

Wirtschaftlichkeit und Patientenwohl

Die Gesundheitsversorgung zwischen Mittelknappheit und Ethik

Dominik Dahlhaus/Susanna A. Schmollinger*

Gesundheit ist kein ökonomisches Gut, sondern Voraussetzung für die Möglichkeit, das eigene Leben zu gestalten, die eigenen Lebenspläne zu verwirklichen und am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben teilzuhaben.¹ Ihr kommt dementsprechend in der Werteordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zu. Sie zu erhalten ist Aufgabe des Gesundheitssystems, was dessen Funktionalität und damit einen effizienten Umgang mit den zur Verfügung stehenden Mitteln voraussetzt: Der Beitrag thematisiert auf der Versorgungsseite des Gesundheitssystems den Zusammenhang von Effizienzsteigerungen und der Verwirklichung der Ziele des Gesundheitssystems. Dafür wird zunächst die Erforderlichkeit und Gebotenheit eines effizienten Umgangs mit knappen Ressourcen herausgestellt (I). Als problematisch sind aber der Prozess der Ökonomisierung und seine Folgen für Patienten, medizinisches und nicht-medizinisches Personal sowie das Gesundheitssystem als Solches zu begreifen, die die Verwirklichung der Ziele der Gesundheitsversorgung gefährden (II). Die aus dieser Analyse entwickelten Kriterien zur ethischen Beurteilung von Rationalisierungen auf der Versorgungsseite institutionell zu verankern, ist daher der notwendig erste Schritt, um die Funktionalität des Gesundheitssystems zu gewährleisten (III).

Ökonomische Zielsetzungen und die Verwirklichung des Patientenwohls erscheinen schwer vereinbar. Der Beitrag entwickelt daher Kriterien, um notwendige effizienzsteigernde Maßnahmen von wirtschaftlichen Fehlanreizen zu unterscheiden, die die Verwirklichung der Ziele der Gesundheitsversorgung gefährden.

I. Effizienz als Voraussetzung für das von Mittelknappheit bestimmte Gesundheitsmanagement

Zweck des Gesundheitssystems ist die Gesundheitsversorgung: Sie ist – als überragend wichtiger Gemeinwohlbeitrag² – wesentliche sozialstaatliche Aufgabe zur Verwirklichung des medizinischen Ziels, die Patientengesundheit zu fördern, sowie des politischen Ziels, Rahmenbedingungen für ein Leben in Würde zu schaffen. Sie beruht auf den fundamentalen ethischen Prinzipien der Gleichheit, Gerechtigkeit, Solidarität und Subsidiarität.³

Der Gesundheit als kollektivem Gut⁴ steht das aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fließende und von Art. 35 GRC überlagerte⁵ Grundrecht auf Gesundheitsschutz gegenüber – geschützt wird die Gesundheit im biologisch-physiologischen sowie im psychisch-seelischen Sinn.⁶ Im Sinne einer Quelle staatlicher Aufgaben ist es Grundlage der staatlichen Versorgungssteuerung.⁷ Kernbereich dessen ist ein aus der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, i.V.m. dem Sozialstaatsgebot, Art. 20

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der LMU München und ist Mitglied der Redaktion von *rescriptum*, die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg. Sie danken Prof. Dr. Giorgi Khubua und Dr. Maria Mesch, LL.M. (Aberdeen) für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

1 Vgl. BVerfGE 125, 175; Daniels, Just Health Care, 1985.

2 BVerfG, NJW 2008, 2409 (2413).

3 Odoncu, MedR 2012, 359 (362).

4 Vgl. Alexy, in: Weinberger (Hrsg.), Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Bd. 1, 1989, S. 49 ff., 54 ff. zum Begriff des kollektiven Guts für ein Rechtssystem.

5 Rudolf, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 35 Rn. 9, 11 f.

6 Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 33 ff.

7 Papier, in: FG Knemeyer, 2012, S. 475, spricht dagegen von einem „Recht auf Gesundheit“.

Abs. 1 GG, hergeleitet und auf dem Prinzip der Zugangsgerechtigkeit beruhender originärer Teilhabeanspruch, der als Infrastrukturverantwortung auf Schaffung und Gewährleistung der Unterhaltung eines Gesundheitssystems gerichtet ist. Hinzu tritt ein auf dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit fundierter derivativer Teilhabeanspruch bezüglich der vorhandenen Ressourcen und Kapazitäten.⁸

Der demographische Wandel führt zusammen mit dem medizinischen Fortschritt sowie medizintechnischen Innovationen zu Kostensteigerungen.⁹ Dem stehen gleichbleibende oder sogar sinkende Einnahmen gegenüber, bedingt durch einen abnehmenden Anteil von Beitragszahlern und durch das Gebot der Beitragsstabilität, § 71 SGB V.¹⁰ Im Ergebnis steht das Gesundheitssystem vor der Herausforderung, mit knappen und knapper werdenden Mitteln umgehen zu müssen.¹¹ Finanzierungsseitig wird dem dadurch begegnet, dass die Selbstverantwortung zulasten des Solidaritätsprinzips stärker forciert wird.¹² An dieser Stelle sei auf den Zusammenhang zwischen geringerem sozioökonomischem Status einerseits und verringerter Lebenserwartung sowie schlechterer Gesundheit andererseits verwiesen – der sich schon bei der heranwachsenden Generation zeigt und bis ins hohe Alter fortsetzt.¹³ Dem stehen Veränderungen auf der Versorgungsseite gegenüber: Wenn Mittel nicht erhöht werden sollen oder können, stellt sich die Frage, wie die zur Verfügung stehenden, knappen Mittel auf konkurrierende Belange zu verteilen sind (Allokation).¹⁴

Bevor jedoch über eine systematische Ordnung der Versorgungsleistungen nach Wichtigkeit (Priorisierung bzw. Posterisierung)¹⁵ oder über systematische Zugangsbeschränkungen (Rationierung)¹⁶ nachgedacht werden kann, sind wirtschaftlichkeitssteigernde Maßnahmen (Rationalisierungen) erforderlich.¹⁷ Effizienz ist Voraussetzung für das Management des von Mittelknappheit bestimmten Gesundheitssystems: So erfordert etwa die Verwirklichung des politischen und medizinischen Ziels der Gesundheits-

versorgung die Finanzierbarkeit der Sozialversicherung¹⁸ und die Funktions- und Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen,¹⁹ die die Versorgung der Patienten als hohes Gut von öffentlichem Interesse sicherstellen.²⁰

Stets muss dabei der Einzelne Ziel und Zweck der Ausrichtung des Gesundheitswesens sein. Eine auf eine Maximierung des gesamtgesellschaftlich zu erzielenden Gesamtnutzens („Volkskörper“) gerichtete Zielsetzung ist mit der Würde des Einzelnen unvereinbar, Art. 1 Abs. 1 GG.²¹ Vielmehr geht es um eine optimierte Zweck-Mittel-Relation im Sinne einer Wirtschaftlichkeit, wenn von einer Effizienzsteigerung die Rede ist.²² Wie jede staatliche Leistung steht auch die Gesundheitsversorgung unter dem Vorbehalt des Möglichen. Ein effizienter Umgang mit knappen Ressourcen erlaubt jedoch ein *Mehr an Möglichem*. Die diesbezügliche Pflicht folgt somit unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsprinzip.

II. Ökonomisierung als Hemmnis

1. Top-down des ökonomischen Drucks

Entweder zielen Maßnahmen mit dem Ziel der Effizienzsteigerung darauf, bei gleich bleibendem Aufwand das Ergebnis zu verbessern (Maximalprinzip), oder das gleiche Ergebnis mit geringerem Aufwand zu erreichen (Minimalprinzip). Grundsätzlich besteht dabei ein weiter Prognose- und Einschätzungsspielraum, etwa hinsichtlich der Eignung von Maßnahmen zur Einsparung von Kosten in der Gesetzlichen Krankenversicherung.²³ Die Verfassung ist diesbezüglich lediglich Rahmenordnung.²⁴

Der Effizienzgedanke wird durch den eingangs erwähnten Grundsatz der Beitragsstabilität gemäß § 71 SGB V in das Gesundheitswesen aufgenommen und insbesondere durch die Erfassung allgemeiner Krankenhausleistungen in Fallpauschalen (*diagnosis related groups*, DRGs)²⁵ implementiert, die alle Leistungen für einen Behandlungsfall einschließen, § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG).²⁶ Pauschale Vergütungselemente wurden erstmals mit dem Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) und der Bundespflegesatzverordnung (BPFV) vom 26.9.1994

8 Vgl. etwa Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Odoncu/Schroth/Vossenkuhl (Hrsg.), Transplantation, Organgewinnung und -allokation, Reihe Medizin-Ethik-Recht, Bd. 2, 2003, S. 146-165.

9 Deutscher Ethikrat, Stellungnahme. Kosten und Nutzen im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung, 2011, S. 16 f.; Odoncu, MedR 2012, 359 (359 f.); Ulsenheimer, MedR 2015, 757 (759).

10 Kemmler, NZS 2014, 521 (521).

11 Hoppe, MedR 2011, 216 (216 ff.).

12 Vertiefend Dahme/Kühnlein/Wohlfahrt, Zwischen Wettbewerb und Subsidiarität. Wohlfahrtsverbände unterwegs in die Sozialwirtschaft, Reihe Forschung aus der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 61, 2005.

13 BT-Drs. 15/5670, S. 23; Robert Koch Institut (Hrsg.), GBE kompakt 2/2014; dass., GBE kompakt 1/2015; dass., GBE kompakt 1/2016.

14 Vgl. auch den Sachstandsbericht der Themengruppe „Allokation“ der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, BT-Drs. 15/5980, S. 14 ff.

15 Überblicksweise Schmitz-Luhn, in: Katzenmeier (Hrsg.), Kölner Schriften zum Medizinrecht Bd. 17, 2015, S. 7 ff.

16 Welti, MedR 2010, 379 (380); Kemmler, NZS 2014, 521 (521).

17 Odoncu, MedR 2012, 359 (360).

18 BVerfGE 114, 196 (248).

19 Schaks, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherungen, 2007, S. 165.

20 BVerfG, NJW 2005, 273.

21 Vgl. Deutscher Ethikrat, (Fn. 9), S. 86.

22 Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 55.

23 Siehe aber auch BVerfG, NJW 2009, 2033 (2038 f.).

24 Gethmann et al., Gesundheit nach Maß? Eine transdisziplinäre Studie zu den Grundlagen eines dauerhaften Gesundheitssystems, 2004, S. 146.

25 Umfassend zum DRG-System Deutscher Ethikrat, Stellungnahme. Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, 2016, S. 21 ff.

26 Diese Maßnahme höhlt das eingangs erwähnte Solidaritätsprinzip der GKV weiter aus, da, wer sich mit DRGs nicht zufrieden geben möchte, um eine eigenverantwortliche Gesundheitsversorgung und Zuzahlungen gemäß §§ 61, 62 SGB V nicht herumkommt, vgl. Brockmann/Ullrich, VSSR 2009, 339 (339 ff.); s. aber auch Kemmler, NZS 2014, 521.

eingeführt; das pauschalierte Entgeltsystem folgte dann am 23.4.2002 mit dem Fallpauschalengesetz (FPG). Den dahinterstehenden Versuch, das Gesundheitssystem wirtschaftlich zu gestalten,²⁷ stellt der *Deutsche Ethikrat* heraus: Gewinn und Verlust würden davon abhängen, ob es gelingt, effizienter zu wirtschaften als bei der Kalkulation der Pauschalvergütung berechnet.²⁸ Entsprechende Maßnahmen setzen ersichtlich keinen Anreiz zur Steigerung der Versorgungsqualität, sondern vielmehr zur Kostensenkung, um möglichst rentabel zu wirtschaften (Minimalprinzip).

Primärzweck nicht nur der Krankenhäuser in privater Trägerschaft, deren Anteil von 14,8 Prozent in 1991 auf 35,1 Prozent in 2014 gestiegen ist,²⁹ scheint weniger die Bedarfsdeckung als vielmehr die Gewinnerzielung zu sein:³⁰ Dafür sorgen sog. Chefarztverträge, die leitende Ärzte neben einem vergleichsweise niedrigen Festgehalt am wirtschaftlichen Erfolg der Einrichtung beteiligen;³¹ das Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V verankert dabei das Minimalprinzip³².

Neben der Reduktion der Personalkosten setzen Krankenhäuser bei der wirtschaftlichen Restrukturierung darauf, stationäre und ambulante Erlöse zu steigern sowie den medizinischen Sachbedarf zu optimieren. Das zeigt auch die wachsende Bedeutung sogenannter Tochter- und Beschäftigungsgesellschaften sowie die steigende Anzahl sogenannter Leasingkräfte im ärztlichen, pflegerischen und therapeutischen Bereich: Von 2009 bis 2014 ist die Gesamtzahl der in einem Personal-Leasingverfahren eingesetzten Vollstellen von 14.009 auf 22.545 angestiegen.³³ Folgen für das medizinische und nicht-medizinische Personal – ärztlicher Dienst, Pflegepersonal, sonstige Gesundheits- und Sozialberufe sowie Verwaltung – sind laut *Deutschem Ethikrat* unter anderem hoher Arbeitsdruck und -verdichtung, die eine angemessene Patientenbehandlung in vielen Fällen erschweren.³⁴

Die skizzierte Entwicklung wird als Ökonomisierung der Gesundheitsversorgung bezeichnet. Sie ist als problematische Orientierung an patientenfernen Interessen zwingend von einer unter Umständen sogar notwendigen Beachtung des Effizienzgebots als ökonomische Dimension des Gesundheitswesens zu trennen. Darauf weisen die

*Zentrale Ethikkommission*³⁵ und noch deutlicher *Dietz*³⁶ hin, welcher die Ökonomisierung als Formen unangemessener Einschätzungen des Stellenwertes bzw. der Funktion ebendieser wirtschaftlichen Dimension beschreibt.³⁷ Die Definition der *Zentralen Ethikkommission* – Ökonomisierung zeichne sich dadurch aus, dass betriebswirtschaftliche Parameter jenseits ihrer Dienstfunktion für die Verwirklichung originär medizinischer Aufgaben zunehmende Definitionsmacht über individuelle und institutionelle Handlungsziele gewinnen³⁸ – präzisiert zwar die Folgen der von *Dietz* aufgebrauchten Fehleinschätzungen. Mangels Beschreibung des tatsächlichen Ökonomisierungsprozesses bleibt ihre Definition jedoch ebenfalls zu unscharf.

Prozess- und folgenorientiert ist die Ökonomisierung der Gesundheitsversorgung daher als anreizbasierter *top-down*-Prozess des ökonomischen Drucks zu verstehen, in dessen Folge effizienzorientierte Maßnahmen nicht mehr den Zweck der individuellen oder institutionellen Verwirklichung des politischen Ziels – der Schaffung von Rahmenbedingungen für ein Leben in Würde – oder des medizinischen – Förderung der Patientengesundheit – haben, sondern nach ökonomischen Kriterien getroffen werden.

2. Antizipatorisches Systemvertrauen der Patienten

Die Reaktionen der Ärzteschaft auf den zunehmenden ökonomischen Druck im Krankenhaus reichen nach einer Studie von *Marckmann et al.* von emotionalem Stress über Gewissenskonflikte und Unehrlichkeit gegenüber dem Patienten bis hin zu einer Willkür bei Rationierungsentscheidungen, zu denen sie sich weder legitimiert noch ausreichend gesundheitsökonomisch kompetent fühlen.³⁹ Das ist als eine Ausprägung einer wachsenden Gefährdung der moralischen Integrität der Ärzteschaft zu sehen: Von patientenfernen Interessen geleitetes Handeln konfliktiert mit dem ärztlichen Ethos. Dessen Rahmen bilden die von *Beauchamps/Childress* entwickelten Prinzipien der biomedizinischen Ethik: Patientenwohl, Nichtschaden, Patientenautonomie und Gerechtigkeit.⁴⁰ Die Prinzipien der biomedizinischen Ethik haben neben der Funktion, die Patientengesundheit zu gewährleisten, auch den Zweck, der Ärzteschaft Orientierungs- und den Patienten Erwartungssicherheit zu bieten: Nur, wenn der Patient eine prinzipiengeleitete medizinische Behandlung erwartet und erwarten kann, wird er seinem Arzt vertrauen. Dieses antizipatorische Systemvertrauen kann das personale Vertrauen, welches der Patient strukturell nicht immer erwerben kann, ersetzen, weil die ärztliche Ethik für jedes Mitglied

27 Hoppe, MedR 2011, 216; *Deutscher Ethikrat* (Fn. 9), S. 123 f.

28 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 25), S. 23.

29 Statistisches Bundesamt, 2015b, S. 8.

30 Eichhorn, Krankenhausbetriebslehre, Bd. 2, 3. Aufl. 1975, S. 24; Kooperationsvereinbarungen mit niedergelassenen Ärzten zur Wirtschaftlichkeitssteigerung im Krankenhaus thematisiert Reinholz, rescriptum 2016/2, 134.

31 *Zentrale Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer*, 2013, A 1752 (A 1753, 1755 f.).

32 BSGE 96, 261 (270); *Becker*, MedR 2010, 218.

33 Statistisches Bundesamt (Fn. 29), S. 33.

34 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 25), S. 69.

35 *Zentrale Ethikkommission*, DÄBl 2013, A 1752 (A 1753 f.).

36 *Dietz*, Ethik in der Medizin 2011, 263 (264 f.); aA *Ulsenheimer*, MedR 2015, 757 (759), der Ökonomisierung als wachsende Ausrichtung der Medizin am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und ihre Beeinflussung durch Kosten-, Rendite- und Nutzenerwägungen versteht.

37 Zutr. kategorisiert *Dietz*, Ethik in der Medizin 2011, 263 (265 f.), die Symptome der Ökonomisierung.

38 *Zentrale Ethikkommission*, DÄBl 2013, A 1752 (A 1754).

39 *Strech et al.*, Ethik in der Medizin 2008, 94 (94 ff.).

40 *Beauchamps/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013.

des Berufsstandes verbindlich ist.⁴¹ Die Prinzipien der biomedizinischen Ethik stellen damit das Fundament der Arzt-Patienten-Beziehung und damit des Vertrauens des Patienten in das Gesundheitssystem als Solches dar.

Das Prinzip des Wohltuns (*beneficence*) basiert auf dem Grundsatz des *salus aegroti suprema lex* und umschreibt die Verpflichtung des Arztes, Krankheiten vorzubeugen, zu heilen und das Leiden des einzelnen Patienten zu reduzieren.⁴² Damit hängt das Gerechtigkeitsprinzip eng zusammen: Abgestellt wird auf die in Art. 3 Abs. 1 GG fundierte Gleichbehandlung der Patienten und eine gerechte Ressourcenverteilung (Verteilungsgerechtigkeit) sowie auf den gerechten Zugang zu Gesundheitsversorgung und Ressourcen (Zugangsgerechtigkeit). Daran fehlt es, wenn medizinische Entscheidungen aus ökonomischen Beweggründen getroffen werden: Wird der Patient zum Objekt rein ökonomisch bestimmten Handelns,⁴³ weil nicht mehr die Patientengesundheit im Fokus medizinischen Handelns steht, berührt das Art. 1 Abs. 1 GG. Verfassungsrechtlicher Maßstab zur Organisation und Verfahrensgestaltung im Gesundheitswesen zur Vermeidung rein ökonomisch motivierten Handelns ist insbesondere das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁴⁴

Entsprechend der beabsichtigten Wirkung des ökonomischen Drucks reagiert das Gesundheitssystem durch renditeorientierte Entscheidungen, sowohl was die Organisation als auch was den Umgang mit medizinischen Fragestellungen anbelangt. Auf der betriebswirtschaftlich determinierten Ebene der einzelnen Einrichtung bzw. auf der Mikroebene des einzelnen Patienten unterbleiben in der Folge medizinisch indizierte Untersuchungen und Behandlungen,⁴⁵ sie werden verschoben oder durch Kostendruck bedingt suboptimal ausgeführt⁴⁶. Auf Rationalisierungsanreize wird also mit Rationierungen reagiert. Hinzu kommt die unter dem Stichwort der „Rationierung durch Warteschlangen“ zusammengefasst kritisierte Versorgung gesetzlich Versicherter,⁴⁷ der etwa durch einen Auftrag zur zeitnahen Versorgung begegnet werden könnte.⁴⁸ Unterbleibt eine notwendige Behandlung aus ökonomischen Gründen oder wird sie deshalb verschoben, kommen Körperverletzung oder Totschlag durch Unterlassen, §§ 223, 13 StGB bzw.

§§ 212, 13 StGB, sowie unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB, in Betracht.

Erleidet der Patient demgegenüber vermeidbare Schmerzen, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG. So stellen lediglich ökonomisch motivierte Maßnahmen eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB sowie einen Betrug gemäß § 263 StGB gegenüber dem Patienten und zulasten des Kostenträgers dar; gleiches gilt für eine Aufteilung einheitlicher Behandlungen zur Vermehrung von DRGs: Beispielsweise stellen eine Vielzahl unnötiger Röntgenuntersuchungen zumindest nach dem BGH eine gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar.⁴⁹ Wirtschaftliche Überlegungen führen zur Mengenausweitung ohne hinreichende Indikation. Diese Tendenz zur Übertherapie und -diagnostik ist auch dadurch begründet, dass für die Gesundheitsversorgung der ökonomische Preismechanismus nur eingeschränkt gilt: Die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen nimmt bei steigenden Preisen nicht automatisch ab, d.h. sie ist eben nicht preiselastisch sondern vielmehr teils angebotsinduziert.⁵⁰ Vorrangig ökonomisch motivierte, renditeträchtige Maßnahmen werden in der Folge „umso mehr gemacht“,⁵¹ was mit dem Prinzip des Nichtschadens (*non-maleficence*)⁵² kollidiert: Danach müssen die mit einem Eingriff verbundenen Risiken und Nebenwirkungen vertretbar sein; zudem ist die Behandlung individuell an die Situation des jeweiligen Patienten anzupassen, wobei die Einhaltung hoher qualitativer Standards gefordert wird. Das vorrangige Ziel der Reformgesetzgebung der letzten Jahre war diesbezüglich auch explizit die Orientierung an den Versorgungsbedarfen der Patienten sowie die evidenzbasierte Qualitätssicherung der Leistungserbringung, vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V. *Solange allerdings ökonomischer Druck Fehlanreize setzt, ist das eher schadensbegrenzend denn systemverändernd.*

Zur Sicherung des patientenseitigen Systemvertrauens durch Erwartungssicherheit ist ebenfalls eine hinreichende Verwirklichung des Prinzips der Patientenautonomie (*voluntas aegroti*) erforderlich. Die hierauf beruhende ethische Pflicht des Arztes, seinen Patienten umfassend aufzuklären, ist Voraussetzung für dessen gewissenhafte, selbstbestimmte Entscheidung und für seinen Schutz vor Bevormundung.⁵³ Das setzt zunächst eine, im DRG-System regelmäßig fehlende, Zeit für Kommunikation voraus, was der *Deutsche Ethik*

41 Vgl. Schluchter, Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber, 1980, S. 185 ff., insb. S. 191.

42 Deutscher Ethikrat (Fn. 25), S. 68.

43 Zentrale Ethikkommission, DÄBl 2013, A 1752 (A 1754).

44 Vgl. zur Erweiterung um eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht BVerfGE 39, 1. Zu den objektiv-rechtlichen Handlungsgeboten an den Staat und seine Organe, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen und zu fördern, vgl. BVerfGE 90, 145 (195); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 76.

45 Leidner, DÄBl 2009, 1456.

46 Dietrich/Imhoff/Kliemt (Hrsg.), Mikroallokation medizinischer Ressourcen. Medizinische, medizinethische und gesundheitsökonomische Aspekte der Knappheit medizinischer Ressourcen, 2003.

47 Deutscher Ethikrat (Fn. 9), S. 15 f.

48 Vgl. § 75 Abs. 1a SGB V i.d.F. des GKV-VSG/E zur Erweiterung des vertragsärztlichen Sicherstellungsauftrags.

49 BGHSt 43, 346 m. ablehn. Bspr. Jung, MedR 1998, 329.

50 Lesenswerter Überblick bei Dietz, Ethik in der Medizin 2011, 263 (268).

51 Ulsenheimer, MedR 2015, 757 (759); Zentrale Ethikkommission, DÄBl 2013, A 1752 (A 1753). Welche Ursachen Mengenausweitungen haben, ist allerdings str., vgl. Schreyögg et al., Forschungsauftrag zur Mengenentwicklung nach § 17b Abs. 9 KHG. Endbericht, 2014. Der Deutsche Ethikrat, (Fn. 25), S. 60, Fn. 109 weist darauf hin, dass in diesem Zusammenhang auch die Strenge der Indikation bedeutsam ist.

52 Zurückzuführen auf den Grundsatz *primum nihil nocere*.

53 Vgl. Deutscher Ethikrat (Fn. 25), S. 69; Vgl. zum umgekehrten Recht auf Nichtwissen Brühl, rescriptum 2016/2, 120.

krat zu Recht deutlich kritisiert.⁵⁴ Das verfassungsrechtliche Fundament der Aufklärungspflicht, die die aus der Menschenwürde fließende Patientenautonomie wahrt,⁵⁵ liegt im Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG,⁵⁶ und wird durch einfachgesetzliche sowie berufs- und standesrechtliche Regelungen, wie die Grundsätze korrekter ärztlicher Berufsausübung, § 8 MBO, und die Empfehlungen der *Bundesärztekammer* zur Patientenaufklärung,⁵⁷ konkretisiert.

Erforderlich ist demnach eine umfassende Diagnose (§§ 630c Abs. 2, 630e Abs. 1 BGB), Eingriffs- (§ 630e Abs. 1 BGB), Risiko- (§ 630e Abs. 1 BGB) und Sicherungsaufklärung (§ 630c Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB) sowie wirtschaftliche Aufklärung (§ 630c Abs. 3 BGB, § 52 Abs. 2 SGB V).⁵⁸ Der Patient muss dabei insbesondere Art, Ausmaß und Gefährlichkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung kennen,⁵⁹ wobei die Anforderungen an die Aufklärung entsprechend der Schwere der Beeinträchtigung und Dringlichkeit des Eingriffs variieren.⁶⁰ Für eine Verwirklichung des Prinzips der Patientenautonomie muss er darüber hinaus auch über Folgen und Ziele des Eingriffs aufgeklärt sein, vgl. §§ 630d, 630e mit § 630e Abs. 2 S. 1 BGB.⁶¹ Damit erfüllen etwa eigenmächtige sowie lediglich ökonomisch motivierte Heilbehandlungen sowie unter Umständen die unnötige Aufteilung einheitlicher Maßnahmen in mehrere Eingriffe zum Zweck der Vermehrung von DRGs den Tatbestand des § 223 StGB und sind rechtswidrig.

54 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 25), S. 45 ff.

55 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 153.

56 BVerfGE 89, 120 (130). Früher aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet, BVerfGE 52, 131 (168).

57 *Bundesärztekammer*, DÄBl 1990, C-807.

58 Die hieraus ersichtliche gesetzgeberische Wertung streitet dafür, entgegen der wohl h.L. selbst in *lege artis* durchgeführten und erfolgreichen Eingriffen und Behandlungen zu Heilzwecken eine Körperverletzung zu sehen, die durch Einwilligung (*informed consent*), mutmaßliche Einwilligung, vgl. § 630d Abs. 1 S. 4 BGB, sowie rechtfertigenden Notstand - näher zu ausgewählten Rechtfertigungsgründen im Medizinstrafrecht *Wu/Wuschko*, rescriptum 2016/2, 110 ff. - gerechtfertigt sein kann: Nur so lässt sich das Systemvertrauen der Patienten sicherstellen. Eine bloße Erfassbarkeit über §§ 239, 240 StGB wird dem Unrechtsgehalt, der in einem Eingriff in die körperliche Integrität besteht, nicht gerecht und verleiht außerdem in Fällen der Täuschung keinen Schutz. Zutr. BGHSt 11, 111; 35, 246. Umfassend zum Streitstand *Lilie*, in: *Leipziger Kommentar*, StGB, Bd. 6, 11. Aufl. 2011, Vorb. § 223 Rn. 3 ff.; *Bockelmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968, S. 62; s.a. *Roxin*, GA 2011, 1 ff.; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 96 ff. Zum Problem der Operationserweiterung vgl. BGHSt 35, 246; 45, 219.

59 So *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 57), § 6 Rn. 101 f.; vgl. auch *Widmaier*, in: FS *Roxin*, Bd. 1, 2011, S. 441.

60 BGH, NStZ 2011, 343.

61 Zutr. BGHSt 12, 379. Dagegen gehen *Otto*, in: FS *Geerds*, 1995, 615 ff. und *Heinrich*, Rechtsgutszugriff, 2002, S. 333 f. zu weit, wenn sie jeden Motivationsirrtum als freiheitsausschließend erachten und die Rechtsgutsbezogenheit der Bestimmung der Autonomie verkennen.

3. Zwischenfazit

Ärzte werden zu Rationierern und Managern degradiert, Krankenhäuser entwickeln sich zu *Profit Centern*, Patienten werden als Kunden betrachtet und Gesundheit als Ware, Wirtschaftlichkeit verkommt – zusammenfassend – zum Selbstzweck. Die Ziele der Gesundheitsversorgung treten dahinter zurück: Von patientenfernen Interessen geleitetes Handeln führt bei der Ärzteschaft zu Wissenskonflikten und bei Patienten zu Misstrauen, Hilflosigkeit und Kontrollverlust, die sogar ihr Wohlbefinden ganz erheblich beeinträchtigen können.⁶² Die Ökonomisierung hemmt also die individuelle und institutionelle Normverwirklichung sowie die Funktionalität des Gesundheitssystems. Notwendige Bedingung, diese zu schützen, ist die Gewährleistung der Prinzipien der biomedizinischen Ethik – Patientenwohl, Orientierungssicherheit für die Ärzteschaft und das durch die Erwartungssicherheit der Patienten bedingte antizipatorische Systemvertrauen. Effizienz steht damit zumindest im Gesundheitswesen im Dienste der Zielverwirklichung⁶³ und ist somit lediglich erforderliches und gebotenes Mittel zum Zweck, die Aufgaben dieses Gesellschaftsbereichs zu erfüllen und seine Ziele zu erreichen.

III. Überlegungen zur Funktionalität des Gesundheitssystems

1. Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungen auf der Versorgungsseite als Voraussetzung

Rationalisierungen sind nur dann ethisch nicht von vornherein problematisch, wenn sie am Maßstab des Patientenwohls ausgerichtet sind, d.h. entweder die gleiche Versorgungsqualität mit geringerem Ressourceneinsatz ermöglichen oder bei gleichem Ressourceneinsatz die Versorgungsqualität erhöhen (*Gebot der Patientenwohlorientierung*).⁶⁴ Sie dürfen dabei aber zu keiner Verschlechterung der Versorgung führen, sodass sich verbietet, von Rationalisierung zu sprechen, wenn Einsparpotentiale um den Preis auch nur geringer Leistungskürzungen gehoben werden sollen: Maßnahmen, die neben der eigentlichen Effizienzsteigerung auch zu Rationierungen führen, dürfen nicht unter dem Deckmantel der Rationalisierung diskutiert werden, sondern müssen offen als systematische Leistungsbegrenzungen angesprochen werden, um das Vertrauen in das Gesundheitssystem wiederherzustellen und zu

62 *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, 2007, S. 91; s.a. *Pellegrino/Thomasma*, For the Patient's Good. The Restoration of Beneficence in Health Care, 1988.

63 *Häberle*, AöR 1973, 625 (634). Ein darüber hinausgehender wohlfahrtsökonomischen Effizienzbegriff misst nicht den Aufwand an dem erstrebten Zweck sondern postuliert Effizienz selbst als Zweck. Vgl. diesbezüglich etwa *Pigou*, The Economics of Welfare, 2. Aufl. 1924, zu interpersonellen Nutzenvergleichen – dagegen *Robbins*, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2. Aufl. 1935; zum Pareto-Kriterium *Pareto*, Manual of Political Economy, 1971; zum Kaldor/Hicks-Kriterium *Kaldor*, Economic Journal 1939, 549 (550), und *Hicks*, Economic Journal 1939, 696 (706); sowie modifizierend *Posner*, Economic Analysis of Law, 4. Aufl. 1992, S. 13.

64 *Fuchs/Nagel/Raspe*, DÄBl 2009, 554.

stärken (*Transparenzgebot*)⁶⁵ – ein *muddling through*⁶⁶ ist unvertretbar. Zu beachten ist dabei jedoch, dass selbst patientenwohlorientierte Rationalisierungen auf die Interessen und die Arbeitssituation der Leistungserbringer Rücksicht nehmen müssen (*Rücksichtnahmegebot*). Alle Rationalisierungsmaßnahmen müssen quantifizierbar sein, einem engen Controlling unterzogen sein und ständig evaluiert und unter Berücksichtigung der obigen Gebote angepasst werden (*Evaluierungsgebot*).⁶⁷ Dabei sind, ebenso wie bei der Diskussion neuer Rationalisierungskonzepte, alle Beteiligten aus Wissenschaft und Praxis, d.h. Krankenkassen, Patienten,⁶⁸ Ärzte, Pflege- und sonstiges Personal, Verwaltung, sowie die ethische Perspektive⁶⁹ in Rationalisierungsentscheidungen einzubeziehen (*Beteiligungsgebot*).

Deutlich wird, dass notwendige und ethisch vertretbare Rationalisierungen und das Patientenwohl einander nicht unversöhnlich gegenüberstehen: Rationalisierungen sind gerade mit dem Ziel der effizienten Verwirklichung des Patientenwohls und nicht mit dem Ziel der Kosteneffizienz konzipieren. Sie müssen die Belange des medizinischen und nicht-medizinischen Personals berücksichtigen und dürfen nicht Deckmantel für Rationierungen werden. In diesem Sinne sind normative Anforderungen sowohl an den Zweck als auch die Mittel von Rationalisierungen sowie an das Verfahren zu ihrer Einführung und Anpassung zu stellen.

Vor allem aber zeigt sich, dass die vorgestellten Kriterien nicht nur als Beurteilungsmaßstab für politische Entscheidungen zur Ausgestaltung der Gesundheitsversorgung zu verstehen sind: Sie sind nicht Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums sondern vielmehr ethisch und faktisch *notwendige Bedingung*, um die Ziele der Gesundheitsversorgung zu erreichen. Alle Maßnahmen zur Rationalisierung der Gesundheitsversorgung müssen sich also hieran messen lassen: Eine davon losgelöste Effizienzorientierung gefährdet die moralische Integrität der Ärzteschaft, die Gesundheit der Patienten und damit schlussendlich das Vertrauen in das Gesundheitssystem als Solches.

2. Notwendigkeit einer institutionellen Verankerung

Dass allein durch Rationalisierungen der Mittelknappheit im Gesundheitssystem nicht begegnet werden kann, wurde bereits eingangs angedeutet: Das setzt auch eine Betrachtung der Finanzierungsseite, der Vorsorge sowie des Versicherungssystems und nicht nur, wie hier geschehen, der Versorgungsseite voraus. Und auch diese wurde an dieser Stelle nur auf den Zusammenhang von Rationalisierungen und Rationierungen beschränkt untersucht.

Systematische Leistungsbegrenzungen sind weder ethisch noch verfassungsrechtlich⁷⁰ ausgeschlossen, steht

doch auch die Teilhabe an der Gesundheitsversorgung unter dem Vorbehalt des Möglichen. Hierunter ist keinesfalls zu verstehen, dass dem Gesundheitssystem durch Mittelerhöhungen ein Maximum finanzieller Ressourcen zur Verfügung zu stellen ist.⁷¹ Entscheidend ist allerdings: Solange durch das Ausschöpfen ethisch unproblematischer Rationalisierungspotentiale noch ein Mehr an Möglichem zu erreichen ist, sind Rationierungen ethisch nur schwer vertretbar.⁷² Erst wenn diese Potentiale ausgeschöpft sind, können Priorisierungen und Posteriorisierungen sowie Rationierungen zur Ressourcenallokation ins Auge gefasst werden, die einzelne Patienten zumindest zeitweise von Behandlungen und Eingriffen ausschließen.

Rationierungen sind wiederum explizit vorzunehmen und nicht implizit der individuellen Arztentscheidung oder der Mittelverfügbarkeit auf der Mikroebene zu überlassen.⁷³ Entscheidendes Argument hierfür ist die Auflösung der bestehenden ethischen und rechtlichen Konflikte aus Sicht der Ärzteschaft sowie des dadurch bestehenden Defizits an Orientierungssicherheit. Keinesfalls zielführend wäre es, das ärztliche Handeln selbst als Ansatzpunkt zur Bekämpfung der Ökonomisierung des Gesundheitssystems zu wählen. Intrinsisch, hier: moralisch motivierter Verzicht auf kurzfristige Gewinne kann sich zwar langfristig wirtschaftlich auszahlen.⁷⁴ Das ist etwa der Fall, wenn kurzfristige Interessen nur auf Kosten Dritter – Patienten, Kostenträger – durchgesetzt werden können, was zu einem Wettbewerbsnachteil durch Rufschädigung führen kann. Umgekehrt würde die glaubhafte Kommunikation einer Selbstbindung, im Interesse des Patienten zu handeln, zu einem Wettbewerbsvorteil führen.⁷⁵

Werden jedoch einzelne Teilnehmer am Wirtschaftsgeschehen ermutigt, sich externen Handlungsanreizen per Gewissensentscheid zu widersetzen, ohne allerdings ausschließen zu können, dass dieses „moralische Handeln“ wirtschaftliche Einbußen zur Folge hat, stellt der Ruf nach einem neuen Eid für die Ärzteschaft mit dem Ziel, ökonomisch

des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 95 Rn. 23 ff.

71 So ist auch der der „Nikolaus“-Beschluss, BVerfG, NJW 2006, 891 (891 ff.) zu lesen, der etwa von *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 436; *Huster*, in: *Deutscher Sozialgerichtstag e.V. (Hrsg.), 1. Deutscher Sozialgerichtstag. 16. und 17. November 2006. Plan B – Solidarität neu denken*, 2008, S. 54 f.; *Ladeur/Augsberg*, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, 2007, S. 51 f.; *Wenner*, *GesR 2009*, 177 f. rechtsbegründend als verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch auf ein sehr weites medizinisches Existenzminimum missverstanden wird. Richtiger Ansicht hat er dagegen lediglich rechtskonkretisierende Funktion, vgl. etwa *Axer*, in: *Depenheuer et al. (Hrsg.), FS Isensee*, 2007, S. 974 ff.; *Dannecker/Streng*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin. Kriterien im Dialog*, 2013, S. 138 ff.; *Detting*, *GesR 2006*, 97 (106).

72 *Deutscher Ethikrat (Fn. 9)*, S. 20.

73 Vgl. *Deutscher Ethikrat (Fn. 9)*, S. 14.

74 Ausführlich *Baurmann*, *Der Markt der Tugend*, 1996.

75 Zu solchen Argumenten *Schüssler*, *Kooperation unter Egoisten*, 1990; *Vanberg/Congleton*, *American Political Science Review* 1992 (86), 418 ff.

misch motivierte Entscheidungen zu vermeiden,⁷⁶ eine für ihre Adressaten gefährliche Forderung dar:⁷⁷ Gesetzgeberrisch bewusst gesetzte Anreize würden mit der individuell beideten moralischen Selbstbindung konfliktieren. Daraus folgen würde ein (weiterer) Gewissenskonflikt für die Ärzteschaft sowie ihre wirtschaftliche Bestrafung durch ebendiese Anreize. Institutionelle Reformen überführen individuelle Handlungsmotive dagegen in allgemeinverbindliche Regeln, an denen sich wiederum die Anreizsetzung orientiert und somit Gewissenskonflikte und eine Bestrafung regelkonformen Verhaltens vermieden werden. Sie sind moralischen Appellen damit überlegen. Erst dann bedarf es zur Internalisierung des kollektiven Regelsystems einer Selbstbindung auf individueller Ebene.⁷⁸

3. Ein pragmatischer Ansatz

Aus pragmatischen Gründen werden sich – auch wenn das das Ziel bleiben muss – allerdings implizite Leistungsbegrenzungen durch individuelle ärztliche Entscheidung kaum vermeiden lassen. Mit dem Ziel, für gegenseitiges Verständnis zwischen den beiden Polen der Ärzteschaft und des Managements zu sorgen und damit einen Kulturwandel hin zu einer Patientenwohlorientierung zu befördern, kann dann zusätzlich auf den bedenkenswerten Ansatz von *Bohnet-Joschko* zurückgegriffen werden: Sie weist darauf hin, dass Ärzte durch ein Verständnis um ökonomische Anforderungen und Kooperation mit dem Krankenhausmanagement zu einem solchen Kulturwandel beitragen können.⁷⁹

Gleichwohl wäre umgekehrt eine Orientierung des Managements an den Prinzipien der biomedizinischen Ethik wünschenswerter. Entscheidend ist jedenfalls, dass es der Ärzteschaft möglich ist, sich auch als „Rationierer“ von diesen Prinzipien leiten zu lassen, um ihren Verpflichtungen gegenüber dem Patienten nachzukommen.⁸⁰ Ein solches ethisches Kostenbewusstsein wird mit *Marckmann/in der Schmitten* aus individual-ethischer Sicht darauf ausgerichtet sein, Evidenz zu Wirksamkeit, Nutzen und Risiken sowie Patientenpräferenzen zu berücksichtigen sowie den Ressourcenverbrauch zur Erreichung des Therapieziels zu

minimieren; *Rixen* gebraucht diesbezüglich den Begriff der Ressourcenreflexivität.⁸¹ Aus sozial-ethischer Perspektive werden Maßnahmen mit hohen Grenzkosten aber geringem Grenznutzen unterlassen werden.⁸² Dieser Ansatz ist, soweit transparent und konsistent implementiert, auch als explizite Rationierung auf der Ebene des gesamten Gesundheitssystems bedenkenswert.

IV. Fazit

Um die Funktionalität des Gesundheitssystems zu sichern, ist ein effizienter Umgang mit den Mitteln, die für die Gesundheitsversorgung zur Verfügung stehen, unerlässlich. Effizienz als Zugangs- und Verteilungsgerechtigkeit sicherstellende Voraussetzung muss jedoch im Sinne einer optimierten Zweck-Mittel-Relation im Dienste der Normverwirklichung stehen. Ein davon losgelöstes, allein an der Profitabilität orientiertes Handeln von Institutionen und Individuen in Form einer Ökonomisierung verschlechtert nicht nur die Versorgungsqualität und die Arbeitsbedingungen für das medizinische und nicht-medizinische Personal: Gefährdet sind vielmehr auch die Orientierungssicherheit für die Ärzteschaft und das deren Erwartungssicherheit erfordernde antizipatorische Systemvertrauen der Patienten – insgesamt also die Verwirklichung der Ziele und Aufgaben des Gesundheitssystems.

Kriterien zur Beurteilung von effizienzsteigernden Maßnahmen, die auf die Verwirklichung der Prinzipien der biomedizinischen Ethik zielen, sind daher keine Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Werden sie institutionell verankert und im Zusammenhang mit anderen versorgungsseitigen Maßnahmen und diese wiederum in Verbindung mit der Finanzierung des Gesundheitssystems gesehen, sind die Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungen vielmehr notwendige Bedingung zum Schutz der Funktionalität des Gesundheitssystems. Vor allem tragen sie jedoch dazu bei, den Patienten zurück ins Zentrum der ärztlichen Tätigkeit zu holen.

76 DIE ZEIT Nr. 46, 12.11.2015. Vgl. für einen entsprechenden Vorschlag *Giger*, Schweizerische Ärztezeitung 2015, 930 (931), abrufbar unter <http://www.saez.ch/docs/saez/2015/25/de/SAEZ-03714.pdf> (Stand: 20.09.2016).

77 Überzeugend *Pies*, Normative Institutionenökonomik. Zur Rationalisierung des politischen Liberalismus, 1993, S. 174, mit Verweis auf *Krings*, in: Herder Korrespondenz, 1991, S. 230: Das Gewissen des Einzelnen könne ein Versagen der Institution nicht kompensieren.

78 Vgl. schon *Hume*, Essays. Moral, Political and Literary, 1985, insb. iv; *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, 1961; *Barry*, An Introduction to Modern Political Theory, 1981; *Kliemt*, Moralische Institutionen. Empiristische Theorien Ihrer Evolution, 1985. Besteht allerdings kein solches Ausschließungsverhältnis, kann ein kollektiv selbstverpflichtender Berufsethik-Kodex mitunter durch einen lobbyierenden Beitrag zum Wertediskurs diesen Prozess umkehren.

79 *Bohnet-Joschko*, in: Weilert (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat – Interdisziplinäre Zugänge, 2015, S. 175 ff.

80 *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik in der Medizin 2011, 303 (303 ff.).

81 *Rixen et al.*, MedR 2003, 191 (193).

82 *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik in der Medizin 2011, 303 (303 ff.).