

Claus Dieter Classen/Bernard Łukańko/
Dagmar Richter (Hrsg.)

Diskriminierung aufgrund der Gesundheit in alternden Gesellschaften

Deutschland und Polen
vor neuen Herausforderungen



BWV • BERLINER
WISSENSCHAFTS-VERLAG

Diskriminierung aufgrund der Gesundheit
in alternden Gesellschaften

Claus Dieter Classen/Bernard Łukańko/
Dagmar Richter (Hrsg.)

Diskriminierung aufgrund der Gesundheit in alternden Gesellschaften

Deutschland und Polen
vor neuen Herausforderungen



BWV • BERLINER
WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2040-5

DEUTSCH	POLSKO
POLNISCHE	NIEMIECKA
WISSENSCHAFTS	FUNDACJA
STIFTUNG	NA RZECZ NAUKI

Gefördert aus Mitteln der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung/
Projekt wspierany przez Polsko-Niemiecką Fundację na rzecz Nauki

© 2015 BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Polen und Deutschland sind engste Nachbarn, die wenig voneinander wissen. Das gilt auch für das Gesundheitsrecht, wo vergleichbare Probleme bestehen, die beide Staaten innerhalb gemeinsamer europäischer Grundrechtestandards mit mehr oder weniger Erfolg und mehr oder weniger innovativ lösen. Diese Publikation widmet sich deutschen und polnischen Problemlösungen bei der Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der Gesundheit einschließlich der theoretischen Grundlagen. Die Basis für dieses Projekt bildet eine Konferenz in Warschau Ende Mai 2014, auf der polnische und deutsche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ihre Thesen zu ausgewählten Fragen im Institut für Rechtswissenschaften der Polnischen Akademie der Wissenschaften (INP PAN) in Warschau präsentierten. Die hervorragenden Deutschkenntnisse auf polnischer Seite machten es möglich, das deutsch-polnische Kooperationsprojekt zwischen dem INP PAN und der Universität Greifswald (Lehrstuhl Prof. Classen), das von der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung (DPWS) Frankfurt/Oder gefördert wurde, in deutscher Sprache durchzuführen.

Die behandelten Themen bilden ein breites Spektrum der Thematik ab. Sie reichen vom Zugang zu Gesundheitsleistungen, über die Reichweite der unscharfen Zentralbegriffe („Gesundheit“, „Krankheit“, „Behinderung“), die Methoden der Inklusion und Integration von Menschen mit Behinderungen, die Konsequenzen der Präimplantationsdiagnostik, die Bedeutung genetischer Dispositionen für Krankheiten bis hin zur Frage der Selbst-Verantwortlichkeit des Individuums für die eigene Gesundheit. All diese Themen gruppieren sich um zwei große Themenkomplexe: den gleichen Zugang zu Gesundheitsleistungen und den gleichen Zugang kranker und behinderter Menschen zu den allgemeinen Ressourcen, etwa zu Beschäftigung und Beruf. Sie weisen wiederum einen Zusammenhang mit dem Phänomen der alternden Gesellschaft auf, das der (Nicht-)Diskriminierung aufgrund der Gesundheit ihre eigentliche Bedeutung und der Rechtsentwicklung neue Impulse verleiht. Zieht man die aktuellen Erhebungen der OECD¹ heran, haben sich die Bevölkerungen beider Staaten weit vom früher prägenden Modell der „Alterspyramide“ mit breiter jugendlicher Basis und dünner Altersspitze entfernt. Noch ist die erwerbstätige Bevölke-

1 Danach setzt sich die deutsche Bevölkerung aus einer jungen Altersgruppe (unter 15 Jahre) von 12,8%, einer mittleren (15–64 Jahre) von 66,1% und einer älteren (ab 65 Jahre) von 21,1% zusammen, die polnische aus einer jungen Altersgruppe von 15,1%, einer mittleren von 70,9 und einer älteren von 14,0%. Siehe OECD Labour Force Statistics 2013 mit Daten von 2012, www.oecd.org/statistics/ (Abfrage vom 10.7.2014).

rung klar in der Überzahl, in der Zukunft droht jedoch ein dramatischer Bevölkerungsschwund². Beide Staaten sind stark „gealtert“.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Frage der Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der Gesundheit in einem anderen Licht. Gesundheitsleistungen sind ein knappes Gut, dessen gerechte Verteilung angesichts explodierender Gesundheitskosten und veränderter demografischer Rahmenbedingungen immer schwieriger wird. Der gleiche Zugang zu ihnen berührt menschliche Grundbedürfnisse bis hin zum sogenannten „Existenzminimum“. Und doch beschränkt sich die Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Gesundheit nicht auf die Erfüllung von Gerechtigkeitserwartungen. Nicht Gutmenschen steht hier zur Debatte, sondern „Inklusion“ in einem produktiven Sinne, d.h. eine ökonomische Notwendigkeit, die letztlich auch erklärt, warum bestimmte Kriterien der Diskriminierung (z.B. „Gesundheit“) erst mit Verspätung Anerkennung finden, obwohl die zugrunde liegende Gerechtigkeitsfrage schon immer da gewesen ist. Das hier unternommene Forschungsprojekt versucht Anti-Diskriminierungsrecht auch als Instrument zur Erweiterung des Reservoirs an menschlichen Fähigkeiten und Begabungen zu begreifen und die Frage zu beantworten, unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen Menschen im weitesten Sinne „produktiv“ sein, insbesondere am Arbeits- und Erwerbslebens teilnehmen können und wie ihr Anteil womöglich gesteigert werden kann. *Werden kranke, behinderte oder adipöse Menschen ohne vernünftigen Grund, d.h. pauschal und ohne Ansehen der individuellen Leistungsfähigkeit, von der Teilhabe am gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Leben ausgeschlossen, schmälert die alternde Gesellschaft ihr ohnehin knappes demografisches Potential. Gelingt es ihr hingegen, diskriminierende Praktiken abzubauen – stereotype Bewertungsmuster zu entkräften, Einzelfallprüfungen durchzusetzen, Arbeitsplätze an betroffene Individuen anzupassen und dergleichen – erweitert sie es.*

Obwohl die Gesundheit zunehmend als „kritisches“ Merkmal im Sinne des Anti-Diskriminierungsrechts anerkannt wird, gehört sie einer vergleichsweise jungen Schicht der Rechtsentwicklung an: Anders als die Kriterien Geschlecht, Hautfarbe, Religion u.s.w. ist sie nicht Teil des klassischen Kanons der Gleichheit bedrohenden Anknüpfungsmerkmale, sondern allenfalls „sonstiges“ Merkmal der Diskriminierung. Dem entsprechend greifen die vorhandenen staatlichen und europäischen Gleichheitsgrundsätze oft nur indirekt ein, etwa indem Benachteiligung bei der gesundheitlichen Versorgung anhand anderer Kriterien wie insbesondere der Behinderung oder des Alters beurteilt wird. Schlimmstenfalls wird die Problematik anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes behandelt. All das führt nicht immer zu befriedi-

2 Während die deutsche Bevölkerung nach zwischenzeitigen Minuswerten 2012 um 0,16% wuchs, waren es in Polen gerade noch 0,02%. Siehe Daten der OECD (Anm. 1).

genden Resultaten. Zugleich zeigt sich, dass die begriffliche Abgrenzung und Einordnung, etwa die Anerkennung eines Zustands als Krankheit oder Behinderung, eine überragend wichtige Rolle spielen. Bewusst wurden deshalb hier Themen wie Behinderung oder Übergewicht einbezogen, die zwar gesundheitsrelevant sind, aber auch ein kategoriales Eigenleben führen.

Das Diskriminierungsmerkmal „Gesundheit“ – oder besser „mangelnde Gesundheit“ – ist nicht nur ein neues, sondern auch ein schwieriges Merkmal, weil Krankheit nicht immer Schicksal, sondern oft auch Folge ungesunder Lebensweise ist. Insofern stellt sich die grundsätzliche Frage, inwieweit die öffentliche Hand oder die Gemeinschaft der Versicherten durch die Übernahme von Gesundheitskosten für individuelles „Fehlverhalten“ bzw. die Selbstgefährdung gerade stehen soll. Dabei kann jedoch die Grenze zwischen freier Entfaltung der Persönlichkeit und „falscher Entfaltung der Persönlichkeit“ weder klar gezogen werden noch soll sie gerade vom Staat gezogen werden. Zudem ist die Ursächlichkeit einer freien Willensentscheidung für den Eintritt eines Gesundheitsschadens in vielen Bereichen nicht belegbar, wie das Beispiel des Übergewichts zeigt. Die Mitwirkenden am Forschungsprojekt sind daher immer wieder auf die Frage gestoßen, ob die Gesundheit ein außergewöhnliches Kriterium der Diskriminierung darstellt, das sich von allen anderen unterscheidet und besonderen Regeln unterliegen müsste.

Der wissenschaftliche Ertrag des Projekts soll an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden; er ergibt sich aus den folgenden Beiträgen und ist im Querschnittsreferat von Jan Hambura noch einmal rechtsvergleichend aufbereitet. Schon während der Konferenz hatte sich allerdings gezeigt, dass sich Deutschland und Polen weniger in den Regelungsmodellen als in den zugrunde liegenden Einstellungen, der Rechtskultur, unterscheiden. So stößt z.B. das in der deutschen Öffentlichkeit zum Teil heftig angefeindete Konzept der Inklusion (insbesondere behinderter Kinder in die Regelschule) in Polen auf keinerlei Widerstand. Der erste Eindruck dabei war: Deutschland verweist gerne auf besondere und durchaus aufwändige Einrichtungen und Verfahren für Menschen mit Behinderungen – und neigt gerade damit zu Segregation und Formalismus. Polen zeigt sich modernen Konzepten gegenüber aufgeschlossen – kann die Erwartungen aber nicht immer einlösen. Die beteiligten Experten und Expertinnen haben sich in vielen Einzelfragen freundlichst den Spiegel vorgehalten und viel voneinander gelernt.

Zum Schluss wollen wir uns bedanken: Frau Mag. Magdalena Gniadzik und Frau Mag. Jagna Mucha, Nachwuchswissenschaftlerinnen von der Universität Warschau, haben den Mitwirkenden auf der Konferenz mit Vorträgen zur Gleichbehandlungs-

richtlinie 2000/78/EG, zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH³ und neuen EU-Strategie der Europäischen Kommission zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010–2020⁴ wichtige Grundlagen für die Diskussion vermittelt. Das INP PAN (Warszawa), die DPWS (Frankfurt/Oder) und der Lehrstuhl Prof. Classen (Greifswald) haben das Projekt dankenswerterweise finanziell gefördert. Wir danken der Leitung des INP PAN, Herrn Prof. Dr. habil. W. Czapliński, für die unkomplizierte und wohlwollende Unterstützung, ferner Frau Małgorzata Maroń und Frau Dorota Popek für die engagierte organisatorische Begleitung des Projekts. Herr Alexander Ruf vom Lehrstuhl Prof. Classen hat mit großem Engagement die Druckvorlage erstellt. Die deutsch-polnische Zusammenarbeit verlief inspirierend und öffnete die Augen; es gibt noch Vieles auf der anderen Seite zu entdecken.

Greifswald und Warschau, den 12.1.2015

Claus Dieter Classen Bernard Lukaňko Dagmar Richter

3 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Sonia Chacon Navas* gegen *Eurest Colectividades SA*; Urt. v. 17. Juli 2008, Rs. C-303/06 S. – *Coleman* gegen *Attridge Law and Steave Law*.

4 Europäische Strategie zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010–2020: Erneueres Engagement für ein barrierefreies Europa, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss den Regionen, 15.11.2010, KOM/2010/0636 endg.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Inhaltsverzeichnis.....	IX
-------------------------	----

Stefan Huster

Zwischen Gleichheit und Effizienz: Gesundheit und Gesundheitsversorgung als Rechtsprobleme in alternden Gesellschaften	1
--	---

Daniel Eryk Lach

Die Verteilungsgerechtigkeit in der Gesundheitsfürsorge	19
---	----

Dawid Miąsik

Dilemmata der gerichtlichen Anwendung des EU-Rechts am Beispiel des Antidiskriminierungsrechts	39
---	----

Monika Domańska

„Angemessene Vorkehrungen“ im Recht der Europäischen Union und ihr Verhältnis zum Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung	53
---	----

Mariusz Muszyński und Joanna Osiejewicz

Die Integration behinderter Menschen in das Arbeits- und Erwerbsleben: Anreiz- oder Sanktionensystem?	75
--	----

Bernard Łukańko

Die Umsetzung des Art. 24 des UN-Übereinkommens über Rechte von Menschen mit Behinderungen im deutschen und polnischen Recht.....	97
--	----

Andreas Engels

Auswirkungen der Präimplantationsdiagnostik (PID) auf den Umgang mit Behinderung	119
---	-----

Claus Dieter Classen

Diskriminierung wegen einer nachteiligen genetischen Disposition 139

Dagmar Richter

Übergewicht – ein neues Merkmal der Diskriminierung? 155

Robert Grzeszczak und Beata Jędrzejczak

Die Selbstgefährdung: Gesundheitsgefährdendes
Verhalten als Legitimation für Schlechterstellungen? 183

Eva Julia Lohse

Das Zusammentreffen mit Behinderten in der Wohn- und
Freizeitsphäre – Zumutbarkeit und Toleranzpflicht für Nichtbehinderte .. 207

Jan Hambura

Grundlegende Unterschiede zwischen
den Rechtsordnungen Polens und Deutschlands 235

Autorenverzeichnis 245

Zwischen Gleichheit und Effizienz: Gesundheit und Gesundheitsversorgung als Rechtsprobleme in alternden Gesellschaften

I. Der Einfluss der demographischen Entwicklung auf die medizinische Versorgung

Wenn man sich Gedanken über den Einfluss der demographischen Entwicklung auf die Gesundheit und die Systeme der Gesundheitsversorgung in den europäischen Staaten macht, empfiehlt es sich – wie immer –, empirische und normative Fragen zu unterscheiden: Erst eine zutreffende Sachverhalts- und Problembeschreibung eröffnet den Weg zu sinnvollen normativen Fragen – ohne allerdings diese aus sich heraus beantworten zu können.

1. Empirische Fragen

Unstreitig dürfte sein, dass die zunehmende Alterung einer Gesellschaft das Anforderungsprofil an das System der medizinischen Versorgung verschiebt. Wenn bedarfsgerecht behandelt werden soll und eine zunehmende Alterung der Gesellschaft eine spezifische Krankheitslast mit sich bringt, muss diese Entwicklung durch geeignete Versorgungsstrukturen aufgefangen werden. Von besonderer Bedeutung wird dabei nicht nur die kurative Behandlung, sondern auch und vor allem die Pflege sein.¹

In der öffentlichen Diskussion wird dabei gelegentlich unterstellt, dass die Alterung die Inanspruchnahme medizinischer Versorgungsleistungen und damit auch die entsprechenden Kosten erheblich ansteigen lassen wird. Dies mag so sein, ist aber nicht selbstverständlich. In der gesundheitsökonomischen Diskussion wird nämlich sehr ernsthaft die Frage diskutiert, ob und inwieweit die Kostensteigerungen im Alter ausschließlich oder zumindest weitgehend darauf zurückzuführen sind, dass die Kosten der medizinischen Versorgung typischerweise zu einem erheblichen Teil im letzten halben Jahr vor dem Tod anfallen – und gestorben wird nun einmal hauptsächlich in hohem Alter. Diese Kompressionsthese hält die Kostenbelastung durch die demographische Entwicklung also sozusagen für eine optische Täuschung – es

1 Zur Situation in Deutschland vgl. insoweit nur *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Sondergutachten 2009: Koordination und Integration – Gesundheitsversorgung in einer Gesellschaft des längeren Lebens, 2009.

könnte sein, dass alte Menschen bis zu dieser Phase der Todesnähe kostenmäßig unauffällig sind. Dass dem so ist, kann man aber anhand empirischer Daten auch bestreiten (Medikalisierungsthese) – eine Frage, zu der der Jurist letztlich wenig sagen kann.²

Man kann allerdings feststellen, dass ganz unabhängig von dieser Diskussion die spezifische Art und Weise der Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland – nämlich im Wesentlichen aus dem Arbeitseinkommen der aktiv Beschäftigten – angesichts der demographischen Entwicklung ein Problem darstellt. Auch wenn Rentner keine besonders hohen Kosten verursachen sollten, zahlen sie doch aus ihrer Rente so geringe Krankenversicherungsbeiträge, dass sie von den aktiv Beschäftigten quersubventioniert werden müssen. Angesichts der Verschiebung des Verhältnisses von aktiv Beschäftigten und Ruheständlern wird hier ein Problem entstehen – dass allerdings nichts Spezifisches mit der Gesundheitsversorgung zu tun hat.

2. Normative Probleme

Die medizinische Versorgung älterer Menschen wirft viel diskutierte normative Probleme auf, die zu einem erheblichen Teil nur deshalb für altersspezifisch gehalten werden, weil sie typischer-, aber keinesfalls notwendigerweise im Alter auftreten. Genannt seien Fragen, die sich um Patientenverfügungen und -testamente, um Demenz und Todeswünsche, um Sterbehilfe und assistierten Suizid und um eine menschenwürdige Pflegeversorgung drehen.

Auf der Ebene des Versorgungssystems wird das Alter dagegen zunehmend mit Problemen der Verteilungsgerechtigkeit in Verbindung gebracht, die mit dem Verhältnis der Prinzipien von Gleichheit und Effizienz zu tun haben. Darum soll es auch hier im Folgenden gehen.

2 Aus dieser Diskussion vgl. nur *Zweifel/Felder/Meier*, Demographische Alterung und Gesundheitskosten: Eine Fehlinterpretation, in: Oberender (Hrsg.), *Alter und Gesundheit*, 1996, 29 ff.

II. Unmittelbare Leistungsbeschränkungen anhand des Alters?

1. Voraussetzungen, Begriff und Fragestellung

Eine altersspezifische Problematik entsteht, wenn vorgeschlagen wird, im öffentlichen System der Gesundheitsversorgung Altersgrenzen für bestimmte Leistungen vorzusehen. Eine Diskussion über die Zulässigkeit dieser sog. Altersrationierung setzt voraus, dass überhaupt aus Kostengründen erwogen werden muss, die medizinischen Leistungen nach ihrer Bedeutung in eine Reihenfolge zu bringen („Priorisierung“) und sie ggf. auch zu versagen („Rationierung“):³ Niemand wird die Einführung von Altersgrenzen für den Zugang zu medizinischen Leistungen in Betracht ziehen, wenn diese Leistungen gar nicht knapp sind. Angesichts der demographischen Entwicklung und des medizinisch-technischen Fortschritts spricht allerdings vieles dafür, dass das Gemeinwesen sich nicht nur über die Finanzierung, sondern auch über den Leistungskatalog des öffentlichen Versorgungssystems Gedanken machen muss.

3 Zu den Begriffen und ihrer Bedeutung vgl. zuletzt nur die Beiträge in *Wohlge-muth/Freitag* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin – Interdisziplinäre Forschungsansätze*, 2009; *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin. Kriterien im Dialog*, 2013. Aus der unübersehbaren philosophischen Literatur zu den Rationierungs- und Priorisierungskriterien vgl. nur die Beiträge in *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002; *Rauprich/Marckmann/Vollmann* (Hrsg.), *Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin*, 2005; *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt?*, 2006; umfassend jüngst *Fleck*, *Just Caring. Health Care Rationing and Democratic Deliberation*, 2009. Aus dem juristischen Schrifttum vgl. *Duttge*, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Recht am Krankenbett*, 2009, 139 ff.; *Ebsen*, NDV 1997, 71 ff.; *Eichenhofer*, SGB 2001, 600 ff.; *Francke*, GesR 2003, 97 ff.; *Haverkate*, in: Häfner (Hrsg.), *Gesundheit – unser höchstes Gut?*, 1999, 119 ff.; *Höfling*, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), *Rationierung im Gesundheitswesen*, 1998, 143 ff.; *ders./Augsberg*, Zeitschr. f. med. Ethik 55 (2009), 45 ff.; *Huster*, DVBl. 2010, 1069 ff.; *Isensee*, in: GS Heinze, 2005, 417 ff.; *Kirchhof*, Stimmen der Zeit 1/2004, 3 ff.; *ders.*, MMW 140 (1998), 200 ff.; *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315 ff.; v. *Maydell*, in: FS Helten, 2004, 353 ff.; *Pestalozza*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 9 (2007), 1113 ff.; *Ramm*, VSSR 2008, 203 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001; *Steiner*, MedR 2003, 1 ff.; *Taupitz*, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, 1999, S. 113 ff.; *Neumann*, NZS 2005, 617 ff.; *ders.*, NZS 2006, 393 ff.; *ders.*, RSDe 67 (2008), 1 ff.; *Uhlenbruck*, MedR 1995, 427 ff.; *Welti*, ZEFQ 103 (2009), 104 ff.; *Wenner*, GesR 2009, 169 ff.

Modelle der Altersrationierung schlagen dabei für die Verteilung medizinischer Leistungen ein bestimmtes Kriterium vor: das chronologische Alter, also die Orientierung am Lebensalter der um knappe Güter konkurrierenden Personen. Typischerweise wird dabei angenommen, dass bestimmte Leistungen ab einem bestimmten Lebensalter im öffentlichen Versorgungssystem nicht mehr gewährleistet werden. Abzugrenzen ist dieser Vorschlag von dem Abstellen auf das sog. biologische Alter, das den Gesundheitszustand einer Person zusammenfassend beschreibt.

Auch die Verfechter einer Altersrationierung gehen selbstverständlich nicht davon aus, dass das chronologische Alter das einzige Verteilungskriterium im Gesundheitssystem sein sollte; es konkurriert vielmehr mit anderen Kriterien wie etwa dem Nutzen einer medizinischen Maßnahme, ihrem Kosten-Nutzen-Verhältnis und der Dringlichkeit einer Behandlung.⁴ Aber auch wenn das chronologische Alter nur eines von mehreren Kriterien darstellen soll, stellt sich die Frage, ob es überhaupt berücksichtigt werden darf. Diese Frage wird in Deutschland sowohl politisch als auch juristisch bisher so eindeutig verneint, dass sie kaum diskutiert wird.⁵ Vorsehnelle Generalablehnung empfiehlt sich aber nicht, weil in anderen Rechtsordnungen, denen wir einen rechtsstaatlichen und demokratischen Charakter nicht leichtthin absprechen werden, sehr viel unbefangener über Altersgrenzen nachgedacht wird.⁶ Auch gibt es Wissenschaftsdisziplinen – etwa die Medizinethik und die Gesundheitsökonomie –, deren Vertreter ebenfalls Altersgrenzen nicht per se für Teufelszeug halten. Vielleicht lohnt es sich also doch noch einmal, nach der Legitimität von Altersgrenzen zu fragen.⁷

4 Diese drei Kriterien finden sich in: Zentrale Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (*Zentrale Ethikkommission*) bei der Bundesärztekammer, Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), 2007.

5 Nachweise dazu bei Huster, Sozialstaat oder soziale Gerechtigkeit? Zum Spannungsverhältnis von politischer Philosophie und Verfassungsrecht am Beispiel der Altersrationierung im Gesundheitssystem, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, 2005, 202, 203 ff. Sehr differenziert aber Kluth, VVDStRL 68 (2009), 246, 274 f. Umfassend dazu aus juristischer Sicht jetzt Held, Das Alter als zulässiges Rationierungskriterium in der Gesetzlichen Krankenversicherung?, 2011.

6 Darauf weist zu Recht auch Nettesheim, VerwArch 93 (2002), 315, 345, hin.

7 Vgl. dazu auch bereits Huster, Altersrationierung im Gesundheitswesen: (Un-)Zulässigkeit und Ausgestaltung, MedR 2010, 369 ff.

2. Praktikabilitätsvorzüge einer Altersrationierung

Einen ersten Zugang zur Diskussion erhält man, wenn man sich die Frage stellt, warum die Anknüpfung an das Lebensalter überhaupt als eine interessante Regelungsoption für die Verteilung der knappen Ressourcen im Gesundheitswesen gehalten werden kann.

a) Der ordnungspolitische Vorteil

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine altersbezogene Allokation einen großen praktischen Vorteil besitzt: Das Lebensalter ist – im Gegensatz zu anderen diskutierten Maßstäben – ein transparentes und kaum manipulierbares Zuteilungskriterium.⁸ Dies ist von Bedeutung, weil es ja bei der Rationierung öffentlich finanzierter Gesundheitsleistungen nicht darum gehen kann, den „Wachstumsmarkt Gesundheit“ zu ersticken; vielmehr muss es das Ziel sein, den Bürgern mehr Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten, wie und in welchem Umfang sie für ihre Gesundheit investieren wollen. Damit ein privater Versicherungsmarkt entsteht, ist aber eine eindeutige, vorhersehbare und operationalisierbare Trennung von kollektiv finanzierter Grund- und privat abzusichernder Zusatzversorgung notwendig. Die im Übrigen angebotenen Zuteilungskriterien haben mit diesem Erfordernis erhebliche Probleme: Angeboten wird nämlich in der Regel entweder der Ausschluss solcher Leistungen, die praktisch nur diejenigen zusätzlich versichern werden, die sie auch in Anspruch nehmen wollen (etwa Leistungen bei Mutterschaft oder Behandlungsmethoden der Alternativmedizin), oder von solchen Leistungen, die sich nicht sinnvoll ex ante bezeichnen lassen. Letzterer Einwand trifft alle Kriterien, die Leistungen auf der Grundlage einer einzelfallbezogenen Kosten-Nutzen-Abwägung aus der öffentlichen Gesundheitsversorgung herausnehmen wollen. Auch der verbreitete Einwand, das chronologische Alter stelle ein willkürliches Kriterium dar, weil es doch für die Beurteilung der Sinnhaftigkeit – insbesondere der Erfolgsaussichten – einer Behandlung auf das biologische Alter ankommen müsse,⁹ leidet unter dieser Schwäche: Angesichts der Schwierigkeit, das biologische Alter zu bestimmen, sind nur schwer Versicherungsverträge denkbar, die die Leistungsgewährung an dieses Kriterium knüpfen.

8 Dies betonen etwa *Breyer/Schultheiss*, Intern. Journ. of Health Care Finance and Economics 2 (2003), 247, 255 f.

9 In diesem Sinne etwa *Taupitz*, „Inhuman und verfassungswidrig“, FAZ v. 12. 8. 2003, S. 8. Zu dem oft übersehenen Umstand, dass es auch und gerade dieser Einwand ist, der von „utilitaristischen“ Prämissen ausgeht, vgl. unten III.

b) Der moralempirische Vorteil

Ferner ist zu bedenken, dass es für Rationierungskriterien und ihre Realisierungschancen vorteilhaft ist, wenn sie mit bereits vorhandenen Einstellungen in der Bevölkerung und insbesondere in den betroffenen Berufsgruppen übereinstimmen. Insoweit scheint es (in ihrer Interpretation allerdings nicht unumstrittene) Indizien dafür zu geben, dass – bei aller öffentlich geäußerten Ablehnung – im medizinischen Alltag des deutschen Gesundheitswesens bereits eine implizite Altersrationierung stattfindet, wenn etwa die (intensiv-)medizinische Versorgung sehr alter Patienten am Lebensende deutlich hinter der Versorgung jüngerer Patienten in der gleichen Situation zurückbleibt.¹⁰ In einer Interviewstudie haben Krankenhausärzte angegeben, dass das Alter eines Patienten für die Versorgung durchaus eine gewisse Rolle spielen kann: „wenn ein Patient einen Infarkt hat und der ist 35, dann rennt man vielleicht ein bisschen schneller und versucht, alles 100%ig zu machen“.¹¹

3. Die normative Zulässigkeit einer Altersrationierung

Nun mag man einwenden – und damit ist schließlich die eigentliche normative Dimension der Diskussion erreicht –, dass es sich bei den bisher erörterten Aspekten um reine Zweckmäßighkeitsüberlegungen handle, die Erwägungen der Gerechtigkeit nicht aus dem Feld schlagen können. Demgegenüber besteht der maßgebliche Vorteil des Alters als Allokationskriterium aus Sicht seiner Befürworter gerade darin, dass es im Unterschied zu anderen Kriterien das Gleichbehandlungsgebot in hervorragender Weise verwirklicht und deshalb besonders gerecht ist. Wie man zu dieser – auf den ersten Blick überraschenden – Einschätzung gelangen kann, soll im Folgenden anhand der medizinethischen Diskussion dargestellt werden.

a) Ist Altersrationierung utilitaristisch?

Dem Vorschlag der Altersrationierung wird – offen oder zumindest in der Sache – häufig entgegengehalten, er wolle in utilitaristischer Manier das Knappheitsproblem im Gesundheitswesen auf dem Rücken einer bestimmten Gruppe – der „Alten“ – lösen und verstoße somit gegen elementare Grundsätze der Gerechtigkeit. Nun ist dieser Vorwurf – jedenfalls ohne weitere Erläuterung – schon deshalb nicht sehr überzeugend, weil auf dem „utilitaristischen“ Gedanken der effizienten Mittelverwendung auch viele andere Verteilungskriterien beruhen, die weithin Akzeptanz

10 Vgl. dazu die bereits die bekannte Studie von *Brockmann*, *Social Science & Medicine* 55 (2002), 593 ff. Speziell zur Transplantationsmedizin vgl. *Schmidt*, *Politik der Organverteilung*, 1996, 71 ff.

11 Vgl. *Huster u.a.*, *MedR* 2007, 703, 705.

genießen – von der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln (vgl. § 35b SGB V) bis zur Erfolgsaussicht einer Organtransplantation (vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG). Dies ist nicht überraschend, denn auch wenn man Verteilungsentscheidungen – richtigerweise – nicht auf ein utilitaristisches Maximierungskalkül gründet, sondern ihnen individuelle Rechte und Gerechtigkeitsgrundsätze zugrundelegt, werden Nutzen- und Folgerewägungen weiterhin eine wichtige Rolle spielen: Denn hinter dem Schleier des Nichtwissens¹² hat jeder von uns ein grundsätzliches Interesse daran, dass die knappen medizinischen Güter möglichst effizient eingesetzt werden – einfach deshalb, weil man dann auch für sich selbst die Wahrscheinlichkeit erhöht, in den Genuss einer erfolgreichen Behandlung zu gelangen.¹³

Der Vorwurf, das Kriterium des chronologischen Lebensalters besitze einen utilitaristischen Charakter und sei schon deshalb ungerecht, steht aber noch aus einem anderen Grund auf besonders schwachen Füßen: So profitiert nämlich – was gerne übersehen wird – die Plausibilität des Kriteriums des *biologischen* Lebensalters, das einer starren Anknüpfung an das chronologische Alter ganz unbefangen – um nicht zu sagen: unreflektiert – als (sach-)gerechte Verteilungsmaxime gegenübergestellt wird, ebenfalls von der Vorstellung, dass medizinische Ressourcen so eingesetzt werden sollten, dass sie den größtmöglichen Nutzen stiften.¹⁴ Es ist aber bei näherem Hinsehen alles andere als evident, dass eine Rationierung zu Lasten biologisch Alter per se gerechter ist als eine Rationierung zu Lasten chronologisch Alter. Vielleicht ist sogar das Gegenteil zutreffend. Stellen wir uns dazu folgende Situation vor: Ein lebenswichtiges Organ oder eine lebensrettende Behandlung steht nur für einen Patienten zur Verfügung. Ist es klar, dass man sich hinter dem Schleier des Nichtwissens dafür entscheiden würde, dass – ceteris paribus – ein 20jähriger in schlechtem Gesundheitszustand, der mit diesem Organ bzw. dieser Behandlung noch fünf Jahre zu leben hätte, gegenüber dem vitalen 70jährigen zurücktreten muss, dem mit diesem Organ bzw. dieser Behandlung noch zehn weitere Lebensjahre prognostiziert werden? Könnte es nicht zumindest denkbar sein, dass der Umstand, dass die zweite Person aufgrund ihres Alters bereits ein Leben gelebt hat, das dem 20jährigen noch – wenn auch in einem begrenzten Umfang – bevorsteht, bei der Entscheidung eine Rolle spielt? Könnte man nicht sogar sagen, dass das biologische Alter hier das nutzenorientierte Kriterium darstellt, wenn es zugunsten des größtmöglichen Nutzens einer medizinischen Behandlung die gesundheitlich besonders

12 Vgl. dazu Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

13 Zu diesem “utilitarianism from behind the veil of ignorance“ vgl. Roemer, Theories of Distributive Justice, 1996, S. 147 ff.

14 Näher dazu unten bei III.

Benachteiligten zurücksetzt, während die Anknüpfung an das chronologische Alter in gewisser Weise sehr viel stärker einem Ideal der Gleichbehandlung verpflichtet ist?

b) Altersrationierung als intrapersonales Klugheitsproblem

Es ist nicht schwer zu erklären, warum in dem genannten Beispiel plötzlich der Eindruck entsteht, dass das chronologische Alter ein besonders egalitäres Allokationskriterium darstellt: Wir alle altern. Während andere diskutierte Verteilungsaspekte – wie etwa das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer bestimmten Behandlung oder die sog. Compliance – sich sehr differenziert auf die einzelnen Individuen verteilen und selbst ein bestimmtes biologisches Alter sie zumindest in unterschiedlichen Lebensphasen trifft, so dass nutzenmaximierende Verteilungskriterien sich schnell dem Einwand der Ungerechtigkeit aussetzen, sind das chronologische Alter und seine Entwicklung für jedermann identisch.

Dies erlaubt es nun, die Frage, wie medizinische Ressourcen auf verschiedene Altersstufen verteilt werden sollen, nicht als interpersonales Verteilungs- und damit Gerechtigkeitsproblem zu formulieren, sondern als intrapersonale Klugheitswahl: Jedermann muss sich überlegen, wie die begrenzten Ressourcen auf die verschiedenen Stadien seines Lebens zu verteilen sind.¹⁵ Aus dieser nicht synchronen, sondern diachronen Perspektive sprechen nun einige Argumente entschieden auch dann für eine altersabhängige Allokation, wenn man bestimmten Lebensstadien nicht von vornherein einen geringeren Wert zuschreibt. Betrachten wir dazu zwei unterschiedliche Schemata für die Verteilung einer knappen lebenswichtigen medizinischen Ressource: Nach dem ersten Schema wird diese Ressource nicht mehr an Personen ausgegeben, die das durchschnittliche Lebensalter überschritten haben. Nach dem zweiten Schema wird diese Ressource unabhängig vom Lebensalter allein nach

15 Die folgenden Überlegungen stützen sich auf die grundlegenden Überlegungen von Norman Daniels; vgl. *Daniels*, Just Health Care, 1985, 86 ff.; *ders.*, Am I My Parent's Keeper?, 1988; *ders.*, Justice and Justification, 1996, Part II; *ders.*, Justice between the Young and the Old, in: Walters (Hrsg.), Choosing Who's to Live, 1996, 24 ff. Daniels' Überlegungen werden hier besonders berücksichtigt, weil sie zum einen aufgrund besonders sparsamer Prämissen für die Zulässigkeit einer Altersrationierung argumentieren und zum anderen auf einem liberalen und egalitaristischen Theorieansatz – nämlich der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie – beruhen. Andere Autoren lassen dagegen eine Reihe von umstrittenen ethischen Annahmen in ihre Argumentation einfließen; dies gilt insbesondere für den bekannten Ansatz von *Callahan*, Setting Limits. Medical Goals in an Ageing Society, 1995. Umfangreiche Nachweise zur medizinethischen Diskussion bei *Huster* (Fn. 5), S. 206 Fn. 25.

medizinischer Dringlichkeit und ggf. nach dem Losverfahren¹⁶ oder der Wartezeit¹⁷ vergeben. Während das erste Schema die Chance erhöht, ein normales, d.h. durchschnittliches Lebensalter zu erreichen, vergrößert das zweite Verteilungsschema die Chance, ein darüber hinausgehendes Alter zu erreichen. Nun müsste man schon über eine ganz ungewöhnliche Lebensplanung verfügen, um hier auf Risiko zu spielen und das zweite Schema zu bevorzugen. Das heißt nun nicht, dass diese Präferenz von vornherein ausgeschlossen ist: So könnte jemand sagen, sein Leben sei ganz und gar darauf ausgerichtet, das Lebensstadium der Altersweisheit zu erreichen und dieses dann möglichst lange beizubehalten; dafür nehme er auch das Risiko in Kauf, dieses Stadium gar nicht erst zu erleben. Aber abgesehen davon, dass diese Einstellung vermutlich selten sein wird, ist auch die entgegengesetzte Haltung, die dem Erreichen einer normalen Lebensspanne den Vorzug gibt, keinesfalls in irgendeinem Sinne unvernünftig.

Dieses Ergebnis reicht aber zunächst aus, um dem Einwand der Ungerechtigkeit gegenüber dem Modell der altersabhängigen Zuteilung medizinischer Ressourcen auf einer sehr grundsätzlichen Ebene zu begegnen: Wenn es aus Sicht des einzelnen rational sein kann, eine altersabhängige Zuteilung vorzunehmen, kann schwerlich ein Einwand erhoben werden, wenn sich diese Entscheidung in der Ausgestaltung eines kollektiven Versorgungssystems widerspiegelt. Dass dies zu einer differenzierten, nämlich altersabhängigen Verteilung der Ressourcen auf die zu einem bestimmten Zeitpunkt lebenden Bürger führt, ist dann moralisch nicht anstößiger als die differenzierte Verteilung dieser Ressourcen innerhalb eines einzelnen Lebenslaufes. Ob und in welcher Form man ein derartiges Verteilungsschema verwirklichen will, muss unter den idealen Bedingungen einer rationalen Lebensplanung jedes Individuum für sich entscheiden – ebenso wie eine politische Gemeinschaft eine entsprechende kollektive Festlegung treffen muss. Aus der Perspektive einer Klugheitswahl ist es aber nicht ersichtlich – und dies ist der entscheidende Punkt –, dass ein altersunabhängiges Verteilungsschema per se vernünftiger und – wenn man es auf die kollektive Ebene überträgt – gerechter ist als ein Schema, das das chronologische Alter berücksichtigt.

16 Das Losverfahren wird in der juristischen Diskussion tatsächlich ernsthaft in Erwägung gezogen, um wertende Kriterien zu vermeiden; vgl. etwa *Taupitz*, Rechtliche Möglichkeiten der Beschränkung diagnostischen und therapeutischen Aufwands, insbesondere aus verfassungsrechtlicher und therapeutischer Sicht, in: Dietrich/Imhoff/Kliemt (Hrsg.), *Standardisierung in der Medizin*, 2004, 262, 280.

17 Für dieses Auswahlkriterium aus der juristischen Diskussion etwa *Giesen*, JZ 1990, 929, 942.

c) *Die Unterscheidung vom Problem der Generationengerechtigkeit*

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass es für die hiesige Argumentation zugunsten der Möglichkeit einer Altersrationierung nicht auf Erwägungen der Generationengerechtigkeit ankommt. Die demografische Entwicklung, die Fragen der Generationengerechtigkeit aufwirft, ist ein – zumal in seiner Bedeutung nicht unumstrittener¹⁸ – Faktor zukünftiger Finanzierungsprobleme im Gesundheitswesen, aber sie erlaubt keinen Rückschluss auf eine bestimmte Form der Rationierung: Ebenso wenig wie der Umstand, dass bestimmte Krankheiten besonders häufig auftreten und dementsprechend hohe Kosten verursachen, per se ein Grund dafür ist, die Behandlungsmöglichkeiten für diese Krankheiten einzuschränken, ist der wachsende Anteil älterer Menschen ein Grund dafür, gerade an dieser Stelle zu sparen. Und ebenso gilt umgekehrt: Das Alter ist ein diskussionswürdiges Rationierungskriterium ganz unabhängig davon, worauf die Rationierungsnotwendigkeit beruht. Die sog. Generationengerechtigkeit, d.h. die faire Verteilung von Gütern und Lasten unter verschiedenen Geburtskohorten, ist ein echtes interpersonales Verteilungsproblem, weil man seine Geburtskohorte nicht wechseln kann, sondern mit ihr altert. Die rationale Aufteilung von Gütern und Lasten auf verschiedene Lebensabschnitte ist dagegen ein intrapersonales Problem, weil jeder diese Lebensabschnitte durchläuft; dementsprechend gelten hier auch ganz andere Maßstäbe. Insbesondere in der politischen Diskussion wird insoweit nicht immer klar unterschieden; dies bringt den Vorschlag der Altersrationierung in den Verdacht, ein – anderes – sozialpolitisches Problem auf kurzschlüssige und ungerechte Weise lösen zu wollen.

d) *Die langfristige Perspektive*

Dass die Altersrationierung denkbar ungeeignet ist, um – wie manche Stellungnahmen nahe legen („keine künstlichen Hüftgelenke für 70jährige, um die junge Generation zu entlasten“) – kurzfristig die Finanzierungsprobleme der Gesetzlichen Krankenversicherung zu lösen, ergibt sich auch noch aus einer weiteren Überlegung. Die Gültigkeit des Arguments, das Alter sei ein Verteilungskriterium, das, weil jeder altert, einen besonders egalitären Gehalt besitzt, setzt in der institutionellen Umsetzung voraus, dass auch das Versorgungssystem einen entsprechenden Bezug auf den gesamten Lebenslauf enthält. Die gegenwärtige Generation älterer Menschen, die weder politisch einer Altersrationierung in der Krankenversicherung zugestimmt hat noch die Möglichkeit besaß, eine ergänzende Versicherung abzuschließen, genießt daher Vertrauensschutz.¹⁹ Dies hindert nicht daran, sie unter dem Aspekt der Gene-

18 Vgl. oben I. 1.

19 Dies betont auch *Kliemt*, Rationierung im pluralen Rechtsstaat, in: Marckmann (Hrsg.), Gesundheitsversorgung im Alter, 2003, 59 f.

rationengerechtigkeit stärker an den Kosten zu beteiligen, als dies bisher der Fall ist; es wäre aber unfair, die Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Krankenversicherung plötzlich einseitig zu ihren Lasten zu lösen. Modelle der Altersrationierung müssen daher eine langfristige zeitliche Perspektive besitzen²⁰ und von denen beschlossen werden, die von ihnen betroffen sein werden; als zeitlicher Rahmen bietet sich dabei eine Zeitspanne an, die auch der ersten betroffenen Kohorte noch den Abschluss von Zusatzversicherungen ermöglicht. Es geht also bei dieser Diskussion gar nicht um die heute lebenden älteren Menschen, sondern um die zukünftige Gesundheitsversorgung der mittleren und jüngeren Generation.

4. Rechtliche Folgerungen

a) Der (fragwürdige) Einfluss des EU-Rechts

Als schärfste Waffe gegen den Vorschlag einer Altersdiskriminierung im Gesundheitswesen hat die juristische Diskussion inzwischen das Recht der Europäischen Union entdeckt. Tatsächlich ist auf der Grundlage des Art. 13 EG (vgl. jetzt Art. 10 und 19 AEUV) die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG erlassen worden; beide Rechtstexte sprechen die Altersdiskriminierung bekanntlich an. Auch sieht Art. 21 Abs. 1 GRCh ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung vor, das für ältere Menschen durch ein besonders Anerkennungs- und Achtungsgebot in Art. 25 GRCh verstärkt wird. Gewiss: Art. 13 EG war lediglich eine Ermächtigungsnorm²¹ und die Rahmenrichtlinie bezieht sich ebenso wenig auf die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit wie die Grundrechtecharta. Trotzdem lassen sich dem Recht der EU erhebliche Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass Differenzierungen, die an das Alter anknüpfen, gleichheitsrechtlich besonders problematisch sind. Es ist daher auch im Grundsatz nicht überraschend, dass der EuGH unter Berücksichtigung dieser Anhaltspunkte inzwischen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ein Verbot der Altersdiskriminierung abgeleitet hat.²²

Bemerkenswert und überraschend ist es allerdings, dass die Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene ein Verbot der Altersdiskriminierung akzeptiert haben, das sie in ihren nationalen Verfassungen in dieser Stringenz bisher nicht kennen. Dass sie es

20 Vgl. *Breyer/Schultheiss* (Fn. 8), 259.

21 Vgl. nur *Odendahl*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 43 Rn. 44 mwN.

22 EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005, I-9981. Vgl. dazu *Huster*, Gleichheit im Mehrebenensystem: Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, *EuR* 2010, 325 ff.

nicht kennen, ist gut nachvollziehbar: Denn das Alter ist im Grundsatz eben ein besonders egalitäres, dem Gedanken der Gerechtigkeit gerade verpflichtetes Unterscheidungsmerkmal. Das heißt nicht, dass Anknüpfungen an das Alter und die Benachteiligung von Menschen mit einem bestimmten Lebensalter – etwa auf dem Arbeitsmarkt – nicht problematisch sein können; dementsprechend finden wir in vielen Mitgliedstaaten auch bereichsspezifische Regelungen zur Bekämpfung der Altersdiskriminierung. Es spricht aber wenig dafür, das Alter generell als ein verpöntes Differenzierungsmerkmal zu betrachten.²³

b) Die gleichheitsrechtlichen Folgen im Verfassungsrecht

In der verfassungsrechtlichen Diskussion in Deutschland ist – häufig im Anschluss an die europarechtliche Entwicklung ebenfalls zu beobachten, dass altersbezogene Differenzierungen zunehmend kritisch beurteilt werden und dem BVerfG insoweit eine deutlich strengere Kontrolle im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nahegelegt wird.²⁴ Dieser Tendenz ist entgegenzutreten: Das Alter ist grundsätzlich kein – im Sinne der „neuen Formel“ – problematisches personenbezogenes Merkmal,²⁵ sondern – bei richtiger Anwendung – ein besonders egalitäres Differenzierungskriterium. Das BVerfG war daher gut beraten, wenn es Altersgrenzen bisher gleichheitsrechtlich nicht oder nur sehr zurückhaltend problematisiert hat.²⁶

Wenn Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen verfassungsrechtlich möglich sein müssen,²⁷ stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien sie erfolgen sollen. Dies ist im Grundsatz eine politische Entscheidung, die von den Präferenzen der Bürger ebenso abhängt wie von zahlreichen Klugheits- und Zweckmäßigkeitserwägungen. Vorgegeben ist insoweit lediglich, dass die Begrenzung der Mittel für das Gesundheitswesen allgemein sein muss, also nicht zu Lasten einer bestimmten Gruppe gehen darf. Diese Voraussetzung wird durch das Kriterium des Alters so gut wie durch kaum einen anderen Maßstab erfüllt, da es gar kein allgemeineres Kriterium gibt. Höchstens das Losverfahren bietet eine ähnliche Universalität der Anwendbarkeit; ihm gegenüber besitzt das Kriterium des Alters aber – wenn der Ein-

23 So jetzt auch *Pöschl*, Altersdiskriminierung und Verfassung, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), *Alter und Recht*, 2012, 47 ff. Vgl. auch bereits *dies.*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 494 ff., 711 ff.

24 Vgl. insbesondere *König*, in: FS Zuleeg, 2005, 341, 356 ff.; *dies.*, ZESAR 2005, 218, 222 f.; ferner *Nußberger*, JZ 2002, 524 ff.; *Simitis*, NJW 2004, 1453 f.

25 Zu der entsprechenden dogmatischen Konstruktion des Gleichheitssatzes vgl. *Huster*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 3 Rn. 78 ff.

26 Vgl. zuletzt etwa BVerfGK 10, 227 ff. m.w.N.

27 Vgl. dazu *Huster*, JZ 2006, 466 ff., in Kritik an BVerfGE 115, 25 ff.

druck über die üblichen Präferenzordnungen nicht täuscht erhebliche Vorteile: Die normale Lebensspanne zu erreichen, wird gemeinhin für wichtiger erachtet als die Chance zu erhöhen, diese Spanne zu überschreiten.²⁸ Von einer „Altersdiskriminierung“, die in menschenunwürdiger Weise den gleichen Achtungsanspruch eines jeden verletzt, kann – unter den genannten Bedingungen – im Falle einer politisch beschlossenen Altersrationierung jedenfalls keine Rede sein.

III. Mittelbare Altersdiskriminierung durch Anwendung ökonomischer Bewertungsverfahren?

1. Die Verteilungswirkungen ökonomischer Bewertungsverfahren

Wenn man Leistungsbeschränkungen im Versorgungssystem für unumgänglich, die Anknüpfung an das Alter aber für untunlich hält, muss man sich mit alternativen Priorisierungskriterien beschäftigen. Zu den insoweit diskutierten Kriterien gehört insbesondere das Kosten-Nutzen-Verhältnis medizinischer Maßnahmen: Wenn ihr Nutzen gering ist, ihre Kosten aber sehr hoch sind, ist das ein einleuchtendes Argument, eine Maßnahme zu posteriorisieren oder aus der öffentlichen Versorgung auszuschließen. Auch der deutsche Gesetzgeber hat inzwischen das Kosten-Nutzen-Verhältnis als Entscheidungskriterium entdeckt: Zwar nicht zur Begründung von Leistungsausschlüssen, aber für die Preisregulierung für Arzneimittel spielt dieses Verhältnis nun auch in der GKV eine Rolle (vgl. §§ 35b, 130b SGB V). Die in diesem Rahmen vorzunehmende Kosten-Nutzen-Bewertung (§ 35b SGB V) – die allerdings seit 2011 durch das AMNOG gegenüber der frühen Nutzenbewertung und den nachfolgenden Preisverhandlungen zwischen Industrie und Krankenkassen an Bedeutung verloren hat – hat in den letzten Jahren eine intensive Diskussion über die Maßstäbe und Methoden ausgelöst, die der G-BA und das IQWiG bei dieser Bewertung anwenden sollen.²⁹ Dabei ist deutlich geworden, dass in der Gesundheitsökonomie, auf deren Standards das Gesetz insoweit ausdrücklich verweist (vgl. §§ 35b Abs. 1 S. 5, 139a Abs. 4 S. 1 SGB V), eine Auffassung vertreten wird, die die Maximierung des (gesundheitlichen) Gesamtnutzens stark betont, für Verteilungsfragen dagegen keinen rechten Sinn hat.

28 Vgl. dazu oben II.3.b).

29 Vgl. dazu nur *Huster*, GesR 2008, 449 ff. mwN.; und die Stellungnahme von *Deutscher Ethikrat*, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung, 2011.

Rechtspraktische Bedeutung könnte diese Auffassung etwa für den Einsatz des *quality adjusted life year* (QALY) als Grundlage der Bewertung des Nutzens und der Kosteneffektivität medizinischer Maßnahmen gewinnen, den die gesundheitsökonomische Standardliteratur befürwortet. Ohne weitere Modifikationen, die in der gesundheitsökonomischen Axiomatik nur schwer unterzubringen sind, führen auf QALY-Berechnungen gestützte Allokationsverfahren zu einer strukturellen Benachteiligung bestimmter Gruppen, deren Behandlung unweigerlich eine schlechtere Kosteneffektivität aufweist. Dies gilt etwa für behinderte Menschen, da deren Versorgung angesichts ihrer geringeren Lebensqualität und nicht selten auch geringeren Lebenserwartung ein geringerer Nutzen zugeschrieben werden muss.³⁰ Auch die Versorgung Schwerkranker wird nicht selten ein schlechtes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen, weil die zu erreichende Lebensqualität und -zeit sehr begrenzt und die Behandlung sehr teuer sein kann. Schließlich gilt Entsprechendes auch für die Behandlung älterer Patienten, weil der Behandlungsnutzen hier jedenfalls durch die durchschnittlich geringere Lebenserwartung reduziert wird. Noch haariger wird es, wenn auch die indirekten Kosten berücksichtigt werden, also etwa die Kosten, die der Gesellschaft dadurch entstehen, dass eine kranke Person nicht arbeitsfähig ist: Soll und muss dann die Versorgung von Arbeitslosen oder Personen im Ruhestand weniger wert sein?

2. Die deontologische Logik des Rechtssystems

Es liegt auf der Hand, dass diese konsequentialistische Logik für vulnerable Gruppen mit regelmäßig geringerer Lebenserwartung und -qualität, die zudem nicht selten von Arbeitslosigkeit und einem niedrigen Sozialstatus betroffen sind, zu Benachteiligungen führen kann. Dagegen sträubt sich nicht nur der moralische *Common Sense*, sondern auch die Rechtsordnung.

Das Versorgungssystem als eine Einrichtung zu betrachten, die mit möglichst geringen Kosten ein Maximum an Gesundheit produziert, klingt zunächst durchaus plausibel: Mehr ist immer besser als weniger Gesundheit. Bei näherem Hinsehen ist es jedoch zutiefst kontraintuitiv. Zum einen verfehlt es den historischen, politischen und auch symbolischen Sinn des Versorgungssystems. Dass wir ein solches System

30 Vgl. dazu auch *Welti*, VSSR 2008, 55, 78 ff. Zu den Einwänden gegen Kosten-Nutzen-Bewertungen und den Einsatz von QALYs vgl. den instruktiven Überblick bei *Brock*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 3), 183 ff. Den auf den ersten Blick naheliegenden Einwand, bereits der unterstellte Zusammenhang von Behinderung und schlechterer Lebensqualität sei fragwürdig, sollte man besser nicht erheben, weil dann unklar würde, warum uns die Vorbeugung und Behandlung von Behinderungen überhaupt interessieren sollte.