

Prof. Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth

Recht auf Gesundheit – Konturen eines wenig bekannten Menschenrechts

- Redevorlage für den Vortrag am 09.12.2016; es gilt das gesprochene Wort. -

1. Einleitung

Es gibt Begriffe, die sind anfällig für Missverständnisse. Zu diesen Begriffen gehört „Recht auf Gesundheit“. Je nach Standpunkt und Perspektive lädt „Recht auf Gesundheit“ zu Assoziationen ein, die in die Irre führen. Das „Recht auf Gesundheit“ ist *kein* Recht, gesund zu sein, denn das würde voraussetzen, dass sich Gesundheit „machen“ ließe – was, wie wir alle wissen, nicht möglich ist. Das „Recht auf Gesundheit“ ist *kein* Heilungsversprechen, *keine* Gesundheitsutopie und auch *keine* Krankheitsvermeidungsgarantie – aber was ist es dann? Ich möchte die Konturen dieses in der Tat wenig bekannten, ja *verkannten* Menschenrechts nachzeichnen. Das werde ich in drei Schritten tun: Zunächst möchte ich etwas ausführlicher erläutern, wo im Gefüge des positiven Rechts das Recht auf Gesundheit seinen Ort hat. Wir werden z.B. sehen, dass das deutsche Verfassungsrecht zwar grundrechtliche Gewährleistungen kennt, deren Thema die Gesundheit ist. Ein *explizites* Recht auf Gesundheit kennt das deutsche Grundgesetz indes nicht. Aber es lohnt sich, genauer hinzusehen, denn dann kommt man auch auf nationaler Ebene einem Recht auf Gesundheit auf die Spur, eine Spur, die ins internationale Recht führt.

Der eigentliche Ort der Rede vom „Recht auf Gesundheit“ ist das internationale Recht, also das Völkerrecht. Die interessante Frage ist, ob sich dieses völkerrechtliche Verständnis in gutgemeinter Rhetorik erschöpft oder ob es Folgen hat für die Handhabung nationaler Rechtsvorschriften und für die Gestaltung der entsprechenden Politikfelder. Dies werde ich – in einem zweiten Schritt – anhand der Vorschriften über die Gesundheitsversorgung von Migrantinnen und Migranten nach dem deutschen Asylbewerberleistungsgesetz illustrieren. Das bietet sich auch deshalb ein, weil in der internationalen Menschenrechtsdebatte das Recht auf Gesundheit von Migrantinnen und Migranten eine große Rolle spielt. In einem dritten Schritt will ich der Frage nachgehen, ob bzw. inwieweit das Recht auf Gesundheit offen für kulturelle bzw. religiöse Motivationen ist; wenn Grundrechte Garanten der Pluralität sind, dann muss auch das Recht auf Gesundheit pluralitätssensibel gedacht werden. Aber wie geht das genau?

2. Der Ort des „Rechts auf Gesundheit“ im positiven Recht

a) „Recht auf Gesundheit“ im nationalen Verfassungsrecht – das Beispiel Deutschland

Zum ersten Punkt: zum Ort des „Rechts auf Gesundheit“ im Raum des positiven Rechts. Trotz aller Rede von Globalisierung ist das positive Recht immer noch im Wesentlichen an Staaten gebunden, von denen es derzeit immerhin gut 200 gibt. In den Verfassungen zahlreicher Staaten findet sich ein Recht auf Gesundheit. So heißt es etwa in der italienischen Verfassung: „Die Republik schützt die Gesundheit als Grundrecht des Einzelnen [...]“.¹ Oder in der indonesischen Verfassung: „Jede Person [...] hat das Recht, medizinische Versorgung zu erhalten.“² In der kenianischen Verfassung lesen wir: „Every person has the right [...] to the highest attainable standard of health, which includes the right to health care services, including reproductive health care.“³ Die spanische Verfassung anerkennt das Recht auf Schutz der Gesundheit, zählt dies aber ausdrücklich nur zu den Leitprinzipien der Sozialpolitik.⁴ Ähnlich ist das in der Verfassung Brasiliens, wo (zu Beginn der Verfassung) das Recht auf Gesundheit zwar ausdrücklich zu den „sozialen Rechten“ gezählt wird,⁵ sodann heißt es aber weit hinten in der Verfassung (sozusagen im Kleingedruckten), dass dieses Recht durch die Sozial- und Wirtschaftspolitik gewährleistet werde.⁶ In der Verfassung Portugals heißt es: „Jeder hat das Recht auf den Schutz der Gesundheit“, allerdings sodann auch: „und die Pflicht seine Gesundheit zu bewahren und zu fördern.“⁷ Dieses Recht auf den Schutz der Gesundheit wird, wie die portugiesische Verfassung ausführt, insbesondere durch ein nationales Gesundheitswesen verwirklicht, das der Staat vorzuhalten hat.⁸ Dass das Recht auf Gesundheit von den sozial- und gesundheitspolitischen Anstrengungen abhängt, die der Staat unternimmt, bringt die slowakische Verfassung auf den Punkt: „Jeder hat das Recht auf den Schutz seiner Gesundheit. Auf Grund der Krankenversicherung haben die Bürger das Recht auf kostenlose Gesundheitsfürsorge und auf Heilmittel unter Bedingungen, die *durch Gesetz* bestimmt wer-

¹ Art. 32 Abs. 1 Verfassung Italiens, weiter heißt es: „[...] und als Interesse der Gemeinschaft [...]“

² Art. 28H Abs. 1 Verfassung Indonesiens.

³ Art. 43 Abs. 1 Buchst. a) Verfassung Kenias.

⁴ Art. 43 Abs. 1 Verfassung Spaniens. – Das Kapitel, zu dem die Vorschrift gehört, ist übertitelt mit: „De los principios rectores de la política social y económica“

⁵ Art. 6 Verfassung Brasiliens.

⁶ Art. 196 Verfassung Brasiliens: „A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas* [...]“

⁷ Art. 64 Abs. 1 Verfassung Portugals.

⁸ Art. 64 Abs. 2 Buchst. a) Verfassung Portugals.

den.“⁹ Es geht offenbar um ein Recht darauf, dass der Gesetzgeber tätig werden möge, damit er den Inhalt des Rechts erst in operabler Weise definiere.

Gegenüber solchen sozialen Grundrechten – den Menschenrechten der sogenannten „zweiten Generation“ – empfanden die Mütter und Väter des deutschen Grundgesetzes große Skepsis. Ihr Denken war bestimmt von einem Verständnis, das sich auf die „Menschenrechte der ersten Generation“ bezog: Menschen- bzw. Grundrechte wurden gedacht als Abwehrrechte gegenüber dem Staat. Sie sind ein Schutzmechanismus, mit dem sich das Individuum gegen Übergriffigkeiten des Staates zur Wehr setzt und seine Freiheit verteidigt. Das ist bis heute hin eine wichtige, vielleicht die zentrale Funktion von Freiheitsrechten. Dass soziale Rechte – Leistungsrechte – Grundrechte sein sollten, wurde, als das Grundgesetz entstand, abgelehnt: Werde der Inhalt eines solchen Grundrechts wesentlich durch den Gesetzgeber definiert, könne von einer effektiven Grundrechtsbindung keine Rede sein. Solche Rechtspositionen als Grundrechte auszuflaggen, sei letztlich eine *falsa demonstratio*, ein Etikettenschwindel – weshalb man auf soziale Grundrechte wie ein Recht auf Gesundheit im deutschen Grundgesetz verzichtet hat.

Nun geht die Wirkungsgeschichte eines Textes häufig über dessen Entstehungsgeschichte hinweg. Die Bedeutung einer Verfassungsnorm erschöpft sich nicht in dem, was zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung gedacht wurde, und sie steht nicht für alle Zeiten unveränderlich fest. Verfassungsgerichte sind eine praktische Antwort auf das prinzipielle Problem, wie sozialer Wandel normativ flankiert werden kann. Aufgabe der Verfassungsgerichte ist es, durch immer neue, aneinander anschließende Akte vorläufiger Endgültigkeit zwischen Genesis und Geltung zu vermitteln. Sie sorgen so ständig gewissermaßen für das semantische „aggiornamento“ („Verheutigung“) eines Verfassungstextes. Dahinter stehen schwierige methodische und demokratietheoretische Fragen, denn die Vorverständnisse, die die Interpretation anleiten, sind natürlich das Entscheidende. Ein unter Juristen bekanntes Bonmot besagt: Ein Gesetz kann klüger sein als der Gesetzgeber – was nichts anderes bedeutet als: Diejenigen, die das Gesetz interpretieren, sind klüger als die, die es verabschiedet haben. Jedenfalls war das deutsche Bundesverfassungsgericht klug genug zu erkennen, dass Grundrechte nicht nur Freiheits- oder Gleichheitsrechte sind, sondern auch in bestimmten Fällen Leistungsrechte sein können. Das Wort „soziale Grundrechte“ wird mit Bedacht vermieden, um den Anschein nicht zu stören, es habe sich eigentlich nichts verändert. Hierin äußert sich der Respekt vor

⁹ Art. 40 Verfassung der Slowakei.

den Grundentscheidungen des Verfassungsgebers, der eben keine sozialen Grundrechte wollte, zugleich geht es um die diskrete Weiterentwicklung des Grundrechtsverständnisses, die die historisch überkommene Konzeption der Verfassung nicht aus den Angeln hebt.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht schon früh klargestellt und betont es immer wieder, dass „der Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko der Erkrankung [...] in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Kernaufgabe des Staates“ ist.¹⁰ Es geht um eine Staatsaufgabe, die insbesondere der Gesetzgeber permanent zu erfüllen hat. Das folgt, wie das Bundesverfassungsgericht klarstellt, aus dem Sozialstaatsprinzip. Das Sozialstaatsprinzip ist die dauerhafte Verpflichtung auf das Ziel, Zugehörigkeit zu ermöglichen, denn dies bedeutet das lateinische „socius“, von dem das Wort „sozial“ stammt. „Socius“ ist der Zugehörige, der Zugehörige.¹¹ Sozialstaat ist ein Staat, der die Bemühungen nicht aufgeben darf, Menschen die Bedingungen der realen Möglichkeit von Persönlichkeitsentfaltung zur Verfügung zu stellen, damit sie sich als Zugehörige erfahren können – und dazu gehört eben auch die Gesundheitsversorgung. Das bedeutet, dass es kraft des Sozialstaatsprinzips überhaupt ein System der Gesundheitsversorgung geben muss, ohne dass dessen Design aber im Einzelnen von Verfassungswegen feststünde.

Bei dieser Sichtweise, die beim Sozialstaatsprinzip ansetzt, ist das Bundesverfassungsgericht indes nicht stehen geblieben. Es hat diese Sichtweise vor allem in den letzten zehn Jahren punktuell „vergrundrechtlicht“.¹² Soll heißen: Es hat im Lichte des Sozialstaatsprinzips bestimmte Freiheitsrechte – insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit – in einer Weise weiterentwickelt, die man als punktuelle Erfindung eines Rechts auf Gesundheit deuten kann, das allerdings diesen Namen nicht offen führt. Das Bundesverfassungsgericht betont etwa unmissverständlich – konkret: mit Blick auf die Transplantationsmedizin –, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sei berührt, „wenn staatliche Regelungen dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine

¹⁰ BVerfGE 123, 186 (242).

¹¹ Stephan Rixen, Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, in: VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) Bd. 74 (2015), S. 293 (304 f.).

¹² Dies wird skizziert bei Christian Pestalozza, Das Recht auf Gesundheit Verfassungsrechtliche Dimensionen, in: Bundesgesundheitsblatt 2007, 1113 ff.; zur gängigen, gegenüber einem Recht auf Gesundheit eher skeptischen verfassungsrechtlichen Sichtweise Paul Kirchhof, Ein Recht auf Gesundheit?, in: Volker Schumpe-lick/Bernhard Vogel (Hrsg.), Volkskrankheiten – Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft, 2009, S. 33 ff.

nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt.“¹³ Es geht hier um ein Problem der Verteilungsgerechtigkeit: Wenn der Staat den Zugang zu einer an sich verfügbaren medizinischen Behandlungsoption versperrt, dann handelt es sich um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff, für den eine hohe Begründungslast gilt. Was hier als Abwehrrecht daher kommt – bildhaft gesprochen: der kranke Mensch wehrt den Staat ab, der sich ihm beim Griff nach der medizinischen Hilfe in den Weg stellt –, ist, strukturell betrachtet, ein Leistungsrecht, denn der Staat muss die gerechte – d.h.: von sachlichen Gründen gesteuerte, willkürfreie – Teilhabe an einem Gesundheitssystem bzw. den Zugang zu medizinischer Hilfe ermöglichen, er verteilt in letzter Konsequenz Überlebenschancen.

Ferner hat das Bundesverfassungsgericht – als Aspekt der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip – ein Recht auf das physische Existenzminimum anerkannt; dieses Grundrecht umfasst auch ein Mindestmaß an gesundheitlicher Versorgung.¹⁴ Es verlangt eine transparente und in tatsächlicher Hinsicht tragfähige Begründung bei der Festlegung des Mindestmaßes der Gesundheitsversorgung. Der Sache nach geht es insofern um ein Recht auf Gesundheit, als ein menschenrechtlicher Anspruch darauf besteht, dass der Gesetzgeber diese gesundheitliche Mindestversorgung in nachvollziehbarer und transparenter Weise regelt. Auch das ist eine Vorkehrung die in der Sache auf den Zugang zu einer ausreichenden Versorgung abzielt.

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Recht auf Leben einen Anspruch auf Zugang zu alternativmedizinischen Maßnahmen abgeleitet, wenn es um die Abwehr lebensbedrohlicher bzw. regelmäßig tödlicher Erkrankungen geht und wirksame schulmedizinische Maßnahmen nicht existieren.¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert auch hier mit der grundrechtlichen Schutzpflicht, die es aus dem Recht auf Leben und körperliche Gesundheit herleitet. Im Ergebnis ist das nichts anderes als ein Leistungsrecht, das den Staat verpflichtet zu gewährleisten, dass bei ernsten, lebensbedrohlichen Erkrankungen der Zugang zu möglichen Behandlungsoptionen vergleichsweise großzügig gehandhabt wird.

Wir sehen: Hinter der Fassade, auf der zu lesen ist „Das Grundgesetz kennt keine sozialen Grundrechte“, gibt es eine Dynamik der Veränderung, die – jedenfalls punktuell – aus Frei-

¹³ BVerfG, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1999, 3399 (3400).

¹⁴ BVerfGE 125, 175; 132, 134; 137, 34.

¹⁵ BVerfGE 115, 25; 140, 229.

heitsrechten, die den Staat abwehren sollen, Leistungsrechte – soziale Grundrechte – machen, die den Staat zum Handeln zwingen, etwas zu tun, nämlich die Chancen, gesund zu werden, effektiv zugänglich zu machen und gerecht zu verteilen. Damit nähert sich das Grundgesetz in seiner heute maßgeblichen Lesart dem völkerrechtlichen Verständnis des Rechts auf Gesundheit an. Es dürfte kein Zufall sein, dass das Bundesverfassungsgericht, zum Teil auch in den hier interessierenden Entscheidungen, auf völkerrechtliche Normen – zumindest ergänzend – Bezug nimmt.

b) Das völkerrechtliche „Recht auf Gesundheit“

Es gibt zahlreiche internationale Dokumente, die sich auf das Recht auf Gesundheit beziehen (Herr Prof. Anand Grover wird darauf in seinem Vortrag noch eingehen). Der prominenteste Text ist der „Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), der sogenannte UN-Sozialpakt, der bislang von 164 Staaten ratifiziert wurde.¹⁶ Der Pakt garantiert – in der *inoffiziellen* deutschen Übersetzung, die sich in missverständlicher Weise an die offizielle französische Fassung anlehnt – das „Recht eines jeden auf das *für ihn* erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“. Die offizielle englische Fassung lautet indes: „enjoyment of the *highest* attainable standard of physical and mental health“.¹⁷ Das ist ein anderer Akzent als die Rede von einem „für ihn“ – den jeweils kranken Menschen – erreichbare Höchstmaß an Gesundheit. Wer den offiziellen Text mit „für ihn erreichbar“ übersetzt, relativiert die Aussage, weil die Möglichkeiten des Einzelnen („für ihn“) eben begrenzt sein können und folglich auch der Inhalt seines Rechts. Der *offizielle* Text ist demgegenüber so zu verstehen, dass das im jeweiligen Referenzland verfügbare Höchstmaß an gesundheitlicher Versorgung der Bezugspunkt ist.¹⁸

Von grundsätzlicherer Bedeutung ist aber etwas anderes: Die Rede von einem völkerrechtlichen „Recht auf Gesundheit“ ist in der Tat leider etwas irreführend, denn genaugenommen

¹⁶ Zusammenfassend etwa Gabriel Alexander Baumstark, *The Human Right to Health and its Relation to the WTO*, 2016, S. 21 ff.

¹⁷ Vgl. die drei Sprachfassungen des Art. 12 in: Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1973 II S. 1570 (1575).

¹⁸ Stephan Rixen, *Zwischen Hilfe, Abschreckung und Pragmatismus: Gesundheitsrecht der Flüchtlingskrise – Zu den Änderungen durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015*, in: NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2015, 1640 (1643); ders., *Gestaltungsspielräume bei der Gewährung von Leistungen an Geflüchtete – Verfassungsrecht, EU-Recht, Völkerrecht* –, in: *Der Landkreis – Zeitschrift für kommunale Selbstverwaltung* 2016, 268 (272).

geht es um eine Staatenverpflichtung, d.h., die Vertragsstaaten, erkennen dieses Recht an und verpflichten sich, dieses Recht in ihrer Rechtsordnung umzusetzen. Das bedeutet: Der UN-Sozialpakt mit seinem Recht auf Gesundheit ist nach überwiegender Auffassung kein „richtiger“ Menschenrechtsvertrag, der den Individuen direkte Ansprüche gewährt, die sie gerichtlich durchsetzen können. (Das ist etwa in Europa der Fall bei der Europäischen Menschenrechtskonvention.) Das „Recht auf Gesundheit“ wirkt als völkerrechtliche Inpflichtnahme der Vertragsstaaten, namentlich des jeweiligen nationalen Gesetzgebers. Wenn man mit dem Terminus „Menschenrecht“ eine individuelle, gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit verbindet, wäre das Recht auf Gesundheit kein Menschenrecht. Sofern man das nicht für zwingend erachtet, sondern akzeptiert, dass solche die Staaten in die Pflicht nehmenden Verträge *eine* Form der Durchsetzung von Menschenrechten, dann kann man durchaus von einem Menschenrecht sprechen. (Dieser Regelungsmechanismus ist bei sozialen Menschenrechten nicht ungewöhnlich, in Europa gibt es ihn beispielsweise auch bei der Europäischen Sozialcharta des Europarats, die ebenfalls jedenfalls nach überwiegender Ansicht nur die Staaten in die Pflicht nimmt.)

Nach Auffassung des UN-Hochkommissars für Menschenrechte und der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist das Recht auf Gesundheit ein Sammelbegriff für Abwehrrechte („freedoms“) und individuelle Berechtigungen („entitlements“).¹⁹ Die „freedoms“ dienen der Absicherung des *informed consent*, also der Zustimmung zu medizinischen Maßnahmen. Die Berechtigungen („entitlements“) umfassen im Wesentlichen ein Zugangsrecht zu einem auf höchstmöglichen Standard agierenden Gesundheitssystem, das sowohl Basisversorgung als auch „essential medicine“ vorhält und von allgemeinen Informations- und Partizipationsansprüchen flankiert wird. Aus Sicht von UN-Menschenrechtskommissar und WHO erstreckt sich das Recht auf Gesundheit auf die „underlying determinants of health“ wie sichere und nahrhafte Lebensmittel, Abwasserbeseitigung und Versorgung mit sauberem Wasser, eine Gesundheitsinfrastruktur (einschließlich kompetenten Gesundheitspersonals); zu dieser Infrastruktur gehört auch die Beratung über „health-related issues“ wie HIV/AIDS, häusliche Gewalt oder Drogenmissbrauch. Das „Recht auf Gesundheit“ wird zu einem Komplex an Gestaltungsvorgaben an das jeweilige Gesundheits-, ja Sozialsicherungssystem, der auch Teilaspekte der Menschenrechte der sogenannten „dritten Generation“ – der Rechte auf Entwicklung – aufgreift. All das sollen die Vertragsstaaten effektiv realisieren, vor allem, in dem sie dazu

¹⁹ Zum Folgenden: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights/ World Health Organization, The Right to Health, Fact Sheet No. 31, 2008, www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf.

passende Gesetze erlassen und administrative Routinen implementieren. Das klingt nach politischem Programm freilich mit dem Unterschied, dass dieses Programm in den Geltungsmodus völkerrechtlicher Verbindlichkeit überführt worden ist. Das ist nicht genauso viel wie ein individuell einklagbares Recht, aber immerhin mehr als irgendeine beliebige politische Agenda. Zudem kennt auch der UN-Sozialpakt einen speziellen Ausschuss, der eine Monitoring-Funktion hat, also auf eine vergleichsweise „weiche“, aber eben verbindliche Weise die Implementierung auch des Rechts auf Gesundheit kontrolliert. Die Vertragsstaaten müssen dem Komitee regelmäßig berichten, das kritische Rückmeldungen und Empfehlungen gibt – all das unter den Augen der Öffentlichkeit.

3. Das Verhältnis des völkerrechtlichen „Rechts auf Gesundheit“ zum nationalen Recht – Beispiel: das deutsche Asylbewerberleistungsgesetz²⁰

Obgleich das völkerrechtliche Recht auf Gesundheit kein „starkes“, einklagbares Individualgrundrecht ist, kann es doch auf eine Weise effektiert werden, die das Individuum im Blick hat. Das Recht auf Gesundheit muss nämlich bei der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften berücksichtigt werden, wenn Individuen nach Maßgabe der nationalen Gesetze ihr Recht zu finden suchen. Nicht nur in Deutschland gilt etwa der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung. Er verpflichtet den Staat dazu, inländische Normtexte, soweit wie möglich konform zu den völkerrechtlichen Vorgaben zu interpretieren. Aktuell spielt das in Deutschland etwa eine große Rolle bei der UN-Behindertenrechtskonvention (Convention on the Rights of Persons with Disabilities), aber der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung gilt selbstverständlich auch beim UN-Sozialpakt.

Das Recht auf Gesundheit wird vom zuständigen UN-Ausschuss so verstanden, dass der Zugang zur medizinischen Versorgung „ohne jegliche Diskriminierung, insbesondere im Hinblick auf schutzbedürftige und ausgegrenzte Gruppen, zu gewährleisten“ ist. Geboten ist deshalb z.B. auch der weitgehende Gleichlauf der Gesundheitsversorgung von Asylbegehrenden und übriger Bevölkerung. Diesem Ansatz ist auch das Recht der Europäischen Union (EU) verpflichtet, das sich in zahlreichen Richtlinien (engl.: *directives*) dem Thema „Migration/Flucht und Gesundheit“ widmet. Das EU-Recht verlangt nicht mehr – wie früher – bloß „die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten“, sondern es gebietet eine deutlich weitergehende Gesundheitsvorsorge. So muss die unbedingt erforderli-

²⁰ Zum Folgenden die oben in Fußn. 18 genannten Beiträge von Stephan Rixen.

che Behandlung von schweren psychischen Störungen ebenso gewährleistet sein wie die Behandlung von Menschen mit besonderen Behandlungsbedürfnissen (z.B. Kinder, Folter-, Vergewaltigungsopfer) sowie von „Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen“, also Menschen mit chronischen Erkrankungen.

Betrachtet man indes beispielhaft das deutsche Asylbewerberleistungsgesetz, ist man irritiert: Versorgungsansprüche bestehen nur bei „akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen“. Das führt in der Praxis zu extrem divergierenden Einschätzungen darüber, was genau ein *akuter* Krankheitszustand ist – ganz abgesehen davon, dass die Begrenzung auf solche *akuten* Behandlungssituationen dem völkerrechtlichen Gebot widerspricht, eine Gesundheitsversorgung sicherzustellen, die alle gesundheitlichen Probleme, nicht nur akute, erfasst. Außerdem sieht das Asylbewerberleistungsgesetz nicht *generell* vor, wie das richtigerweise der Fall sein müsste, dass besondere Behandlungsangebote für die genannten Gruppen vulnerabler Personen bestehen. Das widerspricht den völkerrechtlichen und den EU-rechtlichen Vorgaben. Hinzu kommt, dass die Vorschriften über die Gesundheitsversorgung im Asylbewerberleistungsgesetz vage, also unbestimmt sind. Das Bundesverfassungsgericht verlangt aber, dass das (physische bzw. gesundheitliche) Existenzminimum „durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert“ sein muss. Dem genügt ein Gesetzestext mit einer nachgerade lotterieähnlichen Unbestimmtheit nicht. Der Verstoß gegen die Verfassung liegt darin, dass das Asylbewerberleistungsgesetz das Niveau der Gesundheitsversorgung nicht durch hinreichend genau formulierte Anspruchstatbestände und Rechtsfolgen fixiert, die dem insbesondere durch EU- und Völkerrecht gebotenen Versorgungsniveau eine verlässliche, im Rechtsalltag operable gesetzsprachliche Fassung geben.

4. Das völkerrechtliche „Recht auf Gesundheit“ – offen für Pluralität

Bereits der Blick auf das Recht der Europäischen Union, das seinerseits vom Völkerrecht beeinflusst ist, zeigt, dass den Besonderheiten der Migrantinnen und Migranten Rechnung zu tragen ist, insbesondere jenen Besonderheiten, die aus der Fluchtgeschichte resultieren. Das bedeutet: Das Recht auf Gesundheit muss von der Person her gedacht werden, um deren Gesundheit es geht. Zu dieser Person gehören biographische, kulturelle, religiöse, moralische Prägungen – sie machen die Persönlichkeit aus –, und die Frage ist: Lässt sich die Eigenheit

der jeweiligen Menschen – also (mit Hannah Arendt gesprochen) das „Faktum menschlicher Pluralität“²¹ im Recht auf Gesundheit angemessen abbilden?

Diese Frage ist deshalb so wichtig, weil es in der Praxis mancher UN-Stellen, etwa der WHO, so zu sein scheint, dass nur ein bestimmtes Verständnis vom „Recht auf Gesundheit“ anerkannt wird. Wenn es etwa um die Teilhabe an Programmen geht, dann ist ein bestimmtes Verständnis des „Rechts auf Gesundheit“ zu akzeptieren, um an dem Programm teilnehmen zu können – was konkret heißt: das erhoffte Geld für Projekte zu bekommen. Das Problem dürfte derzeit wohl am größten sein, wenn es um sogenannte „reproduktive Rechte“ geht und sich die Frage stellt, ob davon auch ein Recht Zugang zu einer medizinisch kontrollierten Abtreibung umfasst sein muss oder nicht. Vielleicht hilft an dieser Stelle ein Blick auf ein anderes Menschenrecht, nämlich die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Der UN-Hochkommissar für Menschenrechte und die WHO betonen selbst, dass Menschenrechte unteilbar seien, voneinander abhingen und sich aufeinander bezögen („Human rights are interdependent, indivisible and interrelated“). Das muss auch bei der Betrachtung des Rechts auf Gesundheit bedacht werden. Weltweit lassen sich zahllose Beispiele dafür benennen, dass und wie es gelingen kann, auch in Gesundheitsfragen Pluralität zuzulassen und inwiefern hierbei die Glaubens- bzw. Gewissensfreiheit als Katalysator wirkt.²² Es gibt z.B. die glaubens- oder gewissensbedingte Ablehnung bestimmter Therapien (etwa die Ablehnung von Blutkonserven durch Zeugen Jehovas). Zu denken ist auch die Weigerung von Gesundheitspersonal, an bestimmten Maßnahmen mitzuwirken, etwa an reproduktionsmedizinischen Maßnahmen oder an Abtreibungen; zahlreiche Rechtsordnungen kennen insoweit einen Gewissensvorbehalt. Solche Gewissensvorbehalte – im US-amerikanischen Recht spricht man von *conscience clauses* – sind natürlich nicht grenzenlos, sondern müssen mit gegenläufigen menschenrechtlich geschützten Interessen abgewogen werden. Das Recht, die Mitwirkung an einer Abtreibung zu verweigern, gilt selbstverständlich nicht, wenn es die Frau in Lebensgefahr bringen würde, wie etwa das deutsche Recht ausdrücklich klar stellt. Auch stellen sich etwa beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlungen zahlreiche schwierige Fragen, z.B. ob das Pflegepersonal ein durch die Glaubens- oder Gewissensfreiheit geschütztes Recht hat, seine Mitwirkung zu verweigern. Das kann und soll hier nicht im Einzelnen entfaltet werden. Ich will hier nur darauf hinweisen, dass schon die bisherige Menschenrechtsdiskussion mit der Frage befasst ist,

²¹ Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, dt. Taschenbuchausgabe, 9. Aufl., 2010, S. 213.

²² Zum Folgenden Stephan Rixen, *Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht*. In: Franz-Josef Bormann/Verena Wetzstein (Hrsg.), *Gewissen. Dimensionen eines Grundbegriffs medizinischer Ethik*, 2014, S. 65 ff.

wie kultureller, religiöser und moralischer Pluralität Rechnung getragen werden kann. Das kann sogar dazu führen, wie etwa entsprechende Regelungen in den US-Bundesstaaten New York und New Jersey belegen, dass das geltende Recht nebeneinander zwei Todesbegriffe akzeptiert und bestimmten Gruppen (konkret geht es vor allem um orthodoxe Juden), die aus religiösen Gründen das irreversible Gesamthirnversagen – den sogenannten „Hirntod“ – als Todeskonzept ablehnen, die Wahl lässt, ein ihren religiösen Vorstellungen adäquates Todeskonzept zu wählen. Pluralität bei der Interpretation von Menschenrechten ist gerade bei ethisch brisanten Fragestellungen möglich und lässt sich so koordinieren, dass ein Nebeneinander konkurrierender Lesarten praktikabel ist.

Wir sollten diese aus der Perspektive von Glaubens- und Gewissensfreiheit geführte Diskussion als Anregung und Impuls verstehen, auch das Recht auf Gesundheit von den Individuen und ihren kulturellen, religiösen und moralischen Präferenzen neu zu akzentuieren. Damit keine Missverständnisse entstehen: Das ist *keine* Einladung, das Recht auf Gesundheit fundamentalistisch umzudeuten oder – gar zulasten von Frauen – zu beschränken. Aber es ist ein Appell, genau zu fragen, ob es möglich ist, auch beim Thema „reproduktive Rechte“ zu unterscheiden und sozusagen eine Hierarchie der Wichtigkeiten zu definieren. Ich glaube z.B. nicht, dass das Recht auf reproduktive Gesundheit *zwingend* so verstanden werden muss, dass es *ausnahmslos* die Option „Abtreibung“ umfasst. Zur reproduktiven Gesundheit gehört bekanntlich viel, viel mehr, und entscheidend ist immer, dass die Selbstbestimmung insbesondere der Frauen respektiert wird. Wenn „Faith-Based Organisations“ – in Respekt immer auch vor den religiösen und moralischen Ansichten der betroffenen Frauen – das gesamte Spektrum der Optionen reproduktiver Gesundheit *nicht* ausschöpfen wollen, namentlich die Option der Abtreibung kritisch sehen, dann widerspricht das m.E. nicht einem „Recht auf Gesundheit“, *sofern* man es so konzipiert, dass es für religiöse und moralische Diversität offen ist. Richtig ist allerdings, dass der bisherige Diskurs von einer Sichtweise dominiert wird, die das Recht auf Gesundheit zu einem Alles-oder-nichts-Recht macht und verlangt, dass alle Aspekte reproduktiver Gesundheit einschließlich der Abtreibung anerkannt werden. Das völkerrechtliche „Recht auf Gesundheit“ sollte die pluralitätssichernde Funktion der „Menschenrechte der ersten Generation“ (Glaubens- und Gewissensfreiheit) stärker reflektieren und kultureller, religiöser, moralischer Diversität mehr als bisher Raum geben.

5. Resümee

Ich komme zum Schluss und fasse meine Überlegungen zusammen:

Modernes Recht funktioniert in einem Mehrebenensystem, man spricht von *multi-level regulation* oder *multi-level governance*. Das heißt, mehrere Rechtsebenen wirken zusammen: das nationale Recht, das supranationale Recht (in Europa: das EU-Recht) und das internationale Recht, also das Völkerrecht. Auch die Durchsetzung von Menschenrechten wie des „Rechts auf Gesundheit“ erfolgt in einem solchen Mehrebenensystem wechselseitiger Beeinflussung der Rechtsebenen. Ein individuelles Recht auf Gesundheit ist den Verfassungen zahlreicher Staaten enthalten. Es ähnelt dem völkerrechtlichen „Recht auf Gesundheit“ mit dem Unterschied, dass die nationalen Rechte auf Gesundheit sich in aller Regel als individuelle Berechtigungen, als Anspruchsnormen verstehen. Das lässt sich auch für die deutsche Verfassungsordnung sagen. Der Sache nach ist ein Recht auf Gesundheit im deutschen Verfassungsrecht zumindest in Ansätzen erkennbar. Allerdings lässt sich mit solchen Grundrechten, wie sie die Staatenverfassungen kennen, letztlich nur ein Tätigwerden des jeweiligen nationalen Gesetzgebers beanspruchen. In ähnlicher Weise enthält das völkerrechtliche „Recht auf Gesundheit“ zahlreiche Vorgaben, die die einzelnen Staaten, die den UN-Sozialpakt unterzeichnet haben, in die Pflicht nehmen. Ein individuelles Klagerecht ist mit dem völkerrechtlichen Recht auf Gesundheit nicht verbunden. Das völkerrechtliche „Recht auf Gesundheit“ lässt sich so interpretieren, dass es Raum insbesondere für religiös motivierte Positionen lässt, sofern dies die Grundlagen des Rechts des Gesundheit – u.a. auch die Entscheidungsfreiheit jeder Frau im Bereich der reproduktiven Gesundheit – nicht in Frage stellt.

Das Recht auf Gesundheit hat insofern Teil an der Aufgabe, die Grund- bzw. Menschenrechte ganz generell erfüllen: Kulturelle Pluralität, religiöse Verschiedenheit, moralische Diversität in einer wechselseitig zumutbaren Weise zu koordinieren.²³ Das wird ohne verantwortliche Kompromisse, ohne Abwägungen, ohne eine Hierarchie der Wichtigkeiten nicht gelingen.

Meine Überlegungen haben versucht, die Konturen des Rechts auf Gesundheit etwas mehr aufzuhellen. Das Recht auf Gesundheit muss noch stärker konzeptionell mit anderen Men-

²³ Siehe hierzu Stephan Rixen, Diffusion der Grundrechte in der Biopolitik: Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, in: Stephan Rixen (Hrsg.), Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Bd. 1: Neue Demokratietheorie als Bedingung demokratischer Grundrechtskonkretisierung in der Biopolitik, 2015, S. 1 (17 f.).

schenrechten, insbesondere der Glaubens- und Gewissensfreiheit, verkoppelt werden. Gerade diese Verknüpfung trägt dazu bei, dass z.B. religiöse Sichtweisen Eingang finden in das Recht auf Gesundheit. Religiöse Differenz und menschenrechtliche Entschiedenheit schließen sich – auch beim Recht auf Gesundheit – nicht aus.