: Vortrag im Rahmen des Symposiums „Gesundheit fördern“ der Hanns Martin Schleyer-Stiftung von 12. Juni 2003, 2003
- Wahl, Andreas, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, S. 58
- Wahl, Ulrike: Chancen und Risiken der integrierten Versorgung aus ärztlicher Sicht, Vortrag Fachhochschule Ulm, 2003
- Wakefield, Jerome C., Disorder as harmful dysfunction: a conceptual critique of DSM-III-R's definition of mental disorder, in: Psychological Review 99 (1992b), S. 232-247
- Wakefield, Jerome C., The concept of mental disorder: on the boundary between biological facts and social values, in: American Psychologist 47 (1992a), S. 373-388

- Was lehren uns die großen Studien?, Der Arzneimittelbrief, 1999, S. 25
- Waschkuhn, Arno, Was ist Subsidiarität? Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: von Thomas von Aquin bis zur 'Civil Society', 1995
- Wasem, Jürgen, Kostenerstattung und Sachleistung aus ökonomischer Sicht, MedR 2000, S. 472
- Weber, Max, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1988
- Weichert, Thilo: Datenschutz und Integrierte Versorgung – sichere und akzeptierte Datenkommunikation im Bereich der Integration, 2. Lübecker Symposium Integrierte Versorgung, 6./7. September 2004
- Weingart, Olaf: Evidenzbasierte Medizin: Grundlage ärztlichen Handelns, Deutsches Ärzteblatt, 99 (2002), A-2685
- Wendt, Claus, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung, 2003
- Werner, Micha H., Die Eingrenzung des Leistungsspektrums des solidarfinanzierten Gesundheitssystems als Herausforderung liberaler Konzeptionen politischer Ethik, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 48 (2002a)
- Werner, Micha H., Verantwortung, in: Düwell, Marcus, et al. (Hg.): Handbuch Ethik, 2002b, S. 521-527
- Werner, Micha H., Viagra – rechtliche und ethische Fragen, in: Wiesing, Urban (Hg.): Diesseits von Hippokrates: 20 Jahre Beiträge zur Ethik in der Medizin, 2003, S. 377-383
- Werner, Micha H.; Wiesing, Urban, Lehren aus dem Fall Viagra? Der Krankheitsbegriff im Sozialrecht am Beispiel der erektilen Dysfunktion, in: Das Gesundheitswesen 64 (2002), S. 398-404
- WHO Regional Office for Europe's Health Evidence Network (HEN), What are the Equity, Efficiency, Cost Containment and Choice Implications of Private Health-Care Funding in Western Europe?, 2004
- Wieland, Wolfgang, Philosophische Aspekte des Krankheitsbegriffs, in: Becker, Volker; Schipperges, Heinrich (Hg.): Krankheitsbegriff, Krankheitsforschung, Krankheitswesen: wissenschaftliche Festsetzung der Heidelberger Akademie der Wissenschaften zum 80. Geburtstag von Wilhelm Doerr, 1995, S. 39-76
- Wiesing, Urban, Kann die Medizin als praktische Wissenschaft auf eine allgemeine Definition von Krankheit verzichten?, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 44 (1998), S. 83
- Wiesing, Urban, Kritische Anmerkungen zu einer Krankheitsdefinition anhand objektiver Kriterien, in: Mazouz, Nadia, et al. (Hg.): Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 47

- Wiktorowicz, Mary; Deber, Raisa: Regulating biotechnology: a rational-political model of policy development, *Health Policy* 40 (1997), S. 115
- Wild, Claudia; Health Technology Assessment in Anonymus Qualitätssicherung in der Medizin, *Beiträge zu Theorie und Praxis in Österreich*, 2001, S. 249
- Wille, Eberhard (Hg.), *Rationierung im Gesundheitswesen und ihre Alternativen*, 2003
- Wimmer, Raimund, Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Sodan, Helge (Hg.), *Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer*, 2004, S. 45
- Wimmer, Raimund, Urteilsanmerkung, *MedR* 1997, S. 224
- Wimmer, Reiner, Universalisierung, in: Düwell, Marcus, et al. (Hg.): *Handbuch Ethik*, 2002, S. 517-521
- Wulffen, Matthias v., Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use“ von Arzneimitteln, in: Becker, Peter; Dalichau, Gerhard (Hg.), *Perspektiven des Gesundheitswesens. Festschrift Bernd Wiegand*, 2003, S. 161
- Wulffen, Matthias v.; Krasney Otto Ernst (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht*, 2004
- Zacher, Hans F., *Der soziale Staat*, in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. 2004
- Zeiler, Kristin, Transgressive Technologies in Reproductive Medicine: Do They Call for a Revision of Notions of Health?, in: Nordenfelt, Lennart; Liss, Per-Erik (Hg.): *Dimensions of Health and Health Promotion*, 2003, S. 133
- Zentralinstitut für die kassenärztliche Vereinigung, *Stichprobenanalyse des ZI-ADT Panels, Entwicklung der Fallzahlen*, 24. Januar 2005
- Zweifel, Peter, Alter, Gesundheit und Gesundheitsausgaben – eine neue Sicht, *GGW* 1/2001, S. 6