

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 15



Gunnar Duttge,
Markus Zimmermann-Acklin (Hg.)

Gerecht sorgen

Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper
Ressourcen bei Patienten am Lebensende



Universitätsverlag Göttingen

Gunnar Duttge, Markus Zimmermann-Acklin (Hg.)

Gerecht sorgen

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 15 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2013

Gunnar Duttge,
Markus Zimmermann-Acklin (Hg.)

Gerecht sorgen –
Verständigungsprozesse
über den Einsatz knapper
Ressourcen bei Patienten
am Lebensende

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 15



Universitätsverlag Göttingen
2013

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Die Veröffentlichung dieses Bandes erfolgte mit großzügiger Unterstützung des Lichtenberg-Kollegs Göttingen

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Alice von Berg

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2013 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-116-0

ISSN: 1864-2144

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

KLINISCHE MEDIZIN

Rationierung am Lebensende – eine klinische Perspektive 3
Priv.-Doz. Dr. med. Bernd Alt-Epping

Rationierung im Gesundheitswesen – eine medizinische Betrachtung
zur Ressourcenverteilung 13
Priv.-Doz. Dr. med. Christoph H. R. Wiese

Ethik in der Intensivmedizin. Erarbeitung neuer Richtlinien in der
Schweiz 25
Prof. Dr. med. Reto Stocker

RECHT

Gerechter Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende
– die medizinstrafrechtliche Perspektive 37
Prof. Dr. jur. Detlev Sternberg-Lieben

Krankenversicherungsrechtliche Perspektive 61
Prof. Dr. jur. Peter Udsching

Zwischen „Myozyme“ und „Nikolaus“:
Die Ratlosigkeit des (deutschen) Rechts 73
Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge

GESUNDHEITSÖKONOMIE

Gerechtigkeit beim Verteilen knapper Gesundheitsressourcen
– Gesundheitsökonomische Perspektive 93
Prof. Dr. math. Dr. rer. pol. Marlies Ahlert

Was heißt Gerechtigkeit in der medizinischen Versorgung?
– Ein ökonomischer Überblick 107
Dr. sc. pol. Laura Birg und Priv.-Doz. Dr. rer. pol. habil. Björn Kuchinke

MEDIZINETHIK

Verantwortungsvoller Umgang mit Mittelbegrenzungen in der Medizin <i>Prof. Dr. med. Dr. phil. Daniel Strech</i>	127
Alter als Kriterium für Therapiebegrenzung in der Intensivmedizin? <i>Priv.-Doz. Dr. phil. Alfred Simon</i>	139
Zu alt für die Hüftprothese, zu jung zum Sterben? Die Rolle von Altersbildern in der ethisch-politischen Debatte um eine altersabhängige Begrenzung medizinischer Leistungen <i>Dr. phil. Mark Schweda</i>	149
Wenn die sprachliche Hilflosigkeit flüchtend zur Technik greift – Für eine neue Kultur der Besonnenheit am Ende des Lebens <i>Prof. Dr. med. Giovanni Maio</i>	169
„When not all services can be offered to all patients“ – Ethische Überlegungen zur Finanzierung medizinischer Maßnahmen bei Patienten am Lebensende <i>Priv.-Doz. Dr. theol. Markus Zimmermann-Acklin</i>	177
Autorenverzeichnis	201

Zwischen „Myozyme“ und „Nikolaus“: Die Ratlosigkeit des (deutschen) Rechts

Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge

I. Die Ökonomisierung der Medizin

Eine Pressemitteilung der Deutschen Gesellschaft für Innere Medizin e.V. erregte vor wenigen Monaten großes Aufsehen. Dort war u.a. zu lesen: „Unter den Bedingungen des DRG-Systems haben sich die Krankenhäuser in den letzten Jahren gewandelt – von Einrichtungen der Daseinsfürsorge zu Unternehmen oder Krankenhauskonzernen. Sie fordern von ihren Ärzten mehr Fälle pro Arzt und höhere Erlöse pro Bett. Organisiert wie Industrieunternehmen werden Krankheiten zu Ware, Ärzte zu Anbietern und Patienten zu abgerechneten Fällen. (...) Ärzte werden dazu animiert, die Unternehmensziele über das Primat des Patientenwohls zu stellen“¹. Die Folgen dieser Ökonomisierung sollen sich dabei in zwei gegensätzlichen Entwicklungstendenzen manifestieren: Einerseits werden die knappen Gesundheitsressourcen (z.B. in Gestalt von zur Verfügung gestellten Betten, des Einsatzes kostspieliger Diagnostikapparaturen, der Betreuung durch Ärzte und Pflegekräfte) mitunter selbst bei zweifelhafter therapeutischer Notwendigkeit eingesetzt, sofern es sich nur für den betriebswirtschaftlichen Erfolg des Hauses „rechnet“; andererseits besteht die Sorge, dass wiederum aus ökonomischen Gründen eine Therapie selbst dann begrenzt oder gar nicht mehr begonnen wird, wo sie zur

¹ Deutsche Gesellschaft für Innere Medizin e.V., DRG-Finanzierung der Krankenhäuser und Bonus-systeme für Ärzte: Fehlentwicklungen durch falsche Anreize stoppen!, Pressemitteilung v. Juli 2012, online: http://www.dgim.de/portals/pdf/Presse/20120718_Home%20DGIM%20Im%20Krankenhaus%20Fehlentwicklungen%20durch%20falsche%20Anreize%20stoppen.v.pdf.

Lebenserhaltung eigentlich dringend erforderlich wäre. Im Rahmen eines Experteninterviews in der Wochenzeitung „Die Zeit“ meinte vor diesem Hintergrund der Arzt und Medizinethiker *Urban Wiesing*, dass letztlich die Ökonomie der Medizin zu dienen habe und nicht umgekehrt.² Doch was meint das eigentlich, und was sollte daraus konkret folgen?

Lässt man die Debatten der letzten Jahre Revue passieren, so dürfte es mehrere Fakten geben, die im Grunde unstrittig sind: Erstens stehen Gesundheitsressourcen wie alle irdischen Güter nur begrenzt zur Verfügung. Es ist daher gänzlich unrealistisch, die Ressourcenproblematik nach der Devise „more of the same“ bewältigen zu wollen. Dabei lässt sich zweitens das Phänomen beobachten, dass es gerade der medizinische „Fortschritt“ ist, der die Gesundheitsausgaben stetig anwachsen lässt; neue Innovationen wollen schließlich auch genutzt werden, darin zeigt sich die sog. „Fortschrittsfalle“³. Der viel zitierte demographische Wandel bewirkt zugleich, dass jedenfalls die Einnahmenseite schrumpft, wobei durchaus eine gewisse Plausibilität dafür besteht, dass die gestiegene Lebenserwartung und das überproportional häufige Antreffen alter Menschen auf Intensivstationen auch auf der Ausgabenseite nicht kostenneutral sein dürfte. Drittens fallen besonders die letzten Monate im Leben eines Menschen ökonomisch besonders ins Gewicht, wobei jedoch viertens die Intensivmedizin wohl mit ganz erheblichen prognostischen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, die jeweils verbleibende Lebenszeit eines Menschen selbst wenige Tage vor seinem Versterben verlässlich abzuschätzen. Weil tödlich erkrankte Menschen eine besonders vulnerable Gruppe darstellen, für die wir auch emotional die größtmögliche Fürsorge zu spenden bereit sind, wird schließlich fünftens allein schon die Frage nach einer „Allokationsentscheidung am Lebensende“ als ein Tabubruch sondergleichen empfunden.

Das Problem ist jedoch: Wer die Frage nicht stellt, verschließt die Augen vor der klinischen Realität. Denn in dieser bilden ökonomische Aspekte offenbar durchaus einen relevanten Faktor bei Therapieentscheidungen, und zwar auch in der letzten Lebensphase. Einige Bekanntheit hat etwa eine Befragungsstudie unter 1.000 Intensivstationen in Deutschland vor wenigen Jahren erlangt, die Resultate zutage förderte,⁴ die wegen der Brisanz des Thematik sicherlich eher noch zu niedrig als zu hoch angesetzt sein dürften: 41 % der Befragten gab darin an, dass die Kosten- und Ressourcenfrage auch dann einen Einflussfaktor darstelle, wenn rein kapazitätsmäßig die Aufnahme bzw. Fortsetzung der Maximaltherapie grundsätzlich möglich sei. 67 % der Antwortenden meinten, dass eine sog. „Rationierung“ stattfinde, d.h. an sich vorhandene Ressourcen u.U. vorenthalten werden, wobei als Rationierungsmaßnahmen wohl vor allem die vorzeitige Verlegung auf andere Stationen und die Verordnung weniger kostspieliger Medikamente eine Rolle

² *Faller/Greife*, „Klappe halten und wegsehen“, in: *Die Zeit* v. 20.9.2012, online: <http://www.zeit.de/2012/39/Krankenhaeuser-Medizinbetrieb-Gespraech>.

³ *Krämer*, in: *Köbberling* (Hrsg.), *Die Wissenschaft in der Medizin*, 1992, S. 115 ff.

⁴ Zum Folgenden: *Boldt/Schöllborn*, *Der Anästhesist* 2008, 1075 ff.

spielen.⁵ Gelegentlich werden Patienten abgelehnt, obwohl andere Patienten auf der Intensivstation liegen, deren intensivmedizinische Behandlung als nicht sinnvoll angesehen wird. In den einschlägigen Lehrwerken der Intensivmedizin begegnet heute – häufig unter dem Stichwort „Qualitätsmanagement“ – fast regelhaft die Frage nach dem „sinnvollen“ Einsatz knapper Ressourcen; in einem klassischen Lehrwerk heißt es dazu geradezu programmatisch: „Die Kernfrage ist nicht, wie viel geben wir aus, sondern, was bekommen wir dafür und ist es uns das wert?“⁶ Und ein anderes Standardwerk wirft unverblümt die Frage auf: „Was ist ein statistisches Menschenleben wert?“⁷

Die Frage nach dem ökonomische „Nutzen“ einer lebensverlängernden Behandlung ist somit auch bei Patienten mit sog. infauster Prognose längst Teil der klinischen Realität, und sie hat erhebliche ökonomische Relevanz, bedenkt man nur, dass in Deutschland jährlich ca. zwei Millionen Menschen in etwa 21.000 Intensivbetten behandelt werden, was gemessen am Anteil der Gesamtbettenkapazität (5 %) ein Vierfaches (20 %) der Krankenhauskosten produziert.⁸ Ob dieser Mitteleinsatz in diesem Umfang gerechtfertigt ist, darüber besteht allem Anschein nach erhebliche Unklarheit: Dass es hier – möglicherweise nicht nur selten – auch zu einer „weniger sinnvollen“ Ressourcenverwendung kommen könnte (was immer das konkret bedeuten mag), dafür spricht nicht zuletzt das tradierte Selbstverständnis der modernen Intensivmedizin – gerichtet auf unbedingte Lebenserhaltung – wie auch der empirisch belegbare „Strohhalmeffekt“⁹: In einem erst unlängst berichteten Fall hat er etwa zum wiederholten Einsatz einer hochbelastenden Chemotherapie geführt, obgleich sowohl behandelnde Ärzte als auch die eingeschaltete interdisziplinäre Tumorkonferenz zur Einschätzung gelangt sind, dass die Wahrscheinlichkeit eines vorzeitigen Versterbens durch die Therapie weit größer ist als der erhoffte Nutzen.¹⁰ Die aus diesem Anlass aufgeworfene Frage, ob nicht ein nachdrücklicher Patientenwunsch als „indikationsdefinierender Co-Faktor“ verstanden werden müsse, weist auf den Kern des Problems: die ärztliche Indikationsstellung bei tödlich erkrankten Patienten ohne Heilungsperspektive. Denn offenbar hat die moderne Intensivmedizin größte Schwierigkeiten, sich selbst Grenzen zu setzen. Der inzwischen ausgerufene „Paradigmenwechsel“ in dem Sinne, dass nicht eine „Lebensverlängerung um jeden Preis“, sondern die „Lebensqualität“ des Schwerkranken und ein „würdevolles Sterben“ im Zentrum stehen solle,¹¹ wirft jedoch neue, komplexe Fragen auf: Was soll „würdevolles

⁵ In ca. 30 % der Fälle soll über die Verordnung teurer Medikamente der Chefarzt persönlich entscheiden.

⁶ Scherer/Prien/van Aken, in: von Aken et al. (Hrsg.), Intensivmedizin, 2. Aufl. 2007, S. 8.

⁷ Krämer, in: Junginger et al. (Hrsg.), Grenzsituationen in der Intensivmedizin, 2008, S. 103.

⁸ Vgl. Boldt/Schöllborn, Der Anästhesist 2008, 1075, 1078.

⁹ Siehe etwa Husebo/Klaschik, Palliativmedizin, 4. Aufl. 2006, S. 316 ff.

¹⁰ Siehe näher Alt-Epping/Nauck, Ethik in der Medizin 2012, 19, 24 ff.

¹¹ Z.B. Dembinski/Kublen/Quintel, in: Buchardi et al. (Hrsg.), Die Intensivmedizin, 11. Aufl. 2011, S. 3 ff.

Sterben“ eigentlich bedeuten, wer soll über die „Lebensqualität“ eines Menschen befinden, insbesondere: lässt sich diese „von außen“ überhaupt beurteilen (Problem des Fremdverstehens), und kann das Unterschreiten eines Mindestmaßes an „Lebensqualität“ bzw. „Würde“ angesichts der Irreversibilität des Todes die Begrenzung einer lebenserhaltenden Therapie rechtfertigen? Immerhin wissen wir aus der Ethicus-Studie, dass 99 % der Patienten, denen eine laufende Therapie entzogen worden ist bzw. 89 %, denen eine Therapie von vornherein vorenthalten wurde, die Klinik nicht mehr lebend verlassen.¹²

Eines ist dabei klar: Solange die Indikationsstellung ohne transparenten Beurteilungsmaßstab von Klinik zu Klinik, Station zu Station und jeweils behandelndem (Ober-)Arzt (Ärztin) verschieden erfolgt, besteht die Gefahr, dass auch ökonomische Überlegungen wie insbesondere die Kosten einer Therapieoption – und zwar verdeckt und nach willkürlichem Kalkül – Eingang in die individuelle Behandlungsentscheidung finden, was dann gerne durch Verweis auf das „ärztliche Gewissen“ und die Kollektivverpflichtung der Ärzteschaft (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä)¹³ tabuisiert wird. Dass die Einbeziehung von Patientenwünschen keine effektive Handhabe hiergegen bildet, erklärt sich schon daraus, dass viele Intensivpatienten gar nicht mehr in der Lage sind, ihre Wünsche verlässlich zu artikulieren. Die anstelle dessen abzurufenden Voten der Bevollmächtigten bzw. Betreuer (vgl. §§ 1896 ff., 1901, 1901a, b BGB) sowie der (sonstigen) Angehörigen unterfallen denselben Fehldeutungsrisiken wie die spekulative Ermittlung des sog. „mutmaßlichen Willens“, weil niemals zweifelsfrei garantiert werden kann, dass dabei nicht Fremdinteressen – gewiss zum Teil menschlich verständliche (z.B. psychische, soziale und finanzielle Belastungen durch die Pflege) – einfließen.¹⁴ Zudem beförderte die (teilweise) Einbeziehung von Patientenwünschen in die – ärztliche (!) – Indikationsstellung die Entstehung einer Art „Wunschmedizin“, die nicht nur die ärztliche Professionalität aus den Augen verliert, sondern durch ihren „Zurufcharakter“ auch gewiss nicht die Ressourcenproblematik (angemessen) löst. Welche Orientierung bietet nun aber das Recht?

II. Die „Antworten“ des (deutschen) Rechts

Man kann den ernüchternden Befund auf einen einfacher Nenner bringen: Das (deutsche) Recht bietet keinerlei Orientierung und ignoriert das Problem! Soweit das Krankenversicherungsrecht durch explizite Leistungskürzungen (z.B. § 34 SGB V), durch Budgetisierung und Pauschalisierung (z.B. in Gestalt der DRGs) und

¹² Sprung/Cohen et al., End-of-life practices in European intensive care units: the Ethicus Study, JAMA 290 (2003), 790 ff.

¹³ § 1 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä lautet: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung.“

¹⁴ Siehe etwa Duttge, in: Breitsameter (Hrsg.), Autonomie und Stellvertretung in der Medizin, 2011, S. 34 ff.; ders., in: Höver/Baranzke/Schaeffer (Hrsg.), Sterbebegleitung: Vertrauenssache, 2011, S. 143, 161 ff.

durch die Wirtschaftlichkeitskontrolle des „Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“ (IQWiG, vgl. §§ 139a ff. SGB V) – vermittelt durch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (vgl. § 92 SGB V) – die ökonomische Dimension in den Blick nimmt, beruht dies stets auf der Fiktion, dass dies ausschließlich eine „Rationalisierung“, nicht aber eine „Rationierung“ zur Folge habe. So verlangt das sog. „Wirtschaftlichkeitsgebot“ des § 12 SGB V das Vermeiden unwirtschaftlicher Leistungen nur insoweit, als sie das Maß des „Notwendigen“, „Zweckmäßigen“ und „Ausreichenden“ überschreiten. Mit anderen Worten muss dieser Gesetzessystematik zufolge all jenes, was ärztlicherseits „indiziert“ ist, auch verordnet werden (siehe §§ 2 Abs. 1 S. 3, 106 Abs. 2a Nr. 1 SGB V).¹⁵ Das Wirtschaftlichkeitsgebot beschränkt sich somit auf jene Konstellationen, in denen es Alternativen gibt, um das gewünschte Therapieziel mit einer „ausreichenden“ und „zweckmäßigen“ Leistung ebenfalls – aber eben kostengünstiger – zu erreichen.¹⁶ Dass dies womöglich nur graue Theorie sein könnte und die klinische Praxis sehr wohl rationierende Effekte kennt, sei es durch die Richtlinien des G-BA, durch die Budgetisierung oder durch „kostensensible“ Verordner bei konkreten Therapieentscheidungen in Krankenhäusern oder Vertragsarztpraxen, liegt gleichsam jenseits dessen, worauf das Recht überhaupt blickt. Mehr noch: Selbst innerhalb der sozialrechtlichen Systematik lässt sich dem Gebot der Wirtschaftlichkeit bei näherer Betrachtung gar keine eindeutige Vorgabe entnehmen, weil – auf dem Boden des therapeutisch Notwendigen etc. – einigermaßen unklar ist, wie die beiden Variablen – „Aufwand“ und „Nutzen“ – miteinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen. Konkret: Rechtfertigt ein höherer (potentieller) Nutzen stets die höheren Kosten, oder muss auf der Basis eines „Mindestnutzens“ stets das kostengünstigste Mittel gewählt werden? Geht es mithin um den bestmöglichen Erfolg oder um die geringstmöglichen Kosten – oder um etwas dazwischen? Die Relativität dessen, worauf die „Wirtschaftlichkeit“ eigentlich bezogen sein soll, macht das Gebot schwer operationabel und liefert die Entscheidung des ihm immanenten Zielkonflikts letztlich der faktischen Durchsetzungsmacht der beteiligten „Player“ aus.¹⁷

Der sog. „Nikolaus-Beschluss“ des BVerfG hat inzwischen allerdings für „extreme Gesundheitslagen“¹⁸ die Rechtslage deutlich zugunsten einer unbedingten Leistungs- und damit Lebenserhaltungspflicht verändert: Danach darf einem gesetzlich Krankenversicherten, der an einer „lebensbedrohlichen oder regelmäßigen tödlich verlaufenden Erkrankung“ leidet, die Inanspruchnahme einer von ihm gewählten ärztlichen Leistung nicht verwehrt werden, wenn „eine auf Indizien

¹⁵ Siehe *Wenner*, in: Prütting (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Medizinrecht*, 2. Aufl. 2011, § 12 SGB V Rn 3: „keine Legitimation, das Behandlungsniveau ... auf Barfußmedizin zu reduzieren...“.

¹⁶ Statt vieler nur *Waltermann*, in: Kreikebohm (Hrsg.), *Kommentar zum Sozialrecht*, 2. Aufl. 2011, § 12 SGB V Rn 5 a.E.

¹⁷ Dazu instruktiv *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn 26 ff., 47.

¹⁸ *Steiner*, in: Kingreen/Laux (Hrsg.), *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs*, 2008, S. 129, 139.

gestützte, nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf“ besteht und allgemein anerkannte, dem medizinischem „Standard“ entsprechende Therapieoptionen nicht zur Verfügung stehen.¹⁹ Diese im Kern auf die Schutzpflicht des Staates zugunsten des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG) und auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) mit Blick auf die grundsätzliche Versicherungspflicht (§ 5 SGB V) und das Beitragsprinzip (§ 3 SGB V) gestützte, inzwischen auch explizit in Gesetzesform gefasste (vgl. § 2 Abs. 1a SGB V)²⁰ Entscheidung stellt bemerkenswerterweise auf die individuelle ärztliche Einschätzung des konkreten Einzelfalls ab und nicht darauf, ob die betreffende Methode Anerkennung in der klinischen Praxis gefunden hat.²¹ Mit dieser individualisierenden, die Befindlichkeit des einzelnen Patienten in den Vordergrund rückenden Betrachtungsweise steht dieses höchstrichterliche Judikat in einem klaren Gegensatz zum kollektivistischen Belang der „finanziellen Stabilität“ des GKV-Systems²² und zu den sonst geltenden, gesetzlich wie medizinisch geforderten Wirksamkeitsanforderungen („evidence based medicine“)²³. Und man wird im Ganzen eine Zweiteilung der verfassungsrechtlich gebotenen Gesundheitsstandards konstatieren müssen mit einem Anspruch auf Vollversorgung, soweit es um Leben und Tod geht, womöglich sogar unter Einschluss einer Arzneimittelversorgung im compassionate bzw. off-label-use (d.h. ohne Zulassung bzw. jenseits des zugelassenen Anwendungsgebiets),²⁴ sofern Therapieoptionen (i.w.S.) nicht evident ungeeignet²⁵ erscheinen. Insoweit hat das BVerfG der Möglichkeit einer Leistungsbegrenzung aus ökonomischen Gründen somit eine klare Absage erteilt.²⁶

Damit ist natürlich noch keineswegs gesagt, dass die vom BVerfG eingeschlagene Grundrichtung – die Akzentuierung der individuellen „Bedürftigkeit“ als leitendes Allokationskriterium – gänzlich unzutreffend wäre. Ganz im Gegenteil sprechen gewichtige Gründe durchaus für die Annahme, dass die staatliche

¹⁹ BVerfG NJW 2006, 891 ff.

²⁰ Die Anwendungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1a SGB V sind noch um eine sehr unbestimmt gefasste dritte Kategorie erweitert: „Versicherte mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung oder mit einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung...“. – Damit hat der Gesetzgeber dem Rechtsanwender folgendes Rätsel aufgegeben: Welcher Krankheitszustand könnte gemeint sein, der mit lebensbedrohlichen bzw. regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen vergleichbar, aber zugleich etwas anderes ist? In der Sache dürfe es naheliegen, auf diesem Weg die chronischen Erkrankungen einzubeziehen, siehe dazu bereits *Kingreen*, NJW 2006, 877, 879.

²¹ So aber die st. Rspr. des Bundessozialgerichts, siehe etwa BSGE 81, 54 ff.

²² Mit Blick hierauf krit. bzw. abl. daher *Heinig*, NVwZ 2006, 771 ff.

²³ Siehe *Huster*, JZ 2006, 466, 467: einbegriffen sind jetzt auch „Behandlungsmethoden mit äußerst ungewissen Erfolgsaussichten“.

²⁴ Vgl. dazu *Gödike*, NVwZ 2006, 774 ff., der zudem negative Rückwirkungen auf die Zulässigkeit placebokontrollierter Arzneimittelstudien befürchtet.

²⁵ Die Annahme *Steiners* (in: *Kingreen/Laux* [Hrsg.], *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs*, 2008, S. 129, 139), dass der Beschluss aufgrund seiner eng gefassten Formel unseriösen Methoden nicht zur Kassenfinanzierung ver helfe, ist m.E. keineswegs gesichert.

²⁶ Wie hier auch die Einschätzung von *Heinig*, NVwZ 2006, 771 ff.; *Huster*, JZ 2006, 466, 468.

Grundverpflichtung zur Erhaltung der „Selbstzweckhaftigkeit“ eines jeden Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) dazu drängt, den besonders Bedürftigen vorrangig Ansprüche auf Hilfe und Unterstützung einzuräumen.²⁷ Im Sinne einer solchen Position, die sich begrifflich als „bedürfnissensibler Egalitarismus“²⁸ kennzeichnen lässt, können im Kern sämtliche gerechtigkeitstheoretischen Konzeptionen zur Begründung des modernen Sozialstaats²⁹ gelesen werden, so u.a. auch die prominenten gerechtigkeitstheoretischen Überlegungen von *Rawls*. Nach dessen „zweitem Gerechtigkeitsgrundsatz“ müssen sich soziale Ungleichheiten bekanntlich zum größtmöglichen Vorteil der am wenigsten Begünstigten auswirken, und nach der „zweiten Vorrangregel“ bei einer Wohlstandsmehrung auch die Chancen der Benachteiligten verbessern:³⁰ „Die Menschen im Rahmen des Grundplans der Gesellschaft als Zweck an sich selbst behandeln heißt, auf solche Vorteile zu verzichten, die nicht jedermanns Aussichten verbessern; die Menschen als Mittel zu behandeln heißt dagegen, den bereits Benachteiligten um anderer willen noch schlechtere Lebenschancen aufzuerlegen“.³¹ Die mehr oder minder hohe Relevanz des „Bedürftigkeits“-Kriteriums besagt aber noch nichts darüber, ob nicht die „Erfolgsaussicht“ im Sinne einer Nutzenmaximierung ebenfalls bedeutsam sein könnte. Bekanntlich sind dies die beiden Fixpunkte im Kontext eines vieldiskutierten Sonderbereiches der Verteilung knapper Gesundheitsressourcen: der Allokation postmortal gewonnener Organe: Hier ist schon von Gesetzes wegen vorgegeben, dass neben der „Dringlichkeit“ (§ 12 Abs. 3 S. 1 TPG) bzw. „Notwendigkeit“ (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG) auch dem zu prognostizierende „Nutzen“, hier vor allem mit Blick auf die Gewebeerträglichkeit und im Ganzen die langfristige Funktionalität des Transplantats und verbesserte Lebensqualität für den Organempfänger,³² Bedeutung im Rahmen der Vermittlungsentscheidung zukommt. Gegenstand der Kritik ist allerdings, dass das Verhältnis dieser beiden – tendenziell gegenläufigen – Grundkategorien im Gesetz offen geblieben ist (und im Laufe der Zeit offenbar erheblichen Schwanken unterliegen kann)³³; weil dies wie auch die weitere Konkretisierung und Fallgruppenbildung (z.B. in mehrere Dringlichkeitsstufen) zwangsläufig Werturteile voraussetzt, wird zudem die verschleiende Inbezugnahme des Gesetzes auf den „Stand der Erkenntnisse der me-

²⁷ Siehe bereits *Duttge*, in: *Duttge/Dochow/Waschkewitz/Weber* (Hrsg.), *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, 2009, S. 139, 149 ff.

²⁸ *Gutmann*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen*, 2006, S. 31, 35.

²⁹ Dazu statt vieler nur *Kersting*, *Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats*, 2000, insbes. S. 16 ff.

³⁰ *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, S. 336 f.

³¹ *Rawls* (Fn 30), S. 206.

³² Vgl. statt vieler nur *Smit/Gerling/de Boer*, *Intensivmedizin* 2005, 489, 490.

³³ Zum „Paradigmenwechsel“ der Bundesärztekammer in der Leberallokation – von der Erfolgsaussicht zur Dringlichkeit – im Überblick *Gutmann*, *Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses vom 29.6.2011* (Ausschuss-Drucks. 17(14)0148(4), S. 15 f.); neuerdings wird generaliter eine stärkere Gewichtung der „Erfolgsaussicht“ gefordert, vgl. *Siegmund-Schulze*, *Deutsches Ärzteblatt* 2010, A-2367 f.

dizinischen Wissenschaft“ kritisiert.³⁴ Für die hiesige Fragestellung verdient jedoch besondere Hervorhebung, dass die Zuteilung des jeweiligen Organs an einen bestimmten Empfänger stets nur unter vergleichender Berücksichtigung der „Wertigkeiten“ konkurrierender Nachfrager erfolgt und die sog. „high urgent“-Patienten (HU) in den einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer zwar mit einem bestimmten „Punktwert“ bessergestellt, aber nicht absolut priorisiert werden.³⁵

Mag man in den Details auch manches entdecken, was an der aktuellen Rechtslage zur postmortalen Organspende kritisch hinterfragt werden könnte: Sie zeigt jedoch für dieses spezielle Anwendungsgebiet der Allokationsproblematik eine essentielle Grundentscheidung, die für die anderen Gesundheitsbereiche nicht ohne Selbstwiderspruch der Rechtsordnung³⁶ ignoriert werden kann. Die Elemente dieser Grundentscheidung sind folgende: Wie noch einmal angeführt werden muss, wird erstens der fundamentale Belang der Chancengleichheit im Verhältnis der Konkurrenten zueinander hier – im Kontext des Transplantationsrechts – sehr wohl in den Blick genommen, indem jede einzelne Zuteilung nur auf der Basis einer „einheitlichen Warteliste“ (vgl. § 12 Abs. 3 S. 2 TPG), d.h. stets nur im Rahmen einer vergleichenden Bewertung nach (teils gesetzlich, teils durch Richtlinie) vorgegebenen Kriterien erfolgen kann.³⁷ Die individuelle Bedürftigkeit („Dringlichkeit“) bildet dabei zweitens zwar durchaus einen gewichtigen Belang, beansprucht aber nicht das Gewicht eines unübersteigbaren „Trumpfes“ innerhalb der Abwägung. Vielmehr kommt auch der jeweiligen „Erfolgsaussicht“, orientiert am individuellen Nutzen des jeweiligen (potentiellen) Organempfängers, Relevanz zu.³⁸ Mehr noch: Zwischen diesen beiden Basiskriterien besteht in abstracto Gleichrangigkeit, und erst im Rahmen des Konkretisierungsprozesses lassen sich innerhalb einer abgestuften Klassifikation relationale Vor- bzw. Nachrangigkeiten ausmachen. Im Kern stützen sich diese auf eine allgemeine komparative Regel³⁹, die sich etwa in dem Sinne formulieren lässt: „Je dringlicher der Bedarf bei diesem Patienten und je wahrscheinlicher das Gelingen und je höher der Benefit bei ihm,

³⁴ Siehe insbesondere *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG. Kommentar, 2005, § 12 Rn 23 ff.; *Höfling*, Transplantationsgesetz. Kommentar, 2003, § 12 Rn 24 ff.; *Lang*, MedR 2005, 269, 274 ff.

³⁵ Zu den Einzelheiten siehe auch *Schreiber/Haverich*, Deutsches Ärzteblatt 2000, A-385 f.; weiterhin *Breyer et al.* (Hrsg.), Organmangel. Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?, 2006, S. 27: „relatives Gewicht“.

³⁶ Zur „Einheit der Rechtsordnung“ grdl. die gleichnamige Schrift von *Karl Engisch* aus dem Jahre 1935.

³⁷ Dass in der Vergangenheit zur Vermeidung eines Organverlusts in Einzelfällen die Regeln unter – zweifelhaftem – Verweis auf § 34 StGB (siehe dazu Handkommentar Gesamtes Strafrecht (HK-GS)/*Duttge*, 3. Aufl. 2013, § 34 Rn 23) auch umgangen worden sind, soll hier nicht weiter berücksichtigt werden.

³⁸ Weitere, speziell durch die besonderen Rahmenbedingungen der postmortalen Organspende (wie insbesondere der sog. Länderquotient) bedingte Kriterien bleiben im hiesigen Rahmen ebenfalls außer Betracht.

³⁹ Rechtstheoretisch handelt es sich um eine Ausprägung des sog. typologischen Denkens, dazu m.w.N. *Duttge*, in: Joerden/Byrd/Hruschka (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 11, 2003, S. 103 ff.

desto größere Berechtigung hat die Entscheidung, das betreffende Organ (= das knappe Gut) bei der Auswahl des Organempfängers aus der Vielzahl der Kandidaten gerade diesem Patienten zuzuteilen“. Drittens sind reine Kostenerwägungen kein relevanter Parameter, sondern es werden fraglos die größtmöglichen Anstrengungen erwartet, um die organisatorischen Hindernisse möglichst effektiv zu bewältigen. Dass die räumliche Entfernung zwischen Explantations- und Implantationsort aber durchaus Berücksichtigung findet, ist der Sorge vor einer evtl. Organschädigung geschuldet.⁴⁰ Freilich hat die Erfahrung gezeigt, dass die ökonomische Dimension in Form von Kostenerstattung und Vergütung sehr wohl einen – u.U. sogar gewichtigen – Faktor in Bezug auf die tatsächlichen Abläufe darstellt: Unzureichende finanzielle Entschädigungen gelten als maßgebliche Ursache sowohl für die defizitäre Beachtung der Meldepflicht seitens der Entnahmekrankenhäuser (vgl. § 9a Abs. 2 Nr. 1 TPG) als auch für das vereinzelte Scheitern von Transporten.⁴¹ Viertens schließlich liegen Zuständigkeit und Verfahren der Organverteilung aufgrund vorgegebener Regelungen nicht in der Dispositionsmacht des einzelnen behandelnden Arztes, sondern es besteht vielmehr eine grundsätzliche Trennung zwischen Therapieentscheidung und – auf übergeordneter Ebene institutionalisierter – Organallokation (scil: durch die sog. „Vermittlungsstelle“, in concreto ist dies die private Stiftung „Eurotransplant“, vgl. § 12 Abs. 1, 2 TPG).⁴² Auch hier hat die jüngste Erfahrung allerdings gezeigt, dass die Einhaltung der Verfahrensregeln (insbesondere bei der Aufnahme von Patienten auf die Wartelisten) nur bei verlässlichen Kontrollen gesichert ist.⁴³

In diesem Lichte zeigt sich nun sehr deutlich, worin das wesentliche Defizit zu erblicken ist, wenn angesichts begrenzter Ressourcen die am Ende unausweichlichen Allokationsfragen durch den jeweiligen Arzt innerhalb eines konkreten Behandlungsgeschehens entschieden werden: Wenn eine Therapie aufgrund eines negativen Nutzen-Aufwand-Kalküls, d.h. eines als „unverhältnismäßig“ empfundenen Ressourceneinsatzes mit Rücksicht auf andere Patienten begrenzt wird, dann geschieht dies nicht anhand eines übergreifenden, wohlbegründeten und transparenten Beurteilungsmaßstabes, sondern notgedrungen willkürlich. Denn niemand verfügt über den nötigen Gesamtüberblick über das ganze Patientenkollektiv (dieses Krankheitsbildes) und die gesamten Ressourcen (dieser Art), um eine sachgerechte und deshalb gegenüber dem betroffenen Patienten faire, d.h. chancengleiche Entscheidung treffen zu können. Im besten Falle agiert der jeweilige Arzt anhand eines subjektiven Maßstabes, der aber nur von ihm zugrunde

⁴⁰ *Smit/Gerling/de Boer*, Intensivmedizin 2005, 489, 491 f.

⁴¹ Für einen „ökonomischen Anreiz“ zwecks Erhöhung der Meldequoten: *Schroth*, in: *Dutge/Dochow/Waschekwitz/Weber* (Fn 27), S. 1, 8.

⁴² Dies wird z.T. als verfassungsrechtlich bedenklich bzw. verfassungswidrig beurteilt, so etwa von *Gutmann* (Fn 33), S. 16 f.

⁴³ Zur bis dato defizitären Überwachung näher *Lilie*, in: *Deutsch-II-FS 2009*, S. 331 ff.; zur Sanktionierbarkeit von Auffälligkeiten de lege lata et ferenda: *Verrel*, in: *Lilie/Rosenau/Hakeri* (Hrsg.), *Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen*, 2011, S. 181 ff.

gelegt wird, im schlechteren Fall ohne jedweden Maßstab von „Fall“ zu „Fall“ ad hoc kraft seiner Intuition. Davon abgesehen stellt sich unvermeidlich die Legitimationsfrage, da es sich doch um eine gesamtgesellschaftlich bedeutsame Angelegenheit handelt. Hierin dürfte die Ursache dafür zu finden sein, dass „Rationierungen“ – die allem Anschein nach schon längst Teil der klinischen Realität sind⁴⁴ – meist nach außen verdeckt, d.h. nur implizit vorgenommen und mitunter selbst vor dem eigenen Gewissen verschleiert werden. Dann ist zur eigenen Entlastung die Rede von der „Sinnlosigkeit“ der Therapieverlängerung, vom „unwürdigen Leben“, einer mangelnden „Lebensqualität“ oder gar von einem „Dahinvegetieren“⁴⁵, als habe der noch lebende Mensch bereits seinen Personenstatus verloren. Dabei lässt sich von einer „Sinnlosigkeit“ im strengen, naturgesetzlichen Sinne nur sprechen, wenn die betreffende Therapieoption absehbar keinerlei positive bzw. ausschließlich negative Wirkungen haben wird. Diese Maßnahme nicht zu ergreifen ist juristisch und ethisch unproblematisch, ja sogar geboten. Das ist aber nicht die Situation, um die in der klinischen Praxis die große Mehrzahl der Fälle von Therapiebegrenzung kreisen. Regelmäßig geht es um Konstellationen, in denen einer Therapie durchaus lebensverlängernde und die Symptome abmildernde Potenz zukommt, freilich ohne jedwede Aussicht auf eine Heilung. Wenn Patienten mit einer solcherart „infausten Prognose“ nicht mehr (maximal) versorgt werden, so impliziert dies zwangsläufig ein Werturteil über das gute Leben, das jedenfalls nicht in der (alleinigen) Deutungshoheit des behandelnden Arztes liegt. Im Übrigen ist auch das Zuwarten auf die „nächste Lungenentzündung“ lediglich eine Argumentationsstrategie, welche die eigene Verantwortung lieber an „Natur“ und „Schicksal“ abtreten möchte.⁴⁶

Ebenso bedeutsam ist aber noch eine weitere Einsicht: Selbst wenn sich der behandelnde Arzt einer Therapiebegrenzung verweigern und dem tödlich Erkrankten mit Blick auf dessen besondere Bedürftigkeit alle überhaupt vorhandenen Ressourcen zugänglich machen würde, verletzt er unvermeidlich die Chancengleichheit – jetzt freilich nicht im Verhältnis zu diesem (weil bevorzugten) Patienten, sondern im Verhältnis zu den vielen anderen. Aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive muss es schlechterdings inakzeptabel erscheinen, wenn über den Zugang zu Gesundheitsleistungen die beliebige subjektive Haltung der jeweiligen Arztperson und die Zufälligkeit der Arztwahl entscheiden. Eine angemessene, chancengleiche Verteilung der Gesundheitsleistungen erfordert vielmehr entsprechende Vorklärungen und -entscheidungen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene; wie sehr das Fehlen jedweder Vorgaben der Willkür Tür und Tor öffnet,

⁴⁴ So jedenfalls seit Jahren schon die Bundesärztekammer; siehe auch die Umfrageergebnisse eines von *Huster* geleiteten BMBF-Projekts zum Generalthema „Ethische, ökonomische und rechtliche Aspekte der Allokation kostspieliger biomedizinischer Innovationen“, berichtet in: *MedEconRuhr* v. 7.9.2009.

⁴⁵ Dazu eingehend *Ingeniep*, in: ders./Rehbock (Hrsg.), „Die rechten Worte finden...“, 2009, S. 123 ff.

⁴⁶ Denn die Entscheidung, eine „nächste Lungenentzündung“ nicht mehr bekämpfen zu wollen, ist selbstredend eine menschliche (ärztliche) und keine „natürliche“!

lässt sich etwa am Umgang mit sog. Wachkomapatienten („persistent vegetative state“ bzw. „unresponsive wakefulness syndrome“⁴⁷) veranschaulichen: Hier begegnen derzeit diametral unterschiedliche Praktiken, von einer radikalen Beendigung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsgabe nach Ablauf der für ein evtl. Erwachen schulmedizinisch konsentierten Zeitspanne⁴⁸ bis hin zu einer Langzeitpflege ad infinitum (etwa aus der Perspektive der sog. „Beziehungsmedizin“⁴⁹) – und dazwischen liegen die Fälle einer unwillkürlich-intuitiven Begrenzung nach drei, fünf oder sieben Jahren ohne jedweden rationalen Beurteilungsmaßstab, oder die Hoffnung auf den Betreuer bzw. Bevollmächtigten, um den „Schwarzen Peter“ an die plötzlich gepriesene „Patientenautonomie“ abzuwälzen. Wie sehr auch die verfasste Ärzteschaft im Ganzen an der Aufgabe scheitert, hier eine gewisse Orientierung und Wegweisung zu schaffen, zeigen die „Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung“ in ihren Fassungen von 2004 bzw. 2011 eindrucksvoll:⁵⁰ Während sich die Bundesärztekammer zunächst auf die kryptische Feststellung beschränkte, dass die Dauer der Bewusstlosigkeit „kein alleiniges (?) Kriterium für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen“ sein dürfe,⁵¹ spricht die Neufassung jetzt von der Notwendigkeit einer Situation, in welcher der betreffende Patient „nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werde“.⁵² Damit wird die Entscheidungsmacht ganz an die subjektiv-willkürliche Einzelfallbeurteilung der ärztlichen „Indikation“ rückdelegiert, als herrschte hier ein rechts- wie sozialetikfreier Raum.

III. Das „Myozyme“-Urteil als Vorbild?

Problemlagen wie die hier verhandelte sind in aller Regel kein Spezifikum nur einer ganz bestimmten Gesellschaft(-sordnung) – konkret: Fragen einer gerechten Verteilung knapper Gesundheitsressourcen stellen sich generell wie auch in der gesteigerten Konfliktsituation bei Patienten am Lebensende in allen wohlhabenden Gesellschaften, die einerseits über eine kostspielige Hochleistungsmedizin verfügen und andererseits eine Umkehrung der Bevölkerungspyramide erfahren. Nicht überall wird die Thematik jedoch in gleichem Ausmaß tabuisiert und damit einer Lösung entzogen wie in Deutschland. Merklich geringere Berührungängste haben

⁴⁷ So der jüngste Vorschlag zur Terminologie, siehe dazu Jox, Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie 2011, 576 ff.; von Wild et al., Deutsches Ärzteblatt 2012, A-143 ff.

⁴⁸ Die Schulmedizin geht bei traumatischen ZNS-Verletzungen von einer „Irreversibilität“ nach einem Jahr und bei akuten nichttraumatischen Hirnläsionen schon nach drei Monaten aus, vgl. *Nacimiento*, in: Höfling (Hrsg.), Das sog. Wachkoma – rechtliche, medizinische und ethische Aspekte, 2005, S 39 f.

⁴⁹ Vgl. Zieger, in: Höfling (Fn 48), S. 49 ff.

⁵⁰ Zum Folgenden ausführlicher Duttge, Fortschritte Neurologie – Psychiatrie 2011, 582 ff.

⁵¹ Bundesärztekammer, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2004, A-1298 ff.

⁵² Bundesärztekammer, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, A-346 ff.

offenbar unsere Nachbarn in der Schweiz, denn dort findet schon seit mindestens 10-15 Jahren eine intensive, interdisziplinär und offen geführte „Rationierungsdebatte“ statt.⁵³ So war etwa eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften über mehrere Jahre hinweg mit der gründlichen Aufarbeitung der Thematik befasst, was 2007 in ein umfängliches Positionspapier der SAMW mündete. Darin findet sich mit besonderem Nachdruck die Empfehlung formuliert, dass die Begrenztheit der Ressourcen in Politik und Gesellschaft anerkannt und auf diese Vorgegebenheit mit einer durchdachten, insbesondere zwischen den verschiedenen Allokationsebenen differenzierenden Strategie reagiert werden sollte.⁵⁴ Die aktualisierte Fassung der medizinethischen Richtlinien und Empfehlungen zu „Intensivmedizinische Maßnahmen“, die sich derzeit in der sog. „Vernehmlassung“ befindet,⁵⁵ enthält für das benannte Anwendungsgebiet diskussionswürdige Konkretisierungen: Danach soll im Rahmen eines mehrstufigen Verfahrens zuerst versucht werden, ein Optimum an Ressourcen zu akquirieren; in einem zweiten Schritt müsse sodann – wenn erstgenanntes nicht ausreicht – „eine Ausdünnung der personellen und materiellen Ressourcen bis zum minimal akzeptablen Qualitätsstandard für alle Patienten angestrebt werden“⁵⁶. Wenn jedoch auch dies nicht ausreicht, sei in der dritten Stufe eine „gerechte Triage“, d.h. ein „Sortieren“ des Patientenkollektivs nach Dringlichkeitskategorien,⁵⁷ unvermeidlich – mit der Folge, dass dann „Patienten mit ungünstiger Prognose, bei denen eine zeitlich befristete Intensivtherapie im Normalfall indiziert wäre, [...] außerhalb der Intensivstation betreut [werden müssen]“⁵⁸. Zwar dürfe ein Therapieabbruch auch im Katastrophenfall nicht mit einer allgemeinen Ressourcenknappheit begründet werden, d.h. es dürfen nicht freie Plätze gewissermaßen auf Vorrat geschaffen werden“; demgegenüber könne es aber u.U. „gerechtfertigt sein, bei einem Patienten mit ungünstiger Prognose die Therapie dann abzubrechen, wenn ein anderer Patient mit erheblich besserer Prognose für sein Überleben auf das Freiwerden dieses Behandlungsplatzes angewiesen ist“⁵⁹.

Diese bedeutsamen, auch weil sicher die (insgeheime) Mehrheitsauffassung in der klinischen Praxis weitgehend treffenden Überlegungen werfen mehrere

⁵³ Zu dieser Debatte näher *Kocher*, in: Zimmermann-Acklin/Halter (Hrsg.), Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 2007, S. 45 ff.; *Zimmermann-Acklin*, in: Wild/Pfister/Biller-Adorno (Hrsg.), DRG und Ethik. Ethische Auswirkungen von ökonomischen Steuerungselementen im Gesundheitswesen, 2011, S. 127 ff.

⁵⁴ Zu den Einzelheiten siehe SAMW, Rationierung im Schweizer Gesundheitswesen: Einschätzung und Empfehlungen. Bericht der Arbeitsgruppe „Rationierung“ im Auftrag der Steuerungsgruppe des Projektes „Zukunft Medizin Schweiz“, 2007, S. 97 ff. (abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Publicationen/Positionspapiere.html>).

⁵⁵ Entwurfsfassung vom November 2012, abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Richtlinien-in-Vernehmlassung.html>.

⁵⁶ SAMW, Intensivmedizinische Maßnahmen (Entwurf, Fn 55), Ziff. 8.3. (S. 26).

⁵⁷ Dazu grdl. *Eberle*, in: Lanz/Rossetti (Hrsg.), Katastrophenmedizin, 1980, S. 29 ff.; *R. Kirchhoff*, in: ders. (Hrsg.), Triage im Katastrophenfall, 1994, S. 11 ff.; *W. Lübbe*, Ethik Med 2011, Bd. 13, S. 148 ff.

⁵⁸ Wie Fn 56.

⁵⁹ Wie Fn 56.

kritische Nachfragen auf: Erstens ist natürlich noch völlig offen, inwieweit auf erster Stufe Anstrengungen unternommen werden sollten, um die Ausgangslage – die Ressourcenkapazitäten – zu verbessern. Klar ist nur, dass einerseits ein Mehr im Ausgang zunächst die Wahrscheinlichkeit verringert, überhaupt in triageähnliche Situationen zu geraten, dass andererseits aber im weiteren Zeitlauf das Knappheitsproblem wieder zwangsläufig aktuell werden dürfte. Während dieser Aspekt vor allem einer gesellschaftspolitischen Grundentscheidung im Verhältnis zu anderen Politikbereichen bedarf, ist mit der Konkretisierung der zweiten Stufe – wie weit jene „Ausdünnung“ eigentlich getrieben werden darf und was ein sog. „akzeptabler Mindeststandard“ verlangt? – eine auch (verfassungs-)rechtlich geprägte Aufgabe bezeichnet. Dabei ist schon im Ansatz fraglich, ob sich eine Gesellschaftsordnung (in Friedenszeiten, d.h. von einem „Staatsnotstand“ vielleicht abgesehen) im Lichte des Sozialstaatsprinzips tatsächlich auf ein „medizinisches Existenzminimum“ beschränken darf oder nicht – wenigstens grundsätzlich – eine „medizinische Normalversorgung“ geschuldet ist.⁶⁰ Daneben begegnen augenfällig erhebliche Konkretisierungsprobleme, was noch „Normal-“ oder bloß „Minimalversorgung“ sein soll, mitsamt den nicht minder komplexen institutionellen Legitimationsfragen.⁶¹ Auch hier besteht wiederum eine Wechselwirkung zur dritten Stufe, nur dass jetzt die Prioritätensetzung nicht mehr so leicht fällt: Soll eher das Kollektiv weniger bekommen, um möglichst wenige oder gar niemanden aus dem so gebildeten „(Mindest-)Standard“ herausfallen zu lassen (Präferenz der Gleichheit), oder soll das Niveau eher höher gehalten werden, damit von den Folgen der Ressourcenknappheit möglichst viele verschont bleiben (Präferenz der Freiheit)? Auf der dritten Stufe schließlich stellen sich nicht nur weitere schwierige Abgrenzungsfragen (was ist ein „Patient mit ungünstiger Prognose“?), sondern offenbart sich ein grundlegendes materielles Legitimationsproblem: Was rechtfertigt es, ausgerechnet den Bedürftigsten unter den Patienten zugunsten anderer aus der Versorgung auszuschließen, im schlimmsten Falle sogar mit tödlichen Folgen, obgleich seine Intensivbehandlung „im Normalfall indiziert wäre“⁶²? *Gutmann* hat die fundamentale ethische Brisanz dieser Frage wie folgt auf den Punkt gebracht: „Ein Patient, dem eine lebenserhaltende medizinische Ressource mit der Begründung vorenthalten würde, dass diese bei einem anderen Patienten einen höheren Nutzen [...] stiften würde, könnte entgegen, dass *für ihn* sein Leben von gleicher [oder realistischerweise wahrscheinlich sogar höherer, *G.D.*] Wichtigkeit sei als das Leben des anderen [...]; er könnte also mit Recht beklagen, dass durch nutzenoptimierende Verteilungsmaximen seiner *für ihn* einzigartigen Existenz kein gleiches Gewicht beigemessen würde und auf ein Entscheidungsver-

⁶⁰ Zum Verhältnis von „Würde“, „Sozialstaatsprinzip“ und „Gleichheitssatz“ näher *V. Neumann*, NVwZ 2005, 426, 429 sowie *ders.*, NZS 2006, 393 ff. m.w.N.

⁶¹ Der Gemeinsame Bundesausschuss (vgl. § 91 ff., 137 ff. SGB V) sieht sich bekanntlich nachdrücklicher Kritik in Bezug auf seine demokratische Legitimation ausgesetzt, dazu statt vieler nur *Kingreen*, in: *Kingreen/Laux* (Fn 18), S. 147, 160 ff.

⁶² Siehe o. bei Fn 58.

fahren bestehen, das der Selbstzweckhaftigkeit seiner Person gerecht wird“⁶³. Kann eine Rechtsordnung, die sich der Achtung und dem Schutz der „unverfügbaren“ Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG) verpflichtet weiß, hierauf überhaupt noch etwas erwidern?

Es ist bemerkenswert, dass die neuen Empfehlungen der *SAMW* (Entwurf) aber zugleich großen Wert darauf legen, dass „nicht freie Plätze gewissermaßen auf Vorrat geschaffen“, d.h. allgemeine Kostenerwägungen zur Rechtfertigung einer Therapiebegrenzung herangezogen werden.⁶⁴ Diesen Vorbehalt wird man zum einen dahin verstehen dürfen, dass die unterschiedlichen Allokationsebenen unbedingt getrennt bleiben sollen; den materiellen Grund hierfür wird man zum anderen wohl darin finden können, dass zwischen einer realen Bedürftigkeit konkreter anderer und der bloß virtuellen künftiger Patienten offenbar eine wesentliche Wertdivergenz gesehen wird. Wenn man jedoch erst einmal die Perspektive des Einzelnen mitsamt seinem Anspruch auf Gleichbehandlung verlassen und anstelle dessen die übergreifende Warte der Nutzenmaximierung mit Blick auf das Gesamtkollektiv eingenommen hat, versteht sich diese Unterscheidung zwischen aktuellen und künftigen Patienten keineswegs von selbst. Dies zeigt eindrucksvoll das aufsehenerregende „Myozyme“- bzw. „Morbus-Pompe“-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23.11.2010:⁶⁵ Denn hierin wird nicht nur für die Übernahme der Arzneimittelkosten von nicht zugelassenen Medikamenten – strenger als im „Nikolaus“-Beschluss⁶⁶ – ein „hoher therapeutischer (kurativer oder palliativer) Nutzen“ verlangt, und zwar nicht bloß im zugrunde liegenden Einzelfall, sondern darüber hinaus selbst einer therapeutisch notwendigen Maßnahme aus Gründen der „wirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit“ eine Grenze gezogen: „Vielmehr ist die Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen graduell und in Relation zu den Behandlungskosten zu beurteilen – je höher der Nutzen ist, desto höhere Kosten sind gerechtfertigt“⁶⁷. Für den verfahrensgegenständlichen Fall kommt das Gericht nach recht schlaglichtartigen gesundheitsökonomischen Erwägungen zu der Einschätzung, dass selbst bei einer seltenen, progredienten und letztlich tödlich verlaufenden Krankheit wie Morbus Pompe⁶⁸ ein Kostenaufwand von ca. 500.000 sFr pro Jahr nicht mehr von der obligatorischen Krankenversicherung getragen werden müsse – und dies selbst bei einem Präparat, das bereits eine europaweite Zulassung erhalten hat!⁶⁹

⁶³ Gutmann (Fn 28), S. 31, 35.

⁶⁴ Siehe o. nach Fn 58.

⁶⁵ Abgedruckt in: MedR 2012, 324 ff.

⁶⁶ Siehe o. bei Fn 19, 25.

⁶⁷ Schweizerisches Bundesgericht MedR 2012, 324, 328.

⁶⁸ Siehe im Überblick die Informationen der Deutschen Gesellschaft für Muskelkranke e.V., abrufbar unter: http://www.dgm.org/index.php?article_id=706.

⁶⁹ Vgl. die vorstehende Fn; siehe auch den Europäischen Öffentlichen Beurteilungsbericht (EPAR) des Ausschusses für Humanarzneimittel (CHMP) v. 21.3.2011 (abrufbar unter: http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/medicines/000636/human_med_000917.jsp&murl=menus/medicines/medicines.jsp&mid=WC0b01ac058001d125), deutsche Zusammen-

Gesellschaftspolitisch muss man dieses Judikat nachdrücklich begrüßen, weil es die hiesige Thematik – endlich – in den Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit wie der medizinrechtlichen und -ethischen Debatte gerückt hat. Eine genauere juristische Analyse offenbart jedoch eine Reihe von normativen wie argumentativen Schwächen, die ahnen lassen, dass der Komplexität der Sache nur eine fein differenzierende Lösung gerecht werden kann: Es beginnt schon mit der signifikanten Unschärfe in Bezug auf den Nachweis des „therapeutischen Nutzens“, den das Schweizerische Bundesgericht unter Verweis auf die Formel des „post hoc propter hoc“ nicht am Einzelfall, sondern an einer „generellen Wirksamkeit“ festmachen will.⁷⁰ Dies steht aber in deutlichem Kontrast nicht nur zur Bedeutsamkeit alltäglicher ärztlicher Erfahrung, auch wenn sie (bislang noch) nicht „evidenzbasiert“ ist, sondern auch zur aktuellen Entwicklung der modernen Medizin in Richtung einer stärkeren „Individualisierung“ bzw. „Personalisierung“⁷¹ sowie der Einsicht, dass generelle Arzneimittelwirkungen nur statistische, aber keine auf den konkreten Patienten bezogene Aussagen erlaubt. Demzufolge dürfte denklogisch der Verweis auf konkret-individuelle Therapieerfahrungen nicht von vornherein kategorisch abgeschnitten werden. Zudem sind natürlich die näheren Anforderungen unklar, die das Bundesgericht an einen solchen (hohen) Nutzen stellen will: Es konstatiert zwar, dass „bei Orphan Drugs infolge der Seltenheit der entsprechenden Krankheiten und des fehlenden ordentlichen Zulassungsverfahrens vielfach nicht gleich viele wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen wie für andere Medikamente ... [und deshalb] an den Nachweis der generellen Wirksamkeit [...] nicht die gleich strengen Anforderungen gestellt werden“ können;⁷² was aber nun im Minimum verlangt werden soll (genügt eine klinische Prüfung, von welcher Qualität?), bleibt leider unausgesprochen.

Darüber hinaus sind nicht nur die ökonomischen Ableitungen zur Begründung der im konkreten Fall gezogenen Grenze der sog. „Unverhältnismäßigkeit“ näher diskussionsbedürftig,⁷³ sondern wirft vor allem das zentrale Argument der „Rechtsgleichheit“ grundlegende Fragen auf. Das Bundesgericht formuliert im Ansatz durchaus einsichtig, dass die einer Grenzziehung denklogisch immanente „Verallgemeinerungsfähigkeit“ unweigerlich in die Forderung münde, nicht gegenüber „einzelnen Versicherten Leistungen zu erbringen, die anderen Versicherten in gleicher Lage nicht erbracht würden“: „Verallgemeinerungsfähig ist nur, was allen, die sich in einer gleichen Situation befinden, in gleicher Weise angeboten

fassung abrufbar unter: http://www.ema.europa.eu/docs/de_DE/document_library/EPAR_-_Summary_for_the_public/human/000636/WC500032126.pdf.

⁷⁰ Schweizerisches Bundesgericht MedR 2012, 324. 326.

⁷¹ Zu den rechtlichen Problemfeldern der „personalisierten Medizin“ siehe etwa *Duttge/Dochow*, in: Niederlag/Lemke/Rienhoff (Hrsg.), *Personalisierte Medizin & Informationstechnologie* 2010, S. 251 ff.; zum Thema jüngst auch die Tagungsdokumentation des Deutschen Ethikrates: „Personalisierte Medizin – der Patient als Nutznießer oder als Opfer“? (2013).

⁷² Siehe Fn 70.

⁷³ Zu den „Fallstricken der Kosten-Nutzen-Bewertung“ im Überblick *Huster*, MedR 2012, 289, 290 f.

werden kann⁷⁴. Die recht ungenaue Rede von der „Gleichheit“ der Situation verdeckt jedoch den einer Anwendung des Gleichheitssatzes vorgelagerten Bewertungsakt, der es zunächst erforderlich macht, die „Vergleichbarkeit“ der miteinander verglichenen Fallgestaltungen festzustellen.⁷⁵ Ob sich aber mit der realen Bedürftigkeit eines bestimmten schwerkranken Patienten die bloß virtuelle (statisch hochgerechnete) des Gesamtkollektivs derselben Grunderkrankung (ohne Rücksicht auf das jeweilige konkrete Krankheitsbild) oder gar diejenige ganz anderer Krankheiten „mit vergleichbaren (?) Einschränkungen der Lebensqualität“⁷⁶ unabhängig von der Kostenintensität der jeweiligen Therapie als „wesentlich Gleiches“⁷⁷ auffassen lässt, wäre erst einmal näher zu begründen.⁷⁸ Und überdies impliziert ein Rekurs auf die Rechtsgleichheit keineswegs, dass jede Bevorzugung oder Benachteiligung damit automatisch untersagt ist: Das Gleichheitsgebot verbietet allein die nicht hinreichend gerechtfertigte und deshalb grundlose Ungleichbehandlung.⁷⁹ Die akute Bedürftigkeit eines schwerkranken Patienten könnte sich jedoch selbst bei weniger günstiger Prognose gerade als jener Sachgrund erweisen, der vermehrte Anstrengungen zugunsten einer bestmöglichen Versorgung dieses im Vergleich zu anderen Patienten rechtfertigt („Jedem nach seinem medizinischen Bedarf“)⁸⁰.

IV. Präliminarien zu einer Problemlösung

Welche Schlussfolgerungen lassen sich nun aus dem Vorstehenden ziehen, um gleichsam als Basiserkenntnisse den weiteren Diskussions- und Klärungsprozess voranzubringen? Es steht außer Zweifel, dass die Komplexität und Interdisziplinarität der Problemstellung jede Hoffnung auf eine einfache, schnelle Lösung von vornherein illusorisch erscheinen lässt und die hohe soziale Bedeutung eine offene, transparente Debatte in der Mitte der Gesellschaft unverzichtbar macht. Expertenanalysen gleich welcher disziplinären Provenienz können zwar den Aufklärungsprozess befördern, nicht aber die nötigen gesellschaftspolitischen Entscheidungen

⁷⁴ Schweizerisches Bundesgericht MedR 2012, 324, 330.

⁷⁵ Statt vieler *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 66. Lfg. (August 2012), Art. 3 Abs. 1 Rn 1.

⁷⁶ Siehe Fn 74.

⁷⁷ BVerfGE in st. Rspr., vgl. BVerfGE 4, 144, 155; 23, 98, 106 f.; 49, 148, 165; 76, 256, 329; 78, 249, 287.

⁷⁸ Kritisch zur Vergleichsgruppenbildung des BG im vorliegenden Fall: *Raspe*, medR 2012, 291, 292; krit. auch *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295, 297 zu den „spekulativen Machbarkeits- und Kostenannahmen“.

⁷⁹ Statt vieler nur *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 377; *ders.*, NJW 1997, 2545, 2546: Ungleichbehandlung als solche ist kein Indiz für Verfassungswidrigkeit.

⁸⁰ Treffend *Huster*, MedR 2012, 298, 290.

vorwegnehmen.⁸¹ Beachtung finden sollten m.E. dabei allerdings die folgenden Eckpunkte, die hier zum Abschluss thesenartig zur Diskussion gestellt werden:

1. Es besteht ein eindeutiges Vor- bzw. Nachrangverhältnis zwischen „Rationalisierung“ und „Rationierung“. Über die Zuordnung zu der einen oder zur anderen Kategorie entscheiden jedoch nicht die Terminologien, sondern die tatsächlichen Effekte, d.h. auch nominal als bloße „Rationalisierung“ in Erscheinung tretende Maßnahmen können auf der unteren Allokationsebene de facto „rationierend“ wirken.
2. Rationierung bedeutet jedes Vorenthalten einer therapeutischen Option, die nicht von vornherein unwirksam oder ausschließlich schädigend ist. Jede Limitierung trotz Bestehens eines therapeutischen Nutzens (gleich welcher Größe) muss sich auf eine gesamtgesellschaftliche Legitimation zurückführen lassen; jede versteckte („implizite“) und mangels vorgelagerten allgemeingültigen Bewertungsmaßstabes zwangsläufig willkürliche Rationierung durch den behandelnden Arzt verletzt das Gleichheitsgebot ebenso wie das Vertrauensverhältnis innerhalb der jeweils konkreten „therapeutischen Partnerschaft“.
3. Infolgedessen bedarf jede Annahme eines „Wegfalls der medizinischen Indikation“ aufgrund von „Sinnlosigkeit“ bzw. „Aussichtslosigkeit“ bei Patienten mit infauster Prognose eines innerhalb der medizinischen Wissenschaften konsentierten und für die Gesellschaft transparenten Bewertungsmaßstabes. Im jeweils konkreten Behandlungsverhältnis ist eine konkret-individuelle Bewertung von Nutzen und Schaden sowie eine annähernd verlässliche Prognose auf der Basis allgemeiner (fach-)medizinischer Erkenntnis unverzichtbar.
4. Soll aufgrund von knappen Ressourcen auch bei bestehendem therapeutischem Nutzen eine an sich mögliche Therapie nicht mehr begonnen bzw. begrenzt werden, um diese Ressourcen anderen Patienten zur Verfügung zu stellen, so erfordert auch dies eine vorausgegangene Festlegung von Entscheidungsparametern. Der „unverfügbare“ Subjektstatus eines jeden Patienten (vgl. Art. 1 Abs. 1 GG) verbietet dabei allerdings einen unmittelbaren Vergleich nach „günstiger“ bzw. „ungünstiger“ Prognose: Vielmehr lässt sich eine solche Begrenzung allein mit Blick auf die Krankheitssituation beim jeweils betroffenen Patienten diskutieren und insbesondere bei einer „Geringfügigkeit“ des realistisch-erwartenden Nutzens („small expected benefit“, „low chances of success“)⁸² in Betracht ziehen, sofern die dafür relevanten Kriterien klinikübergreifend festgelegt und anerkannt sind.

⁸¹ Zutreffend betont in der Stellungnahme des *Deutschen Ethikrates* zu „Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – zur normativen Funktion ihrer Bewertung“, 2011, S. 95.

⁸² Vgl. *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295, 296.

5. Unmittelbare Kostenerwägungen dürfen konkrete Therapieentscheidungen innerhalb des konkreten Arzt-Patienten-Verhältnisses grundsätzlich nicht beeinflussen, es sei denn, es kann ausgeschlossen werden, dass die Wahl der kostengünstigeren Maßnahmen (Arzneimittel, Behandlungsmethode) zu einer suboptimalen Behandlung führt (reine „Rationalisierung“).

6. Soll die Verteilung medizinischer Ressourcen künftig explizit vom Ergebnis einer „Kosten-Nutzen-Abwägung“ abhängen, so bedarf es hierfür eines demokratisch legitimierten, für die Bevölkerung transparenten sowie für den jeweils behandelnden Arzt anwendungssicheren Konzepts. Wesentlicher Bestandteil eines solchen Konzepts sind nicht nur die materiellen Kriterien, sondern auch die institutionellen und verfahrensrechtlichen Implikationen. Die Vorarbeiten sollten – auf der Basis der bereits vorliegenden Empfehlungen⁸³ – durch eine interdisziplinäre (Medizin, Recht, Ethik, Gesundheitsökonomie), durch Parlaments- oder Regierungsbeschluss berufene Expertengruppe geleistet werden.

⁸³ Siehe insbesondere die Stellungnahme der ZEKO bei der Bundesärztekammer: „Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)“ vom September 2007 (abrufbar unter: <http://www.zentrale-ethikkommission.de/downloads/LangfassungPriorisierung.pdf>) sowie des *Deutschen Ethikrates*: „Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – zur normativen Funktion ihrer Bewertung“ (2011).