

Schriften zur
Gesundheitspolitik
und zum
Gesundheitsrecht

17

Astrid Wallrabenstein / Ingwer Ebsen
(Hrsg.)

Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung

Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung

Zwei in mancher Hinsicht zusammenhängende Problemfelder werden durch die in diesem Band versammelten Beiträge namhafter Kenner des deutschen Gesundheitssystems – überarbeitete Fassungen von Vorträgen im April 2013 – untersucht: das seit langem kontrovers diskutierte Thema des Ob und Wie einer Vereinheitlichung des aus privater und gesetzlicher Krankenversicherung bestehenden Dualismus der Absicherung gegen Krankheit und die Frage wie, mit welchen Standards und durch wen (inwieweit auch durch die Gerichte?) der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung bestimmt werden sollte. Diese Fragen werden auf der gesundheitspolitischen Agenda bleiben – auch soweit sie in der aktuellen Legislaturperiode des Bundestages nicht behandelt werden sollten.

Astrid Wallrabenstein ist Professorin für Öffentliches Recht und Direktorin des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht an der Goethe-Universität Frankfurt. Zudem ist sie Mitglied des Sozialbeirats der Bundesregierung und Richterin am Hessischen Landessozialgericht. Ingwer Ebsen ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht und Sozialrecht und ehemaliger Direktor des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht an der Goethe-Universität Frankfurt.

Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung

Schriften zur Gesundheitspolitik
und zum Gesundheitsrecht
Schriftenreihe des Instituts
für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht
an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt

Herausgegeben von Ingwer Ebsen,
Thomas Gerlinger und Astrid Wallrabenstein

Band 17



Astrid Wallrabenstein / Ingwer Ebsen (Hrsg.)

Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung

Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung

Beiträge zum Symposium des Instituts für europäische
Gesundheitspolitik und Sozialrecht am 26. April 2013
an der Goethe-Universität Frankfurt am Main



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.

This book is an open access book and available on www.oapen.org and www.peterlang.com. This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0 which means that the text may be used for non-commercial purposes, provided credit is given to the author. For details go to <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISSN 2193-0465

ISBN 978-3-631-66216-8 (Print)

E-ISBN 978-3-653-05226-8 (E-PDF)

E-ISBN 978-3-653-96860-6 (EPUB)

E-ISBN 978-3-653-96859-0 (MOBI)

DOI 10.3726/978-3-653-05226-8

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2014

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar.

Diese Publikation wurde begutachtet.

www.peterlang.com

Astrid Wallrabenstein and Ingwer Ebsen - 978-3-653-96860-6

Downloaded from PubFactory at 01/11/2019 10:35:36AM

via free access

Inhaltsverzeichnis

<i>Ingwer Ebsen</i>	
Einführung.....	7
<i>Thorsten Kingreen</i>	
Wandel durch Annäherung: Perspektiven für eine integrierte Krankenversicherungsordnung.....	13
<i>Astrid Wallrabenstein</i>	
Gestaltungs- und Verfassungsfragen eines Übergangs zu einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt im Hinblick auf die PKV	37
<i>Stefan Huster</i>	
Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung: Gegenwärtiger Stand und Perspektiven der Weiterentwicklung	95
<i>Ulrich Wenner</i>	
Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung.....	115
Autorenverzeichnis	133

Ingwer Ebsen

Einführung

Ein Element des deutschen Gesundheitssystems ist seine permanente „Reform“, deren Permanenz – jedenfalls in Teilen – allerdings zugleich etwas Beharrendes hat. Neben einigen Feldern, auf denen jedenfalls weitgehend eine schrittweise Weiterentwicklung in eine Richtung zu konstatieren ist – Hauptbeispiele sind der Druck auf die Krankenkassen zur Steigerung von Wirtschaftlichkeit und Kundenorientierung im Wettbewerb um Versicherte und wohl inzwischen auch, wengleich noch weniger weit entwickelt, der Druck auf die Leistungserbringer zu Qualitätssicherung –, gibt es einige Bereiche, in denen sich die Reformen als ein Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen beschreiben lassen. Wenn man die Zeitspanne seit der Rekodifizierung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V mit Wirkung ab 1.1.1989 für die Beobachtung dieses Phänomens zugrunde legt¹, lassen sich mehrere Themenfelder ausmachen, auf denen die gesetzgeberische Gesundheitspolitik als ein solches Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen erscheint²:

- Zwischen kostentreibender Leistungsausweitung und kostensparender Verweisung auf „Eigenverantwortung“ der Versicherten/Patienten (auch durch Zuzahlungen);
- entsprechend im Verhältnis zu den Leistungserbringern zwischen Budgetierung am Maßstab von Beitragssatzstabilität und mengenabhängiger Honorierung;
- zwischen dezentraler (gemeinsamer) Autonomie und zentraler Steuerung auf Bundesebene – durchaus weiterhin in (gemeinsamer) Selbstverwaltung;
- zwischen eher unternehmerischer und eher staatlicher (mittelbare Staatsverwaltung) Qualifikation der Kassen mit korrespondierend eher größeren oder eher kleineren Spielräumen für marktbezogene Strategien;

1 Tatsächlich zeigten auch vorherige Jahrzehnte ein ähnliches Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen wie Leistungsausweitungen und Leistungskürzungen oder Ausweitung solidarischer Krankenversicherung auf zusätzliche Gruppen und Erhöhung eigenverantwortlicher Mitfinanzierung; zu den Reformschritten in den ersten 40 Jahrzehnten der Bundesrepublik siehe Ebsen, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 15 Rn. 11–17.

2 Zu den Hauptstationen dieses Hin und Her siehe *I. Ebsen* (Fn. 1) Rn. 18–29.

- zwischen Ausweitung und Ausdünnung der sozialen Umverteilung im Gesamtsystem von Beiträgen und Leistungen sowie Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit (auch unter Einbeziehung der PKV).

Ein solches Hin und Her bei ständiger Reformaktivität lässt sich sicherlich mit politischen Konjunkturen bei wechselnden politischen Mehrheiten mit unterschiedlichen Affinitäten zu Gruppeninteressen erklären – ebenso wie die kontinuierliche Verfolgung bestimmter Reformpfade trotz wechselnder politischer Mehrheiten sicherlich Ausdruck breiten Konsenses über offensichtlich vernünftige Ziel und Wege ist. Allerdings lassen sich manche der von jeweiligen politischen Mehrheiten gegensätzlich verfolgten Tendenzen auch verstehen als Ausdruck tiefer liegender schwieriger Dilemmata, auf welche keine einfachen Antworten möglich sind und gegenüber denen im politischen Alltag ein vorsichtiges Lavieren eine nachvollziehbare Strategie ist. Zwei solche Dilemmata, die ihrerseits nicht unverbunden nebeneinanderstehen, sind zentral und lassen sich zwanglos mit den meisten der oben genannten Bereiche des Hin und Her verknüpfen. Das eine Dilemma ist die wachsende Spannung zwischen dem sozialen Versprechen einer Gesundheitsversorgung für alle auf sehr hohem Niveau, nämlich demjenigen des jeweiligen Standes der medizinischen Erkenntnisse auch unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts (siehe § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V), und der dafür nötigen Kosten, wenn man dieses Versprechen wörtlich nähme und absolut setzte. Und das andere Dilemma ist dasjenige der Verteilung dieser Kosten, also des Maßes sozialer Umverteilung und der hierin einzubeziehenden Gruppen. Dies ist in der GKV im Vergleich zu anderen Zweigen der Sozialversicherung ohnehin besonders groß, weil hier die nicht mit dem Einkommen korrelierenden Gesundheitsleistungen gegenüber den Lohnersatzleistungen so sehr im Vordergrund stehen.

Offensichtlich hängen dabei das Niveau und damit die Kosten der Gesundheitsversorgung und das erforderliche Maß sozialer Umverteilung miteinander zusammen. Je teurer die einkommensunabhängige Gesundheitsversorgung, umso dringlicher ist eine Verteilung der daraus erwachsenden Last auf möglichst viele und insbesondere breite Schultern. Umgekehrt muss, wer dies begrenzen will, entsprechend die Kosten begrenzen – gegebenenfalls auch zu Lasten des Niveaus der Gesundheitsversorgung.

Dies ist der sozialpolitische Hintergrund der Tagung vom April 2013, deren Referate in diesem Band versammelt sind. Die Referate von Thorsten Kingreen und Astrid Wallrabenstein befassen sich mit unterschiedlichen Aspekten und bei genauer Betrachtung unterschiedlichen Modellen der Ersetzung der nach

gegebenen Rechtslage praktisch umfassenden³ Einwohnerpflichtversicherung im dualistischen System von GKV und PKV durch eine einheitliche soziale Krankenversicherung mit Solidarausgleich innerhalb derselben. Während der Kingreenske Beitrag das Konzept einer privatrechtlich organisierten umfassenden Einwohner-Pflichtversicherung auf der Basis von Krankenversicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG) so durch dekliniert, dass im Wesentlichen ein funktionales Äquivalent zur GKV entsteht, konzentriert sich Astrid Wallrabenstein detailliert auf die Verfassungsfragen, die für eine Überführung aller Versicherungspflichtigen in eine öffentlich-rechtlich organisierte soziale Krankenversicherung (also die GKV) zu lösen sind. Das sind insbesondere diejenigen, die sich aus der Beendigung des Geschäftsmodells der privaten Kranken-Vollversicherung ergeben – einschließlich des Umgangs mit den zu diesem Geschäftsmodell gehörenden Altersrückstellungen.

Die Zusammenschau beider Beiträge macht klar, dass der Unterschied zwischen einer auf dem VVaG basierenden sozialen Pflichtkrankenversicherung (ähnlich dem niederländischen Modell, auf das Kingreen explizit verweist) und einer auf alle ausgeweiteten GKV nicht allzu groß ist und nichts mit dem vor 10 Jahren wogenden Streit um die Modelle der Bürgerversicherung und der einheitlichen Gesundheitsprämie („Kopfpauschale“) mit allein steuerfinanziertem Sozialausgleich⁴ zu tun hat. Vereinfachend kann man sagen, während es seinerzeit im Kern darum ging, ob eine Umverteilung der Kostenlast für die Krankenversicherung nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit allein über Besteuerung und Staatszuschüsse oder neben dem Steuer-Transfer-System auch innerhalb der Krankenversicherung stattfinden solle, befassen sich beide Beiträge in diesem Band mit Problemen und Varianten einer umfassenden Krankenversicherung mit internem Solidarausgleich.

Die beiden anderen Referate – von Stefan Huster und Ulrich Wenner – sind, wiederum mit unterschiedlichem Ansatz, mit dem zweiten Problem verknüpft, dem Niveau und damit den Kosten der Gesundheitsversorgung. Der Hustersche Beitrag zielt in das Zentrum des Dilemmas von Versorgungsniveau und Kosten. Die generellen gesetzlichen Vorgaben, die sich am deutlichsten in der Kombination des in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V umschriebenen Versorgungsstandards mit

3 Seit der Einfügung von § 193 Abs. 3 VVG durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts v. 23.11.2007, BGBl. I S. 2631.

4 Siehe dazu die in der Rürup-Kommission ausgearbeiteten Alternativen: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme. Der Bericht der Kommission, 2003, S. 147–176 (www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/c318-ruerup-bericht.html).

dem in § 12 Abs. 1 SGB V formulierten Wirtschaftlichkeitsgebot zeigen, sind an Vagheit kaum zu überbieten.⁵ Insofern ist es klar und gesetzlich gewollt, dass die Vermittlung von Niveau und Kosten der Versorgung sowohl generalisierend als auch im konkreten Behandlungsfall der „Konkretisierung“⁶ des Leistungsanspruchs durch die Normsetzung der „gemeinsamen Selbstverwaltung“ – an der Spitze der G-BA – und die ärztlichen Behandler überantwortet ist, die ihrerseits wieder durch ökonomische Handlungsanreize einschließlich statistischer Wirtschaftlichkeitsprüfungen gesteuert werden.

Huster zeigt exemplarisch auf, dass und wie auf allen Stufen dieser Konkretisierung zwar einerseits die Fiktion aufrechterhalten wird, es gebe keine Befugnis, die nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft bestgeeignete Therapie aus Kostengründen zu verweigern, andererseits aber doch solche Kosten-Nutzen-Erwägungen in die Konkretisierung einfließen. Gegen solche „versteckte Rationierung“ wendet er sich. Er plädiert dafür, das Unvermeidliche, nämlich die durch konkrete gesetzgeberische Entscheidungen nicht zu leistende Abwägung von Kosten und Nutzen jeweiliger Therapieoptionen offen in zu entwickelnden und gesetzlich zu regelnden Verfahren „offener Rationierung“ zu leisten. Solche schmerzlichen Abwägungsaufgaben sind heute vielleicht am deutlichsten erkennbar in der Frage, welche Dauer und welche Qualität der Lebensverlängerung bei tödlichen Erkrankungen den Einsatz welcher Therapiekosten vernünftigerweise rechtfertigen.

Die Analyse ist zutreffend und könnte noch durch viele weitere Beispiele versteckter Rationierung im Einzelfall – am effektivsten wohl aufgrund der Lenkung des Therapieverhaltens der Leistungserbringer durch pauschal wirkende Honorargestaltungen – erweitert werden. Fraglich ist allerdings, ob es nicht geradezu zu den auch durch Entscheidungen des BVerfG geschützten⁷ Konsensgrundlagen der deutschen Gesellschaft gehört, vor solchen schmerzlichen Entscheidungen die Augen verschließen zu dürfen, und ob insofern nicht die

-
- 5 Genauer sind lediglich punktuelle gesetzliche Leistungsausschlüsse zumeist mit ihrerseits wieder vagen Ermächtigung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zu Rückausnahmen.
 - 6 Zum „Konkretisierungskonzept“ *R. Steege*, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 517 ff.; aus jüngerer Zeit: *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss. Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV, 2011, Kap 13 D II.
 - 7 Unmittelbar einschlägig der sog. „Nikolausbeschluss“ des BVerfG v. 6.12.2005, BVerfGE 115, 25; passend, wenn auch aus einem ganz anderen Themenfeld BVerfG v. 15. 2.2006, BVerfGE 115, 118 (Flugsicherheitsgesetz).

versteckte Rationierung die latente Funktion hat, das Erforderliche zu ermöglichen, ohne eine gesellschaftliche „Lebenslüge“ aufgeben zu müssen.

Während Husters Beitrag aus der Perspektive des Wissenschaftlers „von außen“ die auch durch Kostenerwägungen beeinflusste Gestaltung des Versorgungsniveaus der GKV durch die (gemeinsame) Selbstverwaltung thematisiert, zeichnet sich derjenige von Ulrich Wenner, der sich schon länger als es das SGB V gibt, als Richter mit dem Gesundheitssystem auseinandersetzt, durch eine Innenperspektive aus. Er beleuchtet anhand von Beispielen die sozialpolitische Gestaltungsfunktion, welche die Rechtsprechung – selbstverständlich nicht nur, aber auch – für das Leistungsniveau der Gesundheitsversorgung hat. Die Beispiele zeigen, wie und mit welchen Kostenwirkungen die Rechtsprechung neben und im Konfliktfall mit Vorrang vor der untergesetzlichen Regulierung in Selbstverwaltung in der Lage ist, durch Anwendung der vagen gesetzlichen Vorgaben generalisierend das Niveau der Versorgung zu bestimmen. Auch lassen die Beispiele bei aller kollegialen Zurückhaltung des Autors ahnen, dass es sozialpolitische Tendenzen der Rechtsprechung gibt, die sowohl durch wechselnden Zeitgeist als auch durch teilweise unterschiedliche höchstrichterliche „Senatslinien“ geprägt sind.

Demgegenüber erscheint die ebenfalls in den Bericht einbezogene Rechtsprechung des BVerfG – jedenfalls soweit sie korrigierend auf die sozialgerichtliche Rechtsprechung einwirkt – eher punktuell nach Art eines *deus ex machina* zu wirken. Allerdings dürften neben der schon genannten Schutzfunktion für den Konsens über die Vermeidung „harter“ Entscheidungen die lediglich punktuellen verfassungsgerichtlichen Korrekturentscheidungen doch auch eine generalisierende Steuerungsfunktion für das Abwägungssensorium von Selbstverwaltung und Sozialgerichtsbarkeit haben, die auch dann wirkt, wenn sie nicht eingesetzt wird – in diesem Sinne also nicht nur „*deus ex machina*“, sondern auch „*fleet in being*“.

Ähnlich wie bei den beiden ersten Beiträgen zum Problem der Gestaltung der Versicherung gibt auch hier wieder erst die Zusammenschau ein Gesamtbild von der Konkretisierung des Leistungsniveaus im Zusammenwirken von Gesetz, untergesetzlicher Regulierung, richterlicher Korrekturmöglichkeit, der Möglichkeit von deren Korrektur durch das Gesetz und übergeordnetem punktuellen Kontrolleingriff durch das Bundesverfassungsgericht.

Die Tagung fand bereits im April 2013 statt. Im Hinblick auf die politische Diskussion gerade um die Gegenstände der beiden ersten Referate waren sich die Herausgeber und die Referenten aber einig, dass es sinnvoll sei, nicht nur die anstehende Wahl zum Bundestag, sondern auch die sich als deren Ergebnis

herausbildende gesundheitspolitische Agenda für dessen 18. Legislaturperiode abzuwarten und erst in deren Licht die Beiträge zu publizieren. Inzwischen ist dieser Klärungsprozess (vorläufig) abgeschlossen. Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD⁸ enthält einerseits eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen – auch solche zu punktuellen Leistungsverbesserungen und zur Weiterentwicklung auf den oben genannten Pfaden des Wettbewerbs zwischen den Kassen und im Leistungserbringungsverhältnis sowie der Qualitätssicherung. Zum anderen enthält er mit dem Plan der Beseitigung der erst durch das GKV-FinG vom 22.12.2010 durch die vorherige Koalition eingeführten Einkommensunabhängigkeit des Zusatzbeitrags nach § 242 SGB V und entsprechend der Beseitigung des Sozialausgleichs nach § 242b SGB V einen Schritt zur Abschaffung des einzigen ohnehin eher symbolischen Anklangs an das Konzept einer einkommensunabhängigen Gesundheitsprämie mit Sozialausgleich aus dem Steuer-Transfer-System. Dieser Plan ist inzwischen durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Finanzstruktur und der Qualität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzstruktur- und Qualitäts-Weiterentwicklungsgesetz – GKV-FQWG)⁹ umgesetzt worden und gehört in die Kategorie des oben beschriebenen Hin und Her.

Es spricht viel dafür, dass die Grundsatzfragen der Organisation der Krankenversicherung über die Grenzen von GKV und PKV hinaus und der Gestaltung des Sozialausgleichs zwischen Versicherten mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nur aufgeschoben sind. Dasselbe dürfte für das weiterbestehende und aktuell lediglich aufgrund konjunkturbedingt günstiger Kassenlage der GKV verdeckte Spannungsverhältnis zwischen der Kostenentwicklung des Medizinsektors und vertretbarem Aufwand für die Gesundheitsversorgung und die fehlende Transparenz der Auflösung dieser Spannung im Prozess der Konkretisierung des Leistungsanspruchs gelten.

8 <http://www.bundestag.de/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf>

9 GKV-FQWG v. 21.7.2014, BGBl. I, S. 1133.

Thorsten Kingreen

Wandel durch Annäherung: Perspektiven für eine integrierte Krankenversicherungsordnung

The current dual system of statutory health insurance (SHI) and private health insurance (PHI) is characterized by false incentives, unjustified unequal treatment between groups of insured, lack of competition and unequal remunerations for equal medical services leading to preferential treatment for persons insured by the PHI. These deficits should be addressed by means of a fundamental reform resulting in a monistic health insurance system combining private legal form of the sickness insurance organization with solidarity balance and a regulation system similar to SHI. The paper focuses on legal and constitutional issues of transition, such as: treatment of PHI old age accruals, transferring the civil servants into the SHI system and protection of the confidence of medical providers in a transition period from dual to uniform fees. The transfer process would involve serious but surmountable difficulties. In particular, the discussed health insurance scheme would not violate constitutional law.

I. Boote ohne Ruderer?

Zu den großen Zauberworten für die Rechtfertigung der dualen Krankenversicherungsordnung aus GKV und PKV gehört die „Schutzbedürftigkeit“. Sie soll den Grundrechtseingriff, der in der gesetzlich angeordneten Mitgliedschaft in einer sozialen Pflichtversicherung liegt, verfassungsrechtlich rechtfertigen.¹ Tragend ist die Überlegung, dass Personen, die sich für den Fall von Notlagen selbst helfen können, nicht durch staatlichen Zwang zu einer bestimmten Form der Vorsorge gezwungen werden sollen. Daraus wird dann abgeleitet, dass die Einbeziehung von nicht schutzbedürftigen Personen in die Sozialversicherung verfassungswidrig sein soll.² Die besondere soziale Schutzbedürftigkeit ist damit Grund, aber zugleich auch Grenze der Sozialversicherungspflicht und der mit dieser verbundenen zwangsweisen Einbeziehung in die solidarische Umverteilungsgemeinschaft der Sozialversicherung.

Ingwer Ebsen hat das „Phantom der Schutzbedürftigkeit“ schon vor 10 Jahren auf der Staatsrechtslehrertagung in Jena entzaubert: „Wenn Sie unter dem

1 F. Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (2000), S. 46 ff.

2 So etwa H. Sodan, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, VVDStRL 64 (2005), 144 (151).

Stichwort ‚all in einem Boot‘ umverteilende Zwangsversicherungssysteme haben wollen, dann ist es nun einmal so, dass in einem Boot Ruderer benötigt werden. Und deswegen ist es geradezu erforderlich, dass nicht allein die Schutzbedürftigkeit, sondern auch die Leistungsfähigkeit ein Kriterium ist für die Einbeziehung in Sozialversicherungsgemeinschaften.“ Deshalb sei „eine umfassende Bürger- bzw. Einwohnerversicherung geradezu die optimale Vollendung von Sozialversicherung.“³

Dem ist wenig hinzuzufügen. Offenbar hält sich aber auch außerhalb der US-amerikanischen Tea Party nach wie vor das Missverständnis, dass die Sozialversicherung eine Veranstaltung nur für die Ärmsten der Gesellschaft ist und sich der große Rest der Gesellschaft schon irgendwie selbst zu helfen weiß und möglichst auch nichts mit dem Prekariat zu tun haben sollte. Doch ist die soziale Schutzbedürftigkeit gar nicht die entscheidende Demarkationslinie im Versicherungsrecht.⁴ Das zeigt die Krankenversicherung nur beispielhaft: Die Hälfte der Mitglieder der PKV sind Beamte und ihre Familienangehörigen. Nimmt man die für die Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) geltende Versicherungspflichtgrenze von 53.550 € zum Maßstab, so wäre ein nicht unerheblicher Teil dieses Personenkreises schutzbedürftig, wenn die private Krankenversicherung nicht durch die steuerfinanzierte Beihilfe ergänzt werden würde. Soziale Schutzbedürftigkeit besteht hier also zwar durchaus, sie kommt nur durch die öffentliche Bezuschussung des privaten Versicherungsschutzes nicht zum Tragen.

Wenig konsistent ist unter diesem Aspekt auch die fast ausnahmslose Freistellung der Selbstständigen von der Sozialversicherungspflicht. Die Grenzziehung zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung war schon immer schwierig. Sie lässt sich aber aufgrund immer komplizierterer arbeitsvertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsformen sowie veränderter Kommunikationsmöglichkeiten, die eine räumliche Einbindung in die Betriebsorganisation oftmals entbehrlich machen, nur noch mittels eines Kriterienkataloges treffen,

-
- 3 I. Ebsen, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 180 f.; gleichsinnig etwa J. Wieland, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 190: „Wenn man Sozialversicherung nur auf die Bedürftigen beschränkt, für mich ist das nicht gut erklärbar, wie soll es sein? Sollen die Kranken sich alle gegenseitig unterstützen, die Arbeitslosen alle zusammengefasst werden? Man braucht doch irgendwie die, die auch ein bisschen leistungsfähiger sind, damit etwas ins System hereinkommt und damit tatsächlich dieser soziale Gedanke verwirklicht werden kann“.
- 4 Das Folgende aus T. Kingreen, Verhandlung des 69. Deutschen Juristentages Bd. II/2, 2012, K9 (K22-25).

der letztlich ganz auf die Ausgestaltung im Einzelfall abstellt.⁵ Aus einem solchen „lernenden System“, das seine Kriterien aus dem Fallrecht entwickelt, lässt sich aber nicht auf eine soziale Schutzbedürftigkeit schließen, denn für die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit sind die für die soziale Bedürftigkeit relevanten Kriterien Vergütung und/oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ohne Bedeutung. Abgesehen davon ist die Annahme, dass Selbständige generell nicht sozial schutzbedürftig sind, selbst dann kaum tragfähig, wenn man dem Gesetzgeber ein gewisses Maß an Typisierungsbefugnis zugesteht. Bedingt durch die neuen Formen der Selbständigkeit hat sich insbesondere die Anzahl der sog. Solo-Selbständigen, d. h. der Selbständigen ohne Beschäftigte, zwischen 1991 und 2005 nahezu verdoppelt. Etwa ein Drittel aller Selbständigen hat ein monatliches Nettoeinkommen von unter 1100 €, wobei besonders die Solo-Selbständigen betroffen sind.⁶ Diese sind zwar, soweit sie nur einen Auftraggeber haben, seit einigen Jahren in der Rentenversicherung (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI), nicht aber in der Krankenversicherung versicherungspflichtig und haben oftmals auch keinen Zugang zur freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung. Es ist davon auszugehen, dass sie im Kreis der vielen Nichtzahler in der PKV gut vertreten sind.

Hinter der ohnehin schon fragwürdigen Abgrenzung der Versichertenkreise steht also kein schlüssiges sozialpolitisches Konzept. Die Zuordnung der Versicherten zu GKV und PKV lässt sich durch historische Pfade erklären,⁷ erscheint aber aus heutiger Sicht eher zufällig und rational eigentlich kaum mehr begründbar.⁸ Sie führt dazu, dass Versicherte mit vergleichbarem Einkommen unterschiedlich hohe Anteile ihre Einkommens für den Versicherungsschutz aufwenden müssen, ohne dass sie eine Möglichkeit haben, den für sie günstigsten Anbieter auszuwählen.

-
- 5 Vgl. dazu etwa *M. Fuchs/U. Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. (2009), S. 158 ff.
 6 Dazu im Hinblick auf die Alterssicherung Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, Ziff. 354 ff.; ferner etwa *C. Wirth/U. Müllermeister-Faust*, Die Alterssicherung Selbständiger in Deutschland und Europa – Stand und Perspektiven –, SF 2009, 210
 7 Dazu noch unten C. I. 2.
 8 Treffend *S. Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit (2011), S. 24: Die Friedensgrenze sei „völlig beliebig geworden und nur noch das Ergebnis des politischen Zerrens zwischen Beitragsbedarf der gesetzlichen und Geschäftsinteressen der privaten Krankenversicherung“; ebenso etwa *H. Reiners*, Krank und pleite? Das deutsche Gesundheitssystem (2011), S. 24: „ökonomisch wie sozial nicht begründbare Trennung“.

Ohnehin ist das Kriterium der Schutzbedürftigkeit für die Absicherung der fundamentalen Lebensrisiken mittlerweile weitgehend funktionslos. Alter, Pflegebedürftigkeit und Krankheit können jedermann treffen und die daraus folgenden Kosten jedermann überfordern, was schlimmstenfalls zur Konsequenz haben kann, dass die Grundsicherungsträger einspringen müssen. In der Unfallversicherung und in der Arbeitslosenversicherung war daher die Versicherungspflicht von vornherein nicht vom Einkommen der Versicherten abhängig, und auch die Rentenversicherung kennt keine Versicherungspflichtgrenze mehr.⁹ Die Pflegeversicherung ist sogar als allgemeine Einwohnerversicherung ausgestaltet worden, weil der Gesetzgeber davon ausgehen durfte, dass die Pflegebedürftigkeit ein Risiko beinhaltet, dessen Bewältigung für alle Bürger unkalkulierbar ist.¹⁰ Und auch die allgemeine Krankenversicherungspflicht (§§ 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V, 193 Abs. 3 VVG) wurde mit der Begründung eingeführt, „in einem modernen Sozialstaat“ sei es nicht hinnehmbar, „dass eine größere Zahl von Menschen ohne Absicherung im Krankheitsfall ist.“¹¹ Bei Behandlungskosten, die insbesondere bei bestimmten Arzneimitteltherapien schnell sechsstelligen Dimensionen annehmen können, ist die Zahl der nicht schutzbedürftigen Personen ohne Zweifel zu vernachlässigen. Damit fällt allerdings auch ein wesentliches Argument für die duale Krankenversicherungsordnung weg: Wenn man im Hinblick auf das Risiko Krankheit nicht zwischen Schutzbedürftigen und Nicht-Schutzbedürftigen unterscheiden kann, drängt sich unweigerlich die Frage auf, warum dann noch zwischen GKV und PKV eine Trennlinie gezogen wird.

II. Das Problem der Pfadabhängigkeit

Es gibt noch eine Fülle von weiteren Einwänden gegen die duale Krankenversicherungsordnung: Der angebliche Systemwettbewerb existiert praktisch nicht, weil allenfalls 2% der Bevölkerung tatsächlich Wahlrechte haben; insbesondere hat der wegen der ausgeschlossenen Portabilität der Alterungsrückstellungen fehlende Wettbewerb in der PKV um Bestandskunden längst das Stadium ordnungspolitischer Absurdität erreicht. Zudem führen die markanten Unterschiede bei der Vergütung von ärztlichen Leistungen für gesetzlich und privat Versicherte zu Fehlanreizen, die sich in unterschiedlich langen Wartezeiten und ungleicher regionaler Verteilung der Ärzte niederschlagen, und schließlich es ist offensichtlich sinnwidrig, ein duales Qualitätssicherungssystem im

9 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfGE 29, 221 (235 ff.).

10 BVerfGE 103, 197 (215 ff.).

11 BT-Drucks. 16/3100, S. 94.

Leistungserbringungsrecht aufzubauen.¹² Kurz zusammengefasst: Wenn man noch einmal von vorne beginnen könnte, würde man ein solches System kaum noch einmal erfinden.

Warum ist aber die nach *Ingwer Ebsen* „optimale Vollendung von Sozialversicherung“ einer allgemeinen Einwohnerversicherung noch immer nicht Wirklichkeit geworden? Schließlich hat schon 1964 die von der Bundesregierung eingesetzte Sozialenquete-Kommission die mit der Risikoselektion einhergehenden Ungerechtigkeiten der dualen Ordnung kritisiert und als Lösung eine einheitliche Krankenversicherung vorgeschlagen.¹³ Die Widerstandsfähigkeit des an sich überlebten Systems hängt primär damit zusammen, dass die duale Krankenversicherungsordnung aus historisch gewachsenen Institutionen und hochkomplexen Regelungsstrukturen besteht, die das Vertrauen der Versicherten und ihrer Unternehmen in die Kontinuität einer leistungsfähigen und finanzierbaren Versicherung gegen Krankheit gewährleisten sollen, die aber auch Besitzstände begründet haben, die nach Möglichkeit gegen Reformbestrebungen abzuschirmen sind. Das Anliegen einer Reform der dualen Krankenversicherungsordnung ist mithin konfrontiert mit dem für wohlfahrtsstaatliche Reformpolitik typischen Problem der Pfadabhängigkeit. Diese resultiert daraus, dass historische Konstellationen Beharrungskräfte und Besitzstände hervorbringen, die sich auch gegen ökonomische Rationalitäten durchzusetzen vermögen.¹⁴ Reformvorschläge müssen sich angesichts der Komplexität und der historischen Bedingtheiten den folgenden Herausforderungen stellen:¹⁵

1. Eine Reform muss die positiven Impulse beider Säulen der dualen Krankenversicherungsordnung aufnehmen. Konzepte, die die Strukturen und

12 Zusammenfassend *T. Kingreen/J. Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung (2013), S. 15 ff.

13 Sozialenquete-Kommission, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland (1966), S. 238 ff.

14 Dazu *G. Esping-Andersen*, After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in Global Economy; in: *G. Esping-Andersen* (Hg.), Welfare States in Transition. National Adaptions in Global Economy (1996), S. 1 ff. Speziell zum Gesundheitswesen *J. Stepanek*, Reformoptionen im deutschen Gesundheitswesen. Eine ökonomische Analyse (2008), S. 321 ff.

15 Die folgenden Abschnitte führen im Wesentlichen Überlegungen aus den folgenden Beiträgen zusammen: *T. Kingreen/J. Kühling*, Die monistische Einwohnerversicherung als Perspektive für den Übergang von einer dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung, *GuS* 2-3/2013, S. 28 ff. und *T. Kingreen*, Niemals geht man so ganz: Die Alterungsrückstellungen in der PKV, *GGW* 1/2014, S. 16 ff.

Prinzipien der GKV auf den Kreis der bislang Privatversicherten ausdehnen, ohne diese auf einen kritischen Prüfstand zu stellen und ohne mögliche gewinnbringende Transfers aus dem PKV-Bereich überhaupt in Erwägung zu ziehen, haben daher keine Realisierungschancen.

2. Ein erhebliches Problem jeder Reform der dualen Krankenversicherungsordnung sind die systemischen Auswirkungen einer Einwohnerversicherung auf die Gesamtstatik des Gesundheitswesens, namentlich auf das Leistungserbringungsrecht (§§ 69ff. SGB V) und die anderen Sozialversicherungszweige, insbesondere die organisatorisch (§ 46 SGB XI) eng mit der Krankenversicherung verbundene Pflegeversicherung.
3. Schließlich darf sich die Diskussion nicht zu sehr auf das institutionelle und inhaltliche Design einer neuen Bürgerversicherung verengen. Sie muss sich vielmehr darauf konzentrieren, ein Szenario für den Transformationsprozess von der dualen in die integrierte Krankenversicherungsordnung zu entwickeln. Zu diesem Zweck müssen die wesentlichen transformationsspezifischen Herausforderungen definiert und von allgemeinen gesundheitspolitischen Ausgestaltungsfragen (wie die Bemessung und Gestaltung der Beiträge) abstrahiert werden, die nicht spezifisch mit dem Transformationsprozess zusammenhängen und diesen sogar eher überladen. Die wesentlichen Probleme sind insoweit die Frage der Rechtsform und der damit zusammenhängenden Binnenorganisation der Anbieter, die Alterungsrückstellungen in der PKV, die Integration der Beamten und die Angleichung der Vergütungen für ärztliche Leistungen. Hier müssen jeweils Konvergenzprozesse eingeleitet und es muss geprüft werden, wie viel Zeit diese in Anspruch nehmen, bis das Ziel einer integrierten Krankenversicherungsordnung erreicht ist.

III. Herausforderungen des Transformationsprozesses

Die erheblichen Transformationsherausforderungen sind ein wesentlicher Grund dafür, dass die Gesetzgeber der letzten Legislaturperioden lediglich versucht haben, die Spannung zwischen Pfadabhängigkeit und Veränderungsdruck durch eine in vielen kleinen Schritten erfolgende Konvergenz der Systeme aufzulösen.¹⁶ Entgegen vielfacher Erwartung steht aber im Koalitionsvertrag für

16 Näher zu diesem Konvergenzprozess *T. Kingreen*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung?, 69. Deutscher Juristentag., Abteilung Sozialrecht (2013), K 9 ff.

die 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages zur Notwendigkeit der Reform der dualen Krankenversicherungsordnung kein Wort. Dafür mag es eine Vielzahl von sachfernen Gründen geben: Ohne Zweifel hat sich die Große Koalition auch hier auf den Weg des geringsten Widerstands begeben, indem die CDU mit der Abschaffung des kassenindividuellen, allein von den Versicherten zu tragenden Zusatzbeitrages endgültig von ihrem alten Reformprojekt der Kopfpauschale und dafür die SPD von ihrer konzeptionell noch etwas unterkomplexen Bürgerversicherungsidee Abschied genommen hat. Hinzu mag kommen, dass mit der Renten- und der Pflegeversicherung zunächst zwei als noch drängender empfundene sozialpolitische Großprojekte zu bewältigen sind. Schließlich mag eine Rolle spielen, dass die Probleme der dualen Ordnung ohnehin alsbald so drängend werden, dass man sich ihrer auch ohne langen Streit und Auftrag im Koalitionsvertrag annehmen wird – ein Schicksal, das die duale Krankenversicherungsordnung dann mit der grundlegenden Reform der Arzneimittelversorgung im Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG) 2011 teilen würde, die ebenfalls in keinem Koalitionsvertrag stand.

Sicher ist allerdings auch, dass in dieser Legislaturperiode kein krankenversicherungsrechtlicher Urknall in Gestalt einer fertigen dualen Krankenversicherungsordnung zu erwarten ist. Vielmehr wird der Konvergenzprozess zwischen beiden Systemen fortgesetzt werden. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die wesentlichen Herausforderungen des Prozesses.

1. Organisationsrechtliche Herausforderungen

a) Rechtsform der Anbieter

Einer der zentralen Gegenstände der Reformdebatte ist die Rechtsform der Versicherungsanbieter in einem integrierten Krankenversicherungssystem. Grundsätzlich sind drei Modelle denkbar: eine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften, die Beibehaltung eines dualen Trägersystems oder ein privatrechtliches Trägermodell. Vorzuziehen ist aus den folgenden Gründen die zuletzt genannte Variante.

aa) Variante 1: Öffentlich-rechtliches Modell

Gegen ein rein öffentlich-rechtliches Modell spricht konzeptionell, dass die organisationsrechtliche Kontinuität als Signal für unbedingte inhaltliche Kontinuität missverstanden werden könnte, dass sich m. a. W eine integrierte Krankenversicherungsordnung allein dadurch bewerkstelligen lässt, dass der bisher der PKV

zuzuordnende Personenkreis allmählich in eine ansonsten unveränderte GKV übernommen wird.

Eine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften wäre aber auch verfassungsrechtlich angreifbar. Der vollständige Ausschluss der privaten Krankenversicherungsunternehmen wäre ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), den privatrechtliche Krankenversicherungsunternehmen selbst dann, wenn kein eigenes Mitwirkungsinteresse besteht, verfassungsgerichtlich angreifen könnten. Im Übrigen könnten auch in Zukunft neue Versicherungsunternehmen, die die monistische Einwohnerversicherung anbieten wollen, gegen diesen strikten Ausschluss privatrechtlich organisierter Anbieter vorgehen. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann zwar grundsätzlich gerechtfertigt werden, wenn die Ziele einer monistischen Einwohnerversicherung allein auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Organisationsverfassung unter Ausschluss privatrechtlich organisierter Anbieter erreichbar wären. Das ist indes nicht der Fall. So zeigt namentlich das niederländische Modell,¹⁷ dass sich das Ziel einer solidarischen Krankenversicherung auch in privatrechtlichen Organisationsformen erreichen lässt. Im Übrigen ist die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Krankenkassen auch aus historischer Perspektive keinesfalls ein konstitutives Element einer sozialen Krankenversicherung.¹⁸ Die aus den privatrechtlichen Hilfskassen hervorgegangenen Ersatzkassen waren bis 1937 privatrechtliche Vereine auf Gegenseitigkeit,¹⁹ und ihre Verbände waren stets als privatrechtliche Vereine organisiert, also bereits lange bevor auch die Verbände der anderen Krankenkassenarten in privatrechtliche Organisationsformen überführt wurden (vgl. § 212 SGB V). Auch belegt das private Pflegeversicherungsrecht mit seinen Elementen solidarischen Ausgleichs (§§ 23 Abs. 1, 110, 111 SGB XI), dass privatrechtliche Organisation und solidarische Ausgestaltung eines Versicherungssystems konzeptionell durchaus kompatibel sind.

-
- 17 G. J. Hamilton, Die privatrechtliche Organisation der Krankenversicherung in den Niederlanden, in: E. Wille/G. J. Hamilton/M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (Hg.), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen* (2012), S. 187 ff.
- 18 E. Wille/J. M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (unter Mitarbeit von C. Waldhoff), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen für mehr Wettbewerb, Effizienz und Versorgung und Wahlfreiheit der Bürger*, in: E. Wille/G. J. Hamilton/M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (Hg.), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen* (2012), S. 14.
- 19 P. Wigge, Die Stellung der Ersatzkassen im gegliederten System der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GRG vom 20.12.1988 (1992), S. 4 ff.

bb) Variante 2: Duales Trägermodell

Man könnte daran denken, die integrierte Krankenversicherungsordnung nach dem Vorbild der Pflegeversicherung sowohl öffentlich-rechtlichen Körperschaften als auch privatrechtlichen Akteuren zu öffnen.

Eine sonderlich starke konzeptionelle Vorbildwirkung vermag die Pflegeversicherung freilich nicht zu entfalten, denn sie ist nur deshalb dual strukturiert worden, weil die Krankenversicherung, an die sie organisatorisch eng angelehnt wurde (vgl. § 23 SGB XI für die PKV und §§ 46 ff. SGB XI für die GKV), entsprechend organisiert war und ist. Insoweit ist die Pflegeversicherung lediglich ein Beleg für die Pfadabhängigkeit, aber noch kein Argument für eine dualistische Organisationsverfassung. Ein duales Trägermodell wäre zwar nicht den verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt wie das öffentlich-rechtliche Körperschaftsmodell. Es ist daher als Übergangslösung grundsätzlich rechtlich vorstellbar. Einen dauerhaften konzeptionellen Vorteil gegenüber einem privatrechtlichen Trägermodell hat diese Lösung allerdings nicht, denn das duale Trägermodell öffnet die solidarische Krankenversicherungsordnung für privatrechtlich organisierte Anbieter, kann also die (nach hier vertretener Ansicht ohnehin nur vermeintlichen) Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Körperschaftslösung nicht mehr für sich in Anspruch nehmen.

Dem stehen relevante Nachteile gegenüber: Viele für den Wettbewerb relevante Rechtsnormen knüpfen an die Rechtsform an, vor allem im Steuer-, Wettbewerbs- und Datenschutzrecht. Das gilt namentlich auch für die Grundrechte. Würde man die Versicherungsträger in den bisherigen Rechtsformen aufrechterhalten, entstünde ein Wettbewerb von Grundrechtsgebundenen mit Grundrechtsberechtigten. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen wären im Verhältnis zu den Versicherten nicht grundrechtsgebunden, könnten sich aber unter Berufung auf ihre Grundrechte gegen sie belastende staatliche Maßnahmen (also etwa letztinstanzliche fachgerichtliche Entscheidungen, Maßnahmen der Aufsicht oder gegebenenfalls auch Rechtsvorschriften) zur Wehr setzen. Umgekehrt müssten die öffentlich-rechtlich organisierten Krankenkassen (des GKV-Systems) ihr Handeln unmittelbar an den Grundrechten ausrichten und hätten mangels Grundrechtsberechtigung keine Möglichkeit, gegen sie belastende staatliche Maßnahmen mit dem Argument verletzter Grundrechte vorzugehen.²⁰ Dieser Dualismus führt folglich zu Ungleichbehandlungen sowohl der Versicherten im Verhältnis zu den Anbietern als auch der Anbieter im Verhältnis

20 Zur fehlenden Grundrechtsberechtigung der gesetzlichen Krankenkassen BVerfGE 39, 302 (316).

zum Staat. Diese widersprechen konzeptionell dem Anliegen einer monistischen Einwohnerversicherung, die sich von der dualistischen Krankenversicherungsordnung gerade durch die Gleichbehandlung der Versicherten und gleiche Wettbewerbsbedingungen für Versicherungsträger und Leistungserbringer absetzt.

cc) Variante 3: Privatrechtliches Trägermodell

Vorzugswürdig ist daher ein privatrechtliches Trägermodell. Die Überführung der gesetzlichen Krankenkassen in eine privatrechtliche Rechtsform ist mit der Verfassungskompetenzrechtsnorm des Art. 87 Abs. 2 GG vereinbar, der zwar eine Organisationsprivatisierung verbietet, der hier vorgeschlagenen *Aufgabenprivatisierung* (privatrechtliche Trägerschaft durch externe hoheitliche Regulierung) aber nicht entgegensteht.²¹

Näherer Prüfung bedürfte, welche privatrechtlichen Rechtsformen zuzulassen sind. Zulässige privatrechtliche Rechtsformen für Versicherungsunternehmen sind nach § 7 VAG nur die Aktiengesellschaft (AG) einschließlich der Europäischen Gesellschaft sowie der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG). Vorzugswürdig ist eine im Ergebnis verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung auf die Rechtsform des VVaG, weil er die Aufrechterhaltung etablierter Selbstverwaltungsstrukturen ermöglicht, vor allem aber Interessensgegensätze zwischen Anteilseignern und dem sozialen Zweck der Krankenversicherung ausschließt. Die Rechtsgrundlagen für den VVaG ergeben sich weitgehend aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), subsidiär aber aus dem Aktiengesetz. Das VAG ist zwar bislang vorwiegend auf private Versicherungsunternehmen und nicht auf die Sozialversicherung zugeschnitten. Der Gesetzgeber kann aber spezielle, vom VAG abweichende organisationsrechtliche Regelungen für die neue Einwohnerversicherung schaffen, soweit er das für erforderlich hält. Regelungstechnisch ist zu empfehlen, solche Bestimmungen in das SGB V einzufügen und im Übrigen auf das VAG zu verweisen.

Der VVaG ist ebenso wie die Körperschaft des öffentlichen Rechts mitgliederschäftlich organisiert. Die Mitglieder des VVaG sind nicht in einem schuldrechtlichen Sinne Vertragspartner eines Versicherungsunternehmens, sondern Mitglieder eines Vereins. Sie zahlen nicht Versicherungsprämien für eine bestimmte Gegenleistung, sondern treten einer Risikogemeinschaft bei, die zur Abdeckung bestimmter Risiken ein Vereinsvermögen bildet. Mitglieder des

21 Dazu ausführlich *T. Kingreen/J. Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung. Konzeptionelle und rechtliche Fragen der Transformation der dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung (2013), S. 41 ff.

VVaG können grundsätzlich nur Versicherte sein. Der VVaG hat damit, anders als die Aktiengesellschaft, keine fremden Eigentümer, d. h. die für den Betrieb erforderlichen Mittel werden allein mit den Beiträgen der Mitglieder bestritten. Damit lassen sich Konflikte zwischen den Gewinninteressen von Anteilseignern und dem sozialen Zweck der Krankenversicherung vermeiden – ein Aspekt, der auch den durchaus gravierenden Grundrechtseingriff rechtfertigt, der in der Nichteinbeziehung von Aktiengesellschaften liegt.

Die körperschaftliche Organisationsverfassung des VVaG kann weitgehend in Analogie zu den Organen der gesetzlichen Krankenkassen ausgestaltet werden: mit einem hauptamtlichen Vorstand für die Führung der Verwaltungsgeschäfte (§ 34 VAG) und einem Verwaltungsrat als dem für die Vertretung der Mitglieder (§ 36 VAG: „oberste Vertretung“) zuständigen Organ. Klärungsbedürftig ist die Frage der Arbeitgeberbeteiligung. Die oberste Vertretung (die dem Verwaltungsrat in der GKV entspricht) kann nach bisherigem Recht nur aus Mitgliedern bestehen, was Vertreter der Arbeitgeber ausschließen würde, wenn sie nicht zugleich Mitglieder sind. Die Arbeitgeber sind zwar in den Organen der sogenannten Primärkassen sowie einiger Ersatzkassen, aufgrund der privatversicherungsrechtlichen Traditionen aber nicht in den PKV-Unternehmen und den übrigen Ersatzkassen vertreten. Es liegt angesichts dieser Unterschiede nahe, den Anbietern die Entscheidung über die Arbeitgeberbeteiligung zu überlassen. Im Übrigen könnte in das SGB V eine Regelung aufgenommen werden, die es den Krankenkassen überlässt, die nähere Zusammensetzung des Verwaltungsrates durch Satzung zu regeln.

Die Rechtsform des VVaG knüpft damit einerseits an eine im privaten Krankenversicherungswesen verbreitete Rechtsform an, hat aber aufgrund ihrer historischen und konzeptionellen Nähe zur Körperschaft des öffentlichen Rechts das Potenzial, den traditionellen Selbstverwaltungspfad des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts aufzunehmen, ihn aber durch eine kritische Bestandsaufnahme der sozialen Selbstverwaltung auch weiterzuentwickeln.

b) Öffentlich-rechtliche Überformung durch ein Gesundheitsregulierungsrecht

Der privatrechtliche Anbieterwettbewerb muss durch ein *Gesundheitsregulierungsrecht* hoheitlich überformt werden. Dieses hat einerseits die Funktion, das öffentliche Interesse an einer leistungsfähigen Krankenversicherung für alle Einwohner dort zu sichern, wo entweder kein Wettbewerb stattfindet oder der Wettbewerb die sozialpolitischen Ziele der Krankenversicherung nicht zu erreichen in der Lage ist oder gar konterkariert (Gemeinwohlsicherung). Auf der

anderen Seite muss es dem Wettbewerb dort, wo er als Regulierungsmechanismus erwünscht ist, auch zur Durchsetzung verhelfen (Wettbewerbsförderung).²²

aa) Aufrechterhaltung der öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen

Unter dem Aspekt der Pfadkontinuität bietet es sich an, vorhandene öffentlich-rechtliche Regulierungsstrukturen in die monistische Einwohnerversicherung zu integrieren. Das sind namentlich die Gemeinsamen Selbstverwaltungsstrukturen der GKV: Verbandliche Rechtsetzung und das Kollektivvertragsrecht bilden einen einheitlichen rechtlichen Ordnungsrahmen für den Wettbewerb der Krankenkassen untereinander. Daher können und sollten die öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen der GKV als Bestandteil eines Gesundheitsregulierungsrechts grundsätzlich bestehen bleiben.

Damit ist noch nichts über die konkrete Aufgabenverteilung zwischen den im Wettbewerb untereinander stehenden Krankenkassen, den Verbänden der Krankenkassen und den staatlichen (Aufsichts-)Behörden gesagt. Wenn und soweit aber die politische Entscheidung fällt, dass es öffentlich-rechtlicher Regulierung bedarf, dann liegt es angesichts der Prägung des Gesundheitswesens durch das Prinzip Selbstverwaltung nahe, auch den Verbänden Regulierungsaufgaben zuzuweisen, wobei es wiederum eine politische Entscheidung ist, ob es sich um Verbände auf Landesebene oder Bundesebene handelt. Insgesamt ist damit durch den vorliegenden Vorschlag die spezifische Verteilung von Aufgaben im Rahmen einer „regulierten Selbstregulierung“²³ nicht bis in die Details vorgegeben.

Rechtstechnisch wäre das Verhältnis der einzelnen Krankenkasse zu den Verbänden als gesetzlich zu regelnde Zwangsmitgliedschaft auszugestalten. Diese stellte sich für die nunmehr privatrechtlichen Träger zwar als Grundrechtseingriff dar.²⁴ Dieser ist aber zu rechtfertigen, wenn der Verband legitime öffentliche Aufgaben erfüllt und die Zwangsmitgliedschaft zur Erfüllung der öffentlichen

22 Dazu allgemein für die Regulierungsverwaltung etwa *G. Britz*, Organisation und Organisationsrecht der Regulierungsverwaltung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hg.), *Regulierungsrecht* (2010), § 21, Rn. 7.

23 *W. Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 261 (301 ff.).

24 Einschlägig ist jedenfalls Art. 2 Abs. 1 GG, nach teilweise vertretener Ansicht aber auch Art. 9 Abs. 1 GG, vgl. zum Meinungsstreit *B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 30. Aufl. (2014), Rn. 790 ff.

Aufgaben erforderlich und angemessen ist.²⁵ Das ist zu bejahen, weil die Krankenkassenverbände vielfältig in die Rechtsetzung zur Konkretisierung des Leistungskataloges eingebunden sind²⁶ und damit eine wichtige öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Nur durch die Zwangsmitgliedschaft jeder einzelnen Krankenkasse in den Landesverbänden und dem Spitzenverband Bund lässt sich aber die einheitliche Geltung namentlich des Kollektivvertragsrechts sicherstellen.

Es besteht allerdings die Möglichkeit, die öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen fortzuentwickeln, namentlich durch die Abschaffung der überkommenen Unterscheidung nach Krankenkassenarten und durch die Kompensation von demokratischen Legitimationsdefiziten in der Gemeinsamen Selbstverwaltung.²⁷ Überhaupt wären die derzeitigen §§ 143ff. SGB V der ideale Regelungsstandort für das neue Organisationsrecht der monistischen Wohnerversicherung.

bb) Errichtung einer Bundesgesundheitsagentur (BuGA)

Darüber hinaus bedarf es aber auch einer staatlichen Behörde, die den Transformationsprozess in eine integrierte Krankenversicherungsordnung organisiert und allgemeine Aufgaben der Versicherungs- und Wettbewerbsregulierungsaufsicht übernimmt.

Denkbar und nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich zulässig wäre die Errichtung einer Bundesgesundheitsagentur (BuGA) im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit. Die BuGA sollte namentlich für die versicherungs- und wettbewerbsrechtliche Regulierung zuständig sein, also die insoweit bestehenden Aufgaben der Versicherungsaufsichtsbehörden sowie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) übernehmen. Da sie insgesamt für die zentralen Regulierungsziele verantwortlich sein soll (Marktöffnung; Schaffung von Wettbewerb; Sicherung der Versorgungspflichten etc.), spricht vieles dafür, ihr auch weitreichende Kompetenzen zu geben. Das entspricht dem Modell der ursprünglichen Etablierung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), die inzwischen auch für den Energie- und Eisenbahnbereich zuständig ist, und über weit reichende Regulierungskompetenzen verfügt.

25 BVerfGE 38, 281 (299, 302).

26 Vgl. dazu U. Becker/T. Kingreen, in: U. Becker/T. Kingreen (Hg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl. (2014), § 69 Rn. 23.

27 Dazu m. w. N. auf den Streitstand R. Schmidt-de Caluwe, in: U. Becker/T. Kingreen (Hg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl. (2014), § 92 Rn. 7 ff.

Damit werden dem BVA (bzw. den Landesaufsichtsbehörden) und der BaFin (sowie teilweise auch dem Bundesfinanzministerium) wesentliche Kompetenzen entzogen. Die Schaffung einer neuen Behörde, die weder BVA noch BaFin ist, ist aber die konzeptionelle Konsequenz des monistischen Modells, das eben weder eine rein gesetzliche noch eine rein private Krankenversicherung weiterführt. Da es sich im Wesentlichen um Kontrolltätigkeiten auf Bundesebene handelt (bei der BaFin ausschließlich, bei den gesetzlichen Krankenkassen nur zum Teil) können die entsprechenden Arbeitseinheiten aus der BaFin und dem BVA (gegebenenfalls sogar den Landesaufsichten) in die Bundesgesundheitsagentur überführt werden. Damit findet eine entsprechende Vererbung des Wissens bzw. der Kompetenzen statt.

Im Gegensatz zur Versicherungs- und Wettbewerbsregulierung sollte die Versorgungsregulierung (namentlich also die Bedarfsplanung), weiterhin auf der Landesebene erfolgen, wobei es sich anbietet, aus diesem Anlass die duale Bedarfsplanung im Vertragsarzt- und Krankenhausrecht kritisch zu überdenken.

3. Materiell-rechtliche Herausforderungen

Eine weitere große Herausforderung für die Überführung der dualen in eine monistische Krankenversicherungsordnung ist die materiell-rechtliche Ausgestaltung des Übergangs. Besonders dringlich ist die Lösung der folgenden Probleme:

a) Alterungsrückstellungen in der PKV

aa) Individualisierbarkeit der Alterungsrückstellungen

Alterungsrückstellungen sind bilanzrechtliche Kalkulationsposten, die nach § 341f Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich prospektiv ermittelt werden, d. h. die Deckungsrückstellung muss dem versicherungsmathematisch errechneten Wert der künftigen Verpflichtung des Versicherungsunternehmens abzüglich des versicherungsmathematisch ermittelten Barwerts der künftigen Beiträge entsprechen. Da einerseits Prämienhöhungen wegen des Alters ausgeschlossen sind, andererseits aber die Krankheitskosten im Alter signifikant erhöht sind, müssen die Prämien ab dem Eintrittsalter bis zum prognostizierten Sterbealter kalkuliert und entsprechend über den Verlauf des Lebens umgelegt werden. Die anfallenden Prämien übersteigen daher zwar in jungen Jahren den prognostizierten Leistungsbedarf. Aus ihnen werden aber nicht nur die Leistungsausgaben bestritten, sondern auch die Alterungsrückstellungen gebildet, die eine alterskonstante Prämie gewährleisten sollen. Dies geschieht individuell in Abhängigkeit vom

Eintrittsalter. Der für die Absicherung des Altersrisikos erhobene Prämienanteil (der sogenannte Sparbeitrag) wird verzinslich angelegt; die mit zunehmendem Alter nicht mehr durch die Prämie gedeckten Krankheitskosten werden dann zunächst aus den Zinsgewinnen und sodann aus der Substanz bedient. Versicherte, die das Unternehmen ohne Mitnahme ihrer bislang angesparten Alterungsrückstellungen erst im höheren Alter wechseln möchten, müssten daher unverhältnismäßig hohe Prämien zahlen, weil der Ansparvorgang für das Alter in vergleichsweise kurzer Zeit erfolgen müsste.

Die Alterungsrückstellungen müssten allerdings für jeden einzelnen wechselwilligen Versicherten individualisierbar sein; nur dann sind sie auch portabel. Das wird aber mittlerweile selbst in der Privatversicherungswirtschaft nicht mehr ernsthaft bestritten:²⁸ Wie jede Versicherung beruht auch die Kalkulation der Prämien in der PKV auf dem Gesetz der großen Zahl, indem Kollektive von Versicherten in Tarifen zusammengefasst werden. Dies würde auch ganz ohne die Alterungsrückstellungen funktionieren – dann müssten die Prämien regelmäßig entsprechend den mit dem Alter steigenden Krankheitskosten zunehmen. Doch dieses kollektive Prinzip wird um ein im Wesen individuelles Element ergänzt: die einzelvertragliche Zusage, das ursprüngliche Eintrittsalter in der Weise zu bewahren, dass die Prämie gerade nicht altersabhängig erhöht wird. Damit steigt mit dem Alter des einzelnen Versicherten der individuelle Nachlass, den er gegenüber der höheren Prämie eines Neukunden gleichen Alters erhält. Der versicherungsmathematische Barwert dieses Nachlasses ist die Alterungsrückstellung, der somit ein ebenso individueller Charakter zukommt.

Die auf den einzelnen Versicherungsvertrag bezogene Individualisierbarkeit der Alterungsrückstellungen folgt nicht nur aus der versicherungsmathematischen Kalkulationslogik, sondern sie wird auch in einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen geregelt bzw. vorausgesetzt. Sie ist nicht nur bilanz- und steuerrechtlich, sondern wird auch im Privat- und Sozialversicherungsrecht vorausgesetzt. Gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG kann der Versicherungsnehmer vom Versicherer verlangen, dass er Anträge auf Wechsel in einen neuen Tarif mit gleichartigem Versicherungsschutz unter Anrechnung u. a. der Alterungsrückstellungen annimmt. Nach § 13 Abs. 1 KalV ist für jeden Leistungsbereich dem Versicherten der ihm kalkulatorisch zugerechnete Anteil der Alterungsrückstellung nach § 341f HGB mit Ausnahme des Teils, der auf die Anwartschaft

28 J. Boetius, Aufbau und rechtliche Struktur der Alterungsrückstellung – zur Diskussion um den Eigentumscharakter der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung (PKV), VersR 2014, 140 (146); vgl. auch T. Kingreen/P. Schramm, Fraglicher Wettbewerb, Süddeutsche Zeitung vom 3.6.2013, S. 18.

zur Prämienermäßigung nach § 12a Abs. 2 VAG entfällt und der betragsmäßig anlässlich des Tarifwechsels unverändert bleibt, vollständig prämiensmindernd anzurechnen. Zwar verbleibt die Alterungsrückstellung beim Tarifwechsel im Unternehmen; dennoch setzt die Vorschrift zwingend voraus, dass sie zum Zeitpunkt des Tarifwechsels individuell ermittelt und im neuen Tarif berücksichtigt wird. Auch § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VVG setzt die Individualisierbarkeit zwingend voraus, indem er die Mitnahme der Alterungsrückstellungen für den Fall des Unternehmenswechsels regelt. Nach § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) VVG ist in diesem Fall die auf den Basistarif kalkulierte Alterungsrückstellung zu übertragen, wenn der Vertrag nach dem 1. 1. 2009 abgeschlossen wurde. Der Versicherungsvertrag muss eine solche Mitgabe des Übertragungswerts nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 VAG ausdrücklich vorsehen.

Auch im Sozialversicherungsrecht findet sich in § 5 Abs. 9 SGB V eine spezielle Regelung zur Individualisierung und Portabilität der Alterungsrückstellungen. Die Vorschrift soll einen lückenlosen Versicherungsschutz für ehemalige PKV-Versicherte sicherstellen, die ihren Versicherungsvertrag im Hinblick auf eine Versicherung in der GKV nach den §§ 5, 9 oder 10 SGB V gekündigt haben.²⁹ Diese gehen nämlich das Risiko ein, nur für kurze Zeit versicherungspflichtig zu werden und danach nur zu ungünstigeren Konditionen wieder in die private Krankenversicherung zurückkehren zu können bzw. sogar zu müssen, etwa weil nach dem Wegfall der Versicherungspflicht eine freiwillige Weiterversicherung wegen Nichterfüllung der Vorversicherungszeit (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V) ausscheidet. Daher beinhaltet § 5 Abs. 9 SGB V einen Anspruch auf Neuabschluss eines Versicherungsvertrages zu den gleichen Tarifbedingungen, die vor Eintritt der Versicherungspflicht und Kündigung des Versicherungsvertrages vereinbart waren, wenn der private Krankenversicherungsvertrag zuvor mindestens 5 Jahre ununterbrochen bestanden hat. Ein zentrales Element dieses Bestandsschutzes sind nach § 5 Abs. 9 S. 2 SGB V die „bis zum Ausscheiden erworbenen Alterungsrückstellungen“, die „dem Vertrag zuzuschreiben“ sind. Abgestellt wird also auf individuelle, auf eine konkrete Person bezogene Rückstellungen und auch den einzelnen Versicherungsvertrag. Diese Vorschrift wäre nicht umsetzbar, wenn Alterungsrückstellungen nur kollektive Kalkulationsposten für einen Tarif wären.

29 BT-Drucks. 14/1245, S. 59.

bb) Verfassungsrechtliche Fragen

Verfassungsrechtlich ist gegen die Portabilität von Alterungsrückstellungen immer wieder ins Feld geführt worden, sie seien als Eigentum der Unternehmen und/oder der Versicherten (Art. 14 Abs. 1 GG) gegen eine Übertragung geschützt.³⁰

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deckt derartige Schlussfolgerungen indes nicht. Art. 14 Abs. 1 GG schützt „alle vermögenswerten Rechte, die das Recht einem privaten Rechtsträger so zuordnet, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf“.³¹ Sie sind aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kein konkretes vermögenswertes Recht, über das die Unternehmen privatnützig verfügen dürfen.³²

Dennoch wird nunmehr über einen Umweg versucht, das Eigentumsgrundrecht doch noch für die Unternehmen zu aktivieren, indem das Sicherungsvermögen, das für die Alterungsrückstellungen zu bilden ist (§ 66 Abs. 1, 1a VAG), als Eigentum bezeichnet wird.³³ Überzeugend ist das nicht: Erstens ist schon im Vorfeld des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 10. 6. 2009 darauf hingewiesen worden, dass die Alterungsrückstellungen als Sicherungsvermögen angelegt werden;³⁴ dennoch hat das Bundesverfassungsgericht die Einschlägigkeit von Art. 14 Abs. 1 GG verneint. Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht die Eigentumseigenschaft nicht verneint, weil die Alterungsrückstellungen vor ihrer Einstellung in das Sondervermögen noch keine individualisierbaren Vermögensgegenstände sind, sondern deshalb, weil die Unternehmen über diese nicht privatnützig wie ein Eigentümer verfügen können. An dieser Beschränkung ändert sich aber durch die Anlage der Alterungsrückstellungen in konkreten Vermögensgegenständen überhaupt nichts. Nach wie vor können die Unternehmen nicht wie Eigentümer frei über diese Gegenstände verfügen, sondern nur für den Sicherungszweck. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 26. 6. 2013 klargestellt hat, dass die Alterungsrückstellungen schon sachlich nicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG fallen, „weil ihnen

30 Zuletzt wieder *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, *VersR* 2013, 1201 ff.

31 BVerfGE 123, 186 (258).

32 BVerfGE 123, 186 (258f.).

33 *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, *VersR* 2013, 1201 (1202).

34 BVerfGE 123, 186 (208).

nicht der Charakter eines konkreten, dem Inhaber nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordneten Eigentumsrechts zukommt³⁵ und daher weder Eigentum der Versicherer noch der Versicherten sind. Alterungsrückstellungen können eben unabhängig von ihrem anlagepolitischen Aggregatzustand vom Versicherungszweck, der Versicherung gegen Krankheit, nicht getrennt und etwa für andere Zwecke des Unternehmens oder der Versicherten verwendet werden.

Portabilitätsregelungen können aber die Berufsfreiheit der Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG) und vor allem die durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützte Entscheidung der Versicherten über ihren Versicherer tangieren. Für die nicht wechselnden Versicherten besteht die Gefahr, dass durch den Weggang der „guten Risiken“ mittelbar erhebliche Prämiensteigerungen notwendig werden. Es besteht indes eine durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verstärkte Pflicht, eine Versicherung zu tragbaren Prämien bzw. Beiträgen zu gewährleisten. Insoweit kommt es darauf an, die Zugangs- und Finanzierungsregelungen so auszugestalten, dass es nicht zu einer einseitig wirkenden Risikoselektion kommt. Da sich nicht mit Sicherheit vorhersehen lässt, ob die Versicherten die Wechseloptionen unter Mitnahme der Rückstellungen wahrnehmen werden und welche Versicherten wechseln, ist es sinnvoll, Portabilitätsregelungen mit einer Beobachtungs- und laufenden Berichtspflicht zu versehen, um unvorhergesehene, durch Risikoselektion bedingte Schieflagen zeitnah korrigieren zu können.³⁶

cc) Erweiterung der Portabilität auf den Wechsel in die GKV

Es gibt damit keine durchgreifenden rechtlichen Einwände gegen die Ausweitung der Portabilität der Alterungsrückstellungen innerhalb der PKV-Unternehmen. Fraglich ist aber, ob man sie auf einen PKV-internen Wechsel beschränken dürfte. Es würde nämlich eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) darstellen, wenn PKV-Bestandsversicherte, die zu einem anderen PKV-Unternehmen wechseln möchten, ihre Alterungsrückstellungen mitnehmen dürften, Versicherte, die im Rahmen eines Wechselfensters in die GKV wechseln, hingegen nicht. Diese Ungleichbehandlung wäre nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zu rechtfertigen, der zudem ein solches Gewicht haben müsste, dass er die durch die Nichtmitgabe erzeugten Belastungen legitimiert. Das Thema ist insofern heikel, als eine Mitgabe der Alterungsrückstellungen

35 BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2013, 1 BvR 1148/13, Rn. 9.

36 BVerfGE 123, 186 (266).

auch in die GKV alle Schranken zwischen GKV und PKV und damit letztlich das duale System beseitigen würde. Auch und gerade wegen dieses Dominoeffekts ist der erbitterte Widerstand der Privatversicherungswirtschaft gegen die Portabilität der Alterungsrückstellungen verständlich: Sie sind die wesentlich Stütze des sorgsam austarierten Trennungssystems!

Tatsächlich gibt es aber auch keinen sachlichen Grund, eine Portabilität der Alterungsrückstellungen in das GKV-System zu verweigern, wenn sie innerhalb der PKV ermöglicht wird. In der GKV besteht zwar, anders als regelmäßig in der gesetzlichen Rentenversicherung, schon während der „Ansparphase“ ein Leistungsbedarf. Doch baut auch sie, insofern nicht anders als die PKV, auf langjährige Versichertenbiografien, in deren Verlauf sich unterschiedliche Beitragsleistungen und Krankheitskosten ausgleichen. Das belegt ein Blick auf die Bemessungsgrundlagen für die Beiträge auf der einen und die Entwicklung des Leistungsbedarfs auf der anderen Seite. Bei versicherungspflichtig Beschäftigten wird der Beitragsbemessung das Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV) aus dieser Beschäftigung zugrunde gelegt (§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V). Für die Beiträge der Rentner sind hingegen die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung maßgebend, die regelmäßig wesentlich niedriger ausfallen als das zuvor erzielte Arbeitseinkommen. In einer Lebensphase, in der die Ausgaben für Gesundheitsleistungen allmählich ansteigen, sinken also die Beiträge für die GKV ab. Das aber ist lediglich die Konsequenz des Umlageverfahrens, das funktioniert, weil sich das Verhältnis zwischen Beitragslasten und Leistungsbedarf in der vorausgegangenen Erwerbsphase prinzipiell gegenläufig verhält: Höheren Beiträgen steht in dieser Phase ein geringerer Leistungsbedarf gegenüber. Das Umlageverfahren ist also Ausdruck eines auch intertemporalen und damit intrapersonalen Ausgleichs und ist daher ebenso zwingend auf die Kontinuität der Versicherung angewiesen wie die PKV. In der GKV wird die Kontinuität dadurch sichergestellt, dass die Versicherung von Personen, die sich zu Beginn des Erwerbslebens für die PKV entschieden haben, nach Möglichkeit ausgeschlossen wird, soweit diese nicht mehr versicherungspflichtig werden. Daher ist der Zugang zur freiwilligen Krankenversicherung (§ 9 SGB V) beschränkt und werden solche Personen von der Versicherungspflicht ausgeschlossen, die nach Vollendung des 55. Lebensjahres versicherungspflichtig werden, wenn sie in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Versicherungspflicht nicht gesetzlich versichert waren (§ 6 Abs. 3a SGB V).

Funktional sind also die Teilnahme am Umlageverfahren und die damit verbundenen langjährigen Beitragsleistungen in der GKV mit den Alterungsrückstellungen in der PKV vergleichbar, weil sie exakt die gleiche Funktion

erfüllen: Teilnahmeberechtigung am Umlageverfahren und kapitalgedeckte Alterungsrückstellungen begründen gleichermaßen eine Anwartschaft darauf, im Alter nicht wegen erhöhter Leistungsausgaben mit höheren Beiträgen belastet zu werden. Beide sind auf kontinuierliche „Ansparvorgänge“ angewiesen, die den erhöhten Leistungsbedarf im Alter kompensieren. Aus diesem Grunde funktioniert der Risikostrukturausgleich im Gesundheitsfonds auch nach den gleichen Kriterien wie die Kalkulation der risikoäquivalenten Prämien, nämlich neben dem Gesundheitszustand vor allem nach dem Alter. Alterungsrückstellungen sind daher der Gegenwert für den mit der Rückkehr erworbenen künftigen Umlageanspruch, den die GKV-Bestandsversicherten aufgrund ihrer kontinuierlichen Versicherungsbiografie, die in die GKV wechselnden PKV-Bestandsversicherten hingegen durch die Einbringung eben dieser Alterungsrückstellungen erworben haben. Sie bilden das „Eintrittsgeld“, das fällig wird, um Mitglied in der umlagefinanzierten Solidargemeinschaft zu werden.

Eine nicht nur technische Frage ist es dann allerdings, wie die Alterungsrückstellungen in der GKV verwaltet werden könnten. Hier spricht zunächst alles für eine zentrale Verwaltung. Durch die Finanzarchitektur der GKV mit risikoadjustierten Zuweisungen an die Krankenkassen trägt nicht die Krankenkasse das Zugangsrisiko als Delta zwischen zu erwartenden Beitragseinnahmen und Ausgaben der PKV-Bestandsversicherten, sondern der Gesundheitsfonds. Mögliche Belastungen durch wechselnde PKV-Bestandsversicherte sind allein für den Gesundheitsfonds relevant, nicht aber für die einzelne Krankenkasse. Eine dezentrale Verwaltung der Rückstellungen durch die Krankenkassen würde hingegen dazu führen, dass diese in einen Wettbewerb um PKV-Bestandsversicherte mit „guten Risiken“ eintreten würden. Außerdem wird durch eine zentrale Verwaltung das Problem vermieden, dass bei jedem Wechsel der Krankenkasse wieder die früheren PKV-Alterungsrückstellungen transferiert werden müssten.

Es gibt allerdings gute Gründe dafür, die Rückstellungen nicht im Gesundheitsfonds zu verwalten. Denn der Gesundheitsfonds nimmt aus den Einnahmen jährliche Zuweisungen an die Krankenkassen vor (§ 266 Abs. 1 S. 2 SGB V), während die Alterungsrückstellungen für die Restlebenszeit, also nicht nur für ein Jahr kalkuliert sind. Sie haben damit eine andere Funktion als die bislang in § 271 Abs. 1 SGB V aufgeführten Einnahmequellen des Gesundheitsfonds. Diese spezielle Funktion der Alterungsrückstellungen spricht dafür, sie gesetzlich als eigenständiges Sondervermögen zur Vermeidung rückkehrbedingter Belastungen auszugestalten. Aus diesem Sondervermögen könnten dann Leistungen an den Gesundheitsfonds fließen, allerdings nur insoweit, als durch die Gesamtheit der innerhalb des Zeitfensters gewechselten PKV-Bestandsversicherten ein

Leistungsbedarf besteht, der durch die geleisteten Beitragszahlungen nicht abgedeckt wird.

Man kann damit festhalten, dass die Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel in die GKV die gleiche Funktion übernehmen würden wie bei einem PKV-internen Wechsel. Damit entfällt aber auch die sachliche Rechtfertigung dafür, die Portabilität der Rückstellungen auf diesen PKV-internen Wechsel zu beschränken. Anzeigt ist vielmehr insgesamt eine Portabilität der Alterungsrückstellungen.

b) Beamtenrechtliche Beihilfe

Ein spezifisches Transformationsproblem im Bereich der Finanzierung sind die Krankheitskosten der Beamten und sonstigen beihilfeberechtigten Personen. Anders als bei allen anderen abhängig Beschäftigten beteiligt sich der Dienstherr an den Kosten der Krankenversicherung nicht durch Übernahme von Beitragsanteilen, sondern durch ein die Versicherung ergänzendes leistungsrechtliches Regime, das Beihilferecht.

Dieses Sonderregime ist bürokratisch und in einer monistischen Einwohnerversicherung dysfunktional. Seine Abschaffung zugunsten einer Beteiligung des Dienstherrn am einkommensabhängigen Beitrag wäre verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Art. 33 Abs. 5 GG verpflichtet den Dienstherrn zwar zu Vorkehrungen, die sicherstellen, „dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Pflege-, Geburts- oder Todesfälle nicht gefährdet wird.“ Es bleibt aber ihm überlassen, „ob er diese Pflicht über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise erfüllt.“ Damit besteht auch keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, „den Beamten und Versorgungsempfängern für Krankheitsfälle oder vergleichbare Belastungen Unterstützung gerade in Form von Beihilfen [...] zu gewähren.“³⁷ Auch unter dem Aspekt der Vorsorgefreiheit, die die freie Entscheidung zur Wahl der Krankenvorsorge schützen soll,³⁸ ist Art. 33 Abs. 5 GG nicht berührt, denn das vorgeschlagene integrierte System gewährt dem Beamten eher mehr denn

37 Alle vorstehenden Zitate aus BVerfGE 106, 225 (232).

38 Es ist allerdings zweifelhaft, ob es sich dabei überhaupt um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums handelt, vgl. B. *Pieroth*, in: H. D. Jarass/B. *Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 62.

weniger Wahlrechte, weil er bislang wegen der Problematik der Alterungsrückstellungen praktisch an einem Wechsel des Unternehmens gehindert war.³⁹

Eine solche Reform lässt sich allerdings ohne die insoweit teilweise zuständigen Länder nicht realisieren, die die Entscheidung über eine Umstellung maßgeblich von den vermutlich kurzfristig zunächst steigenden Kosten abhängig machen werden. Der Bundesgesetzgeber sollte daher zweigleisig fahren: Beamten in denjenigen Ländern, die sich für eine Überführung des Beihilfesystems in die übliche Arbeitgeberbeteiligung entscheiden, sollte der Wechsel in die Einwohnerversicherung unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen zu den Alterungsrückstellungen ermöglicht werden. Soweit die Länder aber an ihrem Beihilfesystem festhalten möchten, sollten in der monistischen Einwohnerversicherung entsprechende Sonderregelungen für die Prämiengestaltung und Leistungsabwicklung geschaffen werden.

c) Angleichung der Honorare der Vertragsärzte

Ein erhebliches Übergangsproblem bilden schließlich die signifikanten Unterschiede bei den Honoraren namentlich der Vertragsärzte.

Diese Unterschiede lassen sich zwar in einer integrierten Krankenversicherungsordnung nicht mehr rechtfertigen; die Einebnung dieser Unterschiede ist sogar eines ihrer Ziele, weil die bisherige Honorargestaltung gesundheitspolitische Fehlanreize setzt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die Vertragsärzte in ihren wirtschaftlichen Dispositionen auf diese seit Jahrzehnten bestehenden Vergütungsstrukturen eingestellt haben. Daraus erwächst ein grundrechtlich durch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Vertrauen, das der Gesetzgeber bei einer für die Realisierung des Reformvorschlags unverzichtbaren Honorarreform zu beachten hat, die möglicherweise nur in mehreren Schritten erfolgen kann. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass die PKV-Versicherten ein grundrechtlich geschütztes Vertrauen in den Fortbestand ihrer Versicherung und der mit ihr vereinbarten Bedingungen geltend machen können. Das könnte tendenziell eher dafür sprechen, das Honorarsystem im Hinblick auf die PKV-Bestandsversicherten, die von einer Wechselmöglichkeit in die GKV keinen Gebrauch machen, nicht anzutasten. Für eine integrierte Krankenversicherung wird jedenfalls eine längere Konvergenzphase erforderlich sein. Der politische Erfolg dieses Prozesses dürfte dabei maßgeblich

39 Insoweit a.A. P. Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, in: M. von Wulffen/O. E. Krasney (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (2004), S. 1 (10).

davon abhängen, dass die Zusammenführung der Versicherungssysteme nicht durch Trittbrettfahrer missbraucht wird, die bei dieser Gelegenheit das Honorarvolumen insgesamt (also bezogen auf die GKV und die PKV) zu reduzieren trachten.

Gerade für die Honorarangleichung gilt, dass es für die Systemmigration eines Akteurs bedarf, der Neutralität und damit das erforderliche institutionelle Vertrauen gewährleistet. Es ist daher naheliegend, dass der Angleichungsprozess nicht eine Aufgabe der (Gemeinsamen) Selbstverwaltungspartner sein kann, sondern der speziell auch für die Transformationsprobleme zu schaffenden Bundesgesundheitsagentur (BuGA).⁴⁰

IV. Fazit

Der Übergang von der dualistischen zur monistischen Krankenversicherungsordnung ist mit erheblichen organisatorischen Herausforderungen und komplexen Transformationsproblemen konfrontiert, die aber rechtlich und praktisch lösbar sind.

Dennoch hat die duale Krankenversicherungsordnung eine verlässliche Stütze: die wenig verlockende Aussicht auf den enormen Aufwand, der zu ihrer Umformung betrieben werden müsste, und die bei allen Akteuren zu beobachtende Befürchtung, es könnte sich irgendetwas zu ihrem Nachteil verändern. Dieser Befund gilt keineswegs nur für die private Versicherungswirtschaft, die es zwar – übrigens mit freundlicher Unterstützung aus der ihr nahestehenden Rechtswissenschaft – auf dem 69. Deutschen Juristentag noch geschafft hat, eine Beschlussfassung über dieses Thema zu verhindern,⁴¹ diese Fragen aber mittlerweile durchaus offen diskutiert. Er gilt mindestens in gleichem Maße für die politischen Protagonisten einer integrierten Krankenversicherungsordnung, die zwar insbesondere in Wahlkampfzeiten voller Inbrunst die Flagge der „Bürgerversicherung“ hissen, diese dann aber schnell wieder abhängen, wenn unterhalb der plakativen Überschrift deutlich wird, dass sich der Transformationsprozess nicht einfach auf die „Eingemeindung“ der PKV ins GKV-System reduzieren lässt. „Mehr Fantasie wagen“ ist damit für alle Beteiligten das Gebot der Stunde in der Diskussion über die duale Krankenversicherungsordnung.

40 Dazu oben 2. b) bb).

41 Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages 2012 Bd. II/2, K137-158; dazu den treffenden Bericht in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 20.9.2012.

Astrid Wallrabenstein

Gestaltungs- und Verfassungsfragen eines Übergang zu einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt im Hinblick auf die PKV

Assuming that the inevitable transition from the current dual health insurance system with its two branches of public and private, but both statutory insurance schemes into a uniform model will base on the actual public health insurance system and integrate the members of today's private system, the following contribution deals with constitutional issues of the transition process. Therefore the author designs different options and discusses for each of them the conditions that have to be met deriving from the constitutional basic rights of both insured and insurers. Particular focus is placed on the handling of old age reserves currently held by private insurance companies for their policyholders. The integration of civil servants into the proposed health insurance system requires attention as well. The detailed examination of constitutional demands leads to the conclusion that – contrary to an often heard argument – constitutional law does not preclude the transition into a uniform health insurance system in Germany.

I. Einleitung

Die abstrakte Vorstellung, in Deutschland gelte für alle Bürger das gleiche Krankenversicherungssystem, ist gemeinhin positiv besetzt. Die Gesundheitsökonomie betont einhellig, dass das Nebeneinander zweier Krankenversicherungssysteme im gleichen Rechts- und Wirtschaftsraum nicht sinnvoll ist, notwendigerweise zu Ausweichreaktionen und damit zu Fehlanreizen führt und nur als historisch vorgefundenes Faktum aber nicht konzeptionell erklärbar sind.¹ Die Argumente für die Aufrechterhaltung des „Zweisäulenmodells“ einer

1 Aus unterschiedlichen (interessen-)politischen Perspektiven und mit unterschiedlichen Reformvorschlägen K. Jacobs, Vom dualen System zum einheitlichen Krankenversicherungsmarkt, GPS 2013, 20; H. Rothgang/K. Jacobs, Solidarität und Wettbewerb in einem einheitlichen Krankenversicherungssystem, Public Health Forum 21 (2013), 2.e1-2.e3; M. Kifmann/M. Nell, ZfV 2013, 403, dies., Fairer Systemwettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung, Research Paper 2013/01; aus der älteren Diskussion etwa K.-D. Henke et al., Zukunftsmodell für ein effizientes Gesundheitswesen in Deutschland, Vereinte Krankenversicherung AG,

privaten Krankenvollversicherung (PKV) neben der gesetzlichen Kranken(voll)versicherung (GKV) bewegen sich dementsprechend ausschließlich auf einer konkret-pragmatischen Ebene: Der status quo funktioniert und bietet für bestimmte Betroffene Vorteile, die bei einer Änderung verloren gingen oder zumindest gefährdet wären.² Daher lässt sich die Frage, *ob* es einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt geben soll, nicht gewinnbringend diskutieren. Stattdessen setzt dieser Beitrag nach der Frage des Ob an und erörtert das Wie. Er legt daher drei Annahmen zugrunde – eine ökonomische, eine politische und eine rechtliche. Die erste ist, dass die langfristige Entwicklung der ökonomischen Einsicht folgt, dass ein einheitlicher Krankenversicherungsmarkt sinnvoll und deshalb anzustreben ist. Die zweite Annahme stellt das politische Gewicht der Interessen am status quo in Rechnung. Ein einheitlicher Krankenversicherungsmarkt kann ihretwegen nur in einem langen Prozess in verschiedenen Einzelschritten erreicht werden. Welche Schritte – ihrerseits auch keineswegs linear, sondern durchaus kurvenreich, womöglich auch vor und zurück – wann und wie erfolgen, ist dabei eine Frage der politischen Konjunktur und daher kaum vorhersagbar. Die dritte Annahme schließlich betrifft die Rolle des rechtlichen Arguments in diesem Prozess. Interessen, zumal solche an der Erhaltung des status quo, artikulieren sich regelmäßig auch als verfassungsrechtliches Argument: Gedachte oder geplante Änderungen verstießen gegen Grundrechte, heißt es, in erster Linie den Schutz des Eigentums und der Berufsfreiheit der betroffenen Akteure.

Diesem rechtlichen Argument ist der folgende Beitrag gewidmet. Er will aufzeigen, dass das Verfassungsrecht einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt *nicht* verbietet, auch wenn er – natürlich – mit dem Verschwinden der privaten Krankenvollversicherung in ihrer heute bestehenden Form verbunden ist. Die Entkräftung verfassungsrechtlicher Einwände hiergegen, ist relativ kurz (unter III.). Diffiziler sind die Fragen, wie die Überleitung der heute privat

2002; E. Knappe/R. Arnold, Pauschalprämie in der Krankenversicherung. Ein Weg zu mehr Effizienz und mehr Gerechtigkeit. Gutachten im Auftrag des Verbandes der Bayerischen Wirtschaft, 2002; P. Zweifel/M. Breuer, Weiterentwicklung des deutschen Gesundheitssystems. Gutachten im Auftrag des Verbands Forschender Arzneimittelhersteller, 2002; F. Breyer et al., Reform der sozialen Sicherung, 2004.

2 Vgl. die Anlage der verschiedenen Studien, die der PKV Verband im Wahljahr in Auftrag gegeben hat, um Argumente gegen „die Bürgerversicherung“ zu formulieren, unter <https://www.pkv.de/politik/aktuelle-studien/>, sowie die entsprechenden Beiträge unter <https://www.pkv.de/politik/debatte/>.

Krankenversicherten in das neue einheitliche Krankenversicherungssystem verfassungskonform ausgestaltet werden kann (unter IV.).

Vor diesen verfassungsrechtlichen Überlegungen bedarf es aber einer Vorstellung zumindest über die Eckpunkte eines einheitlichen Krankenversicherungssystems, in dem die bisherige PKV aufgehen und in das die bisher PKV-Versicherten übergeleitet werden könnten (unter II.).

II. Eckpunkte eines einheitlichen Versicherungsmarktes

Ein einheitliches Krankenversicherungssystem darf nicht als Einheitsversicherung missverstanden werden. Ausgehend von der gesundheitsökonomischen Idee, dass Wettbewerb ein sinnvolles Steuerungsinstrument bei der Gestaltung des Gesundheitswesens sei,³ ist das Krankenversicherungssystem vielmehr als einheitlicher Krankenversicherungsmarkt zu denken: Als „Markt“ unterschiedlicher Versicherungsanbieter, deren Nachfragerkreis aber, anders als heute, identisch ist und die gesamte Bevölkerung umfasst. Denn gerade die künstliche Trennung in zwei Versicherungsmärkte – mit einem schmalen Konkurrenzsegment für Arbeitnehmer jenseits der Versicherungspflichtgrenze – soll überwunden werden. Innerhalb des einheitlichen Versicherungsmarktes sollen die Nachfrager – die Versicherten – Wahlfreiheit zwischen den unterschiedlichen Versicherungsanbietern haben.⁴

Ob diese Anbieter eine bestimmte – einheitliche – Rechtsform haben müssen, oder ob unterschiedliche, womöglich auch nebeneinander öffentliche und private, Rechtsformen möglich sind, soll hier nicht weiter erörtert werden.⁵ Stattdessen sollen inhaltliche Eckpunkte, die für den einheitlichen Versicherungsmarkt gelten müssen, skizziert werden. Sie lassen sich auf drei zentrale Aspekte

3 Aus A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hg.), *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens* Bd. 1, 2005, insb. *I. Spiecker gen. Döhmann*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter, S. 1 ff.; *H. Rothgang/K. Jacobs*, Solidarität und Wettbewerb in einem einheitlichen Krankenversicherungssystem, *Public Health Forum* 21 (2013), 2.e1-2.e3.

4 Vgl. im Ansatz ähnlich, allerdings mit anderen Schwerpunkten *K. Jacobs/S. Schulze* (Hg.), *Die Krankenversicherung der Zukunft*, 2013.

5 S. dazu *Kingreen*, in diesem Band, S. 19; *T. Kingreen/J. Kühling*, *Monistische Einwohnerversicherung*, 2013; noch zurückgenommener nur für eine privatrechtliche Organisation der GKV unter Beibehaltung getrennter Märkte für umlagefinanzierte und kapitalgedeckte Krankenversicherung *E. Wille et. al.*, *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung*, 2012.

reduzieren, die bereits heute sowohl die GKV als auch die PKV⁶ prägen: Eine Versicherungspflicht jedes Einwohners oder jeder Bürgerin, die für das gesamte Leben gilt, ein umfassender Schutz für alle notwendigen Krankenbehandlungen und die individuelle Bezahlbarkeit der Beiträge, die hierfür erforderlich sind.

Modelliert man von diesen drei Eckpunkten aus einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Keine Risikodifferenzierung – „einheitlicher Tarif“

Wenn der Versicherungsschutz mit der Geburt beginnt und für jeden besteht, kennt der einheitliche Krankenversicherungsmarkt keine Risikodifferenzierung zwischen den Versicherten.

Grundsätzlich vorstellbar wäre zwar eine Unterscheidung in Risikogruppen nach Erkrankungen, die bereits bei der Geburt bekannt sind bzw. werden. Eine solche Differenzierung, die an genetische Besonderheiten oder Geburtsschäden anknüpfen würde, darf man jedoch als gesellschaftlich nicht tragfähig ausschließen. Auch die PKV heute akzeptiert Kinder ihrer Versicherten ab Geburt ohne Gesundheitsprüfung (s. § 198 VVG) und Gentests bzw. Mitteilungen über bekannte genetische Untersuchungsergebnisse dürfen nicht verlangt werden (§ 18 GenDG). Ein einheitlicher Krankenversicherungsmarkt würde hinter diesen status quo nicht zurückfallen.

Blieben Versicherte bei ihrem ursprünglichen Anbieter, so gäbe es grundsätzlich keine Zäsur, ab der das bei Geburt einheitliche Kollektiv nach Risiko getrennt werden könnte. Die Möglichkeit zur Risikodifferenzierung bestünde nur dann, wenn Krankenversicherungen immer nur auf Zeit geschlossen würden. Dann könnte – und müsste – beim Neuabschluss der Krankenversicherung eine neue Risikoeinordnung erfolgen. Solche Systeme existieren; Prototyp hierfür ist die Krankenversicherung in den USA, die in der Praxis häufig über den Arbeitgeber angeboten wird und folglich mit einem Arbeitsplatzwechsel neu abgeschlossen werden muss.⁷ Die deutsche PKV zeichnet sich dadurch aus, dass sie

6 Hierzu vgl. A. Wallrabenstein, Kontrolle der Privaten Krankenversicherung – Der Versuch, eine privatwirtschaftliche Institution sozialpolitischen Anforderungen zu unterwerfen, in: A. Schmehl/dies (Hg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens Bd. 3, 2007, S. 67 ff.; dies., Versicherung im Sozialstaat, 2009, S. 252 ff.; vgl. ähnlich U. Steiner, A & R 2007, 147, 150: „Teilpublizierung des Versicherungsvertragsrechts“.

7 Alternative hierzu ist der individuell abgeschlossene Krankenversicherungsvertrag; die Pflicht der Versicherer, solche Individualverträge unter bestimmten Bedingungen anzubieten, und der Versicherte, sie bei Fehlen eines anderen – arbeitgebervermittelten

zwar zwischen der Versicherung von Kindern bzw. Personen in der Ausbildung und „Erwachsenen“ differenziert. Da Kinder typischerweise von ihren Eltern versichert werden, schließen sie erst später eine eigene Krankenversicherung ab. Dies ist dann der Zeitpunkt, zu dem eine Risikoneueinordnung stattfinden kann. Dann aber ist die Krankenversicherung grundsätzlich lebenslang abgeschlossen (§ 195 VVG). Versicherer haben kein ordentliches Kündigungsrecht (§ 206 Abs. 1 S. 2 VVG).⁸ Vielmehr verpflichtet sich der Versicherer – im Grundsatz – den Versicherten zu den gleichen Konditionen, d.h. auch zur gleichen Prämie, ein Leben lang zu versichern. Gerade dies bildet die Grundlage für die im Folgenden noch näher darzustellenden Konsequenzen für die Prämienkalkulation. Entscheidend ist an dieser Stelle, dass durch das Konzept lebenslanger Versicherungsverträge eine Risikodifferenzierung nach Eintritt in die Versicherung für den Rest des Lebens grundsätzlich nicht vorgesehen ist.

In der Praxis findet daher eine Risikoanordnung der Versicherten dann statt, wenn der erste – eigene – private Krankenversicherungsvertrag abgeschlossen wird. Außerdem kommt eine Risikoprüfung vor, wenn der Versicherte einen höheren Krankenversicherungsschutz begehrt oder von einem anderen privaten Anbieter aus wechselt. Ersichtlich ist dies für Versicherte, die mittlerweile bestimmte fortdauernde Erkrankungen bzw. erkennbare Krankheitsrisiken aufweisen, welche mit höheren Kosten verbunden und daher tendenziell weniger attraktiv sind. Deshalb sind sie von einem Angebots- bzw. Anbieterwettbewerb faktisch ausgeschlossen. Im Umkehrschluss bedeutet ein Vertrags- oder Anbieterwechsel daher für die Anbieter die Chance, gute Risiken – also Versicherte ohne Vorerkrankungen – zu selektieren. Gesundheitsökonomisch gilt sowohl die Beschränkung des faktischen Wettbewerbs auf Gesunde als auch die Risiko-selektion als unerwünscht. Entsprechende Risikoausgleichsmechanismen werden deshalb mitgedacht.⁹

–Versicherungsschutzes abzuschließen (individual mandate) , ist Kern der Gesundheitsreform in den USA, die als Obamacare bekannt ist vgl. hierzu A.-K. Klemm, GSP 2012, 29 ff.

8 Zum außerordentlichen Kündigungsrecht und seiner sozialpolitischen Einschränkung vgl. BGH vom 7.12.2011, NJW 2012, 1365 mit kritischer Anm. von Ch. Rolfs/G. Wiemer.

9 Vgl. etwa systematisch: K. Beck, Risiko Selektion in der sozialen Krankenversicherung in der Schweiz, in: D. Göppfarth/S. Greß/K. Jacobs/J. Wasem (Hg.), Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2009/2010, S. 135 ff.; zu Deutschland: S. Sehlen/W. F. Schröder, Risikostrukturausgleich innerhalb der PKV und zwischen PKV und GKV nach dem Wettbewerbsstärkungsgesetz, ebd., S. 93; zum status quo in der PKV: R. Weber,

Ein einheitlicher Krankenversicherungsmarkt wäre deshalb ohne Risikoprüfungen beim Anbieterwechsel und gegebenenfalls mit notwendigen Risikoausgleichsmechanismen konzipiert. Im Ergebnis wären alle Versicherten im gleichen Risikokollektiv versichert.¹⁰

2. Nach- und Vorfinanzierung des individuellen Bedarfs – „lebenslanges Versicherungsverhältnis“

Eine zweite Frage ist die Verteilung des Beitragsaufkommens in der individuellen Lebensperspektive. Die Gesundheitskosten eines Menschen sind die größte Zeit des Lebens regelmäßig sehr niedrig und steigen erst im Alter exponentiell an.¹¹ Zugleich ist der Einzelne im Wesentlichen im mittleren Lebensdrittel leistungsfähig. Das bedeutet bei Betrachtung aus der individuellen Lebensperspektive, dass die Kosten der Kindheits- und Jugendphase erst nachträglich finanziert werden können, während die Kosten der Altersphase zum Großteil vorfinanziert werden müssen.¹²

Hierfür existieren zwei unterschiedliche Modelle: Auf der einen Seite die Umlage innerhalb des Versichertenkollektivs, was eine Umverteilung von „Mittelalten“ auf „Junge“ und „Alte“ bedeutet, und zum anderen die Kreditnahme bzw. das Ansparen am Finanzmarkt.

Lange Zeit galt die Risikoabsicherung über Finanzprodukte dem Umlageverfahren als überlegen.¹³ Der wichtigste Grund dafür war, dass nur bestimmte

Risikoausgleichsverfahren in der privaten Krankenversicherung, ebd., S. 115, 129 ff.; aus der älteren Diskussion *H. Rothgang/G. Glaeske*, Differenzierung privater Krankenversicherungstarife nach dem Geschlecht, 2005; für geschlechtsunabhängige Tarife in der PKV – ein Modell, das sich nicht verwirklicht hat.

10 Vgl. insoweit die Übereinstimmung zwischen „Bürgerversicherung“ und „Kopfpauschale“, etwa in: Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme. Bericht der Kommission (Rürup-Bericht) 2003, 146, 175.

11 Vgl. etwa Unabhängige Expertenkommission (Hg.), Gutachten zur Untersuchung der Problematik steigender Beiträge der privat Krankenversicherten im Alter, BT-Drucks. 13/4945.

12 Zu den Unterschieden zwischen der ökonomischen Längs- und Querschnittsperspektive etwa *W. Schmähl*, Umlagefinanzierte soziale Sicherung – Konzeptionen und Finanzierung, in: E. Theurl (Hg.), Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende, 2001, 171, 178 ff.

13 S. etwa *J. Boetius*, Private und staatliche Versicherung in Deutschland – Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft am Beispiel der Krankenversicherung, in: H. Müller et al. (Hg.), 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, 2001, S. 667 ff.; als Teil der Altersvorsorge weiterhin positiv: *A. Börsch-Supan/M. Gasche*, Zur

Risiken in den Blick genommen wurden. Zahlreiche Risiken blieben aber ausgeblendet und waren auch nicht über den Finanzmarkt abgesichert. Im Bereich der Krankenversicherung gilt die kapitalgedeckte Vorsorge für die zu erwartenden Kostensteigerungen im Alter. Abgesichert ist dabei die Erwartung, dass ein heute z.B. 30-jähriger Versicherter mit 70 Jahren die gleichen Kosten haben wird, die heute für einen 70-Jährigen (desselben Tarifs beim selben Versicherer) entstehen. Nicht berücksichtigt wird aber das Risiko der Kostensteigerung. Sowohl der inflationsbedingte Kostenzuwachs als auch die Kostensteigerung durch medizinische Innovation wurden – und letztere werden – in den kapitalgedeckten Systemen ausgeblendet. Der zweite Aspekt, der die Risikoabsicherung über den Kapitalmarkt attraktiver erscheinen ließ, war der Renditegewinn teilweise sogar im zweistelligen Bereich, meist jedoch zwischen 4 und 10% der Kapitalrücklage.¹⁴ Die Gewinnerwartung erlaubt es, die Prämien gegenüber dem kalkulatorisch notwendigen Betrag abzusenken, so dass die Vorfinanzierung späterer Kosten nicht nur wegen der individuellen Einkommensbiografie sinnvoll ist, sondern es auch ermöglicht, das als Eigenleistung aufzubringende Kapital nominal zu reduzieren.

Parallel zu dieser positiven Bewertung der finanzmarktgestützten Risikoabsicherung wurde die Leistungsfähigkeit des Umlagesystems wegen der erwarteten Bevölkerungsentwicklung als begrenzt bzw. als überfordert angesehen. Das Ansteigen der Bevölkerung im Rentenalter und das Absinken der Zahl der Erwerbstätigen – oder jedenfalls der abhängig Beschäftigten – wurde und wird als Problem wahrgenommen.

Die Entwicklung der letzten Jahre hat allerdings die Wahrnehmung verändert. Die Finanzkrise und die seitdem anhaltend niedrigen und immer weiter sinkenden Zinsen wecken Zweifel an der Tragfähigkeit der finanzmarktgestützten Risikoabsicherung. Jedenfalls sind die Renditeerwartungen drastisch gesunken.¹⁵ Hinzu kommt ein stärkere und umfassendere Risikobetrachtung, die in erster

Sinnhaftigkeit der Riester-Rente, 2010; kritisch bereits *W. Schmähl*, Umlagefinanzierte soziale Sicherung – Konzeptionen und Finanzierung, in: *Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende*, 2001, 171; auch die Bundesbank hält die Kapitaldeckung dem Umlageverfahren nicht für überlegen, vgl. *Gesundheitswirtschaft* 1/14.

14 Nicht der eingezahlten Beiträge!

15 Der Garantiezins der kapitalbildenden Lebensversicherung (§ 2 DeckRV) wurde von 4% im Jahr 2000 auf 1,75 % im Jahr 2012 gesenkt, vgl. die Übersicht auf de.wikipedia.org/wiki/Höchstrechnungszins. Für die PKV empfahl die Deutsche Aktuarvereinigung für 2013 eine Absenkung des Rechnungszinses vom gesetzlich zulässigen Höchstbetrag von 3,5% (§ 4 KalV) auf 2,75%. Die meisten Versicherer sind dem gefolgt.

Linie durch internationale Rechnungslegungsstandards gefordert wird,¹⁶ die aber auch eine nationale versicherungsökonomische Basis hat.¹⁷ Besonders deutlich wird der Bewertungswandel dadurch, dass jüngst die kapitalbildende Lebensversicherung – also das Produkt, dass in früheren Debatten der umlagefinanzierten gesetzlichen Rentenversicherung gegenübergestellt wurde – dafür gelobt wird, dass sie ein umlageorientiertes Geschäftsmodell habe. Eine Sparergeneration erhalte nicht „ihre“ Gewinne, sondern die des Kollektivs, also auch die Gewinne vorausgehender und nachfolgender Generationen. Dies sei günstiger als andere Kapitalanlageformen, da bei ihnen die Risikoabsicherung am Kapitalmarkt „gekauft“ werden müsse, was teurer sei als die Umlage im Kollektiv über Generationen hinweg.¹⁸ Tatsächlich hat die Risikoumlage im Kollektiv den Vorteil, dass Kosten für die Risikoabsicherung der Finanzproduktanbieter erspart werden.

Deshalb soll hier für einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt unterstellt werden, dass das Hauptfinanzierungskonzept der Krankenversicherung das Umlageverfahren bleibt. Denkbar ist eine Ergänzung der Umlagefinanzierung durch eine Teil-Kapitaldeckung, mit der Demografierisiken abgefangen werden könnten. Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 27.11.2013 sieht für die Pflegeversicherung den Aufbau einer solchen Kapitaldeckung als Ergänzung für eine bestimmte demografisch vorhersehbare Situation vor.¹⁹ Vergleichbares ist im Rahmen eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes vorstellbar.²⁰

16 IFRS 4, vgl. *J. Zimmermann/J. Schymczyk*, Auswirkungen der Rechnungslegung nach IFRS auf die Versicherungsnehmer, in: Wissenschaftlicher Beirat beim Bund der Versicherten (Hg.), *VersWissStud* 38, 2010, S. 113 ff.

17 Vgl. etwa *U. Meyer*, Zentrale Probleme der Privaten Krankenversicherung, in: *J. Basedow et al.* (Hg.), *VersWissStud* 33, 2008, S. 93 ff.

18 Vgl. die irritierende Begründung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Änderungsvorschläge im Rahmen des SEPA-Begleitgesetzes, BT-Drucks. 17/11395, S. 18; massiver noch wird aktuell der Verbleib erwirtschafteter Kapitalgewinne bei den Versicherten als eine Frage der Generationengerechtigkeit aufgegeben: <http://www.gdv.de/2013/11/gdv-praesident-sieht-generationengerechtigkeit-in-gefahr/>; erschreckenderweise mit inzwischen positiver Resonanz auch in der SPD und sogar bei Verbraucherschützern, vgl. <http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/niedrigzinsphase-lebensversicherung-soll-gerechter-werden,10808230,25105934.html>.

19 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27.11.2013, S. 86. (nach http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile).

20 So etwa der Vorschlag von *M. Kifmann/M. Nell*, Fairer Systemwettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung, Research Paper 2013/01, bei denen allerdings unklar bleibt, wie das Geschäftsmodell der PKV erhalten bleiben soll, wenn

Entscheidend dabei ist, dass eine solche Kapitaldeckung keine individuellen Risiken einzelner Versicherter, sondern allgemeine gesellschaftliche Risiken adressiert. Konsequenterweise wäre das Kapitaldeckungselement jenseits der einzelnen Versicherungen anzuordnen, etwa auf der Ebene des Gesundheitsfonds.

Aus der Individualperspektive treten die Unterschiede der beiden Finanzierungsvarianten letztlich in den Hintergrund. In jedem Fall werden in der individuellen Lebensbiografie die – typischerweise geringen – Kosten der Kindheits- und Jugendphase nach- und die – beträchtlichen – Kosten der Altersphase vorfinanziert. Anders ist ein lebenslanger Versicherungsschutz einer Bevölkerung, die maßgeblich ihren Kapitalbedarf aus Erwerbseinkommen deckt, nicht möglich.

3. Umgang mit Finanzierungslücken – „Solidarisches System“

Bisher wurde die *Krankenversicherung*, also die Konstruktion des „Versicherungsprodukts“ eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes skizziert. Seine Eckpunkte und Zielsetzungen werden gleichermaßen von der GKV wie der PKV erreicht. Diskussionswürdig sind nicht diese Eckpunkte, sondern die hinter ihnen gewählte Finanzierungsform. Allerdings muss eine lebenslang geltende Krankenversicherung auch Antworten auf individuelle Finanzierungslücken bereithalten. Elemente, die diesem Zweck dienen, sollen hier als Solidarelemente bezeichnet werden. Im Unterschied zu den „Versicherungselementen“ zielen sie nicht auf den Ausgleich der Gesundheitsrisiken und im Unterschied zu den „Vorsorgeelementen“ nicht auf die nachträgliche bzw. vorgezogene Finanzierung, sondern auf das Abfangen individueller Finanzierungsrisiken ab.

a. In der heutigen GKV

In der heutigen GKV lassen sich zwei Solidardimensionen²¹ unterscheiden.

aa. „Einkommenssolidarität“

Zum ersten steht die Beitragsdifferenzierung entsprechend der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Vordergrund. Sie genießt breite

auch die PKV-Versicherten einkommensabhängige Beiträge in den Gesundheitsfonds zahlen und das PKV-Unternehmen risikoadjustierte Mittel für ihre Versicherten aus dem Gesundheitsfonds erhalten: es ist nicht erkennbar, aus welchen Beiträgen die PKV Alterungsrückstellungen aufbauen sollte, vor allem ist aber nicht erkennbar, mit welcher bilanziellen Rechtfertigung.

21 Bei einem umfassenden Solidaritätsbegriff in der Sache ähnlich etwa K.-J. Bieback, SGB 2012, 1.

gesellschaftliche Akzeptanz. Einkommensabhängige Krankenversicherungsbeiträge gelten in der politischen und gesellschaftlichen Diskussion als gerecht. Vor ca. 10 Jahren wurden Kopfpauschalen intensiver diskutiert.²² Als Folge dieser Debatte wurden einzelne, vom Volumen im Einzelfall auf relativ geringe Beträge begrenzte Neuerungen eingeführt. Diese umfassten (höhere) Zuzahlungen bei Medikamenten (§ 61 SGB V), eine quartalsweise zu zahlende Praxisgebühr (§ 28 Abs. 4 SGB V a.F.²³) und ein pauschaler Zusatzbeitrag neben dem „eigentlichen“ einkommensabhängigen Krankenversicherungsbeitrag (§ 242 SGB V). Allerdings war die Ausgestaltung des Zusatzbeitrags, damit Versicherte nicht wirtschaftlich überfordert werden, intensiv umstritten, und wurde in der kurzen Zeitspanne des Bestehens des Zusatzbeitrags grundlegend verändert.²⁴ Zum 1.1.2013 schaffte die Regierungskoalition aus CDU, CSU und FDP die Praxisgebühr wieder ab,²⁵ aktuell erarbeitet das Bundesgesundheitsministerium eine Neugestaltung, die nach dem Willen der Koalition aus CDU, CSU und SPD den einkommensabhängigen Zusatzbeitrag durch kassenindividuelle Zusatzbeitragssätze, also durch einkommensabhängige Beitragsdifferenzierungen ersetzen soll.²⁶ Ohne die vielschichtigen Motive hier nachzeichnen zu können,²⁷ lässt sich erkennen, dass Kostenlasten, die pro Person pauschal erhoben werden, geringe gesellschaftliche Akzeptanz genießen und wohl aus diesem Grund auch nur kurze politische Geltungsdauer haben. Umgekehrt erweisen sich einkommensabhängige Beitragslasten über politische Veränderungen hinweg als bemerkenswert stabil.

Mit der Entscheidung für einkommensabhängige Beiträge ist eine wichtige Weichenstellung bereits für die Frage beantwortet, wie mit Finanzierungslücken

22 S. zu dieser Debatte etwa A. Wallrabenstein, SGB 2004, 24 ff.

23 Eingeführt durch das GKV-ModG, BGBl. 2003 I 2190.

24 Eingeführt durch das GKV-WSG, BGBl. 2007 I 378; geändert durch das GKV-FinG, BGBl. 2010 I, 2309.

25 Art. 1 Nr. 2 AssPflBedRG, BGBl. 2012 I 2789.

26 Grundlage ist der Koalitionsvertrag vom 27.11.2013, S. 82; zum Paradigmenwechsel dieser Entscheidung vgl. etwa Monatsbericht der Bundesbank Dez. 2013, S. 9.

27 Auf der einen Seite sind Lenkungsmotive zu nennen: Es sollte kostenbewusstes Nachfrageverhalten bei der Inanspruchnahme von Leistungen bzw. bei der Wahl der Krankenkassen angesprochen und gesteigert werden. Offenbar Ernüchterung über das Steuerungspotential solcher Lenkungsansätze dürfte ein Grund für die Rücknahme der Maßnahmen sein. Auf der anderen Seite darf die jeweilige Finanzsituation des GKV-Systems nicht vernachlässigt werden: Bei knapperen Mitteln ist die Politik bereit, zusätzliche Beteiligungsformen der Versicherten einzuführen, bei einer besseren Finanzausstattung ist sie umgekehrt bereit, diese Beteiligungen wieder abzuschaffen.

umzugehen ist: Wer mittellos ist, muss keine Beiträge zahlen, behält gleichwohl seinen Versicherungsschutz.

Dies ist aus der Versicherungsperspektive problematisch, aber aus der Perspektive einer solidarischen Krankenversicherung mit einkommensabhängigen Beitragspflichten unvermeidlich. Auf welche Weise die daraus entstehenden Finanzierungsdefizite geschlossen werden können, ist dabei ähnlich wie die Frage der Umlagefinanzierung bzw. Kapitaldeckung, erst auf der nachgeordneten Ebene der Systemausgestaltung von Belang. Solidarisch im engeren Sinne ist eine Krankenversicherung dann, wenn auch diese Kosten im Wege der Umlage von den Versicherten getragen werden. Diese Solidarität muss bei einem marktmäßigen Krankenversicherungssystem mit mehreren Anbietern umfassend, also über die einzelnen Versicherungen hinweg angelegt sein. Es bedarf also eines Solidarenausgleichs. Er zielt konzeptionell auf etwas anderes als ein Risikoausgleich in Bezug auf die Kostenrisiken, kann freilich mit diesem gemeinsam organisiert werden. Der gegenwärtige Gesundheitsfonds erfüllt ungeachtet der Fragen seiner konkreten Ausgestaltung im Grundsatz beide Funktionen.

Neben dieser systeminternen Solidarität sind auch systemexterne Wege zur Deckung der Finanzierungslücken denkbar – und werden praktiziert. Sie sind der Einbettung der Krankenversicherung in ein Gesamtsystem sozialer Sicherheit in einem Sozialstaat geschuldet: Zum einen existieren unterschiedliche Sozialleistungssysteme, um Einkommenslosigkeit auszugleichen. Zum anderen bestehen neben den Sozialversicherungsleistungen – etwa der Unfall- und Arbeitslosenversicherung – unterschiedliche staatlich finanzierte Sozialleistungen – insbesondere die Grundsicherung. Für die Finanzierung der Beitragslücke in der Krankenversicherung ist diesen Leistungssystemen gemein, dass die Einkommensersatzleistungen aus der Perspektive der Krankenversicherung Einkommen darstellen. Die Beitragslast liegt bei den jeweiligen Sozialleistungsträgern und womöglich ist die Ausgestaltung des Beitrags modifiziert. Für die heutige Gestaltung der krankenversicherungsinternen Solidarität lässt sich daher festhalten, dass sie Einkommensunterschiede ausgleicht, aber nicht (mehr) vollkommene Einkommenslosigkeit.

bb. „Familiensolidarität“

Eine zweite, besondere Solidardimension der Krankenversicherung besteht aber über diese erste, allgemeine Solidarität im Sinne einkommensabhängiger Beitragsgestaltung hinaus. Sie betrifft Familienangehörige, nämlich Kinder, Ehe- und Lebenspartner. Sie erfolgt als beitragsfreie Familienversicherung, wenn die Familienangehörigen gar kein (versicherungspflichtiges) Einkommen haben

Die solidarische Finanzierung dieser Familienangehörigen ist im Ergebnis eine Entlastung von zivilrechtlichen Unterhaltspflichten. Da für diese Versicherten keine Beiträge von dritter Seite – etwa dem Staat – gezahlt werden, besteht insoweit ein reiner Solidarausgleich zwischen den Versicherten – im Rahmen des Gesundheitsfonds über die einzelnen Krankenkassen hinweg.²⁸ Der Bundeszuschuss zum Gesundheitsfonds ist keine Beitragszahlung für Familienversicherte, sondern „nur“ ein pauschaler Zuschuss, um das Krankenversicherungssystem bei dieser solidarischen Aufgabe zu unterstützen.²⁹

Allerdings wird diese spezifische Solidarität politisch und gesellschaftlich in Frage gestellt. Die Unterscheidung zwischen solidarischem und „versicherungsmäßigem“ Ausgleich bereitet die Grundlage für die Forderung, „versicherungsfremde Leistungen“, zu denen eben diese Solidarkomponente gezählt wird, durch Steuermittel zu kompensieren. Die klarste Form wäre Zahlung der individuellen Beiträge durch andere – politisch realistisch wohl durch den Bund.³⁰

Die Diskussion um die Deckung von Finanzierungslücken ist also im Fluss. Das traditionelle Konzept einer solidarischen Finanzierung durch die Beitragsgemeinschaft der Versicherten erfordert ein Ausgleichssystem, das den gesamten Krankenversicherungsmarkt umfasst. Alternativ hierzu kann die solidarische Finanzierung durch Transferleistungen Dritter – anderer Sozialleistungsträger und/oder staatliche Mittel ersetzt werden. Gegenwärtig findet sich im deutschen GKV-System beides nebeneinander.

b. In der heutigen PKV

In der PKV wurden die Strukturen für eine solidarische Kostentragung für Hilfebedürftige im Sinne des Grundsicherungsrechts, also für Personen, die ihre Krankenversicherungsprämien nicht mehr allein aufbringen können, durch die Einführung des Basistarifs geschaffen. Die im Basistarif vorgesehenen Beitragssenkungen sollten nach dem Willen des Gesetzgebers unter den Versicherten ausgeglichen werden. Die Organisation eines Ausgleichssystems über die

28 Dies wird besonders beim Elterngeldbezug deutlich: Das Elterngeld ist als Einkommensersatzleistung gestaltet. Dennoch wird es aus der Perspektive der Krankenversicherung – anders als Arbeitslosengeld etwa – nicht als Einkommen angesehen, § 224 SGB V.

29 Vgl. BVerfG vom 14.06.2011, BVerfGK 18, 477; hierzu auch *K.-J. Bieback*, SGB 2012, 1, 6.

30 Vgl. die Finanzierung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, bei der sich diese Forderung durchgesetzt hat: Der Bund zahlt gemäß § 177 SGB VI die Beiträge für die anzurechnenden Kindererziehungszeiten.

einzelnen Krankenversicherer hinweg blieb den Akteuren der PKV überlassen.³¹ Im Ergebnis erfolgt ein solidarischer Ausgleich nur soweit vom Gesetz zwingend vorgegeben (§ 12g Abs. 1 S. 3, 2. HS VAG), d.h. soweit der Beitrag des Basistarifs wegen Hilfebedürftigkeit auf die Hälfte reduziert wird (§ 12 Abs. 1c S. 5 und 6 VAG).³²

Hingewiesen sei darauf, dass der im Sommer 2013 eingeführte Notlagentarif gemäß § 12h VAG *kein* Instrument solidarischer Kostentragung ist. Er zielt nicht auf Hilfebedürftige oder andere sachlich qualifizierte Finanzierungslücken – etwa Kindererziehungszeiten. Vielmehr knüpft er allein an die tatsächliche Beitrags säumnis an. Im Fall von Hilfebedürftigkeit greift er gerade nicht (§ 193 Abs. 6 S. 5 VVG). Für die Deckung seiner Kosten – sie sind auf eine „Notfallversorgung“ in Form von Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände sowie bei Schwangerschaft und Mutterschaft und Vorsorgeleistungen für Kinder und Jugendliche begrenzt – werden teilweise die Alterungsrückstellungen, die die Versicherten in der Vergangenheit aufgebaut haben, eingesetzt (§ 12h Abs. 1 S. 6 VAG). Vor allem aber ist der Notlagentarif ohne Alterungsrückstellungen – also nur aufgrund der aktuellen Kosten der jeweiligen Versicherungsperiode – kalkuliert (§ 12h Abs. 1, 1. HS VAG).³³ Für die Bilanzen der Versicherungsunternehmen ist dies von Vorteil. Denn bisher wurden Beitragsrückstände säumiger Zahler als Verluste der jeweiligen Normaltarife ausgewiesen und belasteten dadurch deren Ergebnisse. Durch die Überführung in den Notlagentarif werden also die Normaltarife entlastet.³⁴ Allerdings fehlt während des Notlagentarifs die Vorfinanzierung des späteren Bedarfs durch die Versicherten; zudem wird die bereits aufgebaute Vorfinanzierung abgeschmolzen. Der Notlagentarif stellt also ein Parallelsystem dar, das die beiden erstgenannten Eckpunkte eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes gerade nicht erfüllt. Aus der Perspektive des

31 Begründung zu § 12g VAG in BT-Drucks. 16/3100, S. 208; A. Wallrabenstein, *Versicherung im Sozialstaat*, S. 240 f.

32 Entgegen dem Wortlaut des § 12 Abs. 1c S. 6, 2. HS VAG müssen die Grundsicherungsträger den hälftigen Beitrag zum Basistarif – dies sind in der Praxis fast immer rund 300 Euro monatlich – übernehmen, da das BSG insoweit einen Anspruch der Hilfebedürftigen gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II analog entwickelt hat, BSG vom 18.01.2011 – B 4 AS 108/10 R, BSGE 107, 217. In der Praxis übernehmen daher die Grundsicherungsträger auch die Prämien normaler PKV-Tarife bis zu dieser Höhe, vgl. BSG, vom 16.10.2012 – B 14 AS 11/12 R, SozR 4-4200 § 26 Nr. 3 = SGB 2012, 716, Rn. 22.

33 BT-Drucks. 17/13079, S. 10.

34 Vgl. T. Mandler, *VersR* 2014, 167, auch mit verfassungsrechtlichen Anfragen.

Versicherten werden die Hürden zum Wiedereinstieg in das eigentliche Krankenversicherungssystem mit der Vorfinanzierung der späteren Kosten immer höher: Je länger die Verweildauer im Notlagentarif war und je geringer die noch verfügbaren Alterungsrückstellungen sind, desto gravierender ist der individuelle Beitragsanstieg gegenüber der alten Beitragshöhe – zusätzlich zu allfälligen Beitragssteigerungen des Tarifs insgesamt. Es bleibt abzuwarten, ob sich hiermit ein neues System elementarer Sicherung³⁵ etabliert. Jedenfalls bestünde es neben – besser: unterhalb – des hier in den Blick genommenen Krankenversicherungsmarktes.

4. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass ein einheitlicher Versicherungsmarkt in wesentlichen Strukturen dem gegenwärtigen GKV-System ähneln dürfte.

Der zweite der genannten Eckpunkte – die Nach- und Vorfinanzierung der Krankheitskosten in der individuellen Lebensperspektive – könnte zwar grundsätzlich auch in den Grundstrukturen des gegenwärtigen PKV-Systems erreicht werden. Namentlich die Alterungsrückstellungen dienen diesem Zweck; Versicherungskosten für Kinder könnten bei durch Beitragszuschläge auf alle Versicherten umgelegt werden, ähnlich wie dies heute für Kosten der Schwangerschaft und Mutterschaft bereits erfolgt.³⁶ Eine beitragsfreie Versicherung von Kindern auch in der PKV wurde politisch bereits erörtert – allerdings nicht als solidarisches Element, sondern verbunden mit der Forderung nach einer Beitragstragung durch den Bund.³⁷ Auch der Verzicht auf Risikodifferenzierung ist in einem privaten – und wettbewerblichen³⁸ – Krankenversicherungssystem noch lösbar. Der Basistarif mit unternehmensübergreifenden und -internen Ausgleichsstrukturen zeigt hierfür ebenso Wege auf wie die Umsetzung der

35 Ob damit das Niveau eines verfassungsrechtlich gebotenen „gesundheitlichen Existenzminimums“ erreicht wird, bedarf solange keiner Erörterung, wie der Zugang zum Krankenversicherungssystem selbst – gegenwärtig der GKV oder der PKV, bei letzterer also zum Basistarif – offen steht.

36 § 20 Abs. 2 AGG und § 19 Abs. 6-8 KalV.

37 H. Sodan, *Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007*, 2007, S. 97 ff.

38 Der faktisch ausgeschlossene Nachfragewettbewerb der Bestandskunden führt gegenwärtig dazu, dass Risikodifferenzierungen im Wesentlichen zwischen den Tarifen eines Versicherers stattfinden könnten, dort aber regulatorisch unerwünscht sind, vgl. den Anspruch auf Tarifwechsel beim gleichen Versicherer, § 204 Abs. 1 Nr. 1 VVG. In der Praxis unterliegt ein solcher Wechselanspruch, der Risikoselektion durch den Versicherer verhindern soll, freilich vielfachen Beschränkungen.

Vorgaben zur Geschlechtergerechtigkeit von Versicherungen.³⁹ Freilich sind solche Ansätze noch weiterentwicklungsbedürftig. Sie fehlen aber letztlich ganz, um den dritten Aspekt, die Deckung von Finanzierungslücken, systemimmanent zu verwirklichen.

Deshalb soll im Folgenden davon ausgegangen werden, dass ein einheitlicher Krankenversicherungsmarkt aus der GKV heraus entwickelt wird und die PKV in ihrer bisherigen Form nicht weiter besteht. Daraus leitet sich zunächst die Frage ab, ob eine solche „neue Welt“ ohne die bisherige PKV verfassungsrechtlich zulässig ist (unter III.). Sodann folgt die Frage, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf den bisherigen Versichertenstand der PKV zu beachten sind (unter IV.).

III. „Neue Welt“ eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes ohne bisherige PKV

Vertreter der PKV leiten aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu ihren Verfassungsbeschwerden gegen die letzte große Gesundheitsreform⁴⁰ ab, dass der Fortbestand des Zweisäulensystems der deutschen Krankenversicherung, also das Nebeneinander von GKV und PKV verfassungsrechtlich geschützt sei.⁴¹ Dies lässt sich dem Urteil aber gerade nicht entnehmen. Der Umfang des Grundrechtsschutzes der privaten Krankenversicherer ergibt sich vielmehr erst aus dem Ordnungsrahmen, in den der Gesetzgeber die PKV gestellt hat.⁴² Erst weil das GKV-WSG die Krankenversicherung in Deutschland als Zweisäulensystem organisiert hat, besteht ein verfassungsrechtlicher Schutz dergestalt, dass

39 Zum Thema Unisex in der PKV vgl. A. Wallrabenstein, GuP 2012, 41; K. Purnhagen, NJW 2013, 113.

40 BVerfGE 123, 186.

41 Etwa V. Leienbach, KrV 2009, 156, 157; H. Wilms, ZVersWiss 2011, 325; in diese Richtung wohl auch F. Hufen, NZS 2009, 649, 652; in diese Richtung auch U. Steiner, RPG 2011, 3.

42 BVerfGE 123, 186, 266: „Weist der Gesetzgeber den privaten Krankenversicherungen durch die Einführung der Versicherungspflicht und den Kontrahierungszwang im Basistarif in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Aufgabe zu, im Rahmen sein privatwirtschaftlich organisierten Marktes für den bei ihr versicherten Personenkreis einen Basisschutz bereitzustellen, muss er auch im Interesse der Versicherten darauf achten, dass dies keine unzumutbaren Folgen für Versicherungsunternehmen und die bei ihnen Versicherte hat.“; vgl. N. Klusen, KrV 2009, 158; K.-J. Bieback, SGB 2012, 1, 6; ebenso, allerdings anders als hier nicht für die Bestandskunden: M. Surminski, ZfV 2009, 419.

Rahmenbedingungen, unter denen ein funktionierendes PKV-Geschäft unmöglich ist, eine Grundrechtsverletzung darstellen würden. Daraus folgt umgekehrt: Entscheidet sich der Gesetzgeber für ein einheitliches Modell, entfällt auch der bisherige verfassungsrechtliche Schutz.⁴³

Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob die bisherigen PKV-Unternehmen Anbieter im neuen einheitlichen Versicherungsmarkt sein können. Ebenso geht es hier nicht um das Angebot von Zusatzversicherungen, also die Versicherung von Kosten, die „jenseits“ des Leistungsumfangs anfallen, der im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt abgesichert ist. Politisch sinnvoll dürfte es sein, den PKV-Unternehmen beide Optionen anzubieten. Im vorliegenden Beitrag soll aber weder die konkrete Ausgestaltung einer privatrechtlichen Anbieterstruktur im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt⁴⁴ noch die Abstimmung zwischen „allgemeinem“ Versicherungsschutz und Zusatzversicherungsmarkt erörtert werden. Der Beitrag beschränkt sich vielmehr darauf, die verfassungsrechtlichen Konsequenzen zu prüfen, die sich aus dem Wegfall der *bisherigen* Betätigungsmöglichkeit ergeben. Denn eine Reform, die der PKV kein Neugeschäft nach ihrem bisherigen Geschäftsmodell mehr erlaubt, beendet dieses Geschäftsmodell.

Dies ist, ohne dass es weiterer Ausführungen bedarf, ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Privatversicherer.⁴⁵ Im Raster der sogenannten Drei-Stufen-Lehre⁴⁶ handelt es sich um eine objektive Berufswahlbeschränkung, da der Beruf des privaten Krankenversicherers nach bisherigem Geschäftsmodell nicht mehr weiter ausgeübt werden kann.

Auch dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Denn der Gesetzgeber kann für seine Grundsatzentscheidung für einen einheitlichen Versicherungsmarkt überragend gewichtige Gemeinwohlbelange ins Feld führen.⁴⁷

43 Hinsichtlich des letzten Aspekts verfassungsrechtliche Hürden aufstellend, im Ansatz aber wie hier: *H. Butzer*, MedR 2010, 283

44 S. dazu *Kingreen*, in diesem Band, S. 22 und *ders./J. Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung, 2013; unter anderen Annahmen zum materiellen Ordnungsrahmen *E. Wille et al.*, Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen, 2012.

45 Dies gilt unabhängig davon, ob man die Ausgestaltung des PKV-Betätigungsfeldes als Grundrechtseingriff – so das BVerfG, vgl. *H. Butzer*, MedR 2010, 283, 285 – oder als Schutzbereichskonturierung – so *A. Wallrabenstein/K. Bourcarde*, MedR 2008, 415, 419 – versteht.

46 Hierzu etwa *J. A. Kämmerer* in *I. v. Münch/P. Kunig* (Hg.), GK, 2012, Art. 12, Rn. 59; *H. Jarass/B. Pieroth*, GG (2009), Art. 12, Rn. 33 ff.

47 *H. Butzer*, MedR 2010, 283, 289 f., sieht die verfassungsrechtlichen Anforderungen für eine Abkehr vom Zwei-Säulen-Modell durch die BVerfG-Entscheidung zum BasiSTARif als erhöht an. Es bleibt aber offen, ob daraus neben dem hier angesprochenen

Ein dualer Krankenversicherungs- und Leistungserbringermarkt führt – wie eingangs angesprochen⁴⁸ – zu wichtigen Steuerungsdefiziten und Ineffizienzen. Zwar wird diese Sichtweise – naturgemäß – von den Befürwortern der PKV bestritten.⁴⁹ Es liegt aber im Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, wenn er fundierten gesundheitsökonomischen Bewertungen folgt, die einen einheitlichen Krankenversicherungs- und damit auch Leistungserbringungsmarkt für notwendig oder zumindest vorzugswürdig halten. Ebenso ist die Einschätzung nicht zu beanstanden, dass es dieses Schrittes bedarf, um Versorgungsfehlansätze zu verhindern, die Steuerungspotentiale der Krankenversicherung zu erhöhen und dadurch letztlich die Finanzierbarkeit der Beiträge der privat Krankenversicherten dauerhaft zu sichern. Hinter diesen Zielen steht eine qualitativ hochwertige, umfassende Gesundheitsversorgung der gesamten Bevölkerung. Dies rechtfertigt die Einführung eines einheitlichen Versicherungsmarktes und damit die Beendigung des bisherigen PKV-Geschäftsmodells.

IV. Fragen der Überleitung

Die „neue Welt“ eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes dürfte zwar – wie eingangs dargestellt – politisch in mehreren Schritten erfolgen, die sich nicht konkret prognostizieren lassen. Dessen ungeachtet lässt sich aber modellhaft annehmen, dass mit der Einführung dieses neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarktes zwischen neuem und altem Bestand unterschieden werden muss. Da hier angenommen wird, dass der einheitliche Krankenversicherungsmarkt aus der GKV hervorgehen wird, werden bisher GKV-Versicherte automatisch Versicherte im neuen System. Dies gilt aber nicht ebenso für die Versicherten im bisherigen PKV-System. Ob und vor allem wie ihre Überleitung gestaltet sein kann, soll daher im Folgenden diskutiert werden.

Dabei unterstelle ich, dass die bisher bestehenden Möglichkeiten, in das GKV-System zu wechseln, erhalten bleiben. Das bedeutet, dass – neben den bisher GKV-Versicherten – nicht nur Kinder mit ihrer Geburt und aus dem Ausland Hinzuziehende Versicherte im neuen einheitlichen Krankenversicherungssystem würden, sondern auch bisher PKV-Versicherte durch Aufnahme

materiellen Gewicht des Gemeinwohlbelanges – das unproblematisch ist – noch auf andere Weise besondere Anforderungen gelten – etwa eine besondere Darlegungslast für den „Kurswechsel“. Besondere Begründungs- und Darlegungslasten des Gesetzgebers sind allerdings grundsätzlich problematisch.

48 Vgl. die Nachweise in FN 1.

49 S. entsprechend in FN 2.

einer abhängigen Beschäftigung mit einem Einkommen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze oder durch Erfüllen der Voraussetzungen für die Familienversicherung, in das neue System wechseln würden. Mein Augenmerk ist daher auf die bisher PKV-Versicherten gerichtet, die ihren beruflichen und familiären Status *nicht* ändern.

Drei Fragenkomplexe drängen sich für diese Personengruppe auf. Zunächst gilt es, verschiedene Überleitungsszenarien auf ihre verfassungsrechtlichen Anforderungen hin zu prüfen (unter 1.). Besondere Fragen stellen sich hinsichtlich der Beamtinnen und Beamten, da ihre Krankheitskosten neben der privaten Krankenversicherung auch durch das Beihilfesystem aufgefangen werden, so dass Änderungen in der Krankenversicherung notwendig auch diesen Aspekt berücksichtigen müssen (unter 2.). Politisch von besonderem Interesse ist schließlich, wie mit den sogenannten Alterungsrückstellungen verfahren werden kann bzw. muss (unter 3.). Aktuelle Publikationen zeigen, dass die Überlegungen der Akteure gerade um diesen Fragenkomplex kreisen.⁵⁰

1. Überleitung der bisher PKV-Versicherten

Die Überleitung bisher PKV-Versicherter ist grundsätzlich auf drei unterschiedliche Weisen möglich.

Zum ersten könnten sie dauerhaft der PKV zugewiesen bleiben. Anders ausgedrückt könnte ihnen der neue einheitliche Krankenversicherungsmarkt dauerhaft verschlossen bleiben. Das bedeutete eine Restlaufzeit dieses Systems von rund 70 Jahren. Dieser Zeitraum wäre noch länger als heute das Bestehen der Bundesrepublik Deutschland, also einer Zeitspanne, in der beispielsweise Atomkraftwerke entwickelt, gebaut, der Atomausstieg beschlossen, wieder rückgängig gemacht und erneut beschlossen wurde. Der Vergleich zeigt, dass Modifikationen, Anpassungen und Änderungen des Bestandskonzepts zu erwarten sind. Sie müssten also möglich sein und diese Flexibilität muss mitgedacht werden.

Die zweite Variante wäre das andere Extrem: Die bisher PKV-Versicherten würden automatisch zu einem Stichtag in den neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt übergeleitet. Es blieben „nur“ noch Fragen der Abwicklung der ehemaligen PKV-Unternehmen und für die übergeleiteten Versicherten womöglich bestimmte Sonderbedingungen.

50 Insb. *T. Kingreen/P. Schramm*, Fraglicher Wettbewerb. Nur fünf Prozent der Krankenversicherten können ihren Anbieter wirklich frei wählen, in *SZ*, 3.06.2013; *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, *VersR* 2013, 1201.

Schließlich besteht die dritte Möglichkeit darin, dass nicht der Gesetzgeber verbindlich den Zeitpunkt der Überleitung bestimmt, sondern diesen den Versicherten selbst überlässt. Das bedeutet, dass gesetzlich ein Optionsrecht, also Wechselmöglichkeiten über die bestehenden Regelungen zum Wechsel zwischen PKV und GKV hinaus, geschaffen würden.

Die Wechseloption könnte natürlich auch mit den beiden erstgenannten Varianten kombiniert werden. Eine solche Kombination wäre etwa ein zeitliches Wechselfenster, nach dessen Ablauf die verbleibenden PKV-Versicherten im alten PKV-System verblieben – mit den bereits angedeuteten Folgen der „Restlaufzeit“ des Systems.

Die folgenden Überlegungen sollen zu den drei Überleitungsalternativen jeweils die verfassungsrechtlichen Fragen erörtern.

a. Dauerhafter Verbleib in der „alten PKV-Welt“

Der Verzicht auf eine Überleitung der bisherigen PKV-Versicherten in das neue System eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes bedeutet, dass diesen Personen der Zugang zum neuen System verwehrt ist. Dies stellt sich verfassungsrechtlich als Gleichbehandlungsproblem dar. Denn sie würden anders behandelt als einerseits die GKV-Versicherten, die in das neue System übergeleitet werden, und andererseits alle Personen nach dem entsprechenden Stichtag, zu dem der einheitliche Krankenversicherungsmarkt eingeführt wird.

Auch wenn solche Differenzierungen einer Stichtagsregelung immanent sind, bedürfen sie eines sachlichen Grundes; sie dürfen nicht willkürlich sein.⁵¹ Den sachlichen Grund für die dauerhafte Zuordnung zur PKV bildet die zu einem früheren Zeitpunkt getroffene Entscheidung dieser Personen für die PKV.

Allerdings haben die Betroffenen diese Entscheidung unter anderen Rahmenbedingungen – vor der Existenz eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes getroffen. Besonders deutlich wird die Relevanz der Rahmenbedingungen bei Beamtinnen und Beamten und ihren Familienangehörigen. Denn das gegenwärtige Beihilfesystem⁵² ist genau auf die PKV zugeschnitten und zugleich nahezu prohibitiv für die freiwillige Krankenversicherung in der GKV ausgestaltet. Denn es beteiligt sich nicht an den Kosten für die Krankheitsvorsorge, also an den Versicherungskosten, sondern „nur“ an den tatsächlich angefallenen Kosten im Krankheitsfall. Dadurch sind nicht nur die Beiträge zur GKV allein von den Versicherten zu

51 S. etwa BVerfGE 87, 1, 42.

52 Vgl. zu seiner Entwicklung E. Schneider, Beihilfenrecht und soziale Krankenversicherung, 1971, S. 60 ff.; S. Beck, Die Krankenfürsorge der Beamten, 1979.

tragen, obwohl Beamtinnen und Beamte in ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit strukturell Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und nicht Selbständigen vergleichbar sind. Zudem können sie auch im Krankheitsfall keine Beihilfe beanspruchen, die das Fehlen einer Beteiligung des Dienstherrn an den Vorsorgekosten kompensieren könnte. Denn durch das Sachleistungsprinzip der GKV fallen im Krankheitsfall (grundsätzlich) keine Kosten des Versicherten selbst an. Die Entscheidung für die PKV unter diesen rechtlichen Rahmenbedingungen ist als Argument für die dauerhafte Zuordnung zur PKV nur begrenzt tragfähig, wenn diese Rahmenbedingungen geändert werden.

Dies gilt umso mehr, je länger der Stichtag zurückliegt. Die abnehmende Legitimationskraft lange zurückliegender Stichtage zeigt die aktuelle Debatte um sogenannte Mütterrenten zutreffender: eine weitere Anrechnung von Kindererziehungszeiten für Kinder mit Geburtsjahr vor 1992 – recht deutlich: Die Anhebung der Kindererziehungszeiten von einem auf drei Jahre ab dem Jahr 1992⁵³ war seither Gegenstand politischer und auch verfassungsrechtlicher Kritik.⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat 1996 den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Einführung einer so komplexen Reform wie der Einführung von Kindererziehungszeiten in das gesetzliche Rentensystem als noch nicht überschritten angesehen. Es sei ihm dabei auch erlaubt, Personengruppen stufenweise zu berücksichtigen, insbesondere weil es möglich sei, zunächst ausgeschlossene Sachverhalte zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholend einzubeziehen.⁵⁵ Heute, nach rund 20 Jahren ist nicht nur politisch die bessere Anrechnung von Kindererziehungszeiten für Geburten vor 1992 von den Koalitionspartnern vereinbart.⁵⁶ Auch rechtlich wird wieder die Frage aufgeworfen, ob die bestehende Rechtslage noch als verfassungskonform bewertet werden kann: Gegen ein aktuelles Urteil des LSG Niedersachsen/Bremen wurde die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen.⁵⁷

Auf eine Stichtagsregelung übertragen, nach der Versicherte des bisherigen PKV-Systems dauerhaft dort verbleiben, würde das bedeuten, dass sich diese Zuordnung womöglich heute noch rechtfertigen ließe, da der Gesetzgeber bei

53 Durch das Rentenreformgesetz 1992 vom 18. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2261).

54 Vgl. etwa die letzten Petitionen zum Deutschen Bundestag zu dieser Frage Nr. 10592 vom 5.03.2010 mit Hinweis auf entsprechende frühere Petitionen.

55 BVerfG vom 29.03.1996, FamRZ 1996, 789.

56 Koalitionsvertrag vom 27.11.2013, S. 74.

57 LSG Niedersachsen-Bremen, vom 4.11.2013 – L 2 R 352/13 – juris; BSG AZ: B 13 R 31/13 R.

einer grundlegenden Systemumgestaltung ausreichend politischen Gestaltungsspielraum haben muss. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt – insbesondere wenn sich neue oder zunächst unbeachtete Schief lagen oder Härten auftun – die verfassungsrechtliche Bewertung ändert.

Deshalb scheint die These plausibel, dass eine auf Dauer angelegte PKV-Zuordnung der Bestandsversicherten und damit ihr Ausschluss aus dem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt nicht so lange bestehen wird, wie die „Restlaufzeit“ des PKV-Systems es eigentlich erfordern würde. Politischer Handlungsdruck und verfassungsrechtliche Gleichheitsaspekte werden zu einer Revision der einmal getroffenen Zuordnung führen. Es wäre eine Frage des politischen Geschicks oder der „Ehrlichkeit“, diesen Zeitaspekt bereits bei der Gestaltung des Überleitungsregimes offen zu legen. Das bedeutet letztlich, die gesetzliche Zuordnung der Bestandsversicherten zur PKV sollte nur auf eine definierte Zeit und nicht vordergründig auf Dauer erfolgen.

b. Vollständige Überleitung in die „neue Welt“ eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes

Das andere Extrem, die vollständige Überleitung des PKV-Bestands in das neue System eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes wirft grundlegend andere Fragen auf. Ihre Beantwortung hängt von der Ausgestaltung des Überleitungsregimes ab, so dass dieser Beitrag wieder eigene Annahmen zugrunde legen muss, die sich politisch-praktisch bisher freilich nicht abzeichnen. Unterstellt sei deshalb, dass die Überleitung der Versicherten jedenfalls im Ansatz vergleichbar zur Bestandsübertragung zwischen privaten Versicherungsunternehmen erfolgen würde. Der Versichertenbestand würde also auf einen neuen Versicherungsträger – womöglich eine Art „Nachfolgeunternehmen“ des bisherigen Versicherers – übergehen.

Eine solche Überleitung ist verfassungsrechtlich sowohl aus der Perspektive der Versicherten, die einen neuen Versicherer und neue Versicherungsbedingungen erhalten, zu bewerten, als auch aus der Perspektive der Versicherungsunternehmen, die ihren Versichertenbestand verlieren oder in neuer Rechtsform und neuer Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses fortführen müssten. Das Überleitungsregime wäre dabei maßgeblich gerade davon beeinflusst, dass diese Grundrechte nicht verletzt werden.

aa. Grundrechte der Versicherten

Aus der Perspektive der Versicherten stellt eine solche Überführung eine grundlegende Umstellung dar. Ein Vertrag, der als Privatversicherungsvertrag mit

Alterungsrückstellungen konzipiert wurde, soll in ein Sozialrechtsverhältnis überführt werden.

(1) *Schutzbereiche der Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG, und des Eigentumsschutzes, Art. 14 GG*

Dies wäre ein Eingriff in die Privatautonomie der Versicherten, die gemäß Art. 2 Abs. 1 GG auch verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁵⁸

Klärungsbedürftig ist, ob daneben auch ein Eingriff in Art. 14 GG vorläge. Dabei kommt es – entgegen wiederholt geäußelter Ansicht – nicht darauf an, welche Rechtsfolgen für die Alterungsrückstellungen vorgesehen sind, denn nicht sie sind Schutzobjekt der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG – dazu später (unter 3.). Vielmehr ist verfassungsrechtlich relevant, ob die vertraglichen Ansprüche der Versicherten den Schutz des Art. 14 GG genießen. Denn der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz erstreckt sich zwar zunächst auf die Rechte, die durch das Zivilrecht als Eigentum ausgestaltet sind. Diese sind in erster Linie das Sach- und Immobiliareigentum. Darüber hinaus ist aber anerkannt, dass alle anderen privaten vermögenswerten Rechte ebenfalls in den Schutz des Art. 14 GG einbezogen sind.⁵⁹ Grundlage des verfassungsrechtlichen Eigentumsverständnisses ist die Erkenntnis, dass die materiellen Voraussetzungen individueller Freiheitsgestaltung in der modernen Rechts- und Wirtschaftsordnung nicht nur über Sach- und Grundeigentum, sondern maßgeblich auch über vertragliche Rechte verwirklicht wird.⁶⁰ Besonders das Recht des Mieters hat die Rechtsprechung in diesem Sinne ausdifferenziert,⁶¹ aber auch den versicherungsvertraglichen Anspruch auf Überschussbeteiligung in der kapitalbildenden Lebensversicherung.⁶² Ausschlaggebend ist, dass sich die privatrechtlichen Ansprüche im Sinne des Art. 14 GG als materielle Grundlage eigenverantwortlicher Lebens- und Freiheitsgestaltung darstellen. Die Verkehrsfähigkeit der Ansprüche und ihre eigennützige Verwertbarkeit sind hierfür Anhaltspunkte,

58 Verfassungsrechtlicher Schutz der Privatautonomie: C. Starck in von H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hg.), GG, Art. 2, Rn. 145 ff.; P. Kunig, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14, Rn. 16; BVerfGE 89, 214, 231 f.; BVerfGE 114, 1, 34 ff.; und 73, 89 f.; s. grundlegend M. Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2000.

59 B.-O. Bryde, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14 Rn. 12; J. Wieland, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 57.

60 J. Wieland, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 32 f.

61 BVerfGE 89, 1, 6 ff.; J. Wieland, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 34, 58.

62 BVerfGE 114, 1, 37 f.

die allerdings nicht zwingend vorliegen müssen.⁶³ Vielmehr ist entscheidend, ob eine an der freiheitssichernden Funktion des Eigentumsschutzes orientierte Wertung den vertraglichen Anspruch als dem Sacheigentum vergleichbares Recht erscheinen lässt.⁶⁴

Der vertragliche Anspruch, der hier in Frage steht, ist auf Gewährung von Versicherungsschutz im Krankheitsfall, genauer: auf Kostenerstattung für Krankenbehandlungen, gerichtet. Er zeichnet sich in seiner freiheitssichernden Wirkung dadurch aus, dass er in einem lebenslang angelegten Vertrag mit grundsätzlich gleichbleibender Prämienhöhe besteht, die allerdings kontinuierlichen Prämienanpassungen seitens des Versicherers nach einem rechtlich weiter ausgestalteten Regime⁶⁵ ausgesetzt ist. Dennoch bietet er den Versicherten in relevanter Weise materielle Sicherheit für die eigenständige Lebensführung. Daher unterfällt er für die Versicherten dem Schutz des Art. 14 GG.

Damit ist allerdings noch nicht geklärt, ob eine Überleitung in einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dieses eigentumsrechtlich geschützten Anspruchs oder eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 wäre. Die Rechtsfolgen dieser Einordnung sind unterschiedlich. Dabei ist allerdings eine Enteignung nicht ausgeschlossen – wie es in der politischen Auseinandersetzung bisweilen den Anschein hat. Sie verlangt nur eine gesetzlich vorgesehene Entschädigung, deren Angemessenheit gerichtlich – und zwar von den Zivilgerichten – überprüfbar sein muss. Im Fall einer Inhalts- und Schrankenbestimmung ist ein Entschädigungsregime nicht zwingend erforderlich; eine Ausgleichspflicht kann vielmehr ein mögliches Instrument sein, um den Grundrechtseingriff, der in der Neubestimmung des Eigentums liegt, „abzufedern“ und damit verhältnismäßig zu machen. Die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und Enteignung andererseits ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es nicht entscheidend darauf an, ob eine Rechtsposition nur verändert oder entzogen wird. Auch der Entzug eines Rechts kann eine Inhalts- und Schrankenbestimmung sein, denn eine Enteignung ist auf solche Fälle beschränkt, „in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen

63 Vgl. *J. Wieland*, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 59.

64 Vgl. zur freiheitssichernden Funktion *B.-O. Bryde*, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14, Rn. 3 f.; *J. Wieland*, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 57.

65 Zur teilweise vergleichbaren verfassungsrechtlichen Problematik der Vertragsanpassung im Lebensversicherungsrecht *M. Bäuerle/W. B. Schönemann*, Ersetzung unwirksamer Klauseln in der kapitalbildenden Lebensversicherung aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht, 2002.

ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll“.⁶⁶ Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht zuvor auch Maßnahmen als – zulässige – Enteignung qualifiziert, bei denen die enteigneten Grundstücke nicht in hoheitliche Hand fielen, sondern für private Rechtsträger beschafft wurden.⁶⁷ Durch die neuere Entscheidung ist jedoch klargestellt, dass das öffentliche und damit für die Betroffenen fremdnützige Interesse ausschlaggebendes notwendiges Merkmal einer Enteignung ist. Werden hingegen die privaten Interessen der Betroffenen durch eine Maßnahme neu geordnet, handele es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁶⁸ Diese Abgrenzung ist konsequent, denn die von Art. 14 Abs. 3 GG vorgesehenen Beschränkungen gehen von dem Gegensatz privater Interessen und Gemeinwohlbelange aus. Dem Ausgleich dieses Interessengegensatzes dient gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG die Entschädigung. Daher ist es konsequent, andere Beeinträchtigungen des Eigentums nicht als Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG zu qualifizieren.

Auf dieser Grundlage ist die Überleitung PKV-Versicherter in einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt als Inhalts- und Schrankenbestimmung und nicht als Enteignung zu qualifizieren. Zwar geht der bisherige vertragliche Anspruch, der Eigentumsschutz genießt, unter, wenn er durch einen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch ersetzt wird. dies erfolgt aber nicht „zum Wohle der Allgemeinheit“. Zwar dient die Einführung eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes insgesamt auch öffentlichen Interessen, da mit ihm die Regulierung des Gesundheitswesens stringenter und dadurch die Gesundheitsversorgung insgesamt verbessert werden soll (s.o.). Der konkrete Entzug der privaten Versicherungsansprüche und ihr Ersatz durch neue Ansprüche im einheitlichen Krankenversicherungssystem dienen dabei aber nicht der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, sondern gerade den privaten Interessen der Betroffenen. Insoweit ist die Ersetzung des alten durch einen neuen Versicherungsanspruch der Zuordnung von Grundeigentum im Rahmen der Baulandumlegung vergleichbar.

(2) *Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe*

Damit können die Grundrechtseingriffe in die Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG, und in den Schutz des Eigentums vor unverhältnismäßigen neuen Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Art. 14 Abs. 1 und 2 GG, gemeinsam

66 BVerfGE 104, 1, 10.

67 BVerfGE 74, 264, 279 ff.

68 BVerfGE 104, 1, 10.

erörtert werden. Denn ihre Verhältnismäßigkeit richtet sich nach den gleichen Maßstäben.

Die Intensität des Grundrechtseingriffs, der in der Ersetzung des bisherigen Vertragsverhältnisses durch das neue Versicherungsverhältnis im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt liegt, hängt davon ab, wie weit zuvor bestehende Berechtigungen und Vergünstigungen verändert werden. Insoweit kann auf die Eckpunkte des unterstellten neuen Krankenversicherungsverhältnisses, die im ersten Teil skizziert wurden, zurückgegriffen werden.

Zum bisherigen PKV-Vertrag unterscheidet sich dieses neue Krankenversicherungsverhältnis insoweit nicht, als es einen lebenslang angelegten, umfassenden Versicherungsschutz im Krankheitsfall gewährt. Bei einkommensabhängiger Beitragsgestaltung des neuen Versicherungsverhältnisses bestünde aber ein grundsätzlicher Unterschied zum bisherigen PKV-Vertrag, der eine im Grundsatz gleich bleibende Beitragshöhe vorsieht, die „nur“ Anpassungen des Versicherers entsprechend der regulierten Kostenkalkulation unterliegt. Ein zweiter Unterschied besteht dann, wenn der einheitliche Krankenversicherungsmarkt so wie bisher die GKV grundsätzlich Sachleistungen gewährt. Denn der PKV-Vertrag war auf Kostenerstattung gerichtet. Zum dritten können Selbstbehalte oder Beitragsrückerstattungen einen Unterschied darstellen, wenn der einheitliche Krankenversicherungsmarkt diese nicht vorsieht. Schließlich kann viertens der Leistungsumfang unterschiedlich sein: Der PKV-Vertrag kann mehr (etwa Zahnersatz) oder weniger (etwa Psychotherapie) Leistungen versichern.

Diese letzten drei Unterschiede – Kostenerstattung, unterschiedlicher Leistungsumfang und Selbstbehalte bzw. Beitragsrückerstattungen können heute im Rahmen von Wahltarifen gemäß § 53 SGB V bereits in der gegenwärtigen GKV abgebildet werden. Es soll daher unterstellt werden, dass PKV-Versicherte im neuen Krankenversicherungsmarkt in einem „Überleitungstarif“ ebenfalls Kostenerstattung und Selbstbehalte vereinbaren können. Insoweit stünden sie dann im Verhältnis zum bisherigen PKV-Anspruch nicht schlechter, sondern sogar besser, da ihnen im neuen System auch Zugang zum Sachleistungsprinzip bzw. dem Verzicht auf Selbstbehalte offen stünde. Für Leistungen des bisherigen PKV-Vertrages, die über den Leistungsumfang des einheitlichen Basistarifs hinausgehen, stellt außerdem ein privater Zusatzversicherungsvertrag eine Alternative dar, die hier unterstellt, aber nicht weiter verfolgt werden soll.⁶⁹

69 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei darauf hingewiesen, dass ein häufig als Vorteil angesehener Aspekt des „Privatpatientenstatus“ die kürzeren Wartezeiten bzw. zuvorkommendere Behandlung durch Ärzte in einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt grundsätzlich nicht mehr relevant ist: Die Annahme eines

Darüber hinaus ist es aber auch möglich, die Beitragsstruktur des bisherigen PKV-Vertrages im Rahmen eines „Überleitungstarifs“ nachzubilden. Nach gegenwärtigem Recht müssen die Wahltarife kostendeckend (§ 53 Abs. 9 SGB V) kalkuliert sein, so dass keine Querfinanzierung als dem solidarisch – weil einkommensabhängig – strukturierten Gesundheitsfonds erfolgt.⁷⁰ Ähnliches lässt sich auch für einen „Überleitungstarif“ annehmen. Die ehemals PKV-Versicherten würden im „Überleitungstarif“ die gleiche Beitragshöhe zahlen, wie in ihrem bisherigen PKV-Vertrag. Sollte der „Überleitungstarif“ dabei Gewinne machen, wären zwei Alternativen denkbar: die Abführung überschüssiger Beiträge in das solidarische Gesamtsystem oder die Bildung von Rückstellungen. Sollte der Tarif defizitär werden, bestehen ebenfalls verschiedene Möglichkeiten. Zum einen könnten die Beiträge ähnlich wie in der bisherigen PKV angepasst werden. Zum zweiten könnten die Alterungsrückstellungen, auf die noch näher einzugehen ist (unter 3.), zur Deckung des Defizites herangezogen werden. Zum dritten schließlich wäre es denkbar, solche Defizite als Kosten des politisch gewollten Umstellungsprozesses durch staatliche Zuschüsse auszugleichen. Allen skizzierten Varianten ist gemein, dass sich für die Versicherten selbst der Beitrag im neuen System nicht grundsätzlich anders entwickelt als die bisherige PKV-Prämie. Mit größerem zeitlichen Abstand zum bisherigen PKV-System würde der Spielraum des Gesetzgebers bei der Gestaltung der Überleitung wachsen. Denn PKV-Versicherte hätten aufgrund der allfälligen Prämienanpassungen im alten System in Laufe der Jahre ebenfalls mit Prämiensteigerungen rechnen müssen, deren konkrete Höhe nicht bekannt ist. Daraus folgt ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers darüber, inwieweit Abweichungen vom status quo zum Zeitpunkt der Überleitung im neuen System hinnehmbar sind. Die größeren Wahlmöglichkeiten im neuen System, insbesondere die Option auf einen Wechsel in das „eigentliche“ einkommensabhängige Beitragssystem des neuen Krankenversicherungsmarktes und damit verbundene weitere Solidarelemente, etwa die Familienversicherung, wären ebenfalls zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber dürfte bei der Gestaltung des Überleitungsszenarios eine Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile auch bei typisierender Betrachtung vornehmen.⁷¹

Diese Überlegungen machen deutlich, dass es bei einer Überleitung vielfältige und im Zeitablauf wachsende Spielräume gibt, um die Grundrechtseingriffe

einheitlichen Krankenversicherungsmarktes geht – selbstverständlich – von einem ebenfalls einheitlichen Leistungserbringermarkt aus. Diese Vereinheitlichung wirft ihrerseits viele Fragen auf, die hier aber nicht erörtert werden können.

70 Vgl. *H. Lang*, in: U. Becker/T. Kingreen (Hg.), SGB V (2012), § 53, Rn. 29 f.

71 Vgl. BVerfGE 107, 205, 215 ff.; weiterhin BVerfG vom 14.6.2011, BVerfGK 18, 477.

bei den Versicherten verhältnismäßig auszugestalten, nämlich so, dass die Versicherten bei der Eigentumsneugestaltung in der Regel nicht weniger erhalten, als sie zuvor hatten. Der Zweck eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes rechtfertigt dann den wirtschaftlich nicht nachteiligen Eingriff.

bb. Grundrechte der Versicherungsunternehmen

Neben den Grundrechten der Versicherten sind auch die der Versicherungsunternehmen zu berücksichtigen. Als Privatrechtssubjekten stehen ihnen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ebenso wie natürlichen Personen Grundrechte zu, soweit sie ihrem Wesen nach, auf sie anwendbar sind.

Durch eine Überleitung der Versicherten in die „neue Welt“ einer einheitlichen Krankenversicherung verlören die PKV-Unternehmen ihren Bestand bisheriger Versicherungsverträge. Zwei Gestaltungsvarianten sind an dieser Stelle denkbar. Die Versicherten würden entweder auf einen Versicherungsträger des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes übertragen. Oder das bisherige PKV-Unternehmen würde kraft gesetzlicher Umgestaltung seinen bisherigen Versichertenbestand nach dem neuen Regulierungsregime weiterführen. Damit blieben die Versicherten dem Unternehmen erhalten, allerdings in einem anderen Versicherungsverhältnis als zuvor.

(1) Schutzbereiche der Privatautonomie, Art. 12 Abs. 1 GG, und des Eigentumsschutzes, Art. 14 GG

Betroffen wäre in beiden Varianten zunächst die Privatautonomie der Versicherungsunternehmen. Im Unterschied zum Grundrechtsschutz der Versicherungsnehmer findet sich die verfassungsrechtliche Verbürgung der Privatautonomie für Unternehmen jedoch in der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.⁷² Beide Varianten wären ein Eingriff, denn die privatrechtlich geschlossenen Verträge würden im Zuge der Überleitung untergehen. Im zweiten Fall würden sie zwar durch ein anderes Rechtsverhältnis ersetzt, aber auch dann blieben die alten Verträge nicht bestehen.

Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Versicherungsunternehmen vorliegt.

72 Vgl. J. A. Kämmerer, in: I. v. Münch/P. Kunig, GGK (2012), Art. 12, Rn. 44 m.w.N., a.A. G. Manssen in von H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hg.), GG, Art. 12, Rn. 70; die Uneinheitlichkeit der Rspr. betonend C. Starck, ebd., Art. 2, Rn. 75; vgl. auch J. Isensee, ZfVW 2010, 838, 839.

Die Versicherungsverträge unterfallen auch für die Versicherungsunternehmen dem Schutzbereich des Art. 14 GG. Der Anspruch auf Prämienzahlung gegen die Versicherten stellt für die Versicherer ein vermögenswertes privates Recht dar. Zwar ist die Verfügungsmacht der Versicherer über diese vertraglichen Ansprüche beschränkt, da der Versichertenbestand zwar im Wege der Bestandsübertragung „veräußert“ werden kann, dabei aber den rechtlichen Beschränkungen des Versicherungsaufsichtsrechts unterliegt. Aber diese Ansprüche stellen gleichwohl für die Versicherungsunternehmen die materielle Grundlage ihrer Freiheitswahrnehmung dar. Dieses verfassungsrechtliche Eigentumsverständnis erweitert die von Art. 14 GG geschützten Rechte nicht nur für Individuen, sondern auch für Unternehmen. Zwar liegt ihr Grund im freiheitssichernden Charakter des Eigentums, der die Beziehung zur Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip der Grundrechtsordnung herstellt.⁷³ Dennoch fallen auch für juristische Personen vermögenswerte private Rechte in den Schutz des Art. 14 GG. Dies zielt nicht darauf, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Schutz des Art. 14 GG zu unterstellen.⁷⁴ Vielmehr bedarf es des verfassungsrechtlichen Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gerade dann nicht, wenn die vermögenswerten Rechte eines Unternehmens Art. 14 GG zugeordnet werden und so abgrenzbar werden gegenüber den ebenfalls wirtschaftlich bewertbaren, gleichwohl aber Art. 12 GG zugeordneten, Gewinnerwartungen.⁷⁵

Für Versicherungsunternehmen stellen die auf den Versicherungsverträgen beruhenden Prämienansprüche den entscheidenden wirtschaftlichen Wert dar, mit denen das Versicherungsgeschäft selbst überhaupt ausgeübt werden kann. Sie sind deshalb als vermögenswerte Rechte dem Schutz des Art. 14 GG zuzuordnen.

Aber wie beim Eigentumsschutz der Versicherten ist auch hier zu differenzieren, ob eine Überleitung in den neuen Krankenversicherungsmarkt eine neue Inhalts- und Schrankenbestimmung dieses Eigentums oder eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG darstellt. In beiden vorgestellten Varianten – bei einer Übertragung des Versichertenbestandes auf einen anderen Versicherungsträger

73 Vgl. *B.-O. Bryde*, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14, Rn. 3 f.

74 Ablehnend *B.-O. Bryde*, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14, Rn. 18 ff.; *J. Wieland*, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 63 f.; dafür *H.-J. Papier*, in: Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hg.), GG, Art. 14, Rn. 95 ff.; offenlassend BVerfGE 123, 186, 259 m.w.N.

75 Zu dieser Abgrenzung *B.-O. Bryde*, in I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GGK (2012), Art. 14, Rn. 20; *J. Wieland*, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 14, Rn. 63.

einerseits und bei einer Umgestaltung des Versicherungsverhältnisses unter Verbleib beim bisherigen Versicherer andererseits – ginge der bisherige vertragliche Prämienanspruch des Versicherers unter. Das Eigentum würde damit entzogen. Dies führt aber noch nicht dazu, dass eine Enteignung vorläge. Dafür müsste der Entzug weiterhin zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen und dürfte sich nicht als eine Neuordnung der privaten Interessen der Betroffenen darstellen.⁷⁶ Insoweit unterscheiden sich die beiden Gestaltungsvarianten. Zwar erfolgt die Überleitung der Versicherten – wie bereits erörtert – nicht zum Wohle der Allgemeinheit, sondern im Interesse der Versicherten. Eine Übertragung des Versichertenbestandes wäre gleichwohl als Enteignung der Versicherungsunternehmen zu qualifizieren, da sie aus deren Perspektive fremdnützig, nämlich allein im Interesse der Versicherten, läge. In der anderen Ausgestaltungsvariante bliebe es aber bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Denn Versicherer und Versicherte stünden weiterhin zueinander in einem Rechtsverhältnis, nur würde dieses anders ausgestaltet. Ihre Interessen würden dadurch also neu geordnet.

(2) *Verhältnismäßige Entschädigung der Versicherungsunternehmen*

Daraus folgt für die erste Variante, dass aufgrund von Art. 14 Abs. 3 GG eine gesetzliche Entschädigungsregelung vorzusehen ist. Auch bei der zweiten Variante spricht viel dafür, dass auch eine Entschädigungsregelung notwendig ist. Denn das zuvor private Rechtsverhältnis würde sich – so sei es hier unterstellt – in ein öffentlich-rechtliches, jedenfalls ganz anders strukturiertes Rechtsverhältnis wandeln. Diese grundlegende Veränderung des Charakters könnte durch eine Entschädigungszahlung ausgeglichen werden. Die Überlegungen zeigen anschaulich, dass letztlich kein kategorialer Unterschied zwischen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und einer Enteignung besteht. Die Verfassungsmäßigkeit einer Neuregelung entscheidet sich vielmehr daran, ob sie im Ergebnis als verhältnismäßig angesehen werden kann, wenn der Gesetzgeber die grundrechtlich geschützten Interessen angemessen berücksichtigt hat.

Für die erste Variante einer Bestandsübertragung der Versicherten dürfte der sinnvolle Orientierungspunkt für eine angemessene Entschädigung der Versicherungsunternehmen der Wert des Weiterbetriebs ihres Versicherungsgeschäfts im Rahmen seiner „Restlaufzeit“ sein, die ohne die Bestandsübertragung anzunehmen wäre. Dabei müsste allerdings berücksichtigt werden, dass diese „Restlaufzeit“ von vielfältigen Faktoren abhängt. Ein wesentlicher Faktor ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Versicherten in das neue System

76 S.o. bei FN 68.

des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes wechseln dürften. Denn ein eigentumsrechtlicher Schutz der Versicherer besteht zwar gegenüber einer gesetzlichen angeordneten Überleitung der Versicherten, nicht hingegen gegenüber der Ausübung des Kündigungsrechts der Versicherungsnehmer selbst. Auch die heute bestehenden Versicherungsverträge können von den Versicherten gekündigt werden, wenn sie anderweitigen Krankenversicherungsschutz nachweisen können (§ 205 VVG). Ändern sich die Rahmenbedingungen dafür, wie ein solcher anderer Versicherungsschutz erlangt werden kann, so mag sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Versicherungsnehmer sein Kündigungsrecht wahrnimmt, ändern. Gerade sie ist aber nicht als vermögenswertes Recht geschützt.⁷⁷ Im Rahmen einer Entschädigung des Eigentumsentzugs wäre sie daher nicht in Anschlag zu bringen. Weiterhin wäre zu berücksichtigen, dass der eigentumsmäßig geschützte Prämienanspruch auf die gegenwärtige Prämienhöhe gerichtet ist und ihm die Verpflichtungen des Versicherers zur Gegenleistung gegenüberstehen. Allerdings würde das Versicherungsgeschäft bereits nach überschaubarer Zeit defizitär, wenn die Versicherer die Prämien nicht anpassen. Der bisherige Prämienanspruch – also derjenige, der eigentumsrechtlichen Schutz genießt – wäre dann bereits ohne bzw. mit negativem Wert. Zukünftige Ansprüche, die durch Prämienanpassungen entstehen könnten, aber noch nicht

77 Dieser entschädigungsbezogenen Überlegung steht die Annahme des BVerfG, die Einführung des Basistarifs stelle einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Krankenversicherer dar, weil Versicherte in den Basistarif wechseln könnten (BVerfGE 123, 186, 259 ff.) nicht entgegen. Außerdem kann dem BVerfG an dieser Stelle nicht zugestimmt werden: Versicherte hatten schon immer Kündigungsrechte. Sie übten sie in der Regel nur nicht aus, da es an konkurrenzfähigen Angeboten fehlte – und im Übrigen auch weiterhin fehlt. Das Vorhandensein von Konkurrenz ist aber auch dann kein Eingriff in die Berufsfreiheit, wenn sie durch staatliche Regelungen hervorgebracht wird, vgl. nur BVerfGE 106, 275, 298 f.; *H. Jarass/B. Pieroth*, GG (2012), Art. 12, Rn. 15b. Das BVerfG hätte für seine Annahme eines Grundrechtseingriffs nicht bei den Auswirkungen eines Nachfragewettbewerbs, sondern bei den Funktionsbedingungen der PKV ansetzen müssen: Es hätte etwa darlegen können, dass der private Krankenversicherungsmarkt angesichts der beherrschenden Stellung der GKV erst durch schützende Rahmenbedingungen bestehen kann. Dann ist es nachvollziehbar, die Veränderung dieser Rahmenbedingungen als Eingriff zu werten – auch wenn die Verortung auf der Ebene der Schutzbereichsgestaltung oder der Inhaltsbestimmung m.E. vorzugswürdig ist, vgl. *A. Wallrabenstein*, Verfassungsrechtliche Probleme der PKV-Reform, in: Basedow et al. (Hg.), *VersWissStud* 34, 2009, S. 81, 87 ff.; *dies./K. Bourcarde*, *MedR* 2008, 415, 416.

bestehen, fließen dann aber nicht in eine Entschädigung für bereits bestehende Ansprüche ein.

In der zweiten Variante einer Umgestaltung der Versicherungsverhältnisse beim bisherigen Versicherer wären außerdem noch die Ansprüche der Versicherer im neuen System bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen.

In beiden Fällen scheint die Entschädigungshöhe für die Prämienansprüche⁷⁸ letztlich überschaubar. Politisch dürften sich freilich die Interessengegensätze in sehr unterschiedlichen Annahmen artikulieren. Der wichtigste Aspekt dürfte allerdings sein, dass die Versicherungsunternehmen wahrscheinlich eine gerichtliche Überprüfung der Entschädigungshöhe durchsetzen würden und damit letztlich der BGH die Angemessenheit beurteilen wird. Die Überleitung des Versichertenbestandes würde dann nicht an verfassungsrechtlichen Hürden scheitern. Politisch müsste allerdings in Rechnung gestellt werden, dass die Kosten des Bundes – und damit der Steuerzahler – letztlich erst zu einem späteren Zeitpunkt feststehen würde.

c. Individuelle Wechseloption

Die bisherigen Überlegungen zur einen oder anderen, in beiden Fällen aber gesetzlich vorgegebenen Überleitungsvariante haben gezeigt, dass ein dauerhafter Verbleib der PKV-Versicherten im alten auslaufenden System verfassungsrechtliche Schwierigkeiten bedeutet, während eine vollständige Überleitung der Versicherten in das neue System verfassungskonform gestaltbar ist, allerdings ein – besonderes – Kostenrisiko des Bundes darstellt.

Beidem könnte der Gesetzgeber womöglich dadurch entgehen, dass er den Versicherten die Entscheidung überlässt.

aa. Grundrechte der Versicherungsnehmer

Für die Versicherungsnehmer wären grundrechtliche Beeinträchtigungen nicht mehr zu besorgen. Denn sie hätten die Wahl zwischen beiden Systemen.

bb. Grundrechte der Versicherungsunternehmen

(1) Eingriff in die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Unterstellt, die Bestandsversicherten würden hiervon Gebrauch machen und in den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt wechseln, könnten PKV-

78 Die Alterungsrückstellungen spielen hier noch keine Rolle, s. dazu unter IV 3.

Unternehmen geltend machen, dass diese neu geschaffene Wechselmöglichkeit einen Eingriff in ihre Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Dieser Gedankengang entspricht der verfassungsrechtlichen Argumentation der Beschwerdeführer gegen die Einführung des Basistarifs durch das GKV-WSG⁷⁹ und das Bundesverfassungsgericht ist dem Ansatz gefolgt. Es hielt einen Eingriff in die Berufsfreiheit der PKV-Unternehmen für möglich, wenn der Basistarif dazu führen würde, dass Bestandsversicherte der PKV in relevanter Größenordnung in den Basistarif wechseln, so dass das bisherige PKV-Geschäftsmodell Einbußen erleidet. Die Verfassungsbeschwerden wies das Bundesverfassungsgericht zwar als unbegründet zurück, da es keine Anhaltspunkte für eine solche Attraktivität des Basistarifs erkennen konnte – zu Recht, wie sich seit nunmehr 5 Jahren belegen lässt. Aber es verlangte vom Gesetzgeber, dass er beobachte, ob es in Zukunft zu solchen Grundrechtsverletzungen kommen würde.⁸⁰

Diese grundrechtliche Argumentation bedarf jedoch der Präzisierung. Grundsätzlich stellt nämlich die Veränderung der Rahmenbedingungen eines bestimmten Marktes, durch die die Nachfrage sinkt oder gar entfällt, zwar eine wirtschaftliche Beeinträchtigung der bisherigen Anbieter dar, ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der bisherigen Rahmenbedingungen ist aber nicht grundrechtlich geschützt.⁸¹ Dies gilt auch, soweit sich öffentlich-rechtliche Träger an den neuen Angeboten beteiligen, wenn dies unter den Funktionsbedingungen des Wettbewerbs erfolgt.⁸² Strittig ist, inwieweit Änderung der Rahmenbedingungen eines Marktes durch den Gesetzgeber als Grundrechtseingriffe zu werten sind. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind jedenfalls schichthoheitliche Maßnahmen, die notwendige Marktbedingungen herstellen, wie das Verbreiten von (richtigen) Informationen, keine Eingriffe.⁸³ Ebenso sind auch Normen, die die Handlungsoptionen eines Marktteilnehmers beschränken, nicht auch Eingriffe in die Berufsfreiheit anderer Marktteilnehmer, etwa der Vertragspartner. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Zuordnung

79 G. Thüsing/J. A. Kämmerer, Vertragsfreiheit und Wettbewerb in der privaten Krankenversicherung, 2006, S. 44 (<http://www.private-krankenversicherung.de/downloads/vertragsfreiheit-wettbewerb.pdf>).

80 BVerfGE 123, 186, 242.

81 Etwa BVerfGE 110, 274, 288; J. Wieland, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 12, Rn. 73 m.w.N.

82 H. Jarass/B. Pieroth, GG (2012), Art. 12, Rn. 16; J. Wieland, in H. Dreier (Hg.), GG (2013), Art. 12, Rn. 74; J.-A. Kämmerer, in I. v. Münch/P. Kunig, GGK (2012), Art. 12, Rn. 50.

83 BVerfGE 105, 252.

der Eingriffsqualität in seiner Entscheidung zu Festbeträgen für Arzneimittel richtig herausgearbeitet.⁸⁴ Erst die berufsregelnde Tendenz einer öffentlichen Maßnahme qualifiziert sie zu einem Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit der nachteilig betroffenen Marktteilnehmer.⁸⁵ Sie führt zur Grundrechtsrelevanz wirtschaftlicher Beeinträchtigungen. Mit ihr können über die unmittelbaren Maßnahmen gegenüber bestimmten Marktteilnehmern hinaus auch mittelbare Wirkungen auf andere Marktteilnehmer als Ausfluss einer Regelung identifiziert und diese als Eingriff in die Berufsfreiheit der nur mittelbar betroffenen Marktteilnehmer qualifiziert werden. Die berufsregelnde Tendenz kann sich etwa daraus ergeben, dass die eintretenden Nachfrageeffekte vom Gesetzgeber beabsichtigt waren und eine entsprechende Steuerung des Marktgeschehens intendiert war.⁸⁶ Zudem könnten auch nicht beabsichtigte, allerdings zwangsläufige und vorhersehbare Effekte einer Regelung die berufsregelnde Tendenz einer Maßnahme begründen.⁸⁷

Für den Bereich der Krankenversicherung verläuft die Grenze zwischen der grundrechtlich „zugemuteten“ Hinnahme von Konkurrenz und Wettbewerb und der grundrechtsrelevanten berufsregelnden Tendenz von gesetzlichen Änderungen des Krankenversicherungsmarktes bei der Frage, wie Gesetzesänderungen zu bewerten sind, durch die Bestandsversicherte der PKV eine realistisch wählbare Alternative zu ihrem bisherigen Krankenversicherungsvertrag erhalten.

Für die Einführung des Basistarifs ließe sich eine solche berufsregelnde Tendenz annehmen, wenn man das Ziel des Gesetzgebers in Anschlag brächte, dass durch das Angebot eines attraktiven Basistarifs PKV-Versicherte Nachfragedruck auch auf dem Markt der traditionellen PKV-Angebote entfalten sollten. Rechtfertigungsgründe für diese, dann als Eingriff zu qualifizierende

84 BVerfGE 106, 275, 299.

85 BVerfGE 106, 275, ebd.; zur berufsregelnden Tendenz kritisch: *M. Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 91 f.; vgl. auch *G. Manssen*, in H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hg.), GG (2010), Art. 12, Rn. 74.

86 Erst an dieser Stelle ist etwa die Kritik an der Festbetragsentscheidung BVerfGE 106, 275, 299 ff., systematisch korrekt: Es lässt sich diskutieren, ob die Sachverhaltswertung des BVerfG zutraf, dass die Festbetragsfestsetzung der Verbände der Krankenkassen nur „nach innen“ auf die Wirtschaftlichkeit der GKV gerichtet sei, aber keine Marktgestaltung beabsichtige. Jedenfalls seit der Neuordnung des Arzneimittelmarktes durch das AMNOG (BGBl. 2010 I 2262) kann die These nicht mehr gelten, dass keine Marktgestaltung intendiert sei. Umso erstaunlicher ist, dass sich insoweit keine verfassungsrechtliche Kritik erhebt, vgl. etwa ähnlich „erstaunt“ *T. Kingreen*, NZS 2011, 441.

87 Vgl. BVerfGE 110, 274, 288.

Maßnahme, wären etwa die Eröffnung eines Anbieterwettbewerbs für die Bestandskunden und damit verbundene Anpassungen des Leistungsangebotes. Eine Grundrechtsverletzung – also ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit läge erst dann vor, wenn sich in der Realität zeigen würde, dass einerseits tatsächlich die Nachfrage im traditionellen PKV-Markt sinkt, dass aber andererseits die intendierten Effekte nicht erreicht werden können. In diesem Sinne sind die Beobachtungspflichten, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in der Entscheidung zum Basistarif auferlegt,⁸⁸ berechtigt.

Betrachtet man das reale Marktgeschehen in der PKV seit Einführung des Basistarifs, so fallen zwei strukturell neue Entwicklungen auf: Für Neuverträge seit 2013 bieten eine Reihe von Versicherern substantiell neue Leistungen wie etwa Psychotherapie an.⁸⁹ Diese Anbieter haben sich dabei erkennbar am weitergehenden Leistungsangebot der GKV orientiert. Die zweite Neuerung ist die Einführung des sogenannten Notlagentarifs, der einen Basisschutz ohne Alterungsrückstellungen bietet. An dieser Stelle geht es nicht um eine qualitative Bewertung dieser Änderungen, entscheidend ist vielmehr, dass sie sich tatsächlich vollzogen haben, aber jeweils hierfür auch Änderungen der Rechtslage benötigten. Die Angebotserweiterung erfolgte im Paket mit der Einführung von Unisex-tarifen, die unionsrechtlich gefordert die nationale Regelung verdrängte, dass die Tarife nach dem Geschlecht getrennt kalkuliert werden müssen. Der Notlagentarif verlangte eine Ausnahme von dem rechtlichen Erfordernis, Alterungsrückstellungen zu bilden. Diese beiden Entwicklungen zeigen, dass Maßnahmen, die mit berufsregelnder Tendenz Wettbewerbsdruck erzeugen, auch berücksichtigen müssen, ob die (mittelbaren) Adressaten dieses Drucks die rechtlichen Möglichkeiten für marktkonformes bzw. vom Gesetzgeber intendiertes Verhalten haben.

Überträgt man diese Anforderungen auf eine Regelung, nach der PKV-Versicherte zwischen dem bestehenden PKV-Vertrag und dem Wechsel in einen neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt wählen können, ergibt sich eine andere Bewertung. Zwar würde ein Wahlrecht der Versicherten die Berufsfreiheit der PKV-Unternehmen über den gleichen ökonomischen Mechanismus beeinflussen, wie dies mit der Einführung des Basistarifs intendiert war: Durch Option für den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt sinkt der Bestand im bisherigen PKV-System. Allerdings findet dieser Nachfragemechanismus in

88 BVerfGE 123, 186, 266.

89 Vgl. <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/unisex-tarife-krankenversicherer-huebschen-police-auf-11991610.html>; <http://www.dasinvestment.com/investments/versicherungen/news/datum/2013/08/09/pkv-sechs-monate-unisex-eine-erste-bilanz/>.

einer grundlegend neuen Situation statt. Heute dient die PKV als zweite Säule neben der GKV der Absicherung der Bevölkerung gegen Krankheitskostenrisiken. Sie ist daher grundsätzlich auf Dauer angelegt.⁹⁰ Insbesondere besteht neben dem Bestandsgeschäft ein ökonomisch wichtiger Neukundenmarkt.

Bei einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt entfällt die dauerhafte Funktion der PKV. Dementsprechend entfällt das Neukundengeschäft vollständig. Das Bestandsgeschäft hat nicht mehr die Aufgabe einer dauerhaften Sicherung gegen Krankheitskostenrisiken. Denn hierfür stünde jedem Versicherten der einheitliche Krankenversicherungsmarkt offen. Das herkömmliche PKV-Geschäft hätte nur noch die Funktion, die Bestandsinteressen der bisherigen Versicherten zu bedienen. Änderungen des Leistungsangebotes wären gerade nicht mehr vom Gesetzgeber intendiert. Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit in diesem „Bestandsschutzgeschäft“ bestünden nicht bereits dadurch, dass es keine Neukunden mehr gibt und dadurch die PKV in Abwicklung gerät. Für die Geltendmachung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit unter diesen neuen Bedingungen müsste aufgezeigt werden, dass dieses neue „Bestandsschutzgeschäft“ unter den dann geltenden Rahmenbedingungen nicht wirtschaftlich geführt werden kann.

Allerdings folgt auch bei der Feststellung eines Grundrechtseingriffs durch die Optionsmöglichkeiten der PKV-Versicherten noch nicht, dass diese gestrichen werden müssen. Zum einen könnten anderen Stellschrauben genutzt werden, um das „Bestandsschutzgeschäft“ auch bei Wechselmöglichkeiten der Versicherten tragfähig zu gestalten. Zum anderen müssten PKV-Unternehmen auch diesen Grundrechtseingriff hinnehmen, solange er nicht unverhältnismäßig ist. Denn für die Wechseloption streiten insbesondere die Belange der Versicherten. Eine Interessenausgleich könnte etwa durch Kündigungsfristen oder umgekehrt Kündigungssperren für bestimmte Zeitfenster erfolgen.

Im Ergebnis könnten Optionsrechte der PKV-Bestandsversicherten also auch, soweit sie Eingriffe in die Berufsfreiheit der PKV-Unternehmen darstellen, verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies hinge vom Detail der Ausgestaltung ab.

(2) *Eingriff in das Eigentum der Versicherer, Art. 14 GG*

Es wurde bereits erwähnt, dass sich der Eigentumsschutz nur auf bestehende rechtliche Ansprüche der Versicherer erstrecken kann.⁹¹ Die Erwartung, dass

⁹⁰ S. etwa H. Butzer, MedR 2010, 283, 289.

⁹¹ S.o. unter FN 77.

Versicherungsnehmer von ihrem bereits heute bestehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, da ihnen keine wirtschaftlich sinnvollen Alternativen offen stehen, ist nicht Schutzgut des Art. 14 GG.

d. Zwischenergebnis

Die verfassungsrechtliche Bewertung der denkbaren drei Überleitungsvarianten ergibt folgendes Bild:

Die dauerhafte Zuordnung der bisher PKV-Versicherten wirft verfassungsrechtliche Probleme auf. Denn insbesondere im Zeitablauf – bei einer theoretischen „Restlaufzeit“ der PKV von rund 70 Jahren – erhöht sich der Rechtfertigungsbedarf für den Ausschluss dieser Personen vom einheitlichen Krankenversicherungsmarkt.

Auf der anderen Seite könnte eine umfassende Überleitung aller PKV-Versicherten zwar verfassungskonform ausgestaltet werden. Im gegenwärtigen GKV-System bestehen bereits Elemente, deren Weiterentwicklung und Anpassung das notwendige Instrumentarium hierfür bieten kann. Allerdings sollte oder gar müsste den Versicherungsunternehmen eine Entschädigung eingeräumt werden. Die Entschädigungshöhe wäre weniger problematisch, allerdings bliebe die Unwägbarkeit einer späteren zivilgerichtlichen Überprüfung ihrer Angemessenheit.

Diesem politischen Risiko könnte der Gesetzgeber durch die dritte Alternative entgehen, indem er den Versicherten die Wahl zwischen beiden Systemen ermöglicht. Denn die sich daraus womöglich ergebenden Beeinträchtigungen des PKV-Geschäfts während seiner „Restlaufzeit“ könnten in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gestaltet sein ohne, dass eine Enteignungsschädigung erforderlich wäre.

Grundsätzlich gelten diese Bewertungen auch dann, wenn der Gesetzgeber diese Elemente kombiniert. Die Beschränkung der Wechseloption der Versicherten auf bestimmte Zeiten (s.o.) oder ihr Anknüpfen an bestimmte Bedingungen wie etwa eine Prämienanpassung wären etwa eine solche Kombination. Die konkrete Ausgestaltung bedürfte einer eigenständigen verfassungsrechtlichen Beurteilung, die im Ergebnis – wie so oft – vom Detail abhängt.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber – selbstverständlich – Interessen der Betroffenen, insbesondere der Versicherungsunternehmen, auch über das verfassungsrechtlich geforderte Maß hinaus berücksichtigen kann. Allerdings dürfen dadurch nicht die Grundrechte anderer – etwa der Versicherten – verletzt werden. Vor allem aber sollte in der politischen Auseinandersetzung das

Bewusstsein dafür bestehen, dass es sich dabei nicht um verfassungsrechtliche Gebote, sondern politischen Gestaltungswillen handelt.

2. Fragen zum Sonderregime für Beamtinnen und Beamte

Das gegenwärtige Beihilfesystem ist nicht auf die GKV, wohl aber auf die PKV zugeschnitten. Denn der Dienstherr übernimmt im Wege der Beihilfe nicht die Vorsorge, also Versicherungskosten, sondern erst im Bedarfsfall die Versorgung, d.h. einen Teil der Aufwendungen. Umgekehrt ist das GKV-System rigide und sieht grundsätzlich keine Teilversicherungen vor, während die PKV Tarife für Beihilfeberechtigte anbieten kann. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die PKV sind so gestaltet, dass für die Beamtenangebote alle erforderlichen Bedingungen bzw. Ausnahmen von allgemeinen Anforderungen möglich sind. Dies führt zwangsläufig und normativ gewollt dazu, dass Beamtinnen und Beamte nur in der PKV für ihren Absicherungsbedarf maßgeschneiderte Produkte vorfinden.

a. Anpassung der Beihilfe

Bei Einführung einer einheitlichen Einwohnerversicherung muss das Beihilfesystem auf diese neuen Versicherungsbedingungen hin angepasst werden.

Seit mit der Föderalismusreform 2008 die Gesetzgebungskompetenz für die Beamtenbesoldung und -versorgung auf die Bundesländer übergegangen ist, ist dabei Ländervielfalt mit ihren Vorzügen und Nachteilen möglich. Jedenfalls besteht aber keine verfassungsrechtliche Pflicht des Bundesgesetzgebers für die Krankenversicherung, auf bestehende landesrechtliche Beihilfestrukturen Rücksicht zu nehmen.⁹² Vielmehr folgt aus den grundgesetzlichen Vorgaben zur Beamtenalimentation, die als hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG garantiert sind,⁹³ dass die Länder ihre Beihilfe so ausgestalten müssen, dass Beamtinnen und Beamte auch im Krankheitsfall so abgesichert

92 In diese Richtung aber etwa S. Greß/K.-J. Bieback, Zur Umsetzbarkeit einer Bürgerversicherung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit, 2013, S. 28 f. (https://www.awo.org/fileadmin/user_upload/documents_Awo/aktuelles_und_presse/Presse_Downloads/AWO-Gutachten_Umsetzung_Buergerversicherung.pdf); demgegenüber wie hier J. Schröder, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 109 f.; T. Kingreen/J. Kühling, Monistische Einwohnerversicherung, 2013, S. 57.

93 Vgl. BVerfGE 130, 263.

sind, dass der Grundsatz der amtsangemessenen und gleichen Besoldung nicht verletzt wird.⁹⁴

Umgekehrt ist das bestehende Beihilfesystem selbst nicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich garantiert.⁹⁵

b. Teilkostentarife im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt

Vorstellbar ist allerdings auch, dass in einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt die bisherige Rigidität der GKV aufgegeben wird.⁹⁶ Der heute schon bestehende Teilkostentarif für DO-Angestellte gemäß § 14 SGB V bietet hierfür den Anknüpfungspunkt. Denkbar wäre, dass im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt für Beamte Tarife angeboten werden können, die nur den Prozentsatz der Behandlungskosten abdecken, der nicht nach den Beihilferegelungen des jeweiligen Landesrechts vom Dienstherrn erstattet wird. Dadurch könnte die bestehende Beihilfestruktur – die in allen Bundesländern im Wesentlichen einheitlich ist – unverändert bleiben.

Da die Beihilfe in aller Regel die Hälfte oder mehr der Krankheitskosten übernimmt, müssten Beamte den halben – oder einen entsprechend geringeren Anteil – des Krankenversicherungsbeitrags zahlen. Im Vergleich mit der – mit Einschränkungen – paritätischen Finanzierung des gegenwärtigen GKV-Beitrags würde dadurch die Höhe der Beitragslast eines Beamten jedenfalls bei überschlägiger Betrachtung der eines Angestellten entsprechen. Wie die Versicherung bzw. Beihilfe von Familienangehörigen ausgestaltet sein könnte, soll hier nicht weiter verfolgt werden, da wieder verschiedene Untervarianten vorstellbar sind, die letztlich aber von der Ausgestaltung der Familienversicherung insgesamt abhängen dürfte.⁹⁷

94 Vgl. *P. Axer*, MedR 2008, 482, 486 f.

95 St. Rspr., s. nur BVerfGE 106, 225; vgl. *P. Axer*, MedR 2008, 482, 486; *J. Schröder*, *Bürgerversicherung und Grundgesetz*, 2008, S. 210 ff.

96 So die Forderung von *S. Greß/K.-J. Bieback*, *Zur Umsetzbarkeit einer Bürgerversicherung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit*, 2013, S. 28 f. (https://www.awo.org/fileadmin/user_upload/documents_Awo/aktuelles_und_presse/Presse_Downloads/AWO-Gutachten_Umsetzung_Buergerversicherung.pdf).

97 S.o. I.3.a.bb.

aa. Kosten der Dienstherrn

Für das Gesamtsystem relevanter ist die Frage, wie sich die Beteiligung der Dienstherrn an den Krankheitskosten im Vergleich mit den Kosten der Arbeitgeber darstellt, wenn für letztere auch im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt ein – mehr oder weniger – paritätischer Arbeitgeberbeitrag unterstellt wird.

Angesichts der typischen Kostenstruktur in der Lebensbiografie eines Versicherten finanziert ein Arbeitgeber mit einem (unter-)hälftigen einkommensabhängigen Krankenversicherungsbeitrag während der Erwerbsphase typischerweise einen höheren Anteil, als in der gleichen Zeitphase ein Dienstherr mit der (evtl. auch über-)hälftigen Kostenerstattung im Krankheitsfall. Allerdings endet die Beitragspflicht des Arbeitgebers mit Renteneintritt.⁹⁸ Die Kostenbeteiligung des Dienstherrn bleibt aber bestehen und wird typischerweise in der Versorgungsphase wirtschaftlich relevanter. Dabei kann an dieser Stelle offen bleiben, ob der Beihilfeanteil im Pensionsalter weiter so ansteigt wie bisher. Denn diese stärkere Beteiligung der Beihilfe – in der Regel mit 80% der Krankheitskosten – korrespondiert mit den im Alter steigenden Beiträgen der PKV.⁹⁹ Wären die Krankenversicherungsbeiträge der Beamten einkommensabhängig, würden sie wie bei Rentnern in dieser Lebensphase sinken, auch ohne dass der Umfang des Versicherungsschutzes abgesenkt werden müsste. Im Vergleich mit den Kosten eines Arbeitgebers ist jedoch festzuhalten, dass die Kosten eines Dienstherrn in der Lebenszeitperspektive der Versicherten jedenfalls bei generalisierender Betrachtung als ausgeglichen gewertet werden darf. Ein Arbeitgeber zahlt nur während der Erwerbsphase, finanziert dabei aber durch die Beteiligung am Krankenversicherungsbeitrag die Umlageeffekte insbesondere auch für die ältere Generation mit. Ein Dienstherr beteiligt sich nicht an dieser Umlagefinanzierung, bleibt aber für seine Beamten zeitlebens kostenerstattungspflichtig.

Es lässt sich daher festhalten, dass die Beibehaltung der gegenwärtigen Beihilfestruktur bei einer darauf abgestimmten Ausgestaltung von Beamtenrenten im einheitlichen Versicherungsmarkt bei generalisierender Betrachtung keine unangemessene Bevorzugung von Dienstherrn gegenüber Arbeitgebern – oder umgekehrt – bedeutet.

98 Die Finanzierungswirkung der Rentenbeiträge für die Krankenversicherung der Rentner muss hier außer Betracht bleiben, da der Vergleich die Längsschnittbetrachtung des Lebens eines Arbeitnehmers bzw. Beamten zugrundelegt.

99 S.o. I.2.

Darüber hinaus dürften für die Dienstherrn sogar Spareffekte möglich sein, weil in einem einheitlichen Krankenversicherungsmarkt kein Beitragsanstieg im Pensionsalter erfolgen würde, der heute für die privat versicherten Beamten eine stärkere Beteiligung der Beihilfe an den Krankheitskosten im Alter erforderlich macht.

bb. Steuerungswirkung der Beihilferegelung

Solch ein beihilfeadjustierter Beamtentarif im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt führt allerdings zu der Folgefrage, ob Beamten nur diese Möglichkeit offen steht, oder ob sie nicht die gleiche Versicherungsform, insbesondere das Sachleistungsprinzip wählen können müssten, wie Arbeitnehmer. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn die Beihilfestruktur eines Landes seinerseits hierfür flexibel wird, wie dies zuvor bereits angesprochen wurde (unter a.). Blicke das Beihilfesystem, wie es ist, hätte dies die gleiche Steuerungswirkung wie heute, nur wäre die heutige PKV als „Steuerungsziel“ durch den Beamtentarif ausgetauscht.

Diese Steuerung wäre aus der Perspektive der Versicherten, bzw. Beamten ein Grundrechtseingriff. Denn ihre Wahlmöglichkeiten im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt wären beschränkt. Dies wird insbesondere dann deutlich, wenn nicht alle Anbieter verpflichtet wären, Beamtentarife anzubieten. Es wäre dann denkbar, dass Beamtinnen und Beamte nur zwischen wenigen Anbietern wählen könnten. Betroffenes Grundrecht wäre die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG. Da die persönliche Lebensgestaltung betroffen wäre, ergibt sich auch nichts anderes aus dem Sonderstatusverhältnis der Beamten.¹⁰⁰ Es bedürfte daher eines sachlich vertretbaren Rechtfertigungsgrundes dafür, dass Beamte bei der Wahl ihrer Krankenversicherung bzw. ihres Krankenversicherungstarifs eingeschränkt sind. Es fällt nicht leicht, einen solchen Rechtfertigungsgrund zu finden. Liefße das Beihilfenrecht den Beamten die Wahl, ob sie eine Sachleistungstarif mit Beteiligung des Dienstherrn an den Versicherungskosten oder einen Teilkostenerstattungstarif mit Beteiligung des Dienstherrn an den Krankheitskosten wählen, wäre dies nachvollziehbar. Insbesondere wären daraus resultierende Besoldungsunterschiede bzw. unterschiedliche wirtschaftliche Konsequenzen im Einzelfall gerechtfertigt. Es wäre auch konsequent, Beamtinnen und Beamte an der einmal getroffenen Entscheidung festzuhalten, jedenfalls solange sich keine grundlegenden Veränderungen in der Lebenssituation ergeben. Umgekehrt kann als Rechtfertigung für die Vorenthaltung eines solchen Wahlrechts

100 Vgl. nur *U. Battis*, in M. Sachs, GG (2011), Art. 33, Rn. 74 ff. m.w.N.

bzw. für die Steuerungswirkung, die eine bestimmte Beihilfengestaltung entfaltet, nur eine Argumentation herhalten, die die konkrete Regelung als für den Dienstherrn wirtschaftlich günstiger darlegt. Das Alimentationsprinzips, das in Art. 33 Abs. 5 GG Schutz genießt, erlaube es dem Dienstherrn, diese günstige Variante zu wählen, auch wenn dadurch Wahlmöglichkeiten der Beamten in ihrer privaten Lebensführung eingeschränkt würden – so ungefähr wäre dieses Argument zu Ende zu führen.

Erstaunlich ist jedenfalls, dass die bestehende ungleich einschneidende Steuerungswirkung der Beihilferegelung hin zu einem privaten Krankenversicherungsschutz bisher noch nicht unter diesem Gesichtspunkt angegriffen wurde.

3. Umgang mit Alterungsrückstellungen

Schließlich sollen hier verfassungsrechtliche Fragen zu den Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die sogenannten Alterungsrückstellungen der PKV erörtert werden. Denn in der rechtspolitischen Diskussion gilt das Augenmerk vor allem ihnen. Gemeint sind damit die großen Kapitalvermögensbestände der privaten Krankenversicherungsunternehmen, die bilanziell als Rückstellungen für zukünftig zu erwartende Krankheitskosten der Versicherten ausgewiesen sind. Aus Sicht der PKV-Unternehmen besteht die Sorge gravierender Vermögenseinbußen, wenn die Einführung eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes den „Abbau“ der Alterungsrückstellungen bedeuten würde. Aus Sicht der gesetzlichen Krankenkassen handelt es sich um attraktive Geldquellen, die womöglich dem GKV-System zufließen könnten.

Allerdings bestehen in der Diskussion zahlreiche Missverständnisse und daraus folgende Fehlannahmen zur verfassungsrechtlichen Bewertung potentieller Regelungen in Bezug auf die Alterungsrückstellungen der PKV. Insbesondere ist es verbreitet, danach zu fragen, wessen Eigentum i.S.d. Art. 14 GG die Alterungsrückstellungen sind.¹⁰¹ Je nach politischer Zielrichtung wird aus einer solchen vorgeblich eigentumsrechtlichen Zuordnung gefolgert, dass der Gesetzgeber Alterungsrückstellungen den Versicherten bei einem Wechsel etwa in die

101 T. Kingreen /P. Schramm, SZ vom 3.06.2013, S. 18; H.-J. Papier/M. Schröder, VersR 2013, 1201.

GKV mitgeben dürfe oder müsse¹⁰² oder dass eine solche Portabilität das Eigentum der Versicherungsunternehmen verletze.¹⁰³

Beides ist unzutreffend, da sowohl ökonomische wie rechtliche Zuordnungen als auch einfachrechtliche und verfassungsrechtliche Wertungen vermengt werden. Im Folgenden sollen daher die unterschiedlichen Fragen abgeschichtet werden.

a. Alterungsrückstellungen der PKV

Für die Zwecke einer verfassungsrechtlichen Einordnung lassen sich, stark vereinfacht, die Alterungsrückstellungen der PKV wie folgt beschreiben:

Ein Versicherer erhält in einer Versicherungsperiode von seinen Versicherungsnehmern die zivilrechtlich vereinbarten Versicherungsprämien. In der gleichen Versicherungsperiode zahlt er an die Versicherungsnehmer Leistungen im Schadenfall aus. Innerhalb der gleichen Versicherungsperiode übersteigen die Prämien die Schadenkosten bei Weitem. Wäre die Krankenversicherung ein einfaches Versicherungskonstrukt auf der Basis eines Versicherungsvereins, wären diese „überhobenen“ Prämien nach Ablauf der Versicherungsperiode wieder auszuschütten. Tatsächlich erfolgt dieser Mechanismus in der bestehenden PKV im Rahmen der Beitragsrückerstattungen. Sie bezieht sich allerdings nicht auf den Prämienbetrag, der über den Schadenkosten der konkreten Versicherungsperiode liegt, sondern auf die Überschüsse, die nach Abzug verschiedener anderer Kosten und insbesondere nach Abzug der Alterungsrückstellungen übrig bleiben. Die gewichtigen Probleme der Überschussbeteiligung¹⁰⁴ sollen hier außen vor bleiben. Entscheidend ist, dass der Versicherer vor einer wie auch immer gearteten Überschussverteilung einen großen Teil der eingenommen Prämien zurückstellen darf, da er belegen kann, dass er diesen Betrag benötigt, um in Zukunft seine bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.

102 So *T. Kingreen /P. Schramm*, SZ vom 3.06.2013, S. 18; als Eigentum der Versicherungsnehmer ansehend allerdings auch *O. Depenheuer*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Portabilität der Alterungsrückstellungen in der Krankenversicherung: Kurzgutachten, erstellt im Auftrag des PKV-Verbandes, 2006.

103 So im Ansatz *H.-J. Papier/M. Schröder*, VersR 2013, 1201, 1202 ff.

104 Gegenwärtig insbesondere für die kapitalbildende Lebensversicherung umstritten, vgl. etwa *A. Wallrabenstein*, Die Novellierung der Mindestzuführungsverordnung aus juristischer Perspektive, 2012, Research Paper Fachbereich Rechtswissenschaft Goethe-Universität; Zum Streit um die versicherungsrelevanten Änderungen im Rahmen des SEPA-Begleitgesetzes s.o. FN 18; s. auch <http://www.managermagazin.de/finanzen/versicherungen/a-873070.html>.

Denn die Versicherungsverträge sind unter Ausschluss des (ordentlichen)¹⁰⁵ Kündigungsrechts geschlossen und sehen grundsätzlich ungleiche Leistungen vor: Der Versicherer verpflichtet sich, bis in alle Zukunft die notwendigen Krankenbehandlungskosten des Versicherten zu erstatten, während der Versicherungsnehmer sich verpflichtet, eine bis in alle Zukunft gleich hohe Prämie zu zahlen. Vertragsänderungen – seien es die Versicherungsbedingungen, sei es die Prämienhöhe – sind nur zulässig, soweit bei Vertragsschluss nicht erkennbare Änderungen eintreten. In der Praxis sind dies insbesondere die Kostensteigerungen durch medizinischen Fortschritt und die allgemeine Teuerungsrate. Sie sind aufgrund der gesetzlichen Vorgaben des Versicherungsrechts nicht vorhersehbar, da sie nicht versicherungsmathematisch kalkuliert werden. Das Versicherungsrecht – genauer: das Versicherungsaufsichtsrecht¹⁰⁶ und konkret die KalV – gibt aber vor, dass die zukünftigen Schadenkosten eines jeden Versicherten – unter der Annahme gleichbleibender Leistungs- und Kostenbedingungen – vorhersehbar und deshalb versicherungsmathematisch zu kalkulieren sind.¹⁰⁷ Deshalb müssen und können die Versicherer so viel vom vereinnahmten Prämienvolumen zurückstellen, wie erforderlich ist, um diese vorhersehbaren Kosten der bestehenden Vertragsverhältnisse zu decken. Dies sind die sogenannten Alterungsrückstellungen. Ökonomisch betrachtet, belassen sie also Prämieinnahmen beim Versicherer, der sie in erster Linie nicht nach Ablauf der Versicherungsperiode an die Versicherten auskehren muss. In zweiter Linie sind diese Alterungsrückstellungen auch kein Gewinn, so dass der Versicherer, wenn er eine Aktiengesellschaft ist, gegenüber den Anteilseignern insoweit keine Dividende ausschütten muss.¹⁰⁸ Zum Dritten entfallen daher auf diese

105 Seit 2008 ist auch das außerordentliche Kündigungsrecht beschränkt, § 206 I 1 VVG.

106 Vor der Liberalisierung des Versicherungsmarktes 1994 erfolgten diese Vorgaben zunächst durch „Selbstverpflichtungen“ der Versicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Versicherungsbedingungen und Geschäftspläne. Die Versicherungsaufsicht war neben der Kontrolle der Einhaltung dieser „Selbstverpflichtungen“ insbesondere darauf gerichtet, durch Genehmigung der Versicherungsbedingungen und Geschäftspläne jeweils einheitliche Versicherungsmärkte herzustellen. In der Praxis existieren daher bis heute etwa Musterbedingungen zur PKV, vgl. die umfangreiche Kommentierung in *P. Bach/H. Moser* (Hg.), PKV, 2009.

107 § 2, 6 KalV.

108 Dass Alterungsrückstellungen dadurch auch nicht als Eigenkapital des Versicherers zu werten sind, wird angesichts neuer Rechnungslegungsbestimmungen (Solvenzy II) ein Problem, vgl. hierzu *J. Zimmermann*, Novellierung der MindZV, in: *Ch. Brömmelmeyer et al.* (Hg.), *VersWissStud* 47 (im Erscheinen), S. 9 ff.

Einnahmen auch keine Steuern. Im Ergebnis sind also Alterungsrückstellungen eine bilanzielle Figur, die für den Versicherer in mehrfacher Hinsicht Vorteile birgt. Ihr stehen aber – selbstverständlich – entsprechende Verbindlichkeiten, die Leistungspflichten an die Versicherungsnehmer, gegenüber.

Selbstverständlich legt der Versicherer die Prämieinnahmen, die als Alterungsrückstellungen verbucht werden, in Vermögenswerten an. Da in diesem Vermögensanlageprozess eigene Risiken liegen, gilt es hierbei, den wirtschaftlichen Zweck des Anlagevermögens – also die Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten gegenüber den Versicherungsnehmern – zu berücksichtigen. Dementsprechend reguliert das Versicherungsaufsichtsrecht die Kapitalanlage-möglichkeiten der Versicherer.¹⁰⁹ Neben dieser öffentlich-rechtlichen Regulierung werden auch zivilrechtliche Regulierungsansätze diskutiert. Die These, es handele sich bei einem Versicherungsvertrag, bei dem der Versicherer solche Kapitalanlagen vornehme, um ein partiarisches Rechtsverhältnis¹¹⁰ oder um Geschäftsbesorgung,¹¹¹ umschreiben die ökonomische Zweckbindung mit zivilrechtlichen Figuren.¹¹² Entsprechendes gilt für die Beschreibung, es handele sich um Anwartschaften der Versicherungsnehmer im verfassungsrechtlichen Sinne, so dass ihnen grundrechtlicher Schutz im Rahmen des Art. 14 GG zukomme.¹¹³ Stets geht es darum, die Bindungen rechtlich zu erfassen, denen der Versicherer in Hinblick auf den Umgang mit den Vermögenswerten unterliegt, die er zur Deckung der Alterungsrückstellungen ausweist.

109 S. insb. § 54 VAG.

110 J. Basedow, ZVersWiss 81 (1992), 419 ff.

111 W. B. Schönemann, JZ 1005. 430; ders., Geschäftsbesorgung in der Lebensversicherung und der Gesetzentwurf vom 2. Juni 1997, in: W. Karten/M. Werber/G. Winter (Hg.), Lebensversicherung und Geschäftsbesorgung, 1998, S. 26 ff.; ders., Der Geschäftsbesorgungsversicherer – die juristische Perspektive, in: J. Basedow et al. (Hg.), VersWissStud 25, 2004, S. 105 ff.

112 Deshalb ist im Übrigen die Frage missverständlich, ob diese oder eine andere zivilrechtliche Beschreibung „richtig“ ist. Entscheidend ist, ob sie *geeignet* ist, die beteiligten Interessen zutreffend abzubilden und daraus rechtliche Konsequenzen abzuleiten. Es ist keineswegs überraschend, dass die Befürwortung oder Ablehnung einer solchen Figur in der Praxis von den jeweils eigenen Interessen bestimmt wird. Zur Darstellung der Debatte vgl. A. Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, 2009, S. 163 ff.

113 So BVerfGE 114, 1, 37 f.; 73, 89 f., für die Überschussbeteiligung in der kapitalbildenden Lebensversicherung. Der Gedanke ist auf die Alterungsrückstellungen in der PKV übertragbar, vgl. A. Wallrabenstein/K. Bourcarde, MedR 2008, 415, 419.

Dadurch „gehören“ aber weder „die Alterungsrückstellungen“, die als Bilanzposten ohnehin niemandem gehören, noch die Vermögenswerte, in denen der Versicherer die Alterungsrückstellungen abbildet, rechtlich jemand anderem, als dem Versicherer, der Eigentümer der Sachwerte bzw. Inhaber entsprechender Forderungen ist.¹¹⁴

Diese rechtlichen Zuordnungen – des formalen Eigentums einerseits und der Umschreibungen für die bestehenden und auch für die ökonomisch gebotenen Bindungen andererseits – erlauben noch keine verfassungsrechtlichen Ableitungen.¹¹⁵ Sie bilden vielmehr die Grundlage dafür, dass konkrete Regelungen, Gesetzesänderungen, politische Forderungen oder gerichtliche Folgerungen verfassungsrechtlich bewertet werden können.

b. Gestaltungsmöglichkeiten bei Überleitung der Versicherten

Diese Alterungsrückstellungen könnten im Zuge der Umstellung auf einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt auf unterschiedliche Weise rechtlich zugeordnet und wirtschaftlich verwendet werden.

Dabei ist zu unterstellen, dass die Krankenversicherung im neuen einheitlichen System nach dem Umlageverfahren finanziert wird. Das bedeutet, dass grundsätzlich¹¹⁶ die Einnahmen einer Versicherungsperiode vollständig für die Ausgaben dieser Versicherungsperiode verbraucht werden. Alterungsrückstellungen werden in diesem System daher nicht benötigt. Mehr noch: dem Umlageprinzip entsprechend müssten sie theoretisch sofort aufgelöst werden, was dazu führen würde, dass in dieser – bzw. der folgenden – Versicherungsperiode die Beiträge gesenkt werden müssten, da die Ausgaben ja zu einem Teil aus den Alterungsrückstellungen finanziert würden.

Denkbar wäre allerdings, dass im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt Kapitalreserven gebildet würden, um Kosten aufgrund der erwarteten demografischen Entwicklung aufzufangen. Eine solche Demografiereserve wird gegenwärtig für die gesetzliche Pflegeversicherung diskutiert. Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD sieht den Aufbau eines Demografiefonds aus

114 Vgl. bereits A. Wallrabenstein/K. Bourcarde, MedR 2008, 415, 419.

115 Gerade anders als J. Boetius, VersR 2014, 140, der aus der Ausdifferenzierung der versicherungsrechtlichen und – mathematischen Kalkulation eine Vielzahl einzelner Rechtsansprüche ableitet, denen er auch einzeln verfassungsrechtlichen Schutz zuweist.

116 Rücklagen sind nur in geringem Umfang und mit dem Ziel zulässig, Ausgaben-schwankungen aufzufangen, vgl. zur heutigen Rechtslage § 261 SGB V.

Beitragsmitteln der Pflegeversicherung vor.¹¹⁷ Nimmt man an, dass auch für die Krankenversicherung ein vergleichbarer Demografiefonds gebildet würde, so wären doch seine Kapitalrücklagen von den Alterungsrückstellungen der bisherigen PKV zu unterscheiden. Denn ein Demografiefonds innerhalb eines solidarischen und daher einkommensabhängigen Krankenversicherungssystems würde nicht Rücklagen für die Absenkung individueller Beitragspflichten darstellen. Vielmehr würde er kollektive Kostenrisiken auffangen. Durch eine Kostenmitfinanzierung des Fonds müssten später entsprechend weniger Beiträge erhoben werden. Seine Kapitalreserven wären rechtlich also etwas anderes als die Alterungsrückstellungen der PKV.

Auf dieser Grundlage sind bei der Einführung eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes unterschiedliche Regelungen in Bezug auf die Alterungsrückstellungen der PKV denkbar.

aa. Verbrauch der Alterungsrückstellungen für PKV-Bestand

(1) Entwicklung bei unveränderter PKV-Regulierung

(a) Alterungsrückstellungen in herkömmlichen PKV-Tarifen

Solange und soweit bisher PKV-Versicherte im alten PKV-System verblieben (s.o.), würden die Alterungsrückstellungen, die der Versicherer für die Erfüllung seiner Leistungspflichten gegenüber diesen Versicherten gebildet hat, für diesen Zweck benötigt. So sind sie schließlich vom Versicherer kalkuliert.

Bisher bedeutete allerdings die Kalkulation von Alterungsrückstellungen keineswegs die regelmäßige Auflösung der Kapitalanlagen, die mithilfe der als Alterungsrückstellungen bilanzierten Prämieinnahmen gebildet wurden. Der Versicherer konnte vielmehr seine Kapitalanlagen unabhängig von dem kalkulierten Einsatz der Alterungsrückstellungen halten oder auflösen. Denn wenn in einer bestimmten Versicherungsperiode für bestimmte – alte – Verträge die Finanzierung des rechnerisch notwendigen Prämienbedarfs aus den Alterungsrückstellungen kalkuliert war, so war für die gleiche Versicherungsperiode auch die Zuführung von Prämieinnahmen anderer – junger – Verträge zu den Alterungsrückstellungen kalkuliert. Dadurch konnte der Versicherer die „Entnahmen“ aus den Alterungsrückstellungen für die alten Verträge aus den „Einzahlungen“ der neuen Verträge vornehmen und die konkreten Kapitalanlagen unberührt lassen.

117 S.o. bei FN 19; kritisch die Bundesbank, vgl. Gesundheitswirtschaft 1/14.

Diese „Verrechnung“ wäre nach der Einführung eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes zunehmend weniger möglich, da die PKV keine neuen Versicherten mehr gewinnen, sondern nur noch bestehende Verträge weiterführen könnte. Der Versichertenbestand würde altern und dadurch würde das Volumen der „Zuführungen“ zu den Alterungsrückstellungen aus den Prämieinnahmen sinken, während das Volumen der „Entnahmen“ aus den Alterungsrückstellungen steigen würde. Ab einem gewissen Zeitpunkt müssten daher die Versicherer beginnen, Kapitalanlagen zu realisieren, um daraus diese „Entnahmen“ finanzieren zu können.

Dieser Zeitpunkt wäre allerdings auch davon beeinflusst, wie sich die tatsächliche Entwicklung von den Kalkulationsannahmen unterscheidet. In erster Linie könnte die Schadensentwicklung abweichen. Würden die tatsächlichen Schadenskosten über den kalkulierten liegen, müsste der Versicherer dieses Defizit entweder aus seinen Gewinnen oder aus höheren Prämieinnahmen decken. Diese beiden Alternativen bestehen heute nebeneinander und werden im Rahmen der Vorgaben des Versicherungsaufsichtsrechts genutzt. Bestünde dieses Regulierungsregime unverändert fort, würden die Prämien immer weiter und zudem immer stärker steigen. Denn steigende Schadenskosten werden auch in Zukunft eine Korrektur der Schadenskalkulation notwendig machen. Die Alterungsrückstellungen für die zukünftigen Versicherungsperioden sind dadurch zu niedrig und müssen ebenfalls nachkalkuliert werden. Dabei können immer weniger Kapitalerträge kalkuliert werden, da die Zeitspanne, in der die Prämieinnahmen zurückgestellt werden und gewinnbringend angelegt werden können, immer kürzer wird.¹¹⁸

Um die Versicherten vor Überforderung zu schützen wäre es naheliegend, eine Wechseloption in den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt zu öffnen. Auch in der Überleitungsvariante, die die Versicherten bindend der PKV zuweist (s.o.), würden also bei Prämien erhöhungen, oder ab einer bestimmten Prämienhöhe, oder ab einer bestimmten Prämien-Einkommensrelation, Wechselmöglichkeiten vorgesehen.

Dies wirkt aber auf das PKV-System zurück: Scheiden Versicherte aus, deren Prämien zu hoch werden, werden die auf deren Verträge kalkulierte Alterungsrückstellungen frei. Die Stornogewinne der Versicherungsunternehmen stiegen umso mehr, je stärker die Prämiensteigerungen wären. Die versicherungsmathematische Bewältigung etwaiger Pendeleffekte¹¹⁹ dürften dabei durchaus lösbar

118 S. hierzu unter dem Status quo oben FN 147.

119 Werden hohe Stornogewinne kalkuliert und deshalb die Prämien nicht bzw. kaum erhöht, bleiben die Versicherten in der PKV und die kalkulierten Stornogewinne fallen nicht an. Werden deshalb niedrige Stornogewinne kalkuliert und die Prämien

sein.¹²⁰ Schwieriger dürfte die politische Akzeptanz dieses Effekts sein. Denn es entspräche nicht der Zielsetzung des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes, das „Ausharren“ im bisherigen PKV-System mit den Stornogewinnen aus den ehemaligen Verträgen der Wechsler zu belohnen.

Anders als teilweise erörtert, stehen aber einer solchen Zuordnung mit „Beharrungswirkung“ keine verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegen. Insbesondere haben die Versicherten, die aus ihrem bisherigen Vertragsverhältnis ausscheiden nach gegenwärtigem Recht keinen Anspruch auf „Mitgabe“ der kalkulierten Alterungsrückstellungen. Verfassungsunmittelbare Ansprüche hierauf sind ebenfalls nicht ersichtlich.

(b) Alterungsrückstellungen im Basistarif

Allerdings besteht heute ein Anspruch der Versicherten auf die Übertragung der kalkulierten Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel in den Basistarif der PKV. Würde die Überleitung der Versicherten in den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt so ausgestaltet, dass die Versicherten in den Basistarif wechseln, und würde der Basistarif zu einem Bestandteil des neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarktes ausgebaut, könnte dies zu einer anderen verfassungsrechtlichen Bewertung führen.

Es sei daher unterstellt, dass der neue Basistarif, der zum einheitlichen Krankenversicherungsmarkt kompatibel wird, so gestaltet wird, dass er seine Kosten auch aus den bisher aufgebauten Alterungsrückstellungen der Versicherten deckt. In diesem Fall würden die Alterungsrückstellungen im neuen Basistarif ebenso benötigt, wie heute im alten. Nimmt man nun an, dass die Alterungsrückstellungen – auch der Teil, der auf den Basistarif entfällt – aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung bei den PKV-Unternehmen verbleiben und dort als Stornogewinnen für die „Abwicklung“ des alten PKV-Bestands zur Verfügung stehen sollen, so wäre eine solche Regelung ein gesetzlicher Eingriff in die vertraglichen Rechte der Versicherungsnehmer. Denn sie¹²¹ haben bereits heute einen Anspruch auf Portabilität des Teils ihrer Alterungsrückstellungen, die für den Basistarif kalkuliert sind (§ 12 Abs. 1 Nr. 5 VAG).

stärker erhöht, steigen die Kündigungen und die kalkulierten Stornogewinne werden übertroffen.

120 Vgl. zu anderen Pendeleffekten etwa bei der Einführung von Unisexstarifen A. Wallrabenstein, GuP 2012, 41, 44; sie wurden gleichwohl aktuarisch bewältigt.

121 Versicherte mit Vertragsschluss ab dem 1.1.2009.

Ob der Anspruch auf Übertragung dieses Teils der Alterungsrückstellungen gegen eine Änderung der Portabilität verfassungsrechtlich im Rahmen der Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG, oder im Rahmen des Eigentums, Art. 14 GG, gestützt ist, ist dabei nicht entscheidend. Vieles spricht für letzteres. Denn ohne die bisher vertraglich zugesicherte Übertragung der Alterungsrückstellungen wird das Recht der Versicherungsnehmer, den bisherigen Vertrag zu kündigen und in den Basistarif zu wechseln, entwertet. Vor dem Wertverlust bereits durch Beitragszahlungen wirtschaftlich verfestigter Forderungen schützt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Überschussbeteiligung Art. 14 GG.¹²² Aber auch dann, wenn man das Wechselrecht in den Fokus rückt und die (Teil-)Portabilität der Alterungsrückstellungen als Modalität des Vertrages begreift, ist eine gesetzliche Änderung dieser Modalität jedenfalls ein Eingriff in die Privatautonomie, die geschlossene Verträge umfassend dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstellt.

Es ist nicht erkennbar, mit welchen Zielen der Gesetzgeber diesen Grundrechtseingriff rechtfertigen könnte. Insbesondere leiten sich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung des Basistarifs¹²³ keine tragfähigen Rechtfertigungsgründe ab. Es wurde bereits erläutert, dass die Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, die das Bundesverfassungsgericht zugunsten der PKV verlangt hat, an die Grundzüge des Krankenversicherungssystems geknüpft sind, das der Gesetzgeber mit dem GKV-WSG aufgestellt hat. Dieses sieht die Krankenvollversicherung der PKV als substantielle Säule des dualen Krankenversicherungssystems an. Entscheidet sich der Gesetzgeber für einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt, entfällt die Voraussetzung, unter der die PKV verfassungsrechtliche Schutzanforderungen geltend machen könnte. Zudem würde aber auch ein attraktiver neuer Basistarif das bisherige PKV-Geschäft nicht ruinös beeinflussen – dies war der Aspekt, der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eventuell Nachbesserungspflichten ausgelöst hätte. Denn bereits heute wird bei der Kalkulation der Stornogewinne berücksichtigt, dass beim Wechsel in den Basistarif insoweit keine solchen Stornogewinne – durch das Freiwerden der Alterungsrückstellungen – anfallen. Daher bleibt die Kalkulation der Stornogewinne unberührt, unabhängig davon, wie viele Versicherte in den Basistarif wechseln.

122 BVerfGE 114, 1, 37 f.; 73, 89 f.

123 BVerfGE 123, 186.

(c) Zwischenfazit

Im Ergebnis lässt sich also festhalten: Würde der Gesetzgeber die bestehenden Regeln zur Portabilität nicht ändern und würde er außerdem die Überleitung der PKV-Versicherten so gestalten, dass sie zu einem neuen Versicherer im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt wechseln, so fielen die bis dahin auf den Vertrag des Versicherten kalkulierten Alterungsrückstellungen als Stornogewinn des PKV-Versicherers an. Wegen der perspektiv notwendigen Prämiensteigerungen eines auslaufenden PKV-Systems wären diese Stornogewinne unvermeidlich, da Versicherten zumindest bei wirtschaftlicher Überforderung ein Wechsel eröffnet werden müsste.

Wenn der Gesetzgeber die Portabilitätsregelungen unverändert ließe, aber den Basistarif der PKV zu einem Tarif weiterentwickeln würde, der mit dem neuen Krankenversicherungsmarkt kompatibel ist, dann würden die Alterungsrückstellungen beim Wechsel in den Basistarif in der dafür benötigten Höhe übertragen und stünden damit auch in einheitlichen Krankenversicherungsmarkt für die Versicherten zur Verfügung.

Angemerkt sei hierbei nur noch eine weitere Übergangsproblematik: Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des Basistarifs den Bestandsversicherten nur ein kurzes Zeitfenster von sechs Monaten zugestanden, in dem sie unter Mitnahme ihrer Alterungsrückstellungen – und damit der Chance auf eine bezahlbare Beitragshöhe – in den Basistarif wechseln konnten (§ 12 Abs. 1b S. 2 VAG). Diese Frist war ein Zugeständnis an die Versicherer. Tatsächlich wechselten kaum Bestandsversicherte. Dies führt dazu, dass praktisch nur Versicherte mit Vertragsabschluss seit dem 1.1.2009 die Teilportabilität der auf ihren Vertrag kalkulierten Alterungsrückstellungen geltend machen können. Es erscheint gleichheitsrechtlich fragwürdig, zwischen Bestandsversicherten mit Vertragsbeginn vor und ab dem 1.1.2009 zu differenzieren, wenn eine weitere Reform an den bestehenden Basistarif anknüpft, ihn aber weiterentwickelt. Die bereits eingangs angesprochene Schwierigkeit stichtagsbezogener Differenzierung bei zeitlichen Optionen (s.o. S. 47) wird hier nochmals deutlich.

(2) Änderung: „Schnellerer Verbrauch“ der Alterungsrückstellungen in den herkömmlichen PKV-Tarifen

Allerdings müsste der Gesetzgeber die Regelungen der Alterungsrückstellungen nicht unangetastet lassen. Er könnte sie angesichts der neuen Situation eines Überleitungskonzepts auch ändern.

Eine Möglichkeit wäre, den Versicherern zu erlauben, die Alterungsrückstellungen in höherem Maße als kalkuliert für den Ausgleich des Defizits zwischen

kalkulierter und tatsächlicher Schadenentwicklung heranzuziehen. Dadurch könnten Prämiensteigerungen vermieden werden. Stattdessen würde die kalkulierte Vertragslaufzeit verkürzt. Der Versicherer wäre bei dieser Variante nicht mehr verpflichtet, den Versicherungsvertrag bis zum Lebensende des Versicherten fortzuführen, sondern nur noch solange, wie die Alterungsrückstellungen ausreichen. Der Versicherungsnehmer wäre dadurch gesichert, dass ihm dann der Übergang in den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt eröffnet wäre.

Für den Versicherer hätte dieses Szenario den Vorteil, dass er während der Abwicklungsphase seine Gewinne „für sich“ behalten könnte. Er hätte keinen Anreiz, zur Vermeidung von Prämiensteigerungen das aus der Kostensteigerung entstehende Defizit aus seinen Gewinnen zu decken. Zudem wären auch Verluste, die bei der Realisierung der Kapitalanlagen entstehen könnten, für die wirtschaftliche Lage des Versicherers selbst unschädlich. Die Zuführung von Kapital aus den Alterungsrückstellungen wäre dann weniger als kalkuliert, aber dadurch würde sich „nur“ die Vertragslaufzeit weiter verkürzen. Nimmt man in diesem Szenario weiter an, dass Versicherte jederzeit die Wahl hätten, in das einheitliche Krankenversicherungssystem zu wechseln, so würde dies die Stornogewinne steigern (s.o.). Da sie nur im kalkulierten Umfang den Alterungsrückstellungen der verbleibenden Versicherten zugeführt werden müssten, lägen solche Gewinne zunächst im Interesse des Versicherers selbst.

Im Ergebnis hätten bei einem solchen Abwicklungsszenario die Versicherer deutlich bessere Gewinnmöglichkeiten als im bestehenden System, da sie von ihrer wesentlichen Vertragspflicht, die Krankenversicherungsverträge – grundsätzlich – bis zum Lebensende der Versicherten fortzuführen, entlastet würden und zudem die Wettbewerbsanreize entfielen, Gewinne so einzusetzen, dass Prämiensteigerungen vermieden werden bzw. attraktive Angebote für Neukunden bestehen. Aber auch die Versicherungsnehmer hätten den Vorteil, dass Prämiensteigerungen nicht mehr erforderlich wären. Der „Preis“ hierfür wäre, dass Versicherte das kalkulierte Höchstalter tatsächlich erreichen. Denn es würde von den gegenwärtig besonders hoch kalkulierten Annahmen wegen des „Verzehrs“ der Alterungsrückstellungen immer wieder gesenkt. Der Vertrag wäre dann nicht mehr bis zum Lebensende, sondern würde vorher enden. Ein Krankenversicherungsschutz stünde dann im einheitlichen Krankenversicherungsmarkt zwar zur Verfügung.

Gleichwohl stellt eine solche Änderung der bestehenden Verträge einen Grundrechtseingriff dar. Denn – aufgrund der gesetzlichen Vorgaben – haben Versicherer und Versicherungsnehmer heute einen unbefristeten Vertrag mit einseitigem Prämienanpassungsrecht geschlossen. Die Änderung in ein

Vertragsverhältnis mit stabiler Prämie aber befristeter Vertragslaufzeit wäre ein gesetzlicher Eingriff in die Privatautonomie, die im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlichen Schutz genießt.

Als Rechtfertigung für eine solche Vertragsumgestaltung kann grundsätzlich das Ziel herhalten, die Versicherten vor Überforderung durch stetig steigende Prämien zu schützen und zugleich den Versicherern wirtschaftlich gute Rahmenbedingungen zu bieten. Denn ohne Änderung der bestehenden Regelungen zu den Alterungsrückstellungen ergeben sich für beide Vertragsparteien Schwierigkeiten. Allerdings müsste den Versicherten wohl ein Wahlrecht eingeräumt werden, ob sie am bestehenden Vertrag – lebenslang mit Prämiensteigerungen – festhalten wollen. Denn es ist kaum zu rechtfertigen, dass ein Versicherungsnehmer, der bereit ist, wie bisher Prämiensteigerungen hinzunehmen, vor Überforderung geschützt werden sollte.

Im Ergebnis sind also Modifikationen der Regelungen zu den Alterungsrückstellungen zwar vorstellbar, führen aber zu einer noch stärkeren Ausdifferenzierung.

bb. Überführung der Alterungsrückstellungen in das System des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes

Ein grundsätzlich anderer Ansatz wäre es, nicht auf den „Verzehr“ der Alterungsrückstellungen für die Abwicklung des Altbestands der PKV zu setzen, sondern stattdessen das bereits gebundene Vermögen im neuen System des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes zu verwenden.

Es wurde bei den Überlegungen zu „Überleitungstarifen“ bereits angesprochen, dass die Alterungsrückstellungen dafür verwendet werden könnten, etwaige Defizite dieser Tarife zu decken. Daneben kommt auch die Verwendung im Rahmen eines kollektiven Demografiefonds grundsätzlich in Frage (s.o.).

An dieser Stelle soll nun erörtert werden, ob und ggf. welche verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte hierbei zu berücksichtigen sind.

(1) Grundrechte der Versicherungsnehmer

Die Überführung der Alterungsrückstellungen würde weder die Grundrechte der Versicherungsnehmer, die in den neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt wechseln, berühren noch die Grundrechte derjenigen, die im bisherigen PKV-System verbleiben.

Die wechselnden Versicherungsnehmer würden ihren bisherigen Vertrag kündigen oder würden gesetzlich in das neue System übergeleitet (s.o.). In jedem Fall würde das bisherige Versicherungsverhältnis enden. Nach der gegenwärtigen

Ausgestaltung der Verträge besteht bei Vertragsende aber kein Anspruch des Versicherungsnehmers auf Portabilität der Alterungsrückstellungen – mit Ausnahme des bereits erörterten Wechsels in den Basistarif (s.o.). Welche Rechtsfolgen der Versichertenwechsel für die Alterungsrückstellungen auslöst, ist daher für den Versicherten selbst rechtlich nicht relevant.

Aber auch die verbleibenden Versicherungsnehmer haben keine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen darauf, dass die Alterungsrückstellungen der ausscheidenden Versicherten als Gewinn des Versicherungsunternehmens anfallen. Zwar wird angeführt, dass die verbleibenden Versicherten die Benachteiligten seien, da sie die Alterungsrückstellungen nicht mehr „erben“ würden.¹²⁴

Dieses Argument ist aber ungenau. Die freiwerdenden Alterungsrückstellungen fließen nicht unmittelbar den bleibenden Versicherten zu. Vielmehr sind sie Gewinne des Versicherers, der sie erst im folgenden Schritt der Überschussbeteiligung auch den Versicherten – aber auch sich selbst bzw. den Anlegern – zuweist. Grundrechtlich relevant ist daher nicht ein irgendwie gearteter Anspruch auf „Erbe“ der Alterungsrückstellungen gegenüber den ausscheidenden Versicherten, sondern ein Anspruch auf Überschussbeteiligung gegenüber dem Versicherungsunternehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat für die kapitalbildende Lebensversicherung diesem Anspruch den Schutz des Art. 14 GG zugewilligt, weil und soweit es sich um „im Werden befindliches Eigentum“ handelt.¹²⁵ Rechtsänderungen die zu einer beträchtlichen wirtschaftlichen Minderung dieses Anspruchs auf Überschussbeteiligung führen – wie es bei Bestandsübertragungen der Fall sein kann – sind daher Grundrechtseingriffe. Überträgt man diese Überlegungen auf die private Krankenversicherung, dann kommt den gesetzlich geregelten sowie den vertraglich zugesicherten Überschussbeteiligungen Eigentumscharakter i.S.d. Art. 14 GG zu.¹²⁶ Das sind insbesondere die Zuweisung der Zinsen aus dem gesetzlich angeordneten Beitragszuschlag gemäß § 12a Abs. 2 VAG, die Zuweisung des Überzinseszinses, also der Zinsgewinne über dem Rechnungszins, gemäß § 12a Abs. 1 VAG und die Mindestzuführung zu den Rückstellungen für erfolgsabhängige Beitragsrückerstattungen gemäß § 4 ÜbschV. Die Stornogewinne finden sich dabei als ein Bestandteil des zu verteilenden Überschusses der letztgenannten Mindestzuführungen, die ihrerseits die geringste und variabelste der drei Zuführungsbestimmungen darstellt. Ein Eingriff des Gesetzgebers in den grundrechtlich geschützten Anspruch auf

124 H.-J. Papier/M. Schröder, VersR 2013, 1201, 1203, 1208.

125 BVerfGE 114, 1, 37 f.; 73, 89 f.

126 Insoweit s. J. Boetius, VersR 2014, 140.

Überschussbeteiligung würde also die Darlegung verlangen, dass dieser Anspruch substantiell durch die angegriffene Maßnahme entwertet wird. Wenn dies durch die Übertragung der Alterungsrückstellungen möglich sein soll, dann setzt das voraus, dass zuvor der Stornogewinn des Versicherers so hoch war aber nicht in die Prämienkalkulation eingegangen ist, dass dies den Überschuss, der gemäß § 4 ÜbschV den Versicherungsnehmern zuzuführen ist, maßgeblich bestimmt hat. Eine solche Konstellation erscheint äußerst unrealistisch. Aber auch, wenn man sie tatsächlich im Einzelfall unterstellt, wäre doch die Entscheidung des Versicherungsunternehmens, wie es die Überschussverteilung vornimmt, zwischen die Maßnahme des Gesetzgebers und den geringeren Wertzuwachs beim Versicherten geschaltet. Eine relevante Belastung der Versicherten durch eine gesetzliche Regelung der Portabilität der Alterungsrückstellungen scheidet daher aus.

(2) Grundrechte der Versicherer

Die wirtschaftliche Belastung des Versicherers läge freilich nicht erst darin, dass sein Gewinn nach der skizzierten Überschussverteilung womöglich geringer ausfiele. Ihn träfe vielmehr unmittelbar die Pflicht, entweder Geldbeträge in Höhe der kalkulierten Alterungsrückstellungen auszuführen oder entsprechende Vermögenswerte etwa auf den Gesundheitsfonds zu übertragen. Diese zweite Variante erscheint insbesondere unter der Annahme, dass die Alterungsrückstellungen zur langsamem Kostendeckung der übergeleiteten Versicherten benutzt oder zum Aufbau einer Demografiereserve verwendet werden, praktikabler und ökonomisch sinnvoller, da die Auflösung von Kapitalvermögen, um es sofort wieder am Kapitalmarkt anzulegen, nie sinnvoll und angesichts der gegenwärtigen Situation der Finanzmärkte besonders unsinnig wäre. Daher dürfte die Kritik, eine Portabilität der Alterungsrückstellungen würde zur Kapitalvernichtung führen,¹²⁷ ins Leere zielen.

Aus grundrechtlicher Sicht kommt es vielmehr darauf an, dass den Versicherungsunternehmen gesetzlich neue Pflichten bei der Vertragsbeendigung auferlegt werden.

(a) Eigentumsschutz, Art. 14 GG

Es erscheint fraglich, ob dies als Eigentumseingriff i.S.d. Art. 14 GG gewertet werden kann. Denn nicht der Untergang des vertraglichen Anspruchs – s.o. – ist

127 H.-J. Papier/M. Schröder, *VersR* 2013, 1201, 1209.

hier der Prüfungsgegenstand. Allenfalls dann, wenn man die Einführung der Portabilität als eine Art Rückabwicklung des bisherigen Vertrages verstehen wollte, ließe sie sich als Modifikation des Vertragsverhältnisses ansehen. Der bisherige Anspruch des Versicherers auf Prämienzahlung, der als vermögenswertes Recht dem Schutz des Art. 14 GG unterfällt, würde nachträglich mit einer Art Rückzahlungsanspruch belastet. Bei dieser Sichtweise wäre die Regelung eine neue Inhalts- und Schrankenbestimmung, da der Gesetzgeber die Interessen der Vertragsparteien neu ordnen würde.¹²⁸ Entscheidend ist daher, wie sich diese Neuordnung sachlich rechtfertigen lässt. Sie wäre grundrechtlich unproblematisch möglich, wenn die Versicherungsnehmer eine solche „Rückzahlung“ benötigen würden, um gleichwertigen Krankenversicherungsschutz zu erhalten.¹²⁹ Aber auch dann, wenn die Alterungsrückstellungen nicht zur Finanzierung der Krankheitskosten der ehemaligen PKV-Versicherten benötigt würden, läge ein Rechtfertigungsgrund darin, dass der Verbleib dieses Vermögens beim Versicherer, nachdem die Alterungsrückstellungen durch die Überleitung in einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt frei geworden sind, ökonomisch nicht sinnvoll ist.¹³⁰ Dies wurde in den vorausgehenden Szenarien bereits dargelegt. Denn die Versicherer würden dann ihre Vermögenswerte kontinuierlich auflösen, dabei womöglich Verluste in Kauf nehmen müssen. Wirtschaftlich sinnvoller ist die Übertragung dieser Vermögenswerte auf das neue System, damit dort die Realisierung der Gewinne nicht unwirtschaftlichen Zwängen unterliegt. Dies gilt insbesondere dann, wenn man den Aufbau eines Demografiefonds für sinnvoll hält. Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs hängt maßgeblich davon ab, wie schwer die Belastung der Versicherungsunternehmen gewichtet wird. Da die Vermögenswerte als Alterungsrückstellungen kalkuliert waren, verliert der Versicherer bilanziell zunächst nichts, wenn er gleichzeitig auch von

128 S.o.

129 *H.-J. Papier/M. Schröder*, VersR 2013, 1201, 1207 tun dies schnell ab. Allerdings liegt ein solches Konzept im gegenwärtigen System – de lege ferenda – geradezu nahe: So besteht etwa gegenwärtig im Zwei-Säulen-System für PKV-Versicherte ab 55 Jahren auch dann kein Zugang zur GKV mehr, wenn eigentlich Versicherungspflicht eintreten würde, § 6 Abs. 3a SGB V. Würde der Gesetzgeber für diese Personengruppe den Zugang zur GKV wieder öffnen, aber im Sinne einer „Solidaritätsnachzahlung“ an die Zahlung der kalkulierten Alterungsrückstellungen aus dem bisherigen PKV-Vertrag knüpfen, dann wäre die Portabilität der Alterungsrückstellungen zur Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers geboten.

130 *Anders H.-J. Papier/M. Schröder*, VersR 2013, 1201, 1207, die allerdings nicht die ökonomische Rationalität der Zuordnung, sondern das „Abschöpfen ungerechtfertigter Vorteile“ sehen.

seinen Verpflichtungen frei wird. Eine solche Übertragung nähme ihm „nur“ die Möglichkeit, Kapitalerträge zu erwirtschaften. Denkbar erscheint es deshalb, die gesetzliche Übertragungspflicht mit einer Kompensation legitimier Gewinnerwartungen zu verknüpfen. Sie würde jedenfalls die Übertragungspflicht verhältnismäßig machen. Politisch wäre freilich die konkrete Kompensationshöhe Diskussionsgegenstand.

(b) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Allerdings erscheint es auch fernliegend, eine gedachte Überleitungspflicht als nachträgliche Rückzahlung ursprünglicher Prämienzahlungen anzusehen. Naheliegender ist es, darin eine neue, bisher nicht bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Versicherer bei Vertragsende zu sehen. Unterstellt man, dass sich diese Pflicht zunächst auf einen Geldbetrag richtet, da der Versicherer seine Alterungsrückstellungen in Geld kalkuliert, und unterstellt man weiter, dass der Versicherer nicht zur Übertragung bestimmter Vermögenswerte verpflichtet wird, sondern berechtigt ist, nach eigener Entscheidung bestimmte Kapitalanlagen als „Zahlungssurrogat“ anzubieten, dann wäre nicht Art. 14 GG einschlägig. Vielmehr stellten diese Regelungen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der Versicherer dar, die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist. Die Rechtfertigung würde sich aber nicht von der bereits erörterten Rechtfertigung eines Eigentumseingriffs unterscheiden. Die Regelung wäre verfassungskonform, solange die Belastung der Versicherer verhältnismäßig wäre. Neben den bereits angesprochenen Ausgleichszahlungen könnte der Verhältnismäßigkeit auch dadurch Rechnung getragen werden, dass den Versicherern Übergangszeiten eingeräumt würden, in den sie die Möglichkeit hätten, ihre Kapitalanlagen im eigenen Unternehmensinteresse zu optimieren.

(c) Zwischenfazit

Es zeigt sich, dass auch eine Überleitung der Alterungsrückstellungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Allerdings wäre dabei eine angemessene Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Versicherungsunternehmen, etwa durch Ausgleichszahlungen oder Übergangszeiten, geboten.

c. Ergebnis zum Thema Alterungsrückstellungen

Insgesamt liegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen aber auch die praktischen Probleme im Bereich der Alterungsrückstellungen also anders, als bisher öffentlich diskutiert.

Würden die Versicherer ihre Vermögenswerte so einsetzen, wie es gegenwärtig die Kalkulation der Alterungsrückstellungen vorsieht, also zur Begrenzung der Prämiensteigerungen ihrer Versicherten, so würde dies im Laufe der Zeit für einen Altbestand von PKV-Versicherten unzumutbare Prämiensteigerungen bedeuten. Würden diese „überforderten“ Versicherten in den neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt übergeleitet, könnten die freiwerdenden Alterungsrückstellungen beim bisherigen Versicherer diesen Effekt für die verbleibenden Versicherten abmildern. Zugleich würden die Versicherer selbst entsprechende Gewinne erzielen. Ein solches Szenario wäre verfassungsrechtlich denkbar; die politische Akzeptanz wäre allerdings problematisch, da die Wechsler den Eindruck gewinnen dürften, dass aus „ihren“ Alterungsrückstellungen diejenigen belohnt würden, die länger in der PKV ausharren.

Wenn der Gesetzgeber daher Vorkehrungen gegen Prämiensteigerungen in der PKV treffen wollte, könnte er eine schnellere Auflösung der Alterungsrückstellungen – um sie zur Stabilisierung der Prämien zu verwenden – vorsehen. Auch dies wäre verfassungsrechtlich möglich. Ob die notwendige Konsequenz, nämlich die Überleitung Hochbetagter in den einheitlichen Krankenversicherungsmarkt, politisch akzeptabel ist, wäre ebenfalls fraglich.

Würde der Gesetzgeber allerdings eine Überführung der für die Alterungsrückstellungen gebildeten Vermögenswerte von den Versicherern auf einen Rechtsträger – etwa den Gesundheitsfonds, eventuell einen Demografiefonds – im System des einheitlichen Krankenversicherungsmarktes vorsehen, würde dies die Probleme der Prämiensteigerung im verbleibenden PKV-Bestand nicht lösen. Hinzu kämen die Kosten der Kompensations- oder Überleitungsregelungen, die sichern, dass die Belastung der Versicherer nicht unangemessen wird.

Angesichts dieser in erster Linie politischen Probleme erscheint ein Überleitungsszenario attraktiv, das den bisherigen Basistarif nutzt – und Bestandsversicherten den Wechsel in den Basistarif unter Mitnahme der notwendigen Alterungsrückstellungen wieder eröffnet. Der Basistarif würde dann die Portabilität eines Teils der Alterungsrückstellungen in das neue System ermöglichen, ohne dass politisch kontraproduktive Effekte im herkömmlichen PKV-System entstünden und ohne dass Kompensations- oder Überleitungskosten zugunsten der PKV-Versicherer zu berücksichtigen wären. Zudem würden Teile der Alterungsrückstellungen bei den PKV-Unternehmen verbleiben. Für Versicherer im Altbestand käme es damit immer noch zu Stornogewinnen.

Die politisch größte Herausforderung wäre bei diesem Szenario die Imageverbesserung für den Basistarif, die nur im Zusammenwirken mit den PKV-Unternehmen realistisch wäre.

V. Schluss

Dies führt zu einem Gesamtfazit. Ohne die Akzeptanz der PKV-Unternehmen dürfte sich eine Überleitung in den neuen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt als schwierig erweisen. Dabei bilden die bestehenden Alterungsrückstellungen einen politisch-faktisch zentralen Faktor. Grundlegende verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen aber nicht. Dies gilt sowohl bei einer schnellen als bei einer langsamen Überleitung. Dass PKV-Unternehmen das Ende ihres bisherigen Geschäfts mittragen, setzt aber faktische wirtschaftliche Zwänge voraus. Verfassungsrechtlich könnte der Gesetzgeber einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt einführen. Politisch wird er erst dann die Möglichkeit dafür haben, wenn dieser einheitliche Markt die einzig sinnvolle Option für die PKV-Unternehmen ist. Die Zeit spielt dabei gegen die PKV, denn ihr bisheriges Geschäftsmodell ist ohne Anpassungen nicht dauerhaft zukunftsfähig. Allerdings kann die PKV diese Anpassungen nicht selbst erreichen. Dafür ist sie als zweite Säule des deutschen Krankenversicherungssystems schon immer und umfassend von gesetzlichen Rahmenbedingungen abhängig. Die im engeren Sinne krankenversicherungsrechtlichen Normen sind hierbei nur ein Teil. Die fehlende Passfähigkeit der Beihilfe und der GKV ist das wohl eindrucklichste Beispiel. Aber auch die ausstehende Neuordnung der Gebührenordnung für Ärzte sei als zweites Beispiel genannt. Letztlich ist es daher eine Frage des politischen Geschicks, in welche Richtung das gesamte Regulierungsregime der PKV führt, ob die PKV systemerhaltende Anpassungen erreichen kann oder ob politische Akteure, die einen einheitlichen Krankenversicherungsmarkt zum Ziel haben, die Handlungsoptionen der PKV immer enger werden lassen.

Stefan Huster

Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung: Gegenwärtiger Stand und Perspektiven der Weiterentwicklung*

In times of mounting health care expenditures as a result of medical and technical progress and demographic change, defining the benefit level increasingly becomes a challenging task for the joint self-government of the statutory health insurance system (SHI), in particular to its supreme decision-making body, the Federal Joint Committee (“Gemeinsamer Bundesausschuss“). This provokes the question whether medical services possibly are being implicitly rationed for cost reduction purposes. The following contribution examines first the relevant regulatory framework with a focus on the principle of efficiency and thrift in section 12 Social Security Code V stating that the effective and economic achievement of a medical treatment shall be paramount. Although it clearly follows that SHI insurants must not be deprived from access to beneficial medical treatments on cost grounds alone, the question arises whether the criterion of economic efficiency allows a cost-benefit analysis. Though not legally regulated, it can be observed that hidden cost considerations are made at all stages of the statutory health insurance system. The author, opposing any kind of hidden rationing, recommends the implementation of a regulated process in which benefit priorities and restrictions can be discussed openly. The contribution closes with an outlook on future developments.

I. Einführung

Ingwer Ebsen hat 1997 in einem viel beachteten und zitierten Aufsatz mit dem Titel „Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen“¹ als einer der ersten Sozial- und Verfassungsrechtler das zentrale Zukunfts- und wohl auch schon Gegenwartsproblem der sozialen Gesundheitsversorgung in Form der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) angesprochen:² „die sich vergrößernde Schere zwischen dem medizinisch

* Der Aufsatz geht zurück auf einen Vortrag bei der Tagung „Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung 2013. Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung“ am 26.4.2013 in Frankfurt/Main.

1 I. Ebsen, NDV 1997, S. 71 ff.

2 Vgl. dazu aus dem juristischen Schrifttum etwa G. Duttge, in: ders. u.a. (Hg.), Recht am Krankenbett, 2009, S. 139 ff.; E. Eichenhofer, SGB 2001, 600 ff.; R. Francke, GesR 2003,

Möglichen an Krankenbehandlung und dem ökonomisch Tragbaren“³ Er hat auch bereits darauf hingewiesen, dass dieses „in allen modernen Gesundheitssystemen bestehende und sich zunehmend verschärfende Dilemma“ explizite und implizite Leistungsbeschränkungen („Rationierung“) mit sich bringt.⁴

Nun ist es im Einzelnen durchaus umstritten, ob und inwieweit die Kosten der Gesundheitsversorgung aufgrund des medizinisch-technischen Fortschritts und der demographischen Entwicklung tatsächlich steigen werden. Wie immer man die weitere Entwicklung genau einschätzt: Das Gemeinwesen und damit auch die Rechtswissenschaft haben jedenfalls gute Gründe, sich auf eine Situation vorzubereiten, in der nicht alles, was aus medizinischer Sicht notwendig oder zumindest nützlich ist, in der GKV vorgehalten werden kann.

Ingwer Ebsen hat sich in dem erwähnten Aufsatz mit dieser Situation aus verfassungsrechtlicher Sicht auseinandergesetzt und insbesondere gefragt, ob sich aus dem Grundgesetz Ansprüche auf die Gewährleistung eines medizinischen Mindeststandards ergeben⁵ – eine Frage, die angesichts des in der Verfassungsrechtsprechung jüngst thematisierten Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum ungeahnte Aktualität bekommen hat⁶ und die mit Blick auf das abgesenkte medizinische Versorgungsniveau in § 4 Abs. 1 Asylbewerberleistungsgesetz inzwischen auch für die Gesundheitsversorgung von rechtspraktischer Bedeutung ist.⁷ Im Folgenden soll aber nicht diese verfassungsrechtliche Perspektive im Vordergrund stehen, sondern gefragt werden, ob die GKV mit den für sie

97 ff.; *G. Haverkate*, in: Häfner (Hg.), *Gesundheit – unser höchstes Gut?*, 1999, S. 119 ff.; *W. Höfling*, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hg.), *Rationierung im Gesundheitswesen*, 1998, S. 143 ff.; *ders./S. Augsberg*, *Zeitschr. f. med. Ethik* 55 (2009), S. 45 ff.; *S. Huster*, DVBl. 2010, S. 1069 ff.; *J. Isensee*, in: GS Heinze, 2005, S. 417 ff.; *P. Kirchhof*, *Stimmen der Zeit* 1/2004, S. 3 ff.; *ders.*, *MMW* 140 (1998), S. 200 ff.; *M. Nettesheim*, *VerwArch* 93 (2002), S. 315 ff.; *A./v. Maydell*, in: FS Helten, 2004, S. 353 ff.; *C. Pestalozza*, *Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz* 9 (2007), S. 1113 ff.; *D. Ramm*, *VSSR* 2008, 203 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, *Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, 2001; *U. Steiner*, *MedR* 2003, 1 ff.; *J. Taupitz*, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, 1999, S. 113 ff.; *V. Neumann*, *NZS* 2005, 617 ff.; *ders.*, *NZS* 2006, 393 ff.; *ders.*, *RsDE* 67 (2008), S. 1 ff.; *W. Uhlenbruck*, *MedR* 1995, 427 ff.; *F. Welti*, *ZEFQ* 103 (2009), S. 104 ff.; *ders.*, *MedR* 2010, 379 ff.; *U. Wenner*, *GesR* 2009, 169 ff.

3 *I. Ebsen*, *NDV* 1997, 72.

4 *I. Ebsen*, *NDV* 1997, 72.

5 *I. Ebsen*, *NDV* 1997, 73 ff.

6 Vgl. *BVerfGE* 125, 175 ff.

7 Zur Diskussion dieser Regelung vgl. *E. Müller-Krah*, *GuP* 2012, 132 ff.

typischen Strukturen der mehrstufigen Leistungsdefinition für die Bewältigung der von *Ingwer Ebsen* genannten Probleme gut aufgestellt ist (II. – VI.). Ausgeblendet bleiben dabei die Finanzierungsseite der GKV und weitgehend auch die Organisation der Leistungserbringung. Der Beitrag schließt mit einigen Thesen zur Entwicklung des Rechts der Leistungskonkretisierung (VII.).

II. Die Vagheit der gesetzlichen Vorgaben

Voraussetzung für die Leistungsverpflichtung der GKV ist das Vorliegen einer Maßnahme, die der Behandlung einer Krankheit dient und dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V entspricht. Auch wenn der Versicherte daraus keinen Anspruch auf eine bestimmte Leistung ableiten kann, sondern ihm nur ein Rahmenrecht zusteht, das der Vertragsarzt auf der Grundlage der für ihn verbindlichen Rechtsvorschriften konkretisiert,⁸ stellen die Begriffe der Krankheit bzw. der Krankenbehandlung und die Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots die zentralen gesetzlichen Steuerungsvorgaben für das Leistungsrecht dar. Ein erstes Problem liegt nun darin, dass diese Vorgaben sehr viel unklarer sind, als es auf den ersten Blick scheinen mag.

1. Die Begriffe der Krankheit und Krankenbehandlung

Die Begriffe der Krankheit und der Krankenbehandlung haben gewiss einen harten Kern: Dass die Versorgung eines Beinbruchs, die Operation eines entzündeten Blinddarms oder die Behandlung einer Lungenentzündung Maßnahmen darstellen, die der Behandlung einer Krankheit dienen, wird man schwerlich bestreiten können. Wollte man dies tun, wäre von vornherein unklar, wofür das Versorgungssystem der GKV überhaupt zuständig ist: Die Behandlung von Krankheiten ist grundsätzlich zu gewährleisten, sonstige Maßnahmen können dagegen der privaten Absicherung und Finanzierung überlassen werden. Über diese weitverbreitete Intuition steuert der Krankheitsbegriff Art und Ausmaß der krankenversicherungsrechtlichen Leistungspflicht und Solidarität.⁹

Dass es hier aber auch Grau- und Grenzbereiche gibt, die mit der herkömmlichen krankenversicherungsrechtlichen Definition der Krankheit als eines

8 So das von der Rspr. entwickelte Rechtskonkretisierungskonzept; vgl. BSGE 78, 70 (85 ff.).

9 Grundsätzlich dazu vgl. die Beiträge in *N. Mazouz/M. Werner/U. Wiesing* (Hg.), *Krankheitsbegriff und Mittelverteilung*, 2004.

behandlungsbedürftigen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustands¹⁰ nicht recht in den Griff zu bekommen sind, hat mit hinreichender Deutlichkeit die Diskussion um die Finanzierung der künstlichen Befruchtung durch die GKV gezeigt.¹¹ Während die Rechtsprechung zum privaten Krankenversicherungsrecht, zum Steuerrecht und zum Arbeitsrecht keine durchgreifenden Bedenken hatte, jedenfalls dann die Unfruchtbarkeit als Krankheit und die künstliche Befruchtung als darauf bezogene Heilbehandlung einzuordnen, wenn die Unfruchtbarkeit der Frau auf einem feststellbaren körperlichen Defekt beruht, tendieren die auf das Krankenversicherungsrecht bezogenen Entscheidungen des BVerfG und des BSG dazu, das Vorliegen einer Krankheit und einer Krankenbehandlung zu bezweifeln. Während das im Falle der sozialgerichtlichen Entscheidungen noch nachvollziehbar sein mag, weil § 27a SGB V insoweit eine Sonderregelung vorhält, sind die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die die Verfassungsmäßigkeit dieser Sonderregelung und der in ihr enthaltenen Leistungseinschränkungen überprüfen, in ihrer Begründung nicht mehr nachvollziehbar: Wenn die künstliche Befruchtung keine Krankenbehandlung darstellen und deshalb nicht der originären Leistungspflicht der GKV unterfallen soll, weil sie den regelwidrigen Körperzustand nicht beseitigt, sondern ihn mit Hilfe medizinischer Technik umgeht, ohne auf dessen Heilung zu zielen,¹² müsste dies auch das Aus für Sehhilfen, Rollstühle und künstliche Darmausgänge in der GKV bedeuten.

Damit soll gar nicht bestritten werden, dass es gute Gründe dafür gibt, die Leistungspflicht der GKV für die künstliche Befruchtung zu beschränken. Die Verfassungsrechtsprechung spricht diese Gründe an, wenn es heißt, dass es sich um eine Leistung handle, „die nicht medizinisch für eine Therapie notwendig ist, sondern die Wünsche eines Versicherten für seine individuelle Lebensgestaltung betrifft. Dann bleibt es aber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums, wenn der Gesetzgeber sich zu einer Förderung von Maßnahmen künstlicher Befruchtung entschließt, dies aber generell auf eine Teilförderung beschränkt.“¹³ Nur fängt man diese Differenzierung nicht sinnvoll über die Begriffe der Krankheit und der Krankenbehandlung ein, wie schon die insoweit gegenläufigen Entscheidungen in den anderen Gerichtszweigen zeigen.

10 Vgl. dazu nur *H. Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 27 Rn. 10 ff.

11 Zu Folgenden vgl. *S. Huster*, Die Relativität des Krankheitsbegriffs, in: *Rauprich/Vollmann* (Hg.), *Die Kosten des Kinderwunsches. Interdisziplinäre Perspektiven zur Finanzierung reproduktionsmedizinischer Behandlungen*, 2012, S. 37 ff.

12 So die Begründung bei BVerfG, NJW 2009, 1733 Rn. 10. Dazu vgl. auch bereits *S. Huster*, NJW 2009, 1713 ff.

13 BVerfG, NJW 2009, 1733 Rn. 14.

Medizinische Maßnahmen, die primär „die Wünsche eines Versicherten für seine individuelle Lebensgestaltung“ betreffen, werden voraussichtlich im Rahmen einer „wunscherfüllenden Medizin“ und des „Enhancements“ an Bedeutung gewinnen, ohne dass der Krankheitsbegriff hier eindeutige Steuerungswirkung entfalten kann. Es ist in der medizintheoretischen und –ethischen Literatur häufig darauf hingewiesen worden, dass hier voraussichtlich eine Ausweitung der Grauzone stattfinden wird.¹⁴ Auch die rasch anwachsenden Erkenntnisse aus der prädiktiven genetischen Diagnostik werfen insoweit Fragen auf. So kann ein stark erhöhtes genetisches Erkrankungsrisiko den im Einzelfall durchaus verständlichen Wunsch nach sich ziehen, dass bereits vorbeugende Maßnahmen ergriffen werden, die den Ausbruch der Krankheit verhindern; mit der Schauspielerin Angelina Jolie hat das für die prophylaktische Mastektomie bei einem hohen Risiko, an Brustkrebs zu erkranken, ein prominentes Vorbild gefunden. Mit den Leistungsvoraussetzungen der GKV ist dieses Begehren nicht ganz einfach zu vereinbaren, da die betreffenden Personen eben noch nicht krank sind. Auf der anderen Seite hat man bei einem stark erhöhten Erkrankungsrisiko auch gewisse Hemmungen, die Person für schlichtweg „gesund“ zu erklären. Diese „gesunden Kranken“ werden daher den Krankheitsbegriff ebenfalls vor neue Herausforderungen stellen.¹⁵

Eine umfangreiche Untersuchung zum österreichischen Krankenversicherungsrecht kommt zum Ergebnis, dass eher die Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten den Krankheitsbegriff steuern als umgekehrt.¹⁶ Ist diese Erkenntnis zutreffend und wird sie an Bedeutung gewinnen, so sollte man nicht darauf vertrauen, dass die Leistungspflicht der GKV zukünftig über die Begriffe der Krankheit und der Krankenbehandlung begrenzt werden kann.

2. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit

Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V lässt sich in zwei Teilaspekte zerlegen.¹⁷ Zunächst finden sich dort Anforderungen, die auf die medizinische Erforderlichkeit einer Leistung abstellen und an sich kostenindifferent sind. Dazu gehören die Vorgaben, dass die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und notwendig sein müssen. Was auch immer diese Begriffe im Einzelnen bedeuten,

14 Vgl. nur bereits S. Beck, MedR 2006, 95 ff.

15 Vgl. dazu auch S. Huster/S. Gottwald, Die Vergütung genetischer Diagnostik in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2013, S. 49 ff.

16 W. Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung, 1992.

17 Zum Folgenden vgl. auch bereits S. Huster, VSSR 2013, S. 327 ff.

wie sie in Beziehung zueinander stehen und wie aussagekräftig sie sein mögen: Sie gehören zum traditionellen Bestand eines Krankenversicherungssystems mit begrenzten Leistungspflichten, in dem all das, aber auch nur das getan werden soll, was aus medizinischer Sicht erforderlich ist. Es ist daher nicht erstaunlich, dass wir diese Begriffe so oder ähnlich auch in vergleichbaren Rechtsordnungen finden.¹⁸ Sie bilden Ausgangspunkt und Maßstab für die generelle und einzel-fallbezogene medizinische Konkretisierung des Leistungsniveaus.

Auf einer ganz anderen Ebene scheint sich dagegen die Vorgabe zu bewegen, dass die Leistungen auch wirtschaftlich sein müssen. Diese sog. Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne ist unterschiedlichen Interpretationen zugänglich. So kann darunter zunächst eine Wirtschaftlichkeit im Sinne des sog. Minimalprinzips verstanden werden: Die – nach den bereits genannten Kriterien – medizinisch erforderliche Leistung ist mit dem geringstmöglichen Aufwand zu erbringen.¹⁹ Diese Interpretation ist aus normativer Sicht unheikel, weil sie keinen medizinischen (Zusatz-)Nutzen aus Kostengründen versagt: Was aus medizinischer Sicht getan werden muss, darf getan werden; es darf nur keine günstigere Leistung mit identischem Nutzen zur Verfügung stehen.²⁰ So verstanden ähnelt das Wirtschaftlichkeitsgebot der Erforderlichkeitsstation in der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Es muss das mildeste (hier: kostengünstigste) Mittel verwendet werden, aber dabei dürfen nur Mittel verglichen werden, die in gleicher Weise zum Erfolg führen. In der Sprache der Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Die (hier: medizinische) Zweckerreichung muss konserviert werden.²¹ Damit ist aber auch schon das Problem benannt: Wie aus der Erforderlichkeitsprüfung bekannt ist, ist es leider in den meisten Fällen so, dass die schärferen Mittel den Erfolg besser erreichen. Und ebenso mag es auch in der Medizin sein: Wenn eine Leistung begehrt wird, wird es eher selten der Fall sein, dass

18 Vgl. etwa in der Schweiz Art. 32 KVG.

19 So etwa *R. Engelhard*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 12 Rn. 104.

20 Statt vieler zum Begriff der Wirtschaftlichkeit iE.S. vgl. nur *W. Noftz*, in: *Hauck/Noftz, SGB V*, § 12 Rn. 23: „Seine eigentliche Funktion beginnt erst, wenn mehrere – ausreichende, zweckmäßige und erforderliche – Leistungsalternativen bestehen; gibt es nur eine Möglichkeit dieser Art, sind die Kosten (grundsätzlich) nicht relevant“; *R. Engelhard*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 12 Rn. 108: „Das Wirtschaftlichkeitsgebot hat vielmehr lediglich zur Folge, dass bei der Auswahl zwischen zwei oder mehr in gleicher Weise geeigneten, den gleichen Heilerfolg bringenden Maßnahmen diejenige auszuwählen ist, die die geringsten Kosten verursacht.“

21 Zu diesem hilfreichen Begriff vgl. *R. Dechsling*, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989.

unstreitig eine andere ebenso wirksame, aber billigere Alternative zur Verfügung steht; typischerweise erhofft man sich von der begehrten teureren Leistung einen größeren medizinischen Nutzen. Ein reiner Kosten-Kosten-Vergleich hilft dann nicht weiter. Das Minimalprinzip geht daher kaum über die bereits genannten Vorgaben hinaus; es erfasst nur den trivialen Fall der Verschwendung – wobei es nicht immer ganz so trivial sein mag festzustellen, ob es sich wirklich um einen solchen Fall handelt.

Im Verfassungsrecht ist man sich daher mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip weithin einig,²² dass der Erforderlichkeitsprüfung eine Abwägung nachfolgen muss, um die Fälle einer Unangemessenheit des Verhältnisses von Mittel und Zweck in den Griff zu bekommen. Für das Wirtschaftlichkeitsgebot würde dies bedeuten, dass eine Abwägung des medizinischen Nutzens einer Leistung mit ihren Kosten vorzunehmen ist. Damit betritt man aber vermin-tes Gelände: Denn die Versagung eines medizinischen Zusatznutzens aufgrund seiner Kosten ist nichts anderes als Rationierung; tatsächlich gehören ja auch die verschiedenen Verfahren der Kosten-Nutzen-Analyse zu den klassischen Rationierungsinstrumenten. Dass eine derartige Rationierung gerade nicht stattfindet, gehört aber sowohl zu den Standarderläuterungen des Wirtschaftlichkeitsgebots²³ als auch zum Selbstverständnis der Akteure in der GKV.²⁴ Eine Kosten-Nutzen-Abwägung würde auch ganz andere Überlegungen verlangen: Während sich die Erforderlichkeit einer Leistung anhand medizinischer Kriterien bestimmen lässt und ein Kosten-Kosten-Vergleich wenig mehr als gesunden Menschenverstand benötigt, löst eine Bewertung der Angemessenheit des Verhältnisses von (Zusatz-)Nutzen und Kosten sehr grundsätzliche Gerechtigkeitsfragen aus. Es ist daher gut nachvollziehbar, dass für diese Bewertung eine spezielle gesetzliche Grundlage für erforderlich gehalten wird²⁵ – was für die

22 Bekannte Ausnahme: *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

23 Vgl. etwa *R. Engelhard*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 12 Rn. 112.

24 Besonders entschieden dazu etwa der damalige Vorsitzende des G-BA *R. Hess*, Rationalisierung – Priorisierung – Rationierung, *KrV* 2010, 223: „Ist nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse medizinischer Nutzen, Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit einer neuen Methode nachgewiesen, dann kann sie nicht aus dem Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nur wegen ihres hohen Preises ausgeschlossen werden, wenn es keine wirtschaftlichere Alternative mit vergleichbarem Nutzen gibt. Insoweit hat der G-BA keinen Rationierungsauftrag, wenn man darin begrifflich den Ausschluss medizinisch notwendiger, aber zu kostenaufwändiger Leistungen versteht.“

25 Vgl. etwa *R. Engelhard*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 12 Rn. 112.

derzeitige Rechtslage bedeuten müsste, dass diese Abwägung schlichtweg unzulässig ist: Was medizinisch erforderlich ist, muss getan werden – koste es, was es wolle.

Mit diesem konsequenten Ergebnis hat es eigenartigerweise aber nicht sein Bewenden. So sprechen zunächst selbst diejenigen Autoren, die eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nur bei gleich geeigneten Leistungen vornehmen wollen, gleichzeitig von einer Kosten-Nutzen-Analyse;²⁶ diese hätte dann jenseits des trivialen Kostenvergleichs aber gar keine Berechtigung. Ferner geht die Verfahrensordnung des GBA davon aus, dass die Prüfung der Wirtschaftlichkeit einer Methode auch eine Kosten-Nutzen-Bewertung enthalten kann. So heißt es etwa im 2. Kapitel dieser Verfahrensordnung über die „Bewertung medizinischer Methoden“ in § 10 Abs. 2, dass die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung auch auf der Basis von Unterlagen zur Kosten-Nutzen-Abwägung erfolgt. Dies lässt die Möglichkeit offen, dass auch Methoden, die unstreitig einen Zusatznutzen aufweisen, aufgrund ihrer hohen Kosten als unwirtschaftlich von der Versorgung ausgeschlossen werden können – genau das, was der Begriff der Wirtschaftlichkeit angeblich gerade nicht erlauben soll. Und schließlich finden sich in der krankenversicherungsrechtlichen Literatur immer wieder einmal ausdrückliche Versuche, Kosten-Nutzen-Abwägungen zumindest für bestimmte Extremfälle von sehr hohen Kosten bei sehr geringem Zusatznutzen in den Wirtschaftlichkeitsbegriff hineinzutragen. So soll – unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 275 Abs. 2 S. 1 BGB – ein Leistungsanspruch nicht gegeben sein, wenn ein „grobes Missverhältnis“ zwischen (Zusatz-)Nutzen und Kosten bestehe²⁷ oder ein „nur marginaler Zusatznutzen bei hohen Mehrkosten“ vorliege.²⁸ Ob sich diese Rechtsansichten auf die Rechtsprechung stützen können, ist zweifelhaft; zu mehr als vagen Andeutungen, dass diese Konstellation nicht undenkbar sei, ist das BSG

26 Vgl. R. Engelhard, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 12 Rn. 105 f.; Noftz, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 12 Rn. 23.

27 So F. Welte, GesR 2006, 1 (8). Vgl. auch ders., MedR 2010, 379 (386): „Wird dabei nur marginaler Zusatznutzen bei hohen Mehrkosten ausgeschlossen, ist dies systemkonform zu integrieren und kann auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt werden.“

28 Vgl. F. Welte, MedR 2010, 379 (386): „Wird dabei nur marginaler Zusatznutzen bei hohen Mehrkosten ausgeschlossen, ist dies systemkonform zu integrieren und kann auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt werden.“ Ähnlich jetzt S. Greiner/M. Benedix, SGB 2013, 1 (5), die aber zumindest zugeben, dass in derartigen „Extrem-situationen“ der eigentlich gebotene Mindeststandard der Versorgung durch Wirtschaftlichkeitsüberlegungen durchbrochen wird.

bisher nicht gekommen.²⁹ Jedenfalls ist dieser Ansicht zu widersprechen: Man kann nicht eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für Leistungsausschlüsse fordern und gleichzeitig „nur marginalen Zusatznutzen bei hohen Mehrkosten“ bereits jetzt ausschließen. Dabei hilft es überhaupt nicht weiter zu betonen, dass es sich dabei nur um „grobe Missverhältnisse“, „Extremsituationen“ o.ä. handeln solle: Sinnvollerweise wird jede Rationierung nur Maßnahmen mit einem marginalen Zusatznutzen³⁰ oder einem sehr schlechten Kosten-Nutzen-Verhältnis betreffen; der Ausschluss von Leistungen mit einem erheblichen Zusatznutzen oder einem guten Kosten-Nutzen-Verhältnis wird nirgendwo erwogen. Zudem sind die brennenden Kostenprobleme augenscheinlich eben dieser „extremen“ Natur, wenn etwa neue Behandlungsmethoden in der Onkologie eine geringfügig verlängerte Lebenszeit bei sehr mäßiger Lebensqualität und teils erheblichen Nebenwirkungen bewirken, aber sehr hohe Kosten verursachen.

Man steht daher vor einem Dilemma: Entweder bedeutet der Begriff der Wirtschaftlichkeit i.e.S., dass ein reiner Kosten-Kosten-Vergleich vorgenommen wird; er wäre dann nicht zu beanstanden, aber auch uninteressant und wenig hilfreich. Oder er lässt auch eine echte Kosten-Nutzen-Abwägung zu; dann wäre er sachhaltig, würde aber genau die Wertungen und Rationierungsüberlegungen erfordern, die die GKV-Akteure bisher weit von sich und dem Gesetzgeber zugewiesen haben. Es ist kein gutes Zeichen für den Zustand von Krankenversicherungsrecht und -politik, dass nicht klar ist, wo wir hier eigentlich stehen.

29 So heißt es in einer Entscheidung zur Hippotherapie, dass eine Abwägung von Vorteilen und Kosten dieser Therapie „umso differenzierter anzustellen gewesen (wäre), als die Hippotherapie mit einem relativ hohen Kostenaufwand verbunden ist und nicht ausgeschlossen werden kann, daß die von ihr bewirkte Besserung nur ganz kurzfristiger Natur ist“ (BSGE 52, 70, 75). In BSGE 96, 261, Rn. 74 heißt es, der Rechtsprechung zu Hilfsmitteln sei „der Grundsatz zu entnehmen, dass nicht jeder noch so geringe Nutzungsvorteil bei hohen Kostendifferenzen wirtschaftlich ist, dass aber bei deutlichen Nutzungsvorteilen auch durchaus höhere Kosten in Kauf genommen werden müssen (BSGE 93, 183 = SozR 4-2500 § 33 Nr 8, jeweils RdNr 15).“ Abgesehen davon, dass der hier vom BSG selbst gegebene Verweis auf seine Rechtsprechung ins Leere geht, wird man die „Nutzungsvorteile“ eines Hilfsmittels nicht ohne weiteres mit einem medizinischen Zusatznutzen gleichsetzen können.

30 Zur marginalen Wirksamkeit als Priorisierungskriterium vgl. A. Buyx/C. Friedrich/B. Schöne-Seifert, Marginale Wirksamkeit als Rationierungskriterium – Begriffsklärungen und ethisch relevante Vorüberlegungen, in: Wohlgemuth/Freitag (Hg.): Priorisierung in der Medizin – Interdisziplinäre Forschungsansätze, 2009, S. 201 ff.

III. Das unklare Verhältnis von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung

Mit den beiden Aspekten des Wirtschaftlichkeitsgebots iWS. des § 12 Abs. 1 SGB V ist ein weiteres heikles Feld der Leistungskonkretisierung in der GKV eröffnet. Während sich die Begriffe des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen an der erforderlichen Qualität der Versorgung orientieren, bezieht sich der Begriff der Wirtschaftlichkeit ieS. – was immer er nun genau bedeutet und bedeuten darf – auf deren Kosten. Damit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Versorgungsqualität und ihre Sicherung zur Begrenzung der Kosten der Versorgung stehen.

1. Qualität und Wirtschaftlichkeit in Gesetz und Rechtsprechung

Dass die Leistungen in der GKV dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen und damit in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden müssen, ist in § 70 Abs. 1 SGB V ausdrücklich bestimmt. Sinn dieser Vorgabe ist zum einen das Wohl der Versicherten und Patienten. Zum anderen kommt hier aber auch ein Kostenaspekt hinein, wie die folgende Formulierung des BSG zum Ausschluss der Heilpraktiker von der GKV-Versorgung zeigt: „Der Versichertengemeinschaft kann es nicht gleichgültig sein, ob eine auf öffentliche Kosten durchgeführte Behandlung, was die Art der angewendeten Behandlungsmethoden und die Qualifikation der behandelnden Personen betrifft, objektiv Erfolg verspricht oder nicht. Solange jemand als ‚Privatpatient‘ seine Behandlung selbst bezahlt, erfordert das öffentliche Interesse lediglich, daß er vor gesundheitlichen Gefahren geschützt wird, die mit einer Behandlung durch ungeeignete Personen verbunden sein können; ist die Behandlung objektiv unwirksam, aber ‚ungefährlich‘, hat den Nachteil nur er selbst zu tragen. Sobald jedoch ein Dritter, insbesondere ein öffentlicher Leistungsträger, für die Kosten der Behandlung aufzukommen hat, muß dieser verlangen können, daß die Behandlung zweckmäßig ist und Gewähr für ‚eine tunlichst rasche und sichere Heilung‘ bietet. Sein Interesse geht damit über allgemeine gesundheitspolizeiliche Ziele – Gefahrenabwehr von der Bevölkerung insgesamt – hinaus und richtet sich positiv auf Förderung der Gesundheit der Versicherten; außerdem muß er als Versicherungsträger für die in ihm zusammengeschlossene Versichertengemeinschaft an einer möglichst effektiven und sparsamen Verwendung der öffentlichen Mittel interessiert sein.“³¹ Die Sicherung der Leistungsqualität

31 BSGE 48, 47 (51).

hat also zwei Wurzeln: das individuelle Wohl des Patienten und Versicherten, aber auch das kollektive Interesse an einer „möglichst effektiven und sparsamen Verwendung der öffentlichen Mittel“.

Dabei scheint die Rechtsprechung davon auszugehen, dass Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeit weithin oder sogar vollständig parallel laufen. Auch das Gesetz stellt – etwa in § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V („muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden“) – die Begriffe der Qualität und der Wirtschaftlichkeit kommentarlos nebeneinander. Und dass nach § 139a Abs. 1 S. 1 SGB V ein „Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“ errichtet werden soll, scheint ebenfalls darauf hinzudeuten, dass Konflikte zwischen diesen beiden Aspekten nicht zu befürchten sind. Das BVerfG hat diese beiden Aspekte sogar ausdrücklich aufeinander bezogen: „Ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung finden die Anforderungen der Kernspintomographie-Vereinbarung weniger unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung als unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Versorgung. Der Wirtschaftlichkeit dient allerdings letztlich auch die Qualitätssicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, indem sie nicht nur ein bestimmtes Niveau der Versorgung gewährleistet, sondern auch den sparsamen Einsatz von Ressourcen.“³²

Gesetz und Rechtsprechung wollen die Qualitätssicherung daher als reines Rationalisierungsinstrument verstehen, d.h. als ein Steuerungsinstrument, das keinen medizinischen Zusatznutzen versagt – das wäre nämlich eine Rationierung –, sondern lediglich dafür sorgt, dass nicht nützliche oder sogar schädliche Leistungen vermieden und bereits dadurch Kosten eingespart werden.³³ In diesem Sinne sind dann Fragen sowohl der Qualitätssicherung als auch der Wirtschaftlichkeit an wissenschaftliche Institute wie das IQWiG delegierbar.³⁴

Nun ist gar nicht zu bestreiten, dass der Abbau von Leistungen ohne (Zusatz-)Nutzen zu Kostenersparnissen führt und dass derartige Rationalisierungsbestrebungen aller Mühen wert sind. Die Welt wäre aber zu einfach, wenn das bereits die ganze Geschichte wäre. Denn schon auf den ersten Blick setzen Qualitätssicherungs- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen ganz unterschiedlich an: Während es bei der Qualität um eine Nutzen-Schaden-Abwägung geht, die auf patientenrelevante Endpunkte und Vergleichstherapien bezogen ist, nimmt der

32 BVerfG, NVwZ 2004, 1347 ff.

33 Zur Unterscheidung von Rationalisierung und Rationierung vgl. nur S. Huster, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 26 ff.

34 Zur Systematik des Rechts der Qualitätssicherung in der GKV vgl. jetzt A. Harney/S. Huster/B. Recktenwald, WzS 2013, 295 ff., 327 ff.

Begriff der Wirtschaftlichkeit das Verhältnis von Nutzen und Kosten in den Blick. Es wäre nun mehr als überraschend, wenn diese Perspektiven immer kon- und nicht gelegentlich auch divergieren. Dass dies tatsächlich der Fall ist und daher unter dem Begriff der Qualitätssicherung Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in die GKV eingeschmuggelt werden, soll im Folgenden am Beispiel der Orientierung der Qualitätssicherung an den Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin (EbM) gezeigt werden.

2. Die Orientierung an den Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin

Es ist eine der wichtigsten und inzwischen allgemein akzeptierten Entwicklungen in der GKV, dass sich die Leistungskonkretisierung an den Grundsätzen der EbM orientiert. Soweit dies nicht – wie in den §§ 35b I 5, 139a IV 1 SGB V und in der Verfahrensordnung des GBA³⁵ – ausdrücklich festgeschrieben ist, werden die Vorgabe „allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse“ in §§ 2 Abs. 1 S. 3, 70 Abs. 1 SGB V und ähnliche Gesetzesformulierungen im Sinne einer Bezugnahme auf die EbM interpretiert.³⁶

EbM kann dabei im Sinne der inzwischen bereits klassischen Definition verstanden werden als „der gewissenhafte, ausdrückliche und vernünftige Gebrauch der gegenwärtig besten externen, wissenschaftlichen Evidenz für Entscheidungen in der medizinischen Versorgung individueller Patienten. Die Praxis der EBM bedeutet die Integration individueller klinischer Expertise mit der bestmöglichen externen Evidenz aus systematischer Forschung.“³⁷ Dabei kommt für die generelle Steuerung des Leistungsgeschehens in der GKV der externen Evidenz besondere Bedeutung zu. Allerdings ist an dieser Stelle bereits darauf hinzuweisen, dass es nicht selbstverständlich ist, die Prinzipien der EbM für Allokationsentscheidungen im Sinne einer „evidenzbasierten Gesundheitsversorgung“³⁸ zu nutzen – zumal mit der Erwartung, dass dadurch Kosten reduziert werden.

35 Vgl. nur programmatisch 1. Kap. § 5 Abs. 2: „Der Gemeinsame Bundesausschuss ermittelt den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auf der Grundlage der evidenzbasierten Medizin.“

36 Vgl. dazu nur zuletzt *D. Roters*, Wie viel Evidenzbasierung braucht die Qualitätssicherung?, *GesR* 2012, 604 ff.

37 *D. Sackett u.a.*, Evidence based medicine: what it is and what it isn't, *BMJ* 1996; 312, S. 71 f.; deutsche Übersetzung im Internet (<http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/leitartikel-sackett>).

38 Vgl. dazu nur *E. Nagel/K. Alber/B. Bayerl*, Evidenzbasierte Medizin – Grundlage für eine Prioritätensetzung im Gesundheitswesen?, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hg.), *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 37 ff.

Der Begründer der EbM hat sich zu diesem Unterfangen jedenfalls zurückhaltend geäußert: „Manche fürchten auch, daß die EBM von Einkäufern von Gesundheitsleistungen und von Managern ‚gekidnappt‘ wird, um die Kosten der Krankenversorgung zu reduzieren. Das wäre nicht nur ein Mißbrauch des Konzeptes, sondern auch ein fundamentales Mißverständnis der finanziellen Konsequenzen: Ärzte, die EBM praktizieren, werden die effektivsten Verfahren identifizieren und anwenden, um die Lebensqualität und -dauer der Patienten zu maximieren; das könnte zu einer Erhöhung statt einer Reduktion der Kosten führen.“³⁹ Anders gesagt: EbM ist grundsätzlich kostenindifferent.⁴⁰

In der GKV sind die Grundsätze der EbM insbesondere für die Zulassung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (NUB) von Bedeutung, die jedenfalls im ambulanten Bereich⁴¹ nach § 135 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V und den entsprechenden Vorschriften der Verfahrensordnung des GBA ihren (Zusatz-) Nutzen nach den Maßstäben der EbM nachgewiesen haben müssen, um Zugang zur Versorgung zu erlangen. Dabei fällt es bereits auf, dass die einschlägigen §§ 135, 137c SGB V unter der Überschrift „Sicherung der Qualität der Leistungserbringung“ in das Gesetz einsortiert sind, obwohl niemand bestreiten würde, dass es bei der NUB-Zulassung auch um Kostenaspekte geht.

Tatsächlich lässt sich relativ leicht zeigen, dass die Anwendung der EbM-Grundsätze auf die NUB-Problematik Wertungen voraussetzt, die durch Qualitätssicherungsüberlegungen nicht erschöpft werden. Dabei muss man sich nicht einmal auf die viel diskutierte Frage einlassen, welche Evidenzstufe für einen hinreichenden Nutznachweis verlangt werden kann,⁴² oder mit dem Umstand auseinandersetzen, dass bereits in Design und Interpretation von klinischen Studien vielfach Wertentscheidungen eingehen.⁴³ Es lässt sich viel einfacher mit folgender Überlegung zeigen: Dass ein Zusatznutzen nicht nach EbM-Grundsätzen nachgewiesen ist, bedeutet nicht, dass die Maßnahme keinen

39 *D. Sackett u.a.*, Evidence based medicine: what it is and what it isn't, *BMJ* 1996; 312, S. 71 f.; deutsche Übersetzung im Internet (<http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/leitartikel-sackett>).

40 Dies betont zu Recht auch *C. Stallberg*, *PharmR* 2010, 5 (7).

41 Im stationären Bereich gilt dagegen nach § 137c SGB V eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, die freilich durch die Rechtsprechung (vgl. *BSGE* 101, 177 ff.; 103, 106 ff.; *BSG v. 21.3.2012*, B 3 KR 2/12 R) der Regelung des § 135 SGB V stark angenähert worden ist; vgl. dazu *A. Bender*, *NZS* 2012, 761 ff.; *D. Felix*, *NZS* 2013, 81 ff.; *S. Huster*, *GerR* 2010, 337 ff.; *T. Vollmöller*, *NZS* 2012, 921 ff.

42 Vgl. dazu zuletzt *S. Rixen*, *SGb* 2013, 140 (143 f.).

43 Vgl. dazu *D. Strech*, *Evidenz und Ethik*, 2008.

Zusatznutzen hat, sondern zeigt nur, dass wir (noch) nicht wissen, ob dies der Fall ist. Daraus folgt aber ohne weiteres, dass ein Ausschluss einer Leistung in dieser Situation jedenfalls die Chance auf einen medizinischen Zusatznutzen vereitelt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die fragliche Maßnahme kein relevantes Schadenspotential hat und wenn keine Standardtherapie (mehr) zur Verfügung steht, die durch die Inanspruchnahme der noch nicht anerkannten Maßnahme versäumt werden könnte. Es ist schlichtweg nicht ersichtlich, wie in einer solchen Situation Gründe, die auf die Qualitätssicherung im Sinne des Patientenwohls rekurrieren, den Ausschluss einer NUB sollen rechtfertigen können. Das einzige plausible Argument dafür lautet hier: Wir haben uns aus Kostengründen dafür entschieden, NUBs in dieser Situation nicht zuzulassen. Dabei ist es eine völlig legitime Erwägung, die knappen Ressourcen eines Versorgungssystems für Leistungen vorzuhalten, die ihren Nutzen bereits nachgewiesen haben, während Leistungen mit unsicherem Nutzen posteriorisiert werden. Nur ist dies dann keine medizinische, an EbM-Grundsätzen orientierte Entscheidung, sondern eine an Wirtschaftlichkeitsüberlegungen orientierte Prioritätensetzung. Es macht dann aber keinen Sinn und stiftet nur Argwohn, wenn diese Prioritätensetzung unter der falschen Flagge der Qualitätssicherung segelt: Es geht hier (auch) um Rationierung, nicht (nur) um Rationalisierung.

IV. Die Vermeidung offener Kostenerwägungen

Die Weigerung, Leistungseinschränkungen offen mit Kostenerwägungen zu begründen, bringt immer die Gefahr mit sich, dass andere Begründungswege bemüht werden müssen, in die Wirtschaftlichkeitserwägungen dann unausgesprochen und intransparent Eingang finden – oder gerade nicht finden, obwohl das durchaus sinnvoll wäre.

Diese Situation hat gerade für die NUB-Zulassung eine seltsame Konsequenz zeitigt. Mit der „Nikolaus-Entscheidung des BVerfG,⁴⁴ die der Gesetzgeber mit Erlass des § 2 Abs. 1a in das SGB V aufgenommen hat,⁴⁵ ist die Evidenzorientierung für Fälle der „lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung oder (...) einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung“ aufgegeben worden. Dass es Versicherte und Patienten in dieser Situation auch mit ungesicherten Behandlungsmethoden sollen versuchen können, mag man für nachvollziehbar halten – auch wenn man daran zweifeln kann, ob das tatsächlich

44 BVerfGE 115, 25 ff.

45 Vgl. dazu *J. Jousen*, SGB 2012, 625 ff.

ein Verfassungsgebot ist.⁴⁶ Extrem irritierend ist aber, dass dieser Anspruch kostenindifferent sein soll. Weder in der Entscheidung des Verfassungsgerichts noch in § 2 Abs. 1a SGB V ist von den Kosten der begehrten Maßnahme die Rede. Dabei läge es doch mehr als nahe, die Kosten für derartige Leistungen mit zu berücksichtigen: Dass die schwerkranken Betroffenen sich nicht an den strengen Evidenzanforderungen sollen festhalten lassen müssen, kann ja nicht bedeuten, dass ungesicherte Methoden grenzenlos Ressourcen in Anspruch nehmen können. Das BVerfG hält es inzwischen immerhin für möglich, dass ein Versicherter eine nicht anerkannte Immuntherapie (Hyperthermie, onkolytische Viren und dendritische Zellen) bei einem Arzt für Allgemeinmedizin und Naturheilverfahren mit Kosten von 15.000 Euro pro Monat beanspruchen kann.⁴⁷ Sollte die Solidargemeinschaft aber nicht irgendwann einmal sagen können, dass 180.000 Euro Jahrestherapiekosten für eine zweifelhafte Methode die Grenze des Zumutbaren überschreiten? Das wird freilich nicht gehen, wenn Wirtschaftlichkeitsüberlegungen nicht offen angesprochen und stattdessen in Qualitätssicherungs- und EbM-Überlegungen versteckt werden, die dann nur eine „Alles oder Nichts“-Entscheidung zulassen und de facto doch unter einen wirtschaftlichen Druck geraten, der ihnen wesensfremd ist und ihr Ansehen bei Leistungserbringern und Versicherten ruiniert. Und wenn der Eindruck nicht täuscht, neigen Krankenkassen und Sozialgerichte auch dazu, dem Leistungsbegehren in „Nikolaus-Fällen“ eher stattzugeben, wenn die entstehenden Kosten niedrig sind oder die jeweilige Fallkonstellation selten ist⁴⁸ – obwohl das im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat.

Auf die Dauer wird es nicht hilfreich sein, eine offene Abwägung von Kosten und Nutzen zu vermeiden. Bereits die Diskussion über die IQWiG-Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung hat gezeigt, dass eine „kupierte“ Kosten-Nutzen-Bewertung, die lediglich indikationsspezifisch ansetzt und mit zufälligen „Effizienzgrenzen“ arbeitet, um diese Abwägungen zu vermeiden, nicht zielführend ist.⁴⁹ Der Gesetzgeber hat sie dann mit dem AMNOG auch im Dunkel der

46 Vgl. S. Huster, JZ 2006, 466 ff.

47 Vgl. BVerfG, NJW 2013, 1664 f.

48 Zu diesem Aspekt vgl. sogleich unter V.

49 Vgl. dazu etwa G. Deter, MedR 2010, 249 ff.; H. Dettling, VSSR 2008, 379 ff.; ders., PharmInd 2008, 967 ff. und 1082 ff.; U. Gassner, PharmR 2007, 441 ff.; ders., PharmInd 2008, 701 ff.; R. Hess, MedR 2010, 232 ff.; S. Huster, GesR 2008, 449 ff.; ders., MedR 2010, 234 ff.; ders., Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) 15 (2009), S. 69 ff.; T. Kingreen/S. Henck, PharmR 2007, 353 ff.; M. Martini, WiVerw 2009, 195 ff.; U. Reese, PharmR 2008, 483 ff. und 525 ff. Zur ethischen Analyse vgl. insbesondere

Hinterzimmer, in denen nun die Erstattungspreise für Arzneimittel ausgehandelt oder festgesetzt werden, versenkt.⁵⁰

V. „Budgetwirksamkeit“ als Entscheidungskriterium?

Mit der Weigerung, die Kosten einer einzelnen Leistung transparent darzustellen und in die Entscheidung über ihre Aufnahme in den Leistungskatalog einfließen zu lassen, kontrastiert in auffälliger Weise, dass über die Gesamtkosten des Versorgungssystems umso häufiger gesprochen wird. Aufhänger dafür im SGB V sind der Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71 Abs. 1 SGB V) und der Wettbewerb der Krankenkassen um den niedrigsten Zusatzbeitrag (§ 242 SGB V). Dies lenkt den Blick sowohl des Gesetzgebers als auch der Krankenkassen auf Leistungen, die für das Gesamtbudget von Bedeutung sind. Typischerweise werden dies Leistungen sein, die nicht nur teuer sind, sondern auch – tatsächlich oder voraussichtlich – in großer Zahl erbracht werden. Geht es dagegen um Maßnahmen, die nur selten ergriffen werden und die keine exorbitanten Kosten verursachen, tendiert das System zu einer gewissen Großzügigkeit. Anders gesagt: Die Budgetwirksamkeit ist inzwischen ein verbreitetes und allgemein akzeptiertes Allokationskriterium. Dies gilt nicht nur für die institutionellen Akteure, sondern auch für die Versicherten, die zur Begründung ihres Leistungsanspruchs das Argument vorbringen, ihr Fall sei so selten, dass eine Leistungsgewährung das Kassenbudget nicht merklich beeinflusse.

Angesichts der gesetzlichen Steuerungsvorgaben für die Krankenkassen und der Konzentration der Politik auf die Höhe des Beitragssatzes ist diese Haltung aus einer Systemperspektive durchaus nachvollziehbar. Aus einer grundsätzlichen, am Gedanken einer gerechten Verteilung orientierten Sichtweise wird man aber darauf hinweisen müssen, dass die Budgetwirksamkeit überhaupt kein legitimes Allokationskriterium ist.⁵¹ Sie folgt nämlich der Logik des Ladendiebs,

W. Lübbe, DMW 2010, 135: S. 582 ff.; *dies.*, ZEFQ 104 (2010), S. 196 ff.; *G. Marckmann*, Das Gesundheitswesen 72 (2009), Suppl. 1, S. 2 ff.

50 Vgl. dazu *P. Axer*, SGB 2011, 246 ff.; *B. Burgardt*, Verfahren der frühen Nutzenbewertung nach § 35a SGB V, in: Voit (Hg.), Die Neuordnung des Arzneimittelmarktes – Veränderungen und Perspektiven, 2012, S. 9 ff.; *I. Ebsen*, GuP 1 (2011), S. 41 ff.; *A. Heinemann/C. Lang*, MedR 2011, 150 ff.; *R. Hess*, GGW 2011, Heft 1, S. 8 ff.; *ders.*, GesR 2011, 65 ff.; *S. Huster*, GesR 2011, 76 ff.; *T. Kingreen*, NZS 2011, 441 ff.; *A. Köhler*, Das gebrochene Preismonopol der Pharmaindustrie, 2013; *E. Luthe*, PharmR 2011, 193 ff.; *B. Maassen*, GesR 2011, 82 ff.; *U. Paal/W. Rehmann*, A&R 2011, 51 ff.; *Schwicker*, PharmR 2010, 452 ff.

51 Zum Folgenden vgl. auch bereits *S. Huster*, MedR 2012, 289 ff.

der die Wegnahme einer geringwertigen Sache im Supermarkt mit dem – an sich völlig zutreffenden – Argument zu rechtfertigen versucht, dass die von ihm entwendete Schachtel Zigaretten in der Bilanz der Supermarktkette überhaupt nicht auffalle. Es ist auch offensichtlich, warum diese Argumentation nicht überzeugt: Sie ist nicht verallgemeinerungsfähig. Dies gilt auch für das Kriterium der Budgetwirksamkeit, wie sich an einem Urteil aus der Schweiz zeigen lässt.

Hier ging es um den Fall einer an der Krankheit „Morbus Pompe“ leidenden Versicherten, die mit dem Arzneimittel Myozyme behandelt wurde, das zu einer Verlängerung der ihr möglichen Gehstrecke von ca. 200 Metern um ca. 30 Meter führte, aber jährliche Kosten in Höhe von ca. 500.000 SFr verursachte. Das Schweizer Bundesgericht lehnte den Leistungsanspruch mit der Begründung ab, dass hier ein grobes Missverhältnis zwischen Nutzen und Kosten bestehe und dass die Krankenversicherung zahlungsunfähig wäre, wenn für jeden Versicherten mit entsprechenden Gehbeschwerden diese Summe ausgegeben werde.⁵²

Ob nun tatsächlich ein Gericht die Frage entscheiden sollte, ob und wann ein „grobes Missverhältnis“ besteht, ist durchaus diskussionswürdig. Aber davon abgesehen lautet die interessante inhaltliche Frage, ob man dieser Begründung entgegenhalten kann, dass Morbus Pompe eine sehr seltene Krankheit sei und die Versorgung der Betroffenen selbst mit diesem finanziellen Aufwand das Versorgungssystem mitnichten in den Ruin führe.⁵³ Gerade diesen Einwand, dass Morbus Pompe eine seltene Krankheit und ihre Behandlung deshalb nicht sonderlich budgetwirksam ist, will das Bundesgericht nicht gelten lassen; seine Argumentation über die Verallgemeinerbarkeit zielt gerade darauf ab, diesen Hinweis zu entkräften. Tatsächlich überzeugt dies. Die Budgetwirksamkeit ist nämlich ein sehr eigenartiges Verteilungskriterium: Warum soll es für meinen Anspruch auf Behandlung relevant sein, wie viele Versicherte unter der gleichen Krankheit leiden? Wenn die Krankenversicherung meine (verallgemeinerte) Behandlung nicht mehr tragen kann, müsste überall nach Einsparmöglichkeiten geschaut werden, nicht nur bei mir und meinen Leidensgenossen. Dies beruht auf einer sehr grundsätzlichen Einsicht: Wir wissen aus dem Recht der staatlichen Abgaben, dass der Zweck, Einnahmen zu erzielen, überhaupt keinen Maßstab für die Verteilung der Abgabenlast darstellen kann – sonst müsste man nicht nach Leistungsfähigkeit besteuern, sondern dürfte sich die Steuern einfach dort holen, wo es am einfachsten ist.⁵⁴ Warum sollten wir das aber anders beurteilen,

52 GesR 2012, 324 ff.

53 Das Argument der „wenigen Patienten“ findet sich etwa bei *H. Raspe*, MedR 2012, 291 (294).

54 Vgl. dazu *S. Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 357 f. m. w. N.

wenn es um die Vermeidung von Ausgaben geht? Die Absicht, Ressourcen zu sparen, ist gar kein legitimes Verteilungskriterium.

Deshalb muss der Hinweis des Gerichts auf die Grenzen der Belastbarkeit der Krankenversicherung auch anders, nämlich viel allgemeiner verstanden werden: Niemand wäre bereit, für einen derartig geringen Nutzenzuwachs, wie sie die Verlängerung der Gehfähigkeit um 30 Meter darstellt, 500.000 Franken im Jahr zu bezahlen – weder im Versorgungssystem noch in anderen Politikbereichen. Dies ist ein plausibles Argument der Verallgemeinerung und Gleichheit, das ganz unabhängig davon ist, wie oft diese Situation eintritt und ob sie die Existenz der Krankenversicherung tatsächlich bedroht; dies alles ist nur *colorandi causa* zu lesen. Es ist in dieser Interpretation allerdings auch ein Argument, das über alle Indikationen und Symptome und vielleicht sogar über unterschiedliche Politikbereiche verallgemeinert („für jeden Nutzengewinn der Höhe x sind 500.000 Franken pro Jahr zu viel“). Dies zeigt, dass Kosten-Nutzen-Bewertungen letztlich auf allgemeine, mindestens indikationsübergreifende Kriterien angewiesen sind, wenn sie nachvollziehbar bleiben sollen. Und darin liegt die eigentliche Provokation des Urteils.

VI. Die Legitimation der Gemeinsamen Selbstverwaltung

Ein Grund, warum es in der GKV vermieden wird, offen über kostenbezogene Leistungsbeschränkungen zu entscheiden, dürfte darin bestehen, dass die Organe der Gemeinsamen Selbstverwaltung und insbesondere der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) für diese Entscheidungen nicht hinreichend legitimiert sind. Über die Legitimation des G-BA ist bereits viel diskutiert worden; das kann und soll hier nicht nachgezeichnet werden.⁵⁵ Stattdessen soll das Augenmerk

55 Aus der unübersehbaren Literatur vgl. nur – mit unterschiedlichsten Ansätzen und Ergebnissen – P. Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 115 ff.; H. Butzer/M. Kaltenborn, MedR 2001, 333 ff.; Deutscher Ethikrat, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung, 2011, S. 89 ff.; K. Engelmann, NZS 2000, 1 ff. (76 ff.); A. Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, S. 453 ff.; F. Hase, MedR 2005, 391 ff.; E. Hauck, NZS 2010, 600 ff.; T. Kingreen, NJW 2006, 877 ff.; ders., NZS 2007, 113 ff.; T. Koch, SGB 2001, 109 ff. (166 ff.); P. Neumann, NZS 2010, 593 ff.; S. Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 184 ff.; R. Schimmelpfeng-Schütte, NZS 2006, 567 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 82 ff.; H. Wolff, NZS 2006, 281 ff.; T. Vießmann, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009; C. Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012.

auf den spezifischen Zusammenhang der Zusammensetzung des G-BA und seiner Funktion gerichtet werden.

Dass ausschließlich Vertreter der Krankenkassen, der Vertragsärzte und der Krankenhäuser im G-BA vertreten sind, kann nur einen Grund haben: Sie tragen gemeinsam die Verantwortung für die Sicherstellung der Versorgung. Vor diesem Hintergrund mag es vertretbar erscheinen, dem GBA die Entscheidungsbefugnis über die Leistungskonkretisierung zuzuweisen, soweit dies die Art und Weise der Leistungserbringung und ihre Qualität betrifft. Allerdings ist die Beteiligung von Patientenvertretern – wenn auch bisher noch ohne Stimmrecht – bereits ein Beleg für die Brüchigkeit der Konstruktion: Sie weist nämlich zum einen darauf hin, dass die Belange der Patienten bisher nicht hinreichend berücksichtigt worden sind, was wiederum zeigt, dass hier doch heiklere Entscheidungen getroffen werden, als man sie einem derartigen Selbstverwaltungsgremium zuschreiben möchte. Und zum anderen lassen sich die Patientenvertreter in der Legitimationslogik des GBA nur schwer unterbringen.

Völlig ausgeschlossen dürfte es aber sein, den GBA mit offenen Kosten-Nutzen-Abwägungen zu betrauen. Welcher medizinische (Zusatz-)Nutzen wie viel wert ist und welche medizinisch nützlichen Leistungen aus Kostengründen von der Versorgung ausgeschlossen werden, mögen der Gesetzgeber oder die Solidargemeinschaft der Krankenversicherten klären; die Ärzte und Krankenhäuser geht es schlichtweg nichts an, wie viel die Bürger und Versicherten für ihre medizinische Versorgung zu zahlen bereit sind.

VII. Entwicklungstendenzen der Leistungskonkretisierung

Vor dem Hintergrund der dargestellten Probleme und Fragen soll nun versucht werden, in thesenartiger Form einige Perspektiven für die voraussichtliche Weiterentwicklung der Leistungskonkretisierung in der GKV aufzuzeigen.

1. Zunahme ausdrücklicher gesetzlicher Vorgaben

Wenn und soweit es richtig ist, dass die medizinischen Möglichkeiten im Grenzbereich von Krankheit und Gesundheit anwachsen werden, wird es für die rechtsanwendenden und –konkretisierenden Organe zunehmend schwieriger, die Leistungskonkretisierung vorzunehmen, weil die gesetzlichen Vorgaben insoweit keine hinreichende Steuerungswirkung mehr entfalten. Ähnlich wie im Fall von „Viagra“, das sich nur durch eine gesetzliche Klärung rechtssicher aus dem Leistungskatalog der GKV ausschließen ließ (vgl. § 34 Abs. 1 S. 8 SGB V),

werden daher ausdrückliche gesetzliche Regelungen der Leistungsverpflichtung der GKV voraussichtlich zunehmen.

2. *Offene Thematisierung der Kosten*

Angesichts der Herausforderungen der GKV durch die demographische Entwicklung und den medizinisch-technischen Fortschritt wird auf mittel- und langfristige Sicht eine offene Thematisierung von Leistungsprioritäten und Kostengrenzen unvermeidlich sein. Vermutlich werden Kosten-Nutzen-Bewertungen, wie sie für die Regulierung der Arzneimittelpreise bereits eingeführt worden sind (vgl. § 35b SGB V), auch in die Entscheidungen über die Zusammensetzung des Leistungskatalogs Eingang finden. Dabei stellen sich im Rahmen dieser Bewertungen schwierige normative Fragen, die das Gemeinwesen beantworten muss, wenn es Diskriminierungen und andere problematische Verteilungsentscheidungen vermeiden will, die in den Standardverfahren der gesundheitsökonomischen Evaluation durchaus angelegt sind. Zu warnen ist gleichzeitig vor verfassungsrechtlichen Verfestigungen, die eine Prioritätensetzung und Kostenbegrenzung gar nicht mehr zulassen.

3. *Stärkere Politisierung*

Derartige Entscheidungen über die Zusammensetzung des Leistungskatalogs, die sich nicht mehr aus den Begriffen der Krankheit und der notwendigen Krankenbehandlung herleiten lassen und in die kostenbezogene Erwägungen eingehen, überfordern die Selbstverwaltungsstrukturen der GKV in legitimationsrechtlicher Hinsicht und werden daher unweigerlich zu einer stärkeren Politisierung der Versorgungsentscheidungen führen. Dies birgt mancherlei Gefahren für die Rationalität der Versorgungsentscheidungen.

4. *Stärkere Verwissenschaftlichung*

Diesen Gefahren kann im Rahmen von Nutzen- und Kosten-Nutzen-Bewertungen dadurch begegnet werden, dass sich die GKV strikt an Qualitätskriterien und den Prinzipien der evidenzbasierten Medizin orientiert. Eine derartige wissenschaftliche Unterfütterung der Versorgungsentscheidungen setzt allerdings auch vermehrte Bemühungen der Generierung der einschlägigen Wissensgrundlagen voraus.

Ulrich Wenner

Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung¹

Given the vagueness of legal provisions regulating benefit entitlements for persons insured in the statutory health insurance (SHI), social courts – in particular the Federal Social Court (Bundessozialgericht [BSG]) – have essentially contributed for decades to the determination (also the expansion) of the health services level in the SHI system. The following piece examines the courts' role with examples from the jurisdiction of the BSG. Reporting from a judge's point of view, the author points out that social courts often face the difficulty of reconciling judicial self-restraint – as a form of respect to the discretion admitted to the lawmaker – with the need to safeguard basic rights guaranteed by the constitution. In fact, the courts' contribution to the determination of the benefit level lies more and more in the judicial review whether legal benefit restrictions are compatible with constitutional law. Emphasizing that it is primarily the lawmaker's duty to correct legal shortcomings, the author also deals with legislative reactions provoked by the BSG's rulings.

I. Einführung

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und insbesondere des BSG gestaltet das Leistungsniveau der GKV maßgeblich mit. Dieser Befund beruht vor allem auf einer umfassenden Verrechtlichung der Beziehungen der Versicherten zu ihrer Krankenkasse, auf der offenen und konkretisierungsbedürftigen Fassung des Heilbehandlungsanspruchs in § 27 SGB V sowie auf der intensiven gerichtlichen Kontrolle der dieser Konkretisierung dienenden Richtlinien des Gemeinsamen

-
- 1 Der Beitrag anlässlich des Symposiums am 26. 04.2013 war als Werkstattbericht aus der Sicht eines Akteurs der Rechtsprechung erbeten worden. Den mutmaßlichen Vorteil, einen begrenzten Blick durch die ansonsten verschlossene Tür des berufsrichterlichen Beratungszimmers werfen zu dürfen, muss der Leser mit einem Verzicht auf umfassende wissenschaftliche Belege zu den einzelnen Beispielfällen erkaufen. Angesichts der Spannweite der – überwiegend hoch kontroversen und umfassend diskutierten – Themenfelder sowie der Doppelrolle des Autors als Akteur und Beobachter der Rechtsprechung des BSG scheidet eine umfassende Aufarbeitung des Streitstandes zu jeder der angesprochenen Konstellationen von vornherein aus. Die Vortragsform ist weitgehend beibehalten worden.

Bundesausschusses (G-BA) nach § 92 SGB V. Soweit Rechtspositionen der Versicherten betroffen sind, stehen derzeit die Grenzen des Heilbehandlungsanspruchs bei schwerwiegenden Gesundheitsstörungen und fehlenden allgemein wissenschaftlich anerkannten Behandlungsoptionen sowie die verfassungsrechtliche Prüfung von unmittelbar gesetzlich angeordneten oder auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung ergangenen expliziten Leistungseinschränkungen im Vordergrund. Insoweit bildet die Normenkontrolle einen Schwerpunkt der Tätigkeit des BSG im Krankenversicherungsrecht, und zwar bezeichnenderweise ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für Normenkontrollverfahren im SGG². Wird davon ausgegangen, dass zwischen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Gesetzen im formellen Sinne und der Normenkontrolle bei untergesetzlichen Normen grundlegende Unterschiede bestehen,³ bleibt dennoch der Befund, dass das BSG zu beiden Varianten der Normenkontrolle berufen ist. Immer dann, wenn solche Leistungseinschränkungen in der GKV inzident Gegenstand sozialgerichtlicher Kontrolle sind, die unmittelbar gesetzlich vorgegeben sind, unterscheidet sich das Prüfungsprogramm des BSG nicht von demjenigen des BVerfG⁴. Das ist in jüngster Zeit noch einmal deutlich geworden, als das BSG zu entscheiden hatte, ob die Beschränkung des Anspruchs auf Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§§ 31, 34 SGB V) mit dem vom BVerfG kreierten Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums auch dann vereinbar ist, wenn der Versicherte von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II lebt und nur entsprechend geringe wirtschaftliche

-
- 2 Die neue Regelung des § 55a SGG zur konkreten Normenkontrolle ist auf Satzungen über die Unterkunftskosten nach § 22 SGB II beschränkt und nicht analogiefähig.
 - 3 So vor allem *Ebsen*, Das BVerfG als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1984.
 - 4 Das hängt (auch) damit zusammen, dass das BVerfG erhebliche Anforderungen an die Darlegung der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit im Sinne des Art. 100 Abs. 1 GG, wenn ein Gericht dem BVerfG die Frage nach der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung vorlegt. Das zwingt zumindest das BSG zu einer umfassenden verfassungsrechtlichen Prüfung aller im Streitfall angegriffenen entscheidungserheblichen gesetzlichen Bestimmungen. Die Vermutung liegt nicht ganz fern, dass dann alles, was man als Richter gelesen und verstanden hat, auch im Urteil auftaucht, weil es ja – bei umgekehrtem Ergebnis – in einem Vorlagebeschluss auch hätte dargelegt werden müssen. Ob weiterhin die Erwartung berechtigt ist, dass die Begründung eines Nichtannahmebeschlusses des BVerfG nach § 93 b BVerfGG umso kürzer ausfällt, je länger das BSG seine Überzeugung von der Verfassungskonformität der maßgeblichen Norm dargelegt hat, müsste weiter empirisch erforscht werden.

Mittel zur Verfügung hat, um sich nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel selbst zu beschaffen⁵.

Soweit das BSG verfassungsgerichtliche Normenkontrolle durchführt – natürlich immer nur als vorletzte Instanz – steht es vor denselben Herausforderungen wie das BVerfG. Es sieht sich mit der Forderung nach richterlicher Zurückhaltung und Selbstbeschränkung sowie der Respektierung der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ebenso konfrontiert wie mit der tendenziell gegenläufigen Erwartung, die Schutzfunktion der Verfassung z.B. zu Gunsten von Minderheiten oder benachteiligten Gruppen effektiv wahrzunehmen und der parlamentarischen Mehrheit nicht zu schnell das Feld der Interpretation und Ausgestaltung der Verfassung zu überlassen⁶.

Wie nicht anders zu erwarten finden sich in der Rechtsprechung des BSG hinreichende Belege für beide Grundpositionen, ohne dass der Konflikt der dahinter mutmaßlich stehenden theoretischen Konzepte von der Rolle der Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes gelöst oder auch nur angesprochen worden wäre. Deshalb kann jemand, der an dieser Rechtsprechung mitgewirkt hat und weiter mitwirkt, die methodisch geschulte Fachwelt nur um ein mildes Urteil bitten: es möge anerkannt werden, dass man sich bemüht hat. Die kurze Darstellung von fünf ganz unterschiedlichen Anwendungsfällen sozialrichterlicher Gestaltung des krankenversicherungsrechtlichen Systems soll diesen Antrag begründen.

II. Schaffung eines Leistungsbereichs in der gesetzlichen Krankenversicherung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung: Kieferorthopädie

1. Das BSG und der Anspruch auf kieferorthopädische Leistungen

Der wohl folgenreichste und teuerste Eingriff des BSG in das krankenversicherungsrechtliche Leistungssystem liegt inzwischen mehr als vierzig Jahre zurück und ist als solcher nur noch von rechtshistorischem Interesse. Der durch Richterspruch vom 20.10.1972 eingeführte Anspruch der Versicherten auf kieferorthopädische Behandlung zu Lasten der Krankenkasse ist seit langem in § 29 SGB V kodifiziert, die Versorgungsquote der Kinder und Jugendlichen mit Brackets aller Farben hat einen Grad erreicht, von dem die Gesundheitsexperten

5 BSG v. 06. 03 2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183.

6 In diesem Sinne pointiert Ebsen, a.a.O., S. 138.

hinsichtlich der Impfquoten bei Grippe nur träumen können⁷, und der Umsatz für vertragszahnärztliche Leistungen bei Kieferorthopädie dürfte 2013 die Grenze von 1 Mrd. Euro erreicht haben⁸. Dieser Boom ist durch wenige, eher schlichte Sätze im BSG – Urteil vom 20.10.1972 ausgelöst worden: Eine Kiefer- oder Zahnstellungsanomalie bedarf danach als regelwidriger Körperzustand der kieferorthopädischen Behandlung, wenn eine Selbstregulierung der Fehlstellung nicht wahrscheinlich ist und die Behandlung voraussichtlich zur Behebung der Funktionsstörung führen kann. Stehen nicht genügend Kassenzahnärzte für die Versorgung der Versicherten bereit, muss die Kasse dem Versicherten die Kosten einer privatärztlichen Inanspruchnahme erstatten⁹.

Das Urteil des 3. Senats des BSG ist zu einem Fall ergangen, in dem die Krankenkasse des klagenden Vaters der behandlungsbedürftigen Jugendlichen¹⁰ bereit war, den in ihrer Satzung vorgesehenen Zuschuss zur kieferorthopädischen Behandlung (als Maßnahme der Verhütung von Erkrankungen) zu zahlen, der Kläger aber die Übernahme der vollen Behandlungskosten (als notwendige Maßnahme der Krankenhilfe) begehrte. SG und LSG hatten jeweils einen Sachverständigen gehört, der zu den Gebissverhältnissen der Tochter Stellung genommen hatte; weitere Ermittlungen genereller Art hat das BSG auch nicht für geboten gehalten. Mit keinem Wort setzt sich der 3. Senat mit der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Leistungskatalogs der Krankenversicherung auseinander; der vom LSG gehörte Sachverständige stellt lediglich dar, dass die bei dem Kind vorhandene Fehlstellung zwar keine Schmerzen oder Beschwerden verursache, „nach der neuen Rechtsprechung des Senats“ (gemeint: des LSG) aber gleichwohl als Krankheit anzusehen sei.

In seinem Folgeurteil vom 23.02.1973¹¹ verweist der 3. Senat des BSG ergänzend darauf, dass für den Versorgungsanspruch maßgeblich sei, ob ohne kieferorthopädische Maßnahmen die Gefahr einer Verschlimmerung der Gebissituation bestehe, wobei allerdings eine nur ganz entfernte Möglichkeit einer

7 Die Quote bei der Grippeimpfung schwankt zwischen 58% in den neuen und 39 % in den alten Bundesländern (DÄ 2013, A 2454).

8 Für 2011 weist das „Jahrbuch 2012“ der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (S. 37) ein Volumen von 954 Mio. Euro aus; das entspricht 8,2% der Ausgaben für vertragszahnärztliche Behandlungen.

9 3 RK 93/71, BSGE 35, 10.

10 Nach damaligem Rechtsverständnis stand der Anspruch auf Versorgung von mitversicherten Kindern dem versicherten Elternteil und nicht dem Kind selbst zu; das wird heute anders gesehen.

11 3 RK 82/72, SozR Nr. 56 zu § 182 RVO.

Schädigung des Gebisses nicht ausreiche. Weil die Behandlung nur in einer bestimmten Altersphase erfolversprechend sei, müsse die Kasse dann eintreten, wenn ein verantwortungsbewusst handelnder Elternteil sein Kind behandeln lassen würde. Ob die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit einer kieferorthopädischen Behandlung mit den Vorgaben der am 25.08.1972 veröffentlichten Richtlinien des Bundesausschusses der Zahnärzte und Krankenkassen übereinstimme, ist nach (damaliger) Auffassung des BSG unerheblich, weil diesen Richtlinien „keine normative Bedeutung“ zukomme¹².

2. Sozialpolitische Einordnung

Die Folgen dieser – aus heutiger Sicht – methodisch kaum reflektierten Veränderung des Leistungsniveaus der Krankenversicherung sind bekannt: für viele kieferorthopädisch tätige Zahnärzte ergab sich ganz kurzfristig ein lukrativer Markt; wer nicht als Kassenzahnarzt kieferorthopädische Leistungen erbringen wollte, konnte auf der Grundlage des § 10a BMV-Z nur für solche Leistungen ermächtigt werden, für Jahrzehnte prägte die Anbieterseite wegen der kaum einschränkbarer Leistungsverpflichtung der Krankenkassen das Marktgeschehen, und die Kieferorthopäden wurden schnell zu einer der am besten verdienenden Leistungserbringerguppen im Krankenversicherungssystem.

Ob der Gesetzgeber diese Entwicklung nicht verhindern konnte oder wollte, lässt sich aus heutiger Sicht schwer beurteilen. Nach der sozialpolitischen Grundströmung der frühen 1970er Jahre spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Verbesserung der Versorgung der Kassenpatienten – insbesondere deren Kinder – als im Grundsatz sinnvoll angesehen hat, zumal weder damals noch heute fraglich sein kann, dass es bei Kindern Fehlstellungen von Zähnen in einem solchen Ausmaß gibt, dass aus funktionellen wie aus psychologisch-ästhetischen Gründen auf eine Regulierung des Gebisses nicht verzichtet werden kann. Aus dieser Perspektive hat das BSG einen sich abzeichnenden Konsens in der Gesundheitspolitik eher vorweggenommen als originär herbeigeführt und den Gesetzgeber gezwungen, entweder explizit das Rad zurückzudrehen, oder gestaltend und vielleicht begrenzend den Ansatz der Rechtsprechung umzusetzen.

Im Übrigen ist die These, der Bundestag bringe nie die Kraft auf, einen Anspruch auf neue Leistungen einzuschränken oder auszuschließen, den die höchstrichterliche Rechtsprechung zugebilligt habe, in den letzten Jahren widerlegt worden. Nachdem in der Rechtsprechung des BSG Zweifel aufgekommen waren, ob die Arzneimittel-Richtlinie der BA/G-BA als rechtliche Grundlage

12 BSG v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10, Rn. 26 der Fassung bei Juris.

für einen Verordnungsausschluss für alle Potenzmittel ausreiche, und Kläger in Einzelfällen ihre Krankenkasse erfolgreich auf Erstattung der Kosten für solche Mittel in Anspruch genommen hatten, normierte das GMG zum 01.01.2004 einen expliziten Ausschluss (§ 34 Abs. 1 Sätze 7 und 8 SGB V) und gab dem G-BA auf, das Nähere zu regeln¹³.

III. Erweiterung des Leistungsspektrums im Zusammenwirken von Gesetzgeber und Rechtsprechung: nichtärztliche Psychotherapie

1. Psychotherapie in der Rechtsprechung des BSG bis 1998

Der lange Weg zum Anspruch der Versicherten auf psychotherapeutische Behandlung generell und insbesondere auch durch Psychologen (und nicht nur durch Ärzte), der zum 01.01.1999 mit dem Inkrafttreten des Psychotherapeutengesetzes (vorläufig) abgeschlossen war, verlief viel weniger gradlinig als bei der Kieferorthopädie. Über nahezu 30 Jahre spielten sich Krankenkassen, Leistungserbringer und Gerichte „die Bälle zu“ – Rückpässe und Eigentore durchaus eingeschlossen – bis der Gesetzgeber das Hin und Her offenbar nicht mehr ertragen konnte, und die berühmten „drei berichtigenden Worte“ – mehr: nämlich ganze Normenketten in verschiedenen Gesetzen – gesprochen hat, mit denen die bisherigen Positionen Makulatur wurden.

Die Signale der Rechtsprechung zum Anspruch der Versicherten auf psychotherapeutische Behandlung, die seit 1967 in Gestalt von tiefenpsychologischen und analytischen Behandlungsverfahren von den Kassen gewährt werden konnte¹⁴, waren eher widersprüchlich. Der für das Kassenarztrecht zuständige 6. Senat des BSG bezog zunächst eine klare Position: weder Heilpraktiker noch Tierärzte können zur Ausübung der Psychotherapie ermächtigt werden; der Arztvorbehalt gilt uneingeschränkt¹⁵. Aus der Perspektive der Versicherten entschied zur selben Zeit der 3. Senat, der zeitweise mit dem 6.

13 Zur Rechtsentwicklung im Einzelnen BSG v. 12.12.2012 – B 6 KA 50/11 R, SozR 4 – 2500 § 106 Nr. 38 Rn. 15.

14 Die Richtlinien des Bundesausschusses in der Fassung vom 03.05.1967 (DOK 1967, 590) sahen erstmals psychotherapeutische Leistungen vor, die zunächst nur durch Ärzte, nach Inkrafttreten der Psychotherapie-Vereinbarung vom 10.01.1072 (DÄ 1972, 591) auch – im Delegationsverfahren – durch Psychologen und Psychagogen (heute: Kinder- und Jugendlichen Psychotherapeuten) erbracht werden konnten.

15 BSG v. 01.03.1979 – 6 RKA 13/77, BSGE 48,47 und BSG v. 30.09.1983 – 6 RKA 14/82, USK 83229.

Senat hinsichtlich der Berufsrichter personengleich besetzt war, deutlich anders. Er gab in zwei Fällen dem Anspruch von Versicherten auf Erstattung der Kosten für eine von Psychologen durchgeführte Psychotherapie statt¹⁶. Maßgeblich war jeweils, dass die beklagte Krankenkasse dem betroffenen Versicherten bzw. dessen Kind kurzfristig keinen Weg zur psychotherapeutischen Behandlung durch einen Arzt hatte aufzeigen können. Der 3. Senat gelangte über die Rechtskonstruktion eines Beratungsfehlers der Krankenkasse bzw. des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu einem Kostenerstattungsanspruch für Behandlungen, die von Psychologen außerhalb des Delegationsverfahrens erbracht worden waren: für eine (mögliche) Unterversorgung mit Ärzten oder Delegationstherapeuten müsse die Krankenkasse in der Weise aufkommen, als hätte sie die psychotherapeutische Behandlung als ärztliche Sachleistung gewährt.

Schien damit – wenngleich auf Basis einer insgesamt wenig tragfähigen Rechtskonstruktion – der grundsätzliche Anspruch der Versicherten auf nichtärztliche Psychotherapie dem Grunde nach geklärt – den steigenden Behandlungsbedarf der 1970er und frühen 1980er Jahre konnten die psychotherapeutisch tätigen Ärzte ersichtlich nicht abdecken – machte das BSG zumindest hinsichtlich der praktischen Auswirkungen in den 1990er Jahren wieder eine Kehrtwendung. Mit Urteil vom 12.05.1993 entschied der 6. Senat, dass der Arztvorbehalt des § 15 SGB V auch die Psychotherapie erfasse, und die Beschränkung der Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung auf Psychologen, die sich in das Delegationsverfahren eingliedern lassen, ebenso rechtmäßig sei, wie die Forderung nach einer psychotherapeutischen Ausbildung an einem von der KÄBV anerkannten Ausbildungsinstitut¹⁷. Der nunmehr für das Leistungsrecht zuständige 1. Senat des BSG lehnte mit Urteil vom 11.10.1994 einen Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich der von einem Psychologen durchgeführten Behandlung eines Versicherten mit der Begründung ab, die Krankenversicherung schulde grundsätzlich nur die Behandlung durch Ärzte; deren Qualifikationsniveau werde von Psychologen typischerweise nicht erreicht¹⁸. Als dann noch am 23.10.1996 das LSG Nordrhein-Westfalen einer Klage der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gegen eine Empfehlungsvereinbarung der Bundesverbände der Krankenkassen zur Behandlung der Versicherten durch Psychologen außerhalb des Delegationsverfahrens stattgegeben

16 BSG v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77, SozR 2200 § 182 Nr. 57; BSG v. 18.02.1981 – 3 RK 34/79, USK 8123.

17 6 RKa 21/91, BSGE 72, 227.

18 1 RK 26/92, USK 94128.

hatte¹⁹, war für die Krankenkassen die Konfusion perfekt: Sie mussten nach eigenem Selbstverständnis den Versicherten psychotherapeutische Leistungen gewähren, es stand aber aus tatsächlichen Gründen – die Gruppe der Delegationspsychologen war viel zu klein – und aus rechtlichen Erwägungen – jede Versorgung außerhalb des Delegationsverfahrens war als rechtswidrig bezeichnet worden – kein Verfahren zur Verfügung, diesen Anspruch zu erfüllen.

2. Reaktion des Gesetzgebers und Konsequenzen

Aus diesem (auch) rechtsprechungsinduzierten Dilemma konnte nur der Gesetzgeber einen Ausweg weisen, den er mit dem Psychotherapeutengesetz vom 16.06.1998 auch tatsächlich vorgegeben hat. Die ohnehin recht verhaltene Freude über die Integration der psychologischen Psychotherapeuten in das vertragsärztliche System zum 01.01.1999 wurde dann – zumindest aus der Sicht der Kassenärztlichen Vereinigungen – schon wenige Wochen später deutlich getrübt, als das BSG die KÄVen verpflichtete, die zeitabhängigen Leistungen der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte von bestimmten Honorarbegrenzungsmaßnahmen freizustellen²⁰. Da diese Grundsätze – vergrößernd als „10-Pfennig – Urteil“ bezeichnet – nach der Rechtsprechung des Senats auch für die im Delegationsverfahren tätigen Psychologen galten²¹, war klar, dass auch die ab dem 01. 01. 1999 neu zuzulassenden Psychologen davon profitieren würden.

Soweit an der Rechtsprechung zur Vergütung der psychotherapeutischen Leistungen kritisiert wird, dass das BSG zunächst durch seine restriktive Haltung zur Tätigkeit von nichtärztlichen Psychotherapeuten ein Eingreifen des Gesetzgebers faktisch erzwungen habe, um sofort nach Inkrafttreten der neuen Regelungen die wirtschaftliche Position der Psychotherapeuten stark aufzuwerten, wird dabei die Eigengesetzlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht hinreichend beachtet. Wegen der „Abhängigkeit“ von Fällen kann Rechtsprechung nicht in dem Sinne strategisch agieren, als sie von sich aus gänzlich losgelöst von der jeweils zu entscheidenden Rechtsfrage – Probleme im vertragsärztlichen System aufgreift. Bis zum Jahr 1998 war im BSG über die Vergütung

19 L 11 KA 51/96; im Revisionsverfahren ist ein Vergleich geschlossen worden, wobei die Beteiligten die Auffassung des BSG so verstanden haben, dass es der rechtlichen Ausgangsposition des LSG Essen nicht widersprechen würde.

20 BSG v. 20.01.1999 – B 6 KA 46/97 R, BSGE 83, 205.

21 BSG v. 25.08.1999 – B 6 KA 17/98 R, SozR 3 – 1500 § 12 Nr.13; Klägerin in diesem Verfahren war eine Psychologin.

von im Delegationsverfahren erbrachten Leistungen nicht zu entscheiden²², und deshalb konnte das BSG auf die teilweise unzureichende Vergütung dieser Leistungen nicht hinweisen. Dass nach erstmaliger höchstrichterlicher Klärung der Vergütungsansprüche für Delegationspsychologen die zugelassenen Psychotherapeuten nicht schlechter gestellt werden konnten als diese, war nach der Logik der Gleichstellung der zugelassenen Psychologen mit Vertragsärzten und dem damit verbundenen Ende des Delegationssystems im Zuge der Neufassung des SGB V durch das Psychotherapeutengesetz zwingend.

IV. Rechtsprechung als Ersatznormgeber: Der Leistungsanspruch auf Alternativmedizin und Off- Label- Use von Arzneimitteln

1. Alternativmedizin

Die Ausweitung der Leistungspflicht der GKV in den beiden zentralen Bereichen „Außenseitermethoden“ und „Off – Label- Use“ von Arzneimitteln erfolgte ganz maßgeblich durch die Rechtsprechung; der Gesetzgeber hat eher gebremst oder zumindest systematisiert, als für ihn nicht mehr erkennbar war, nach welchen verallgemeinerungsfähigen Maßstäben jenseits der Anteilnahme an den – tatsächlich immer wieder bedrückenden – Einzelschicksalen der betroffenen Patienten das BSG die Leistungspflicht der Krankenkassen bestimmen wollte.

Die „große Zeit“ der Außenseitermethoden waren die 1980er Jahre. Den unrühmlichen Höhepunkt markiert ein Urteil vom 23. 03. 1988, mit dem der 3. Senat des BSG dem Anspruch des klagenden Versicherten auf Erstattung der Kosten für die Behandlung einer chronisch entzündlichen Darmerkrankung mit Elektroakupunktur und einer in bestimmten strikten Reihenfolge einzunehmender homöopathischer Tropfen stattgegeben hat²³. Hinter dem Hinweis auf den Vorrang des Gesetzes bei der Bestimmung des Leistungsniveaus der Krankenversicherung verbarg sich – nur notdürftig bemäntelt – ein beachtliches Selbstbewusstsein der Bundesrichter, am besten selbst zu wissen, was gut für den Versicherten ist. Exemplarisch formuliert der 11. Senat des BSG in einem zur Hippotherapie ergangenen

22 Bis zum Ergehen des Urteils vom 03. 03.1999 – B 6 KA 10/98 R,(SozR 3 -5540 Anl. 1 § 10 Nr. 1) war nicht einmal bundesweit geklärt, ob den im Delegationsverfahren tätigen Psychologen ein eigenständiger Honoraranspruch gegen die KÄV zustand, oder ob der delegierende Arzt (auch) die Leistungen der Psychologin abzurechnen und das Honorar anteilig an diese weiterzuleiten hatte.

23 BSG v. 23.03.1988 – B 3/8 RK 5/87, BSGE 63, 102.

Urteil vom 22.09.1981, aus den für die ärztliche Behandlung maßgeblichen Vorschriften der RVO lasse sich keineswegs die Forderung ableiten, vor der Beanspruchung, Verordnung oder Bewilligung einer neuen Behandlungsmethode müsse deren Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit oder Wirtschaftlichkeit festgestellt sein²⁴. Negative Feststellungen der von den Partnern der Bundesmantelverträge gebildeten fachkundigen Arbeitsgemeinschaften zur Bewertung neuer Behandlungsmethoden können nach Ansicht des 3. Senats des BSG einem Sachleistungsanspruch nicht entgegen gehalten werden, wenn im konkreten Einzelfall der Nachweis erbracht wird, dass die Methode wirkt oder gewirkt hat²⁵.

Auf der Basis solcher Grundsätze kann kein beitragsfinanziertes Sozialversicherungssystem (auch) in wirtschaftlich schwierigen Zeiten nach den Funktionsbedingungen einer Massenverwaltung gesteuert werden. Das hat der Gesetzgeber des GRG 1988 klar gesehen, und mit der Bindung des Behandlungsanspruchs an den „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft“ (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V) sowie durch den Methodenvorbehalt zu Gunsten des Anerkennungsverfahrens beim G-BA (§ 135 Abs. 1 SGB V) die Gewährleistung des Versorgungsniveaus selbst übernommen bzw. auf den G-BA übertragen. Das BSG ist dieser Neuausrichtung und – wenn man so will – Repolitisierung der Entwicklung des Leistungskatalogs der Krankenversicherung nach kurzem Irrlichtern²⁶ entschieden gefolgt. Mit der Anerkennung der Richtlinien des G-BA als Normen mit Bindungswirkung gegenüber allen Beteiligten (heute § 91 Abs. 6 SGB V) und des für jede Normsetzung kennzeichnenden Gestaltungsspielraums des G-BA²⁷ sind die gesetzlichen Vorgaben operationalisierbar gemacht worden. Im Zuge der Urteile des 1. Senats vom 17. 09. 1997, von denen eines zu dem denkwürdigen Beschluss des BVerfG vom 06.12.2005²⁸ die Vorlage geliefert hat,

24 BSG v. 22.09.1981 – B 11 RK 10/79, SozR 2200 § 182 Nr. 76 S. 144.

25 BSG v. 22.07.1981 – 3 RK 50/79, SozR 2200 § 182 Nr. 72.

26 Das Urteil des 1. Senats vom 05.07.1995 – 1 RK 6/95, BSGE 76, 195 zum Anspruch des Versicherten auf Verordnung des Hustenmittels Remedacen als Mittel zur Drogensubstitution geht noch sehr deutlich von einer Einzelfallorientierung bei der Prüfung der Voraussetzungen der Wirksamkeit und der Zweckmäßigkeit aus.

27 Anstelle eingehender Nachweise zu den Rechtsfragen betreffend den G-BA sei hier verwiesen auf *Wenner*, GuP 2013, 41 ff.

28 BVerfGE 115, 25 „Nikolausbeschluss“; sehr weitgehend fortgeführt im Kammerbeschluss vom 26.02.2013- 1 BvR 2045/12 – zur Unzulässigkeit der Verweisung eines Versicherten auf lediglich palliativ wirkende Behandlungen, wenn tatsächliche Heilungschancen bei Anwendung einer bisher wissenschaftlich nicht anerkannten Behandlungsmethode bestehen können (näher zur Einordnung des Beschlusses SoSi-Plus (Beilage zur „Sozialen Sicherheit“) 5/2013 S. 12.

sind allerdings Zweifel aufgetaucht, ob das BSG zu Lasten der Versicherten insbesondere bei seltenen und schweren Erkrankungen und einem sehr begrenzten Spektrum wissenschaftlich anerkannter Behandlungsoptionen über das Ziel hinausgeschossen ist. Unklare oder auch nur missverständene Formulierungen der Rechtsprechung über die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des G-BA und eine – zumindest unterstellt – zu große Rücksichtnahme auf Nichtentscheidungen des G-BA zu bestimmten Methoden mögen dazu beigetragen haben.

2. Arzneimittelversorgung

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Arzneimittelversorgung lässt sich unter der Fragestellung der richterlichen Gestaltungswirkung nicht einheitlich einordnen. Die zum Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Arzneimitteln außerhalb oder sogar ohne Zulassung nach deutschem oder europäischem Arzneimittelrecht ergangenen Entscheidungen passen eher – vergleichbar denen zur Kieferorthopädie – zur Rolle der Sozialgerichtsbarkeit als Motor der Rechtsentwicklung. Dabei werden insbesondere die jüngeren Urteile des 1. Senats zum „Off – Label – Use“ und zum Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln im Versuchsstadium²⁹ eher als restriktiv wahrgenommen, weil sie die Grenzen betonen, die dem Versorgungsanspruch der Versicherten mit oft extrem teuren und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und ihres Schadenspotenzials kaum erforschten Nebenwirkungen in einem aus Pflichtbeiträgen finanzierten Versicherungssystem gesetzt werden müssen³⁰. Dem dürfte aber ein Missverständnis der normativen Ausgangslage zu Grunde liegen. Grundsätzlich haben die Versicherten nur Anspruch auf Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die nach dem Arzneimittelgesetz verkehrsfähig sind. Da die Zulassung nach dem AMG indikationsbezogen erteilt wird und das SGB V im Grundsatz³¹ auf eine eigenständige Prüfung der Wirksamkeit von Arzneimitteln verzichtet, besteht kein Anspruch auf Versorgung mit einem Medikament außerhalb der für seinen Einsatz vorgesehenen und geprüften Indikation. Die Rechtsprechung des BSG

29 Zusammenfassend etwa BSG v. 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, BSGE 109, 212.

30 Die durch das GKV-WSG eingeführte und zum 01.01.2012 grundlegend umgestaltete Regelung des § 35c SGB V zur zulassungsüberschreitenden Anwendung von Arzneimitteln soll für die Zukunft einen wissenschaftlich abgesicherten Zugang von Patienten zur Versorgung mit Arzneimitteln außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung ermöglichen.

31 Auf die Einzelheiten der Nutzenbewertung nach § 35b SGB V kann hier nur hingewiesen werden.

durchbricht diesen Grundsatz in bestimmten Konstellationen zu Gunsten der Versicherten und gibt den Weg für eine Anwendung „Off – Label“ zu Lasten der Krankenkassen überhaupt erst frei.

3. Gerichtliche Kontrolle von gesetzlichen Leistungseinschränkungen

Die zweite Linie der Rechtsprechung zur Arzneimittelversorgung in der GKV ist eher dem breiten Strom der Entscheidungen zuzuordnen, die „in Zeiten des abnehmenden (sozialstaatlichen) Lichts“³² gesetzgeberische Leistungseinschränkungen darauf hin prüfen, ob sie mit den maßgeblichen grundgesetzlichen Gewährleistungen (noch) vereinbar sind. Das betrifft etwa den generellen, nur in ganz besonderen Konstellationen durchbrochenen Grundsatz, dass nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich nicht von der Krankenkasse zur Verfügung gestellt werden müssen³³. Ähnlich ausgerichtet ist die Prüfung der Festbeträge für Arzneimittel, soweit die Festbetragsfestsetzung zur Folge haben kann, dass der Versorgungsanspruch der Versicherten unangemessen eingeschränkt wird, weil zum Festbetrag wirksame und nebenwirkungsarme Arzneimittel nicht mehr am Markt verfügbar sind³⁴. Eine vergleichbare Struktur liegt auch den Urteilen des BSG zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Anspruchs auf kieferorthopädische Leistungen für Erwachsene (§ 28 Abs. 2 Satz 6 SGB V)³⁵ und zum Ausschluss der Versorgung mit Implantaten (§ 28 Abs. 2 Satz 9 SGB V). Grundsätzlich hat der 1. Senat des BSG Recht mit dem Hinweis, dass auch die Ausgestaltung des Leistungsanspruchs der Versicherten hinsichtlich der Versorgung mit Implantaten, auf denen dann Zahnersatz eingegliedert werden kann, dem Gesetzgeber obliegt³⁶. Mit der aus dieser Annahme gezogenen Konsequenz, dass auch ein Heranwachsender, bei dem anlagebedingt die meisten Zähne fehlen, keinen Anspruch auf Versorgung mit Implantaten hat

32 In Anlehnung an Eugen Ruges Roman über das langsame Schwinden der Leuchtkraft des Sozialismus in der DDR.

33 Dazu näher BSG v. 06.11.2008 – B 1 KR 6/08 R, BSGE 102, 30 zu dem Hustenmittel Gelomyrtol.

34 Grundlegend BSG v. 03.07.2012 – B 1 KR 22/11 R, BSGE 111, 146 zum Cholesterinsenker Sortis.

35 BSG v. 09. 12. 1997 – 1 RK 11/97, SozR 3–2500 § 28 Nr. 3; die Entscheidung ist wegen der Schwierigkeiten, medizinische und rein ästhetische Aspekte bei der Erwachsenenbehandlung abzugrenzen, und wegen der geringen Erfolgsaussichten einer Behandlung erst nach Abschluss des Wachstums richtig (Wenner, GesR 2003, 132).

36 BSG v. 19.06.2001 – B 1 KR 4/00R, SozR 3–2500 § 28 Nr.5; kritisch Wenner, GesR 2003, 133.

und sich darauf verweisen lassen muss, ab Beginn des dritten Lebensjahrzehnts herausnehmbaren Zahnersatz – also das „Klappergebiss“ aus alten Zeiten – zu nutzen³⁷, dürfte indessen auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verlassen sein: die Fähigkeit, kauen und artikuliert sprechen zu können, dürfte in Deutschland zum (auch) gesundheitlichen Existenzminimum gehören, wenn sich aus dessen grundrechtlicher Gewährleistung³⁸ jenseits des absolut Selbstverständlichen (Notfallversorgung) überhaupt Ansprüche ableiten lassen.

V. Hin- und Herschieben von Gestaltungsverantwortung: Zu viele oder zu wenige Ärzte zur Versorgung der Versicherten?

1. Über- und Unterversorgung mit Vertragsärzten

Deutschland ist – im Vergleich mit anderen europäischen Ländern – aufs Ganze gesehen überdurchschnittlich gut mit niedergelassenen Ärzten versorgt. Es gibt nur ein kleines Problem: Während die rechnerisch ermittelte Überversorgung bei den Psychotherapeuten in Freiburg über 300 % beträgt, bilden sich in Gera vor einer Augenarztpraxis Schlangen von Patienten, die an die Suppenküchen in Notstandsgebieten oder die Ticketschalter des BVB vor einem Spiel der Champions League denken lassen. Wer ist dafür verantwortlich, abgesehen natürlich von den Ärzten und Psychotherapeuten, die – aus welchen Gründen auch immer – ihre Praxen dort eröffnen, wo sich gut leben lässt und viele Privatpatienten zu erwarten sind, also eher in Freiburg und rund um den Starnberger See als in den ländlichen Regionen Thüringens oder im Hunsrück? Die Rechtsprechung macht mit – aus meiner Sicht – guten Gründen geltend, daran nicht „schuld zu sein“.

2. Kompetenzen von Gesetzgeber und Gerichten

Die Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ist bei der Umsetzung der vertragsärztlichen Bedarfsplanung völlig eindeutig. Der Gesetzgeber muss die Vorgaben machen, der G-BA hat diese – soweit erforderlich – in der Bedarfsplanungs-Richtlinie umzusetzen und zu konkretisieren, und die Rechtsprechung ist darauf beschränkt zu prüfen, ob die Einschränkungen der Zulassungsmöglichkeiten der betroffenen Bewerber, die sich aus der Anwendung

37 BSG v. 07.05.2013 – B 1 KR 19/12 R; kritisch dazu SoSi plus 6/13 S. 9.

38 Ausführliche Darstellung der dazu diskutierten Positionen bei BSG v. 22.04.2008 – B 1 KR 10/07, BSGE 100, 221 zur Verfassungsmäßigkeit der Zuzahlungsverpflichtung nach § 61 SGB V für Empfänger von Grundsicherungsleistungen und BVerfGE 125, 175, 223 zur Höhe der Regelsätze nach § 20 SGB II.

dieser normativen Vorgaben im Einzelfall ergeben, mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind. Die „Erfindung“ von Zulassungsbeschränkungen ist kein Betätigungsfeld kreativer Rechtsprechung; das in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG angesprochene Gesetz ist das parlamentarisch beschlossene und nichts sonst. Wenn aber Rechtsprechung nichts „erfinden“ darf, kann sie doch „stören“, also die Umsetzung gesetzlich normierter Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit etwa durch Anforderungen an die untergesetzlichen Regelungen des G-BA oder die verwaltungsmäßige Umsetzung von Zulassungsbeschränkungen durch die Zulassungsgremien so kompliziert machen, dass sie praktisch nicht wirksam werden können³⁹. Dieser Vorwurf – wenn er denn erhoben werden sollte – wäre nicht berechtigt. Alle grundlegenden Weichenstellungen des Gesetzgebers für die vertragsärztliche Bedarfsplanung sind von der Rechtsprechung des BSG gebilligt worden⁴⁰. Das gilt für die Festsetzung von Verhältniszahlen wie für die Heranziehung des „Planungsbereichs“ als maßgebliche Grundlage der Bedarfsplanung. Auch sehr folgenreiche Festlegungen der Bedarfsplanung – etwa die Bildung eines einzigen Planungsbereichs „Berlin“ an Stelle der zuvor als Planungsbereiche geltenden 13 Bezirke der Stadt, die mit ca. 300.000 Einwohnern die Größe mittlerer Großstädte haben, – an deren

39 Die Entscheidungen des 3. und vor allem des 1. Senats des BSG zu den Mindestmengen planbarer Krankenhausleistungen im Sinne des § 137 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB V (BSG v. 12.09.2012 – B 3 KR 10/12 R, BSGE 112, 15 und BSG v. 18.12.2012 – B 1 KR 34/12, SozR 4-2500 § 137 Nr.2) könnten möglicherweise vom GKV-Spitzenverband und vom G-BA so interpretiert werden, dass im Hinblick auf das vorhandene wissenschaftliche Material zum Zusammenhang von Eingriffszahl und Qualität unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung eine rechtssichere Vorgabe von neuen Mindestmengen rechtssicher kaum möglich ist, obwohl das BSG das gesetzliche Instrument der Steuerung durch Mindestmengen selbst nicht beanstandet hat. Auch die Rechtsprechung des BSG zum „schlüssigen Konzept“ bei der Übernahme von Unterkunftskosten nach § 22 SGB II (exemplarisch BSG v. 11.12.2012 – B 4 AS 44/12 R, NZS 2013, 389) wird von ironiefähigen Kritikern dahin kommentiert, dass die Strenge der Anforderungen des BSG an ein Konzept des Grundsicherungsträgers zur Übernahme angemessener Unterkunftskosten nur durch die praktische Nichtumsetzbarkeit des gesamten Ansatzes der Rechtsprechung ein wenig gemindert werde.

40 Nachweise zur Rechtsprechung bis Ende 2007 bei *Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 16 RdNr. 36.

Zweckmäßigkeit man mit guten Gründen zweifeln kann⁴¹, hat das BSG nicht in Frage gestellt⁴².

Auch die Umsetzung von Neuausrichtungen der Bedarfsplanung hat das BSG nicht erschwert. Jede Ausweitung von Zulassungsbeschränkungen kann mit dem Bekanntwerden entsprechender Pläne einen Zulassungsboom auslösen, weil zahlreiche Bewerber noch schnell von der für sie günstigen alten Rechtslage profitieren wollen. Dem hat der G-BA in Zuge der Umstellung der Planungsbereiche in Berlin von den Bezirken auf das gesamte Land durch ein zeitlich befristetes Moratorium für die Entscheidung über Zulassungsanträge vorbeugen wollen, und das BSG hat diese Maßnahme gebilligt⁴³. In einem Urteil über eine Sonderbedarfszulassung, also der Zulassung eines Bewerbers in einem Planungsbereich, in dem trotz rechnerisch bestehender Überversorgung der tatsächliche Bedarf in einer bestimmten Arztgruppe nicht gedeckt ist (§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V), hat das BSG daran erinnert, dass die hochkomplexen Regelungen zur Bedarfsplanung kein Selbstzweck sind, sondern dem Anspruch der Patienten auf eine qualitativ hochwertige und quantitativ ausreichende ärztliche Versorgung dienen. Besonders lange Wartezeiten auf einen Termin für eine reguläre, nicht notfallmäßig notwendige fachärztliche Untersuchung können ein deutliches Indiz dafür sein, dass der Bedarf an Ärzten in einer bestimmten Region nicht angemessen gedeckt ist⁴⁴. Dann kann ein weiterer Arzt dort zugelassen werden, auch wenn die schon niedergelassenen Kollegen dafür keinen Bedarf gesehen haben. Schließlich ist die Idee, die Preise für vertragsärztliche Leistungen nach dem Vorliegen von Über- und Unterversorgung am jeweiligen Praxisstandort zu differenzieren (§ 87a Abs. 2 Satz 6 in der ab dem 01.07.2008 geltenden Fassung), nicht an der Rechtsprechung gescheitert. Der Gesetzgeber hat die Vorschrift zum 01.01.2102 gestrichen, um den Eindruck

41 Die „Wanderung“ von Praxisstandorten von weniger attraktiven Randlagen in begehrte, schon weithin überversorgte Citylagen wie Mitte und Charlottenburg ist damit begünstigt worden. Das kann man wollen, wenn man das Argument akzeptiert, dass der nachwachsenden Ärztegeneration keinerlei (reale oder auch nur gefühlte) Belastungen mehr zugemutet werden dürfen, weil jede und jeder hier für die ambulante Versorgung benötigt werde. Dann ist es auch konsequent, dass selbst die Forderung nach einer dreimonatigen Tätigkeit in einer hausärztlichen Praxis während des praktischen Jahres der Ärzteausbildung (§ 3 Approbationsordnung Ärzte) von den Verbänden der Studierenden der Medizin als unzumutbare Belastung abgelehnt wird. Zu klären wäre dann nur noch, ob die erheblichen Ressourcen, die zur Zeit noch in die Bedarfsplanung gesteckt werden, sinnvoll eingesetzt sind.

42 BSG v. 17. 10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4.

43 BSG v. 17. 10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4 Rn. 15 ff.

44 BSG v. 02.09.2009, B 6 KA 21/08 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 6 Rn. 18, 23.

einer Benachteiligung von Vertragsärzten in (rechnerisch) übertensorgten Gebieten entgegen zu wirken. Den partiellen Verzicht auf den Einsatz des Instruments von Zu- und Abschlägen auf den Orientierungswert als Mittel der Steuerung von Zulassungen⁴⁵ muss entsprechend allein der Gesetzgeber verantworten; die Rechtsprechung hat keinen Hinweis in dieser Richtung gegeben.

VI. Dissonanzen in der Rechtsprechung: Der Anspruch des Empfängers von Grundsicherungsleistungen auf ergänzende medizinische Leistungen

1. Sicherung des Existenzminimums

Werden sozialstaatliche und speziell sozialversicherungsrechtliche Leistungen tendenziell eher zurückgenommen als weiter ausgebaut, wächst der Rechtsprechung der Sozialgerichte die Aufgabe zu, dafür zu sorgen, dass die zentralen, verfassungsrechtlich verorteten Gewährleistungen nicht angetastet werden. Die größten Schwierigkeiten bestehen insoweit im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, weil der Gesetzgeber die politisch gewollte Verminderung des Sicherungsniveaus der Altersrente in so vielen kleinen Schritten umgesetzt hat, dass keiner dieser Schritte – für sich genommen – mit dem Schutz der Rentenanwartschaft nach Art. 14 Abs. 1 GG kollidiert, das Ergebnis der Rechtsentwicklung aber nur noch schwer mit den Erwägungen vereinbar ist, die das BVerfG veranlasst hat, die Rentenanwartschaften dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zuzuordnen⁴⁶. Die Schwierigkeiten für die Rechtsprechung im Bereich der Kontrolle der Einhaltung des gebotenen Niveaus in der Krankenversicherung liegen vor allem im Nebeneinander von Krankenversicherung und Grundsicherung. Es besteht die Gefahr, dass die Zuweisung von Gesundheitsleistungen zur „Eigenverantwortung des Versicherten“ (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V) von der Rechtsprechung zum Krankenversicherungsrecht auch dann hingenommen wird, wenn Personen betroffen sind, die nicht über die wirtschaftlichen Mittel verfügen, sich die – tatsächlich oder vermeintlich – notwendigen, von der Krankenkasse nicht

45 Zum 01. 01.2012 hat der Gesetzgeber die vertragsärztliche Tätigkeit in unterversorgten Gebieten dadurch „prämiert“, dass sie zu einer Verbesserung der Chancen auf Auswahl im Rahmen einer Nachfolgezulassung nach § 103 Abs. 4 führt; vgl. Satz 5 Nr. 4 dieser Regelung. Dazu gibt es noch keine sozialrechtliche Rechtsprechung.

46 Die Debatte wird (auch) unter dem Stichwort des „additiven Grundrechtseingriffs“ geführt, vgl. (sehr defensiv) BSG v. 31. 05. 2012 – B 13 R 70/12 B und ausführlicher – unter der besonderen Berücksichtigung von steigenden Beitragslasten der Rentner – BSG v. 21. 09.2009 – B 12 R 11/06 R, SozR 4–2500 § 241a Nr. 2 Rn. 18.

übernommenen Leistungen zur Gesundheitsversorgung selbst zu beschaffen. Die Betroffenen werden dann von der Rechtsprechung des 1. Senats des BSG darauf verwiesen, ihren Bedarf gegenüber den Trägern der Grundsicherung auf der Grundlage des SGB II oder des SGB XII geltend zu machen⁴⁷.

Genau das schließen aber die für das Grundsicherungsrecht nach dem SGB II zuständigen Senate des BSG derzeit aus. Der 14. Senat hat ausdrücklich hervorgehoben, dass die Kosten einer Krankenbehandlung bei gesetzlich krankenversicherten Grundsicherungsberechtigten entweder durch das System des SGB V oder ergänzend durch die Regelleistung nach § 20 SGB II abgedeckt sind. Aufgrund der – vom Leistungsempfänger geltend gemachten – Notwendigkeit einer Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln entsteht grundsätzlich kein unabweisbarer laufender Bedarf⁴⁸.

2. „Mein Spezialgebiet – meine Systemlogik“ als Ursache für Rechtsprechungsdifferenzen?

Die beiden Ansätze sind im Prinzipiellen unvereinbar⁴⁹, und die Diskrepanz könnte wohl auch dem Umstand geschuldet sein, dass beim BSG seit Jahren Senate auf „ihr“ Rechtsgebiet – im Sinne eines Zweiges der Sozialversicherung oder der Grundsicherung – spezialisiert sind, und entsprechend sich auch der Systemrationalität des Sicherungssystems verpflichtet wissen, über das sie zu Gericht sitzen. Das macht es leichter, die Leistungsempfänger auf Ansprüche auf einem Rechtsgebiet zu verweisen, auf dem man selbst nicht so ganz sicher „zu Hause“ ist, von dem man aber – möglicherweise gerade wegen der fehlenden eingehenden Detailkenntnisse – besonders überzeugungsstark vermutet, dort müsse der im „eigenen“ System aus guten oder zumindest vertretbaren Gründen nicht gedeckter Bedarf realisiert werden können. So formuliert der für die Krankenversicherung zuständige 1. Senat, es sei Aufgabe des SGB II, das Existenzminimum auch insoweit zu sichern, soweit es – „wie dargelegt verfassungskonform“ – nicht durch den Leistungskatalog der GKV abgedeckt ist. Für die Einzelheiten der Umsetzung dieser mehr postulierten als eingehend belegten Position verweist der 1. Senat dann auf die Zuständigkeit der Grundsicherungssenate des BSG⁵⁰. Der für die Grundsicherung zuständige

47 So ausdrücklich BSG v. 06.03.2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183 Rn. 36.

48 BSG v. 26.05.2011 – B 14 AS 146/10R, BSGE 108, 235 Rn. 20 ff.

49 näher *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 114 ff.

50 BSG v. 06.03.2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183 Rn. 36; die abweichende Position des 14. Senats erwähnt der 1. Senat der Sache nach nicht, sondern weist auf das Urteil des 14. Senats v. 26.05.2011 nur in einer Klammer hin.

14. Senat legt demgegenüber eingehend dar, welche krankenversicherungsrechtlichen Möglichkeiten der Hilfebedürftige hat, seinen Anspruch auf Versorgung auch mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gegenüber der insoweit allein zuständigen Krankenkasse durchzusetzen. Leistungsausschlüsse im Krankenversicherungsrecht – und dazu zählt auch die Nichtübernahme der Kosten für nicht verschreibungspflichtige Medikamente – müssen im Rechtsstreit mit der Krankenkasse überprüft werden; ansonsten ist der Grundsicherungsberechtigte gehalten, die Kosten einer von der Krankenkasse nicht übernommenen Maßnahme der Gesundheitspflege aus dem Regelsatz zu bestreiten⁵¹.

In dem vom 14. Senat entschiedenen Fall ging es um Kosten in Höhe von 14, 67 € monatlich für ein nicht verschreibungspflichtiges Medikament gegen Eisenmangel; insoweit kann die Verweisung auf die Finanzierung aus dem Regelsatz nicht verfehlt sein. Zum echten Konflikt zwischen den Positionen des 1. und des 14. Senats wäre es dagegen gekommen, wenn die Klägerin im Verfahren des 1. Senats ihren Bedarf beim Grundsicherungsträger angemeldet hätte, nachdem sie vom 1. Senat erfahren hatte, dass die Krankenkasse der falsche Ansprechpartner sei. Die dort streitigen Kosten für bestimmte fett- und zinkhaltigen Cremes zur unterstützenden Behandlung bei Neurodermitis beliefen sich nach Angaben der Klägerin auf 510 € im Monat; das schließt eine Deckung des Bedarfs über den Regelsatz (382 € im Jahr 2013) von vornherein aus.

Die danach allein in Betracht kommende Deckung der Kosten ergänzender Gesundheitsleistungen über einen Mehrbedarf – entweder im Wege einer Analogie zum Mehrbedarf für Ernährung nach § 21 Abs. 5 oder über die Härterege- lung des § 21 Abs. 6 SGB II – hatte der 14. Senat gerade ausgeschlossen. Wenn dieser Senat bei seiner Auffassung bleibt, müsste wohl der Große Senat des BSG (§ 41 SGG) angerufen werden⁵².

51 BSG v. 26.05.2011 – B 14 AS 146/10 R, BSGE 108, 235 Rn. 24–26.

52 Es wäre nicht überraschend, wenn die Frage schon vorher durch das BVerfG geklärt würde. Käme dieses Gericht zur der Auffassung, im Lichte der Entscheidung vom 09.02. 2010 zur Sicherung des Existenzminimums (BVerfGE 125, 175) sei § 21 Abs. 6 SGB II so auszulegen, dass auch die Angewiesenheit auf – tatsächlich oder vermeintlich – medizinisch notwendige, von der Krankenkasse aber gleichwohl rechtmäßig nicht gewährte Gesundheitsleistungen einen „unabweisbaren“ Bedarf im Sinne dieser Vorschrift begründen kann, ist die Kontroverse erledigt. Richtig wäre eine solche Entscheidung freilich nicht. Es muss vielmehr dabei bleiben, dass das Grundsicherungssystem nicht Ausfallbürge für – mutmaßliche – Leistungsdefizite der GKV ist. Dort wird das medizinisch Notwendige geleistet; was der Einzelne darüber hinaus für sich – auch durch ärztliche Bescheinigungen unterstützt – als notwendig definiert, muss er selbst finanzieren.

Autorenverzeichnis

Prof. em. Dr. Ingwer Ebsen, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Sozialrecht, Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt am Main, E-Mail: ebsen@jur.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. Stefan Huster, Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie, Universitätsstr. 150, 44801 Bochum, E-Mail: stefan.huster@rub.de

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg, E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Professur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht, Geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges), Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt am Main, E-Mail: wallrabenstein@jur.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. Ulrich Wenner, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht, Bundessozialgericht, Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel, E-Mail: ulrich.wenner@bsg.bund.de

Frankfurter Schriften zur Gesundheitspolitik und zum Gesundheitsrecht
Schriftenreihe des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht
an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt

Herausgegeben von Ingwer Ebsen und Thomas Gerlinger

- Band 1 Dominik Roters: Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen. 2003.
- Band 2 Carsten Wendtland: Die Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen als Gegenstand der Rechtsetzung. 2005.
- Band 3 Johannes Pantel / Gisela Bockenheimer-Lucius / Ingwer Ebsen / Ruth Müller / Peter Hustedt / Alexander Diehm: Psychopharmakaversorgung im Altenpflegeheim. Eine interdisziplinäre Studie unter Berücksichtigung medizinischer, ethischer und juristischer Aspekte. 2006.
- Band 4 Christel Köhler-Hohmann: Die Teilnahme der Ärzte- bzw. der Heilkunde-GmbH an der vertragsärztlichen Versorgung. 2007.
- Band 5 Laura Sormani-Bastian: Vergaberecht und Sozialrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Leistungserbringungsrechts im SGB V (Gesetzliche Krankenversicherung). 2007.
- Band 6 Marcus Assion: Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen. 2007.
- Band 7 Yasemin Ilgin: Health Care Expenditures, Innovation, and Demographic Change. 2008.
- Band 8 Karin Pöppel: Wertwandel beim sozialen Dienstleister Krankenhaus. Eine Analyse zum Patientenbild. 2008.
- Band 9 Annett Wunder: Grenzüberschreitende Krankenbehandlung im Spannungsfeld von Grundfreiheiten und vertraglicher Kompetenzverteilung. 2008.
- Band 10 Ingwer Ebsen (Hrsg.): Vergaberecht und Vertragswettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung. 2009.
- Band 11 Thomas Gerlinger / Kai Mosebach / Rolf Schmucker (Hrsg.): Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt. 2010.
- Band 12 Susanne Plettner: Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten. 2011.
- Band 13 Alexander Diehm: Rechtliche Anforderungen und Strukturen der ambulanten Arzneimittelversorgung in stationären Pflegeeinrichtungen am Beispiel der Psychopharmakatherapie. 2011.

Schriften zur Gesundheitspolitik und zum Gesundheitsrecht

Schriftenreihe des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht
an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt

Herausgegeben von Ingwer Ebsen, Thomas Gerlinger und Astrid Wallrabenstein

- Band 14 Vanessa Christin Multmeier: Rechtsschutz in der Krankenhausplanung. Traditionelle und neue Rechtsschutzformen zur Verteidigung von Grundrechten und Grundfreiheiten gegen staatliche Regulierung und selektive Investitionsförderung. 2011.
- Band 15 Hans Jakob Stachels: Marktzugangsregeln für pflanzliche Arzneimittel. 2011.
- Band 16 Astrid Wallrabenstein (Hrsg.): Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht? Beiträge zum Symposium des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht, 12.-13. September 2011, Universität Frankfurt am Main. 2012.

Band 17 Astrid Wallrabenstein / Ingwer Ebsen (Hrsg.): Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung. Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung. Beiträge zum Symposium des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht am 26. April 2013 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. 2014.

www.peterlang.com