

Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise

Kersten / Rixen

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-77019-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

VI. Gesundheit

Der Sozialstaat wurde unmittelbar mit dem Beginn der SARS-CoV-2-Pandemie aktiv. Wir erhalten nun alltäglich Einblicke in den infrastrukturellen Maschinenraum des Sozialstaats: die flächendeckende Gewährleistung eines jedenfalls alles in allem gut funktionierenden Gesundheitssystems; und wir müssen unser Leben radikal ändern, um dessen Funktionsfähigkeit zu gewährleisten. Gerade haben wir noch alle die Gesundheitsversorgung wie selbstverständlich vorausgesetzt, ohne auch nur einen Gedanken daran zu verschwenden. Nun zeigt sich in der Corona-Krise plötzlich, dass die Gesundheitsversorgung auf der Kippe stehen kann. Gesundheit und Gesundheitsversorgung werden zu einem individuellen und sozialen Risikofaktor, der sich bis in die Extremsituation der Triage zuspitzen kann. Immer geht es dabei um soziale Anerkennung, die zu gewährleisten jenseits aller vordringlichen und handfesten Hilfen Aufgabe des Sozialstaats ist.

1. Soziale Anerkennung

„Der Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko der Erkrankung ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Kernaufgabe des Staates.“³⁹⁸ Was das Bundesverfassungsgericht mit diesem Satz auf den Punkt bringt, wird im Sozialgesetzbuch (SGB), das sich u. a. auch mit den gesundheitsbezogenen Sozialsicherungssystemen befasst, weiter entfaltet.³⁹⁹ Das Sozialrecht solle dazu beitragen, „ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzun-

gen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen, [...] die Familie zu schützen und zu fördern“ sowie „besondere Belastungen des Lebens [...] abzuwenden oder auszugleichen“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch [SGB I]). Es ist offensichtlich, dass bei der Verwirklichung dieser Ziele die Gesundheit eine zentrale Rolle spielt. Wer beispielsweise unter starken Schmerzen leidet, die durch eine geeignete Arzneimitteltherapie gelindert werden könnten, aber keinen Zugang zu den Medikamenten hat, weil ihm oder ihr die finanziellen Mittel zu deren Kauf fehlen, dessen bzw. deren Lebensqualität wird extrem beeinträchtigt. Eine Krankheit kann mithin die Entfaltung der eigenen Lebenspläne, aber auch das Zusammenleben mit anderen massiv belasten. Die Krankheit, die unbehandelt bleibt, obwohl sie behandelt werden könnte, wird zu einer Dauerbelastung des gesamten Lebens. Anders ausgedrückt: In Phasen der Krankheit und Gebrechlichkeit erfahren wir das „Fragment unsres Lebens“⁴⁰⁰ (Dietrich Bonhoeffer). Das betrifft nicht nur lebensbedrohliche Erkrankungen wie COVID-19, sondern gilt auch – obgleich nicht immer vergleichbar dramatisch – für die vielen kleinen oder größeren Beeinträchtigungen, die zur alltäglichen Last werden können. Die eigene Endlichkeit, Fragilität und Angewiesenheit – Vulnerabilität, Verletzlichkeit – werden spürbar.⁴⁰¹ Hier kommen der Sozialstaat und sein Recht ins Spiel.

Alles Wesentliche – auch bei der Gesundheitsvorsorge – geschieht nicht durch das Recht, aber das Recht kann einen Rahmen schaffen, in dem für das Wesentliche – die adäquate, vor allem medizinische Unterstützung kranker oder von Krankheit bedrohter Menschen – ein geschützter Raum entsteht. Was bisweilen sehr abstrakt klingt – dass unsere Rechtsordnung sich der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Zugehörigkeitssicherung (vgl. Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG: „sozial“) verpflichtet weiß („sozial“ verweist auf das lateinische „socialis“, zusammen-

gehörend, zugehörig), wird hier konkret: Wo Menschen ihre konstitutive Schwäche – ihre Vulnerabilität – erleben, muss das Recht „Anerkennungsräume“ organisieren, in denen das durch Krankheit (oder aus anderen Gründen) gefährdete Selbst Anerkennung findet und gestärkt wird.

Soziale Infrastruktur – als Sammelbegriff für die Institutionen des Sozialstaats – gewährleistet Zugehörigkeit. Nach dem treffenden Wort Charles Taylors sind „die Institutionen [...] einer Gesellschaft [...] eine Art Sprache, in der ihre fundamentalen Ideen zum Ausdruck kommen.“⁴⁰² Dass Arbeiter/innen Ende des 19. Jahrhunderts Gesundheitsversorgung beanspruchen konnten, war nicht nur eine sanitäre Errungenschaft, sondern vermittelte ihnen – trotz aller fortbestehenden sozialen Ungleichheit – das Gefühl, dazu zu gehören, also ein Gegenüber zu sein, dem mit real erfahrbarer Wertschätzung zu begegnen ist. Im Sozialstaat, der auf real erfahrbare Wertschätzung (Anerkennung, Achtung) verpflichtet ist, erschöpft sich die Inanspruchnahme sozialer Infrastruktur also nicht in der technisch reibungslosen Deckung eines Bedarfs. Vielmehr kann die Nutzung sozialer Infrastruktur zugleich symbolisch-bewusstseinsbildend wirken, weil sie das Selbstwertgefühl desjenigen stärkt, der sie nutzt. Soziale Infrastruktur trägt so – in bescheidenem Umfang, aber immerhin – dazu bei, dass sich eine von Selbstachtung geprägte Identität ausbilden kann.⁴⁰³ Zugehörigkeit gewährleisten heißt demnach: Durch soziale Infrastruktur den Eigenwert der Person stärken. Diese idealerweise stillschweigend immer mitkommunizierte Wertschätzung macht soziale Infrastruktur aus. Die Pointe sozialer Infrastruktur liegt genau in diesem symbolischen Mehrwert. Die gegenwärtigen Debatten darüber, wer wann eine Chance hat, geimpft zu werden, und wer sich warum zurückgesetzt fühlt, weil er oder sie auf die Impfung warten muss, veranschaulicht die Problematik. Sie wird verfehlt, wo Neideffekte oder Ressentiments derer, die (angeblich) zu kurz kämen, als

Erklärung dienen sollen. Im Raum steht das Versprechen des Sozialstaats, Menschen mit Gesundheitsbedarfen, deren Deckung die eigenen materiellen Möglichkeiten übersteigt, *wahrzunehmen* und sodann mit der gleich verteilten Chance auf Deckung des Gesundheitsbedarfs auch immateriell bzw. symbolisch als Gleiche *ernst* zu nehmen. Beide Dimensionen sozialer Anerkennung sind wechselseitig aufeinander verwiesen, sie sind zwei Seiten einer Medaille.

Soziale Anerkennung gelingt, weil in den Institutionen des Sozialstaats von der tatsächlichen wechselseitigen Anerkennung der Einzelnen abstrahiert und diese so auf Dauer gestellt wird, um situationsgerecht abrufbar zu sein. Sozialstaatliche Institutionen müssen von den Individuen abstrahieren, damit sie nicht zu sehr von deren schwankender tatsächlicher Bereitschaft, Anerkennung zu leisten, abhängen. Das bedeutet nicht, dass die individuelle Bereitschaft, Anerkennung (auch institutionenvermittelt) zu leisten, verzichtbar wäre. Sie ist eine vom Grundgesetz vorausgesetzte normative Erwartung (eine sog. Verfassungsvoraussetzung), ohne die sozialstaatlichen Institutionen dauerhaft nicht funktionsfähig sind. Bildhaft ausgedrückt: Das Feuer wärmt nur so lange, wie es Menschen gibt, die wollen, dass es brennt, auch wenn sie das Brennholz nicht immer selbst nachlegen können.

Weil das so ist, ist die gesundheitssichernde Infrastruktur Teil der Infrastruktur des Sozialstaats. Den Sozialstaat trifft somit auch die Pflicht, der Entstehung von Krankheiten entgegenzuwirken (Prävention), etwa durch die Verhütung der Übertragung von Infektionskrankheiten. Lorenz von Stein, einer der Vordenker des modernen Sozialstaats,⁴⁰⁴ hat nicht ohne Grund einen Band seines Hauptwerks „Verwaltungslehre“ dem öffentlichen Gesundheitswesen gewidmet, mit Ausführungen zum Seuchen- und Impfwesen und einem Abschnitt zum Thema „Die Epidemien und ihr Recht“.⁴⁰⁵ Die Grenze zwischen der Verhütung und der Be-

kämpfung übertragbarer Krankheiten ist fließend.⁴⁰⁶ Denn aufgrund der Dynamik des Infektionsgeschehens ist auch in der Corona-Krise nicht immer klar, ob die Prävention sich nur auf noch nicht mit SARS-CoV-2-Infizierte bzw. an COVID-19-Erkrankte bezieht oder ob es – möglicherweise unerkannt – bereits Infizierte oder Erkrankte sind, an die Schutzmaßnahmen adressiert werden.⁴⁰⁷ Auch die im Infektionsschutzgesetz „Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“⁴⁰⁸ genannte Aufgabendimension hat also, etwas indirekter, eine präventive Zielrichtung, die das Infektionsschutzgesetz in Gänze prägt (vgl. § 1 Abs. 1 IfSG). Ein Impfstoff ermöglicht Schutzimpfungen (§ 2 Nr. 9 IfSG), die regelmäßig das ideale Mittel präventiven Infektionsschutzes sind. Reicht es, auf freiwillig in Anspruch genommene Impfungen zu setzen oder ist eine Pflicht zur Impfung gegen SARS-CoV-2 geboten? Und welche Probleme stellen sich, solange ein Impfstoff fehlt oder, wenn er verfügbar ist, nicht für alle, die ihn benötigen, zur selben Zeit verfügbar ist? Da bislang ein Medikament fehlt, das an COVID-19 Erkrankte heilen kann, lässt sich der – auch mit Blick auf künftige Pandemien, die auf andere Viren zurückzuführen sind – wichtigen Frage nicht ausweichen, wie mit den begrenzten intensivmedizinischen Ressourcen umgegangen werden soll, wenn COVID-19 Erkrankte zur selben Zeit um nur ein „Intensivbett“ konkurrieren und das Problem der Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen am eigenen Leibe erleben.

2. Triage

Ferda Ataman twitterte recht bald nach Beginn der Pandemie: „Ich habe irgendwie eine Ahnung, welche Bevölkerungsgruppen in Krankenhäusern zuerst behandelt werden, wenn die Beatmungsgeräte knapp werden.“⁴⁰⁹ Ein Sturm

der Entrüstung brach über sie herein. Es half ihr nicht viel, dass sie einen Tag später ergänzte: „Mir liegt es fern, die großartige Arbeit von Ärzt*innen und Pfleger*innen unter Generalverdacht zu stellen. Doch viele Menschen aus Einwandererfamilien treibt die Angst vor Rassismus um, auch in der Corona-Krise. Sie denken darüber nach, welche Folgen institutioneller Rassismus in einem drohenden Ausnahmezustand haben kann. Darauf wollte ich hinweisen. Ich bedauere, wenn das missverstanden wurde.“⁴¹⁰ Wer die seitdem über das Thema „Triage“ geführte Diskussion verfolgt hat, konnte den Eindruck haben, mit ihrer Provokation habe Ferda Ataman nicht ganz falsch gelegen.⁴¹¹ Allerdings weniger, weil Menschen mit Migrationsgeschichte triagiert werden sollen, sondern weil sich bei vielen alten Menschen und Menschen mit Behinderungen – ganz unabhängig von gegebener oder fehlender Migrationsgeschichte – der Eindruck einstellen konnte, dass sie beim denkbaren Kampf ums letzte Intensivbett auf verkappte Weise ins Hintertreffen geraten könnten.

Die Frage, wer, sollten die intensivmedizinischen Versorgungskapazitäten („Intensivbetten“) nicht ausreichen, an das einzige noch verfügbare Beatmungsgerät angeschlossen wird, ist nicht nur in der Corona-Krise relevant, aber in der Krise wird ihre Brisanz besonders deutlich. Die Vielzahl der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, die zur Krisenbewältigung ins Werk gesetzt wurden, hatten zunächst den Sinn, durch eine Reduzierung der Neuinfektionen („flatten the curve“) die Zahl der schwer Erkrankten gering zu halten, um so möglichst für alle, die es benötigen, ein Intensivbett zur Verfügung zu haben. Die Maßnahme wäre nicht nötig gewesen, wenn die Kapazitäten den vermuteten Bedarf gedeckt hätten. Vor der Corona-Krise gab es in Deutschland bundesweit ca. 22.000 Intensivbetten mit Beatmungsmöglichkeit. Bis Mitte Januar 2021 konnte die Zahl der Intensivbetten mit Beatmungsmöglichkeiten auf ca. 28.000 gesteigert werden.⁴¹²

Zusätzlich steht eine Reserve bereit, die innerhalb einer Woche aktiviert werden kann. Diese Reserve schwankt je nach Personalsituation zwischen 10.000 und 12.000 Betten; sie wird erst durch weiteres Rückfahren der Regelversorgung und weitere Maßnahmen verfügbar. In der Corona-Krise wurde zunächst freiwillig, dann gesetzlich verpflichtend ein im Wesentlichen von der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) initiiertes „DIVI IntensivRegister“⁴¹³ zum wichtigsten Instrument, um intensivmedizinische Behandlungskapazitäten abzufragen; und zwar Intensivbetten mit nicht-invasiver Beatmungsmöglichkeit (ICU low care), mit invasiver Beatmungsmöglichkeit (ICU high care) und mit zusätzlicher extrakorporaler Membranoxygenierung (ECMO).⁴¹⁴ So – durch tagesaktuelle Meldungen über die behandelten SARS-CoV-2-Patientinnen und -Patienten und die Möglichkeit einer rechtzeitigen Verlegung – ist die Wahrscheinlichkeit der Triage reduziert worden. Bislang ist kein Fall der Triage in der Corona-Krise bekannt geworden. Das gilt auch für die Zeit Ende 2020/Anfang 2021, in der neuerlich über die Triage diskutiert wurde.⁴¹⁵ Die Debatte über das Ob und Wie der Triage konnte gleichwohl nicht verwundern, denn wo soziale Infrastruktur knapp zu werden droht, gerät auch das Anerkennungsverprechen des Sozialstaats unter Druck.

Das Thema „Triage“ ist ein Unterfall des Problemfelds, das mit den Stichworten „Rationierung“ und „Priorisierung“ umschrieben wird. Rationierung und Priorisierung verbindet, dass es um eine vollständige oder zeitweilige Vorenthaltung von Behandlungsleistungen (einschließlich der Güter [z. B. Arzneimittel], die verwendet werden) zulasten von Menschen geht, deren Krankheit an sich behandelt werden könnte.⁴¹⁶ Priorisierung ist gewissermaßen eine temporalisierte Rationierung, die nicht vollständig, aber durch gezielte Verspätung rationiert. Direkt fällt Rationierung aus, wenn sie in einer konkreten Arzt-Patienten-Behandlungs-

beziehung erfolgt. Sie ist indirekt, wenn sie in deren Vorfeld angesiedelt ist, also nicht die Mikroebene berührt, sondern die oberste Ebene der Allokationsentscheidungen, auf der darüber befunden wird (etwa durch die Höhe des Beitragsatzes oder der Summe staatlicher Zuschüsse), wie viel Geld insbesondere der gesetzlichen Krankenversicherung, der ca. 90 % der Bevölkerung angehören, überhaupt zur Verfügung steht (Makroebene) und wie sich das Geld auf die einzelnen Versorgungssektoren verteilt bzw. in ihnen aufgeteilt wird (Mesoebene). Gerade hier zeigt sich, dass das sozialstaatliche Gesundheitssystem ein „Knappheitsverteilungssystem“⁴¹⁷ ist. Denn aufgrund der fiskalischen Restriktionen auf der Ebene der Makroallokation – das Geld für das Gesundheitssystem konkurriert mit anderen volkswirtschaftlich relevanten Bedarfen – sind nie alle wünschbaren Ressourcen unbegrenzt verfügbar. Explizit ist die Rationierung, wenn Leistungen offen, etwa infolge einer gesetzgeberischen Entscheidung, nicht gewährt werden (etwa bei bestimmten Arzneimitteln). Implizit bzw. „still“ fällt die Rationierung aus, wenn die Vorenthaltung stillschweigend bzw. in transparenzminimierender Weise geschieht, etwa durch nur dem Leistungserbringer bekannte finanzielle Budgets oder informelle Wartelisten. Die Vorenthaltung von intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten in einer konkreten Behandlungsbeziehung ist eine direkte Rationierung. Ob sie explizit oder implizit ausfällt, hängt davon ab, wie offen die Vorenthaltung praktiziert und kommuniziert wird. Behandlungspriorisierungen gehören zum „Normalzustand“ des Gesundheitswesens, ohne dass dies immer dramatische Folgen hätte; zu denken ist etwa an die Notaufnahme eines Krankenhauses, in dem am Wochenende ein Mensch mit einem verstauchten Fuß länger auf die Behandlung warten muss als eine zeitgleich eintreffende Person mit einer stark blutenden Kopfwunde.

Charakteristisch für die Knappheitsproblematik von Triage-Situationen sind Massenanfälle von Verletzten, insbesondere